



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES DEL NIÑO
POR NACER O MENOR DE EDAD Y DE LOS PADRES POTENCIALES
POR AUSENCIA DE LA FIGURA LEGAL MATERNIDAD SUBROGADA**

PATRICIA LUCIA LOPEZ RIVEROS

ABOGACÍA

2018

RESUMEN

El presente estudio, se enfocó en determinar y analizar los derechos que resultan afectados en el tema de la maternidad subrogada. Para muchas personas, la gestación por subrogación de vientre aparece y genera avances científicos de vital importancia en aquellas parejas, que por uno u otro motivo no logran concebir naturalmente, dicho método otorga una nueva alternativa que puede subsanar el deseo de terceros de tener una familia, pero al mismo tiempo puede generar una serie de conflictos éticos jurídicos para la madre gestante, el niño que nace y los padres comitentes, todo esto se ocasiona a razón de no existir una ley en Argentina que regule o prohíba ciertos actos con respecto al tema objeto de estudio. Con la subrogación de vientre se abre un abanico de posibilidades con respecto al niño por nacer, a quienes lo pretenden como hijo y a quien lo gesta, por ese motivo, el objetivo de este trabajo se enfoca en investigar y comparar que derechos pueden verse pausados o vulnerados para quienes intervienen en este tipo de proceso médico. Este tema actualmente no se encuentra ignorado completamente, pero tampoco se tienen en cuenta ciertos aspectos que surgen de las situaciones particulares de cada caso, aun así el factor común que prima en todas las sentencias es el mejor interés del niño por nacer o del menor a partir de su nacimiento.

Palabras Clave: subrogación de vientre, maternidad por sustitución, vulneración de derechos, situación actual, interacción con el derecho.

ÍNDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO 1: Nociones generales.

1. Introducción
2. Historia de la subrogación de vientre
3. Concepto del termino subrogación de vientre, rama del derecho que lo desarrolla y elementos.
4. Tipos de subrogación.
5. Causas sociales y médicas que originan la elección de este método de planeación familiar.
6. Conclusiones Parciales

CAPÍTULO 2: Problemática actual.

1. Introducción
2. Conceptualización del término “vulneración de derechos” y descripción de las situaciones en que sucede.
3. Enumeración y desarrollo de los derechos afectados.
4. Partes intervinientes en el proceso de subrogación.
5. Conclusiones parciales.

CAPÍTULO 3: Recepción de la subrogación de vientre en el derecho.

1. Introducción
2. Situación en el derecho argentino.
3. Sentencias judiciales Argentinas.
4. Derecho comparado.
5. Conclusiones parciales

CAPÍTULO 4: Aspectos procesales.

1. Introducción
2. Juicio de paternidad. Explicación. Duración.
3. Artículo 43 de la Constitución Nacional: Acción de amparo
4. Artículo 28 del decreto ley 19.549: Amparo por mora.
5. Conclusiones parciales.

CONCLUSIONES FINALES.

BIBLIOGRAFIA.

AGRADECIMIENTOS.

INTRODUCCIÓN

Importantes investigaciones muestran que el tema de la infertilidad se ha convertido en un problema de salud pública, que cada día afecta más a los habitantes de diferentes países en todo el mundo, esto ocasionado por diferentes razones sociales, medicas, de género o antecedentes sexuales, priva a las parejas de tener en forma natural una familia, por lo cual se recurre a la práctica de la subrogación de vientre. Se han presentado numerosos casos en la actualidad en los cuales una pareja decide ampliar su familia por medio de la mencionada, en algunas situaciones no se ha presentado conflicto debido a que el vientre que gestará a la persona por nacer pertenece a un familiar o amigo y se genera el vínculo de buena fe, pero existen casos en los cuales no se cuenta con esta opción y se debe recurrir a la búsqueda de una mujer gestante. La ley es muy clara con respecto a quien ostenta la paternidad del niño, pero sus preceptos fueron establecidos para ser aplicados en supuestos cotidianos y no fuera de lo común, a pesar de la última actualización del Código Civil este aspecto ha quedado desentendido.

Es por esto que surge la inquietud por parte del alumno de indagar acerca del tema en cuestión, y se plantea el siguiente problema de investigación: ¿Existe vulneración de los derechos personales del niño por nacer o menor de edad, y de los padres potenciales por ausencia de la figura legal maternidad subrogada?. Esto hace referencia a las situaciones en las cuales, a pesar de existir algunas regulaciones por parte de la ley, se suscita un conflicto en torno a quien ejercerá la paternidad definitivamente, los límites del arrepentimiento de la persona gestante, los derechos que giran en torno al niño por nacer o menor de edad (se le denominará según corresponda dependiendo de que siga gestándose o haya nacido), etc.

Por lo antes expuesto, se plantea como objetivo general determinar y analizar los derechos personales (a formar una familia, a la salud reproductiva, física, y mental, los derechos del niño, etc.) que resulten afectados para las partes que intervienen en el proceso de subrogación de vientre, desde momentos previos a la inseminación hasta la sentencia definitiva que otorga la filiación.

Por otra parte, la presente investigación se estructura en cuatro capítulos, los cuales están representados de la siguiente forma: El Capítulo 1, Nociones Generales, que comprende una breve reseña histórica de los inicios de la subrogación de vientre, la conceptualización de diferentes términos referentes al tema objeto de estudio y rama del derecho que lo ampara o desarrolla. Asimismo, El Capítulo 2, se titula Problemática

Actual, en donde se plantea la situación a investigar, y en qué casos y bajo que circunstancia se vulneran los derechos de los que intervienen en el proceso, desarrollo de los derechos afectados, y partes que intervienen en el proceso de la subrogación de vientre. De igual forma se presenta el Capítulo 3, Recepción de la subrogación de vientre en el derecho, en el mismo se observa al situación en el derecho argentino, Sentencias judiciales Argentinas, Derecho comparado. Finalmente el Capítulo 4 Aspectos procesales, donde se explica lo que lo que es el Juicio de paternidad, también se indaga el Artículo 43 de la Constitución Nacional: Acción de amparo y el Artículo 28 del decreto ley 19.549: Amparo por mora. Por último y no menos importante se presentan las conclusiones a las cuales se arriba y la bibliografía empleada en el proceso. Para desarrollar el presente trabajo se recurrió a diferentes tipos de investigación: descriptivo, correlacional, explicativo y exploratorio, los cuales fueron comprendidos en una estrategia metodológica que por la naturaleza de los datos fue cualitativa, basada en un análisis subjetivo e individual, haciendo uso de fuentes primarias o directas, secundarias y terciarias.

CAPÍTULO 1:

NOCIONES GENERALES.

1. Introducción.

En el presente capítulo se dará a conocer los inicios de la subrogación de vientre, como ha llegado este término hasta nuestros días y lo importante que es para las parejas que deciden efectuar este tipo de procedimiento, estar seguros de las causas y consecuencias que pueden surgir por la elección de este método. De igual forma, se explicará el significado de dicho término según las aristas de varios autores, se indagará para ver que rama del derecho lo desarrolla por estar estrechamente vinculadas con los derechos del ser humano que merecen la protección del ordenamiento jurídico, se explicará los elementos que la conforman, se precisarán los diferentes tipos de subrogación de vientre que existen y por último las causas que conllevan a las parejas a elegir este tipo de método para efectuar su planeación familiar. La finalidad de lo mencionado es comenzar a conocer el problema de investigación, entender su procedencia para comprender su desarrollo.

2. Historia de la subrogación de vientre.

Este tema se remonta a tiempos muy lejanos, en el antiguo Testamento de la Biblia, específicamente en el libro de Génesis se muestran dos casos de madres sustitutas, el primero se expone en el capítulo 16, donde dice:

“Y Sarai, mujer de Abram no le paría: y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar.

Dijo, pues, Sarai a Abram: ya ves que Jehová me ha hecho estéril: ruégote que entres a mi sierva; quizá tendré hijos de ella.”

El segundo caso se plantea en el capítulo 30 del mismo libro donde expone:

“Y viendo a Raquel que no daba hijos a Jacob (...) Y ella dijo: he aquí mi sierva Bilha; entra a ella, y parirá sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella (...).

Y concibió Bilha, y parió a Jacob un hijo. Y dijo Raquel: juzgó me Dios, y también oyó mi voz, y dióme un hijo.”

En estos versículos se puede observar, que este problema se remonta unos dos mil años antes de Cristo, en donde los individuos se preocupaban por su descendencia y buscaban alguna forma para lograr obtener la misma, y a falta de métodos como los que

existen actualmente, se utilizaba lo más fácil u obvio para procrear. De igual forma, se pone de manifiesto que los padres comitentes pasan a ser padres “legales” entonces, y el hijo nacido de la madre gestante, es por tanto, hijo de los padres comitentes, aunque se daba un fenómeno social que actualmente no es compartido en nuestra cultura occidental: la poligamia. Esto implicaba que el niño nacido sería criado y educado bajo el cuidado y el cariño de ambas mujeres pues la convivencia en la misma vivienda lo generaba.

Asimismo, el segundo programa de gestación subrogada del que se tiene conocimiento se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a.C. Cabe destacar que en el Reino de los Sumerios la maternidad subrogada tradicional fue una práctica corriente y, más aún, consolidada legalmente a través del Código de Hammurabi (1792-1750) creado en 1780 a.C. A menudo, se le señala como el primer ejemplo del concepto jurídico de que algunas leyes son tan fundamentales que ni un rey tiene la capacidad de cambiarlas. Las leyes, escritas en piedra, eran inmutables. Este concepto no se aplica a nuestro ordenamiento jurídico pues no está formado en su totalidad por cláusulas pétreas, sino que por el contrario es flexible y apto para ser reformado según las necesidades de la época. Estas leyes, como casi todas las de la antigüedad, son consideradas de carácter divino.¹ En el Código de Hammurabi, la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación sin que éste pudiera buscarse a otra concubina a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón.

Asimismo, el Código establecía “garantías sociales” para las madres subrogadas que tuvieran hijos, las cuales no podían ser vendidas².

Así como los casos planteados en la antigüedad existen muchos más en la edad media se conoce el caso de Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo quien carecía de heredero y su primer hijo Tutmosis I ambos recurrieron a tener una segunda esposa para poder procrear. En la Antigua Grecia y Roma se conoce el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril Estratónica, quienes criaron a los hijos que se obtuvieron por medio de una segunda mujer. También existe precedente referente a Carlomagno, quien tuvo varias concubinas de las cuales tuvo hijos y fueron criados bajo su tutela, en esta misma época este método se extendió a China, Japón, Corea, Turquía, Roma, etc. La manera en la cual se organizó este método de reproducción se denominó harén, que significa lugar sagrado, haciendo referencia a los aposentos en los cuales residían las

¹ Rubio, María, J (2012), “Gestación por Sustitución. la Situación de la Mujer Gestante”. Trabajo fin de master que se presenta para optar al título de Master en Estudios Interdisciplinarios de Género. Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca

² Aparece recogido en las leyes 144, 145, 146 y 147 del Código de Hammurabi. Recuperado de: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-dehammurabi.html>

mujeres que portarían en su vientre un hijo, con la finalidad de entregarlo a padres comitentes para ser educado en su fe y creencias personales. Desde el punto de vista de la mujer gestante, representaba una ventaja ser elegida para procrear, ya que en esa época no habiendo nacido en el seno de una familia bien acomodada social y económicamente, el individuo quedaba expuesto a condiciones de salud y alimentación deficiente, expectativa de vida corta por múltiples causas, entre ellas pestes, enfermedades, y trabajos forzados. La mujer que gestaba hijos en los casos mencionados no solo tenía derecho a una buena alimentación, sino que también accedía a la atención médica disponible de la época, un aposento cómodo y limpio y luego del parto realizaba tareas comunes y sencillas al resguardo del hogar, en algunos casos también se les permitía alfabetizarse y aprender música o baile.

Claramente la motivación de esta práctica era más estratégica que emocional, pues pudiendo procurarse descendencia se aseguraba la continuidad del reinado, una prole numerosa para trabajar la tierra y mantener a los progenitores en la vejez o un nivel de vida más alto. Actualmente la búsqueda de la maternidad o paternidad surge por una convicción interna, un deseo muy ligado al aspecto sentimental del ser, y ya no más por cuestiones de conveniencia política o social. Los mecanismos estatales se han asegurado de crear con el paso del tiempo un sistema que permite que el individuo satisfaga sus necesidades físicas e intelectuales, por lo cual en el siglo XXI la filiación es una decisión personal amparada por el derecho y no una necesidad para subsistir.

Con el avance de la medicina y la ciencia, surgen paulatinamente diferentes técnicas que ayudan a la procreación, entre ellas las de reproducción asistida, las cuales además de ser una opción para situaciones no médicas, remedian la esterilidad a través de métodos que suplantán la unión natural de los gametos y/o el cuerpo en que se tenía planeado el embarazo inicialmente, son procedimientos complejos cuyo valor es elevado y no resulta de fácil acceso para todos, y en muchos casos por condiciones preexistentes de salud no funcionan como se esperaba.³

El registro del primer acuerdo de maternidad subrogada documentado con empleo de inseminación artificial, se remonta al año 1976. En un primer momento, la maternidad subrogada fue admitida como un medio solidario por el que parejas con dificultades para concebir cumplían su deseo de ser padres biológicos a través de las madres sustitutas o subrogadas. Hoy en día, ese altruismo es cuestionado por muchos, al entender que no se puede hablar de un acto solidario o altruista, cuando en las cláusulas del contrato se

³ García, Karla. La Maternidad Subrogada.

determina una cantidad dineraria a cambio de la gestación y alumbramiento del menor (Aparisi Millares, A. y López Guzmán, J., 2012, pp. 253-257). Lo que no ha sido contemplado es que el mencionado dinero es un derecho que corresponde a la mujer gestante por prestar su tiempo, ausentarse de su trabajo, y tener que realizar gastos relacionados con vitaminas, alimentación sana, vestimenta adecuada, controles médicos, etc. No puede desconocerse que un embarazo, cualquiera sea el medio por el cual se dé o la situación en la que se produzca genera gastos económicos, y es un error razonar el pago del dinero como si se tratara de la compraventa de un ser.

3. Concepto del termino subrogación de vientre, rama del derecho que lo desarrolla y elementos que lo conforman.

La Subrogación es definida por la Organización Mundial de la Salud como una técnica de reproducción asistida, por lo cual el término útero subrogado se entiende como un procedimiento de este tipo aplicado a la parte mencionada del cuerpo de la mujer. Surge de un análisis legal y médico por acuerdo de los países que se suscriben, por lo cual se puede decir que es un concepto emanado del derecho internacional.⁴ En tal sentido, la maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, maternidad intervenida”, “disociada”, ”gestación por contrato”, o “madre sustituta” es el compromiso entre una mujer llamada “mujer gestante”, a través del cual esta acepta someterse a Técnicas de Reproducción Asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente, llamados “el” o “los subrogantes”, a quien o quienes se comprometen a entregar al niño que pueda nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes.⁵

Morán apunta que “es el contrato por el cual una persona o más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez pueden aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación aportando o no su óvulo y nacimiento de un niño concebido mediante técnica de reproducción asistida, a cambio de una prestación económica o a título gratuito”.⁶

Se puede decir también que es el, “supuesto en el que una pareja comitente o contratante, que por cualquier motivo no puede o desea tener un hijo por sí misma, realiza

⁴ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/.

⁵ Scotti Luciana, “El reconocimiento...” Pág. 274.

⁶ Morán, C., Gonzales, M. “Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la corte suprema”, (pp.41-63) en *Revista Jurídica Thomson Reuters*. N.7. Lima. 2013.

un contrato con una madre sustituta o portadora, con el fin de que previa inseminación de ésta o transferencia de un embrión fecundado in vitro, dé a luz al niño deseado entregándoselo a aquellos para ser considerado hijo de tal pareja” (Jiménez, 2012, pp.105-106).

En mi opinión el contrato de subrogación de vientre, es aquel en el cual existe un acuerdo de voluntades entre los padres comitentes y la mujer gestante, y que tiene como fin regular los aspectos económicos derivados de la práctica y las situaciones logísticas y legales que pueden presentarse, como así también prever responsabilidades derivadas de contingencias como por ejemplo el arrepentimiento de alguna de las partes, la falta de solvencia económica de quien debe financiar los gastos de la gestación, el momento en el cual será entregado el recién nacido, etc.

Por otra parte existe también lo que se conoce como Técnica de reproducción asistida que son “Todos los tratamientos o procedimientos que incluye la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de embarazos. Esto está limitado solo a la fecundación in vitro y la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia de embriones, la crío preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.” Glosario de terminología en reproducción asistida de la O.M.S.⁷

De igual forma, también se le conoce como técnicas de procreación artificial a la cual hace referencia a procedimientos artificiales desarrollados con la finalidad de ayudar a tener descendencia a las parejas que por distintos motivos no pueden tenerla y engloba la más variada estructura de prácticas biomédicas.⁸ En tanto que la Sociedad española de fertilidad lo define como “un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina.”⁹

En tal sentido, existen diferentes denominaciones para este procedimiento que surgen de artículos periodísticos, conceptualizaciones médicas y hasta el vocabulario popular, se lo suele llamar: renta de útero, vientre o matriz, préstamo de vientre, vientre sustituto, útero de alquiler, maternidad subrogada o sustituida, paternidad subrogada, subrogación gestacional, gestación subrogada, embarazo subrogado, embarazo de alquiler, etc. Lo

⁷ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/.

⁸ García, Karla. La Maternidad Subrogada.

⁹ Sociedad Española De Fertilidad. Saber Más Sobre Fertilidad Y Reproducción Asistida. SEF Paseo Santa María De La Cabeza, 6 1º Centro 28045 – Madrid.

cierto es que siempre se hace referencia al mismo procedimiento que persigue un fin determinado que es crear un nuevo lazo de filiación con asistencia de un tercero. No es propio utilizar términos que implican en ellos la idea de comercio o de intercambio de bien por dinero, pues se parte de la concepción que el embrión es persona y se le considera tal desde su concepción dentro o fuera del seno materno, por lo cual se le protege a nivel internacional desde ese momento.

Sin embargo, desde el punto de vista económico se puede distinguir según la madre sustituta actúe por solidaridad y de forma altruista o por razones de dinero mediando contraprestación económica. El ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución constituye uno de los aspectos más criticados, a pesar de que en otros países se trata de una forma de trabajo, en el cual las mujeres y sus familias (esposo e hijos) acompañan y conocen esta práctica, en otros casos es medio de ingresos para aquellos que desean costear con mayor rapidez sus estudios universitarios. En los países en los que no se ha reconocido la subrogación onerosa se teme que pueda derivar en una explotación de las mujeres con menores recursos económicos y que opten por estas prácticas forzadas por su situación, por otro lado, el acceso a la paternidad por estos medios sería accesible mayormente para aquellas personas que gozan de disponibilidad económica. Supone en definitiva una instrumentalización del más débil en favor del económicamente más poderoso y una cosificación tanto de las mujeres como de los propios niños convirtiéndolos en objeto de comercio vulnerando con ello el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. La persona humana no puede ser objeto de comercio. Consecuentemente el niño no puede ser objeto de transacción. En este sentido, la gestación por sustitución onerosa ha sido calificada como incompatible con la dignidad humana de la mujer al permitir la explotación del útero con fines de lucro y como degradante para el niño al amparar su intercambio por dinero. Además podría llegar a darse el caso de que accedieran a estas técnicas mujeres con el único objeto de evitar las repercusiones estéticas o profesionales que conlleva el embarazo.¹⁰

Por lo antes planteado, a nivel mundial no todos los países tienen en su ordenamiento jurídico una ley que regule el tema de la subrogación de vientre, sin embargo, en algunos ya hay leyes efectuada que tratan el tema y en otros existen organismos que resguardan los derechos humanos y que tratan de proteger en todo momento al individuo

¹⁰ Ruiz, Ángela (2013) Tratamiento Jurídico de la Gestación por Sustitución. Trabajo Fin de Master, para optar al título de Máster Universitario en Fundamentos y Principios del Sistema Jurídico. Universidad de Cantabria

para que no se convierta en un objeto o algo comercial, tal es el caso del Pacto de San José de Costa Rica del año 1969 establece lo siguiente:

Artículo 1: “Obligación de respetar los derechos. Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención persona es todo ser humano.

Artículo 2: “Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Artículo 4: “Derecho a la vida. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”(2) Artículo 1004 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ex artículo 953): “Objetos prohibidos. No pueden ser objetos de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos, ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplicaran los artículos 17 y 56.” Para complementar la idea se desarrolla lo siguiente:

Artículo 17: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”.

Artículo 56: “Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que la ley les dé.”¹¹

Por lo expuesto, se comprende que se trata de un bien jurídico protegido fuera del comercio y que el dinero que se reciba a cambio del procedimiento será solo para compensar las contingencias propias del embarazo como por ejemplo chequeos médicos, ropa de maternidad, alimentación y medicación especializada, transporte, etc.

¹¹ Pacto de San José de Costa Rica firmado en la ciudad de mismo nombre el día 22 de noviembre de 1969.

Por otra parte, no existe un concepto delimitado de lo que debe entenderse por derecho a la reproducción, ya que se asume la existencia y protección del mismo de una forma indirecta. Hay autores que manifiestan la necesidad de vincular el derecho a procrear con el derecho a la salud reproductiva. Es decir, la imposibilidad de concebir es entendida como una especie de enfermedad, que queda cubierta por este derecho dando lugar a la prevención y el tratamiento apropiado de la infertilidad, así como a la libertad de decidir si se quiere tener hijos, cuándo, y con qué frecuencia (Fárnos, 2011, pp.45-48).

Asimismo, para que el procedimiento médico ocurra, es necesario que se den los siguientes elementos, los cuales surgen de la explicación expuesta, y son: una persona o pareja con inconvenientes o imposibilidad para concebir, una mujer que pondrá a disposición su útero para gestar una vida, técnica de reproducción asistida, la intención de que el menor nacido forme parte de la familia que pide la filiación, y un acuerdo entre las partes en las que se establecen las pautas claras del proceso, para garantizar que no habrá excesos, abusos u onerosidad.

4. Tipos de subrogación.

La Dra. Andrea Rodrigo, especialista en técnicas de reproducción, realizó una publicación de su trabajo en la revista babygest, la cual se dedica exclusivamente a la actualización de información en este campo de la medicina, y expuso la siguiente clasificación entorno a la subrogación:¹²

- a. Tradicional o gestacional: Dependiendo de la procedencia de los óvulos, podemos clasificar la gestación en parcial o completa. Se llama parcial, tradicional o lineal en el caso en el cual la gestante es la madre biológica o genética del embrión la gestante subrogada proporciona su propio ovulo. Se realiza por medio de inseminación artificial por lo cual se considera un procedimiento de baja tecnología. Mientras que Ruiz, A (2013), expone que en la Subrogación tradicional (o parcial), la madre sustituta es inseminada artificialmente con el esperma de la persona que contrata o de una de las personas que conforman la pareja que contrata o bien con el esperma de un donante, resultando en todo caso que la madre de alquiler, en tanto que aporta su material genético, es además la madre biológica;
- b. Completa, total o gestacional: La gestante solo actúa como tal sin aportar sus óvulos, solo va a gestar y dar a luz a quien biológicamente será hijo de los padres intencionales (o donantes en caso de ser necesario). El óvulo se fecunda y el embrión se transfiere al

¹² Dra. Andrea Rodrigo, especialista en técnicas de reproducción- publicación Revista babygest fecha 04/04/2017.

cuerpo de la gestante, en este caso se habla de alta tecnología. En la actualidad es el tipo de gestación subrogada más utilizada. En tanto que Ruiz, A (2013), indica que la Subrogación gestacional (o plena) es aquella en donde la madre de alquiler se limita a gestar el embarazo para lo cual le es transferido el embrión concebido mediante fecundación *in vitro*, pudiéndose llevar a cabo dicha técnica con gametos de la pareja contratante o gametos de donante.

- c. Comercial o altruista: Dependiendo de que exista compensación económica o no será comercial cuando la gestante recibe un pago por el embarazo más los gastos ocasionados por el mismo, y será altruista cuando la gestante no recibe un pago más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo tales como ropa de maternidad, consultas médicas, medicación y alimentación específicas, viajes al hospital, etc.

Apoyando la opinión anterior, existen diferentes variantes de esta técnica de reproducción asistida. En primer lugar, puede llevarse a cabo la aportación por la pareja comitente únicamente del semen del varón, mientras que la madre gestante no solo lleva a cabo la gestación, sino también aporta el óvulo. En este caso la mujer gestante será madre biológica del nacido, y el varón de la pareja comitente su padre biológico junto a la madre intencional o jurídica (que sería la mujer que ha encargado el niño) que será la única que ejerza las funciones socio jurídicas inherentes a la maternidad. En segundo lugar, la pareja comitente puede aportar tanto los gametos masculinos como los femeninos. Entonces ambos se convertirían en padres biológicos y la mujer sustituta solo tendría que llevar a cabo la gestación del embrión fecundado. Y, en tercer lugar, también existen supuestos en donde la pareja comitente no aporta material genético, ya que este se obtiene a través de la donación de gametos. En este caso, los padres biológicos serían los padres donantes (Jiménez, 2012, pp. 106-107).

Angulo, M (2016), concuerda con los tipos de subrogación antes mencionados y ésta las enuncia de la siguiente forma:

- a. En el supuesto de una pareja heterosexual contratante, ésta aporta el material genético en su totalidad, es decir, óvulo y espermatozoide, y la madre gestante recibe el embrión en su útero con el fin de gestarlo y llevar a cabo su nacimiento. Por tanto, es una madre gestante pero no biológica. Se considera la modalidad que menos complicaciones presenta puesto que se produce la denominada fecundación *in vitro* homologada.
- b. Una segunda modalidad es cuando la mujer interesada en recurrir a esta práctica aporta su óvulo fecundado por otra persona ajena a su pareja, y éste es introducido en la pared

uterina de la madre gestante, que accede a engendrarlo y, posteriormente, a entregar el hijo cuando nazca.

- c. La madre gestante también puede ser biológica del bebé, cuando únicamente se aporta el elemento masculino esperma de uno de los miembros de la pareja que contrata o de una tercera persona.
- d. Otra forma es que el material genético aportado sea de personas ajenas al individuo soltero o a la pareja, ya sea matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual, y la madre gestante únicamente cede su útero.

5. Causas médicas y sociales que originan la elección de este método de planeación familiar.

Actualmente los motivos que inducen a estas prácticas son diversos pero siempre guardan relación estrecha con derechos tutelados por el ordenamiento jurídico ya sean de índole social, emocional, u orientados al plano de la salud física y mental. A continuación se analizan las causas ordenadas en 3 categorías: por cuestiones de salud ya existentes, por prevención médica, o situaciones sociales.

Problemas de salud ya existentes:

- a. Esterilidad: La pareja no ha podido lograr un embarazo, puede ser primaria después de intentarlo durante un año y secundaria cuando luego de tener el primer hijo no logra un nuevo embarazo después de haberlo intentado por dos años.¹³ Mientras que el Diccionario de la Real Academia Española de las Ciencias Exactas, Físicas y Naturales define esterilidad como la incapacidad para producir gametos funcionales o cigotos viables¹⁴
- b. Infertilidad: El embarazo se logra pero no llega a término, se trata de una instancia primaria cuando la pareja consigue la gestación pero el embarazo no llega a término y secundaria cuando la pareja logra un embarazo y un parto pero posterior a esto ningún otro embarazo llega a término.¹⁵ Reforzando la idea, la infertilidad se define como la incapacidad de completar un embarazo después de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas.¹⁶

¹³ Iglesias Cortina-Radakoff, Diana: “Un Gran Si a la Vida”, Santa María. 2009 pág. 45

¹⁴ Real Academia Española de las Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. Vocabulario científico y técnico. Tercera edición. Madrid: Espasa, 1996.

¹⁵ Iglesias Cortina-Radakoff, Diana: “Un Gran Si a la Vida”, Santa María. 2009 pág. 45

¹⁶ Santiago Brugo-Olmedo, M.D.* , Claudio Chillik, M.D., Susana Kopelman, M.D. Definición Y Causas De La Infertilidad. Artículo Evisión Dedetema Revisión 2003.

Los términos esterilidad e infertilidad en ocasiones son usados de manera intercambiable y algunas veces definen poblaciones diferentes. En la literatura hispana, la definición de la palabra esterilidad es la dificultad de lograr un embarazo, al tiempo que el término infertilidad es utilizado cuando se desarrolla el embarazo pero es interrumpido en algún momento; por lo tanto, es utilizado como sinónimo de pérdidas recurrentes de embarazo. Por el contrario, en la literatura inglesa el término infértil se refiere a la pareja que no logra alcanzar un embarazo, ya sea por la imposibilidad de que la mujer quede embarazada mediante los medios naturales (esterilidad), o cuando existen las posibilidades pero el embarazo no ocurre (subfertilidad), o si el embarazo efectivamente se desarrolla pero no culmina con el nacimiento de un recién nacido vivo.¹⁷

- c. Ausencia de útero adquirida (histerectomía) o congénita (Síndrome de Rokitansky)
- d. Endometriosis: Enfermedad crónica y benigna caracterizada por la aparición de tejido histológico y funcionalmente similar al endometrio fuera de la cavidad uterina. Generalmente afecta a los órganos pélvicos, especialmente a los ovarios, y suele asociarse a la esterilidad, dismenorrea, dolor pélvico, y dispareunia, aunque la sintomatología es muy variable.¹⁸ En otras palabras, es la condición caracterizada por dolor crónico en el área del abdomen, dismenorrea (menstruación dolorosa), sangrado vaginal irregular, dispareunia (dolor durante las relaciones sexuales), y posiblemente infertilidad. La endometriosis se produce cuando células que normalmente pertenecen a la cubierta interior del útero (endometrio) se adhieren a los órganos de la cavidad abdominal (ovarios, trompas de Falopio, vejiga o intestino).¹⁹

Asimismo, se han sugerido varias situaciones para explicar la presencia de infertilidad en pacientes con endometriosis, entre las cuales hay alteraciones anatómicas, anovulación y de la fase lútea. No obstante ello, no ha sido posible describir un único mecanismo que sea totalmente responsable de las manifestaciones clínicas de la enfermedad. Es indudable que tanto la endometriosis como las adherencias producen

¹⁷ Santiago Brugo-Olmedo, M.D.* , Claudio Chillik, M.D., Susana Kopelman, M.D. Definición Y Causas De La Infertilidad. Artículo Evisión Dedetema Revisión 2003.

¹⁸ Instituto Bernabeu. Medicina Reproductiva. Recuperado de:
<https://www.institutobernabeu.com/es/diccionario-ginecologico/v/endometriosis/>.

¹⁹ Idhaliz Flores Caldera. Periódico Medicina Alternativa. La endometriosis: mucho más que un simple dolor., PhD. Programa de Investigación de la Endometriosis Escuela de Medicina de Ponce.2008.

distorsiones anatómicas, limitan la movilización de las fimbrias y obstruyen las trompas o causan fimosis.²⁰

- e. Síndrome de Asherman: Según el Instituto Bernabéu “Es un problema que afecta al útero de la mujer y consiste en la formación y persistencia de adherencias o pegaduras entre las paredes interiores del mismo, y por ello la cavidad uterina será más pequeña o estrecha y con un tejido endometrial de peor calidad.”²¹
- f. Malformaciones uterinas incompatibles con la gestación.
- g. Fallos repetidos de otras técnicas de reproducción asistida.
- h. Abortos repetidos.

Prevención médica:

- a. Contraindicaciones: Existen enfermedades que pueden verse agravadas con el proceso del embarazo llegando a causar la muerte en algunos casos, por ejemplo enfermedades autoinmunes como el lupus, patologías cardiovasculares, ciertos tipos de cáncer, hipertensión, diabetes, etc.
- b. Consumo de fármacos: Hay tratamientos de salud que requieren un consumo continuo de medicación y esto impide la gestación o causa malformaciones fetales.
- c. Elevada edad de la madre gestante: Puede suceder que a partir de determinado momento los procesos de embarazo representen riesgos tanto para la madre gestante como para el feto, ya que a partir de cierta edad (lo cual varía dependiendo de cada mujer) el cuerpo responde a los cambios físicos y hormonales de manera diferente, y en muchos casos de forma más lenta o insuficiente, el hecho de que el cuerpo todavía pueda ovular no significa que sea seguro para la procreación.

Situaciones sociales:

- a. Parejas homosexuales que por su propia naturaleza biológica no pueden lograr un embarazo por ausencia de útero y no pueden fecundar como una mujer, naturalmente por su orientación sexual, recurren a este procedimiento que garantiza el derecho a formar una familia mientras se resguarda la libertad de hacer elecciones de carácter personal sin dañar al individuo en su ser ni en su dignidad.
- b. Consumo de sustancias, tabaco y bebidas alcohólicas: Existen evidencias que muestran que hábitos como el tabaquismo (Sofikitis y col., 1995) y el abuso del alcohol son

²⁰ Santiago Brugo-Olmedo, M.D.*, Claudio Chillik, M.D., Susana Kopelman, M.D. Definición Y Causas De La Infertilidad. Artículo Evisión Dedetema Revisión 2003.

²¹Instituto Bernabeu. Medicina Reproductiva. Recuperado de:

<http://www.institutobernabeu.com/es/ib/síndrome-de-asherman-y-fertilidad/>

nocivos para la calidad del semen; este último, por ejemplo, ha sido relacionado con una reducción de la síntesis y secreción de testosterona y una espermatogénesis anormal. El abuso de tabaco lleva a alteraciones del espermograma.

- c. Personas que ejercen actividades sexuales como forma de trabajo: Por el riesgo que conllevan estos actos (enfermedades de transmisión sexual como por ejemplo hepatitis, HIV, etc., situaciones de violencia física, etc.) resulta más seguro para el futuro hijo ser gestado en otro útero lejos de esas posibilidades para garantizarle el derecho a la salud, y resguardar también el derecho a formar una familia.
- d. Mujeres que realizan trabajos asociados a la imagen corporal o en relación de dependencia con ritmos de labor exigentes y tienen contratos por períodos largos de tiempo, lo cual no permite llevar a cabo un embarazo sin interferir en esas actividades o en la sana gestación, por ejemplo modelos o personal de empresas con horario full time, etc. A la vista de muchos esto podría parecer una motivación frívola, pero la ley ampara la libertad de elección mientras no se dañe a terceros, y cada persona tiene el derecho de elegir el camino por el cual iniciara la paternidad, se debe comprender que cada individuo tiene un plan de vida diferente y que mientras no sea contrario al derecho o a las buenas costumbres y la moral es completamente valido.
- e. Mujeres que tienen una estrecha relación con el deporte como por ejemplo competidoras olímpicas, miembros de una compañía de baile, etc. Las características de la dieta alimenticia que consumen y el esfuerzo que realizan no son compatibles con un proceso de embarazo. Se trata de profesiones en las cuales el esfuerzo personal va mucho más allá de una cuestión estética o un mero gusto por una determinada disciplina, se trata de una forma de vida compuesta por deseos y anhelos que físicamente no pueden ser compatibles en todos los casos, pues para gestar deberían abandonar o posponer su fuente de ingresos y su modo de vida, la cual en muchos casos es la única que conocen pues la practicas desde la infancia.
- f. Padres añosos: este es el caso de progenitores que son fértiles pero por cuestiones de edad y complicaciones orgánicas que pueden generarse en la gestación no quieren poner en riesgo la viabilidad de un embarazo, la formación del feto, o la salud de la madre. Otro aspecto a destacar es que la edad a la que se decide acceder a la maternidad o paternidad es cada vez más tardía²². Este es uno de los principales puntos, que como se ha señalado, determinan la efectividad de los procesos de fecundación in vitro. Es evidente que el acceso de la mujer al ámbito académico y laboral determina que decidan

²² www.telam.com.ar/notas/201602/135668-maternidad-ovulos-fecundacion-planificacion-familiar.html.

ser madres a una edad más tardía, al entender que “la mejor apuesta individual es abstenerse por el momento, con la esperanza de obtener mejores oportunidades en el futuro” (Dawkins,2002, p.156). Esta situación planteada ha sido incluida en el ítem que hace referencia a la prevención, pero tiene una gran implicancia social ya que el marco ideológico con el que crecemos, las prioridades y necesidades, son en parte, determinadas por el entorno social, por lo cual resulta pertinente incluirlo en ambas categorías.

Recurrir a la técnica de la maternidad subrogada puede deberse a varias razones, pero no todas ellas tienen la misma aceptación social; la controversia fluctúa desde la objeción moral a la valoración positiva. Hoy en día, una de las causas que lleva a recurrir a la gestación por sustitución es el problema de infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja, que se debe por la aparición de enfermedades por las que el embarazo puede suponer un peligro grave para la mujer o para la vida del bebé, a la ausencia uterina, a la edad o a una causa genética.²³ Se observa que las causas relacionadas con elecciones personales o que se encuentran libre de fuerza mayor son banalizadas y menos aceptadas moralmente por la sociedad, mientras que las cuestiones relacionadas con la salud son mejor aceptadas.

Es así, como los avances en la biología molecular han llevado a la detección de causas genéticas determinantes de trastornos reproductivos, tanto en hombres como en mujeres; sin embargo, esto representa un grupo muy pequeño de pacientes. Hay algunas causas con un patrón bien definido de alteraciones puramente genéticas y otras con participación de genes múltiples. Hasta el presente se han descrito formas anormales de desarrollo y de la función, que pueden ser provocadas por alteraciones a diferentes niveles del eje hipotálamo-hipófisoovárico.²⁴

6. Conclusiones Parciales

Si bien este procedimiento resulto algo nuevo que vino a desestructurar cuestiones sociales y jurídicas, la creciente cantidad y diversidad de situaciones humanas al encontrarse con las múltiples posibilidades que da la ciencia, ha provocado que este comience a tomar forma empezando por dar un concepto e incluirlo en el ámbito de la

²³ Angulo, C. Mireia (2016), La Realidad de la Maternidad Subrogada ¿Es necesaria su admisión en España?. Derecho Civil, Grado de Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona.

²⁴ Santiago Brugo-Olmedo, M.D.* , Claudio Chillik, M.D., Susana Kopelman, M.D. Definición Y Causas De La Infertilidad. Artículo Evisión Dedetema Revisión 2003.

salud, lo cual le abrió su primer espacio en el campo jurídico y el derecho comenzó a considerarlo como una cuestión que necesita de su saber constantemente.

Aunado a lo anterior, es evidente que se sigue buscando la solución a cualquier problema que imposibilite el traspaso genético entre generaciones, se puede afirmar que lo único que ha variado es la motivación para hacerlo, pero en lo que respecta al deseo de perpetuar la filiación se mantiene intacto desde tiempos antiguos hasta el día de hoy. La maternidad subrogada junto al resto de técnicas de reproducción asistida conforman un claro ejemplo de ello, y muestran cómo muchas personas han cumplido ese fin de tener descendencia en el marco de nuestra sociedad actual. Sin embargo, con la gestación por subrogación se ha llegado al punto de subsumir la posición de la madre gestante, para cumplir el fin de los padres comitentes de asegurar su herencia genética en el tiempo. Por ello, algunas voces afirman que se intenta encubrir la realidad vinculada a la maternidad subrogada presentándola como una forma más de reproducción asistida, con la que de forma altruista se da la oportunidad de realizar el sueño de ser padres a aquellas personas que no pueden serlo. Cuando en realidad lo que se lleva a cabo es “una nueva forma de explotación de la mujer y tráfico de personas que convierte a los niños en productos comerciales” (Mujer, Madre y Profesional de Profesionales Por La Ética, 2015, p.2).

Lo cierto es que el tipo de subrogación que se lleve a cabo dependerá plenamente de los límites morales, sociales, y emocionales de las partes, serán ellos quienes decidirán el trato mutuo que tendrán entre si y para con el recién nacido, y es deber del derecho poner orden y reglamentar esta situación para evitar que devenga en abusos y delitos, lo cual no puede quedar librado al criterio de los contratantes de esta práctica.

CAPÍTULO 2:

PROBLEMÁTICA ACTUAL

1. Introducción.

A continuación se describe que significa vulnerar un derecho y en qué casos sucede esto, la importancia de esclarecer esta idea radica en la necesidad de determinar cuáles son las situaciones en las cuales el ordenamiento jurídico tiene injerencia para activar sus mecanismos de protección. También resulta imprescindible determinar quiénes son los actores que forman parte necesaria en el proceso de subrogación de vientre, pues cada uno de ellos puede pretender el reconocimiento de un derecho en particular o pueden converger en una protección en común, resulta necesario determinar las responsabilidades que recaen en cada una de las partes. La finalidad es precisar qué personas y en qué condiciones pueden aducir que han sufrido la vulneración de un derecho, y a partir de esto determinar de cual o de cuales se trata para encontrar el remedio jurídico adecuado.

2. Conceptualización del Término “Vulneración de los Derechos” y Explicación de las Situaciones en que Sucede.

Tapar el sol con las manos puede ser una salida rápida e incluso efectiva para evitar que los rayos molestos peguen de manera directa, pero tapar la realidad es algo diametralmente opuesto; es imposible. La gestación por sustitución es una realidad que si se pretende que sea soslayada, los principales perjudicados serán los más vulnerables y a quienes diversos instrumentos internacionales, regionales y nacionales obligan a priorizar: los niños.²⁵

El tema de la subrogación de vientre y la falta de una regulación más específica, han ocasionado la vulneración de los derechos de los que intervienen en el proceso; para profundizar aún más en el tema, es necesario definir lo que son derechos humanos, según la Organización Mundial de la Salud (ONU) se definen como “los derechos que son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos”.

También se ha dicho que son “el idioma común de la humanidad.”²⁶ De igual forma, la OMS da otro concepto diferente pero importante: “Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a individuos y grupos contra acciones que interfieren en

²⁵ Derechos Humanos, Maternidad Subrogada, Filiación, Fecundación Asistida, Voluntad Procreacional. Un Valiente Fallo Del TEDH Sobre Gestación Por Sustitución. Prohibir, Silenciar, Regular O Fallar. Autoras: Herrera, Marisa Lamm, Eleonora Recuperado De: La Ley 02/07/2014, 02/07/2014, 1 - La Ley2014-D, 1165.

²⁶ Organización de las Naciones Unidas- Declaración de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Paris el día 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

sus libertades fundamentales y en la dignidad humana. Los derechos humanos se caracterizan porque están avalados por normas internacionales, gozan de protección jurídica, se centran en la dignidad del ser humano, son de obligado cumplimiento para los estados y los agentes estatales, no pueden ignorarse ni abolirse, son interdependientes y están relacionados entre sí y son universales.”²⁷

Los derechos humanos se basan en el principio de respeto por el individuo. Su suposición fundamental es que cada persona es un ser moral y racional que merece que lo traten con dignidad, y comprende a todos los grupos poblacionales sin importar etnia, edad, sexo, género o cualquier otra cualidad distintiva, por lo cual se consideran universales.

Mientras que naciones y grupos especializados disfrutan de derechos específicos que aplican sólo a ellos, los derechos humanos pertenecen a cada una de los individuos simplemente porque está vivo. Sin embargo, muchas personas no conocen la totalidad de derechos que comprende esta categoría, y cuando se les pide que los mencionen, en la mayoría de los casos, solamente nombran la libertad de expresión y creencia, el derecho a la vida y tal vez uno o dos más. No hay duda de que son importantes, pero tienen un alcance mucho más amplio que eso. Significan una elección y una oportunidad. Significan la libertad para conseguir un trabajo, elegir una carrera, elegir al compañero con quien ejercer la paternidad o formar una familia. Entre ellos está el derecho de circular ampliamente y el de trabajar con remuneración, sin acoso, abuso o amenaza de un despido arbitrario. Incluso abarcan el derecho al descanso.²⁸

De tal forma se puede decir, que los derechos humanos propician el respeto que se le debe tener a cada individuo desde el momento en que se engendra y se debe defender a toda costa la estabilidad emocional y la dignidad del mismo, tomando en cuenta que un ser que aún no nace puede ser víctima de seres inescrupulosos que lo utilizan o comercian con el fin de satisfacer el deseo de otras personas de tener una familia, tal es el caso de la maternidad por subrogación.

Aunado a lo anterior, a los menores se les debe dar una protección prevalente, entendida esta como aquella que permite ofrecer respuestas inmediatas y prioritarias a los menores en situación de riesgo o peligro, a fin de proteger sus derechos y prevenir de manera efectiva su vulneración. El Estado tiene la obligación de priorizar a los menores en la atención y los servicios que se ofrecen a la población en general. Se puede concluir que

²⁷ Organización Mundial de la Salud http://www.who.int/topics/human_rights/es/

²⁸ Unido por los Derechos Humanos. Haciendo realidad los Derechos Humanos. Recopilado de <http://es.humanrights.com/what-are-human-rights/>

el trato diferente que se otorga a las personas mayores y a las menores de edad, se da en razón de su vulnerabilidad física y social según lo prescrito por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos. Por el contrario, el trato diferenciado sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos a menores.²⁹

Partiendo de lo planteado, se expresa también la idea de lo que se considera vulnerar un derecho, se puede decir que sucede cuando se desconoce, ignora o es abolida una de estas capacidades protegidas por la ley. Mientras que, “se entenderá por vulneración de derechos cualquier práctica que por acción u omisión de terceros transgredan al menos uno de los derechos de los niños y niñas”.³⁰

Las situaciones en las cuales se pone de manifiesto una circunstancia de este tipo, tal como enseña el derecho, puede darse por acción cuando se realiza una o varias conductas de carácter positivo que tienden a negar u obstruir un derecho, u omisión en los casos en los cuales la falta de cierta conducta o de varias de estas, desprotege un interés jurídico. Cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo en la violación de un derecho, pues esto se da en el día a día o en situaciones particulares, pero resulta aún más grave cuando proviene de un agente que tiene un deber de tutela en determinada actividad, organismos estatales, organismos que administran justicia, etc.

Zapata, M (2015), expone que los derechos de los menores son una consecuencia del cambio de mentalidad o la percepción de algunos elementos negativos de la vida de ellos que conlleva a generar un mundo separado a nivel jurídico de los adultos. En otros términos, con razón de situaciones consideradas erróneas o contraproducentes para los niños se hizo necesaria la creación de normas especiales para protegerlos, teniendo en cuenta junto a esto, que no han alcanzado el nivel de discernimiento o madurez igual al de una persona mayor de edad, y por obvias razones tampoco poseen la experiencia de vida de una persona adulta.

Por lo cual, el interés superior del niño o la niña,³¹ tiene como objetivo proteger igualitariamente los derechos de los menores y asegurar la efectividad de su cumplimiento en donde se haga vigente la calidad integral del sujeto de derechos en cada situación social que puedan afectarlos drásticamente, planeadas en la escuela, la familia, los planes de

²⁹ Corte Interamericana De Derechos Humanos. Opinión consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002, párrafo 55.

³⁰ Corporación Municipal de Desarrollo Social Dirección de Educación Programa de Apoyo Escolar. Protocolo De Actuación Para La Protección De Los Derechos De Los Niños, Niñas Y Adolescentes 2014.

³¹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo Y Niñas VS. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

gobierno, política, etc. y del mismo modo es un deber de toda autoridad estatal, familiar y educativa para que en sus medidas adoptadas ya sean acciones privadas, públicas o judiciales se satisfagan y privilegien, de uno, en uno, todos los derechos de los niños, niñas y adolescente hasta dónde sea posible, y de no hacerlo se explique y se tenga en cuenta cómo la restricción de ciertos derechos, afectaría a corto y largo plazo el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y de la persona adulta. De ahí que, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Es decir, que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Se debe resaltar que como consecuencia de esto, los Estados tienen que atenderlos al momento de interpretar y dar garantías a los derechos de la infancia y la adolescencia en el horizonte de las políticas públicas; y tener en cuenta que el niño como ser social, también evoluciona en lo que se refiere a sus circunstancias y necesidades, no pudiendo pasarles por encima o dejarlos de lado, con razón que por buena que fuera la política o el proyecto a implementarse, tendría inscrito en su diseño una violación a los derechos del niño. En virtud que, implica la prevalencia del Interés superior del niño es la que no puede haber un interés superior a la vigencia efectiva de los derechos del niño o la niña y que ni el interés de los padres, ni el de otros adultos, ni el del Estado, puede ser el prioritario, cuando se toman decisiones que los afecten”³².

Para resumir todo lo expuesto se quiere hacer ver, que un niño nacido o por nacer, tiene derechos que son violados al momento de darse la subrogación de vientre, ya que en los casos en los cuales un niño es fecundado por alguno de los métodos que existen, y no cumple con las exigencias de los padres comitentes por no ser del sexo que se anhelaba o por venir con problemas físicos y estos deciden que no nazca, o se produce el arrepentimiento de la mujer gestante ya sea por cuestiones sentimentales o económicas, se ven afectados sus derechos, podemos mencionar a modo de ejemplo: derecho a la vida, al nombre, a pertenecer a una familia, a la estabilidad emocional, a todas las prestaciones que deriven como consecuencia de ser hijo/a de cierta persona como por ejemplo derecho a heredar, a poseer cobertura de una obra social, etc.

3. Enumeración y Explicación de los Derechos Afectados.

En numerosos instrumentos internacionales se ha contemplado, como un derecho humano, el derecho a formar una familia. Pero ¿qué pasa si por defender unos derechos se

³² Durán, Ernesto. Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate. En *Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas*; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 44.

vulneran o afectan otros o consecuentemente?, se respetan los derechos de una persona y se irrespetan los de otra. En tal sentido, cabe destacar que existen leyes a nivel internacional que norman lo que se conoce como subrogación de vientre, mientras que en otros países como Argentina aun no existen, por lo cual al querer aplicar esta técnica se ven afectados los derechos de las partes que intervienen, en especial los del niño nacido o por nacer y el de las personas mayores de edad que asumen el lugar de gestante y padre/s subrogante/s. Y es que esto sucede siempre que surgen prácticas sociales nuevas, en las cuales el derecho se debe dar a la tarea de estudiar en cuál de sus normas tiene lugar ese comportamiento o si deberá generar un sistema de normas nuevos para actualizarse, pero fundamentalmente, es menester que durante ese proceso de ajuste garantice el menor daño posible, y sobre todo que las practicas no devengan en situaciones ilegales.

En este sentido el Pacto de San José de Costa Rica, plantea diversos artículos en los cuales se plasman diverso derechos que protegen a las personas entre ellos el Artículo 11, el cual expone que “Toda persona tiene respeto a su honra y dignidad”. En palabras del Dr. Humberto Nogueira Alcalá se puede definir dignidad como “El rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos, lo que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerado instrumento o medio para otro fin además de dotarlo de capacidades de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.”³³ El mismo autor, también proporciona un concepto y una explicación de lo que se considera honra: “Corresponde al conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de las demás, lo que se vincula con el sentido objetivo del honor, como determinó la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”. “El núcleo esencial del derecho a la honra consiste en el derecho que tiene toda persona a ser respetable ante sí mismo y ante los demás, sin perjuicio de las limitaciones legales que lo delimitan y regulan”.³⁴

Aunado a lo anterior la Nueva Constitución protege la faz objetiva, que es aquella que se relaciona con la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno, ya que el aspecto subjetivo se trata del aprecio que cada uno siente por sí mismo. Para el caso concreto, una persona que debe haber padecido en su condición de salud; como requisito para acceder en última instancia a la subrogación de vientre, o aquella que debe pasar por

³³ Humberto Nogueira Alcalá- La interpretación constitucional de los derechos humanos. Lima-Perú. Ediciones legales 2009 pág. 11 y 14.

³⁴ Humberto Nogueira Alcalá-El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis-Vol. 4, número 2, 1998- Universidad de Talca Chile. Pág. 75 y 76. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/197/19740206.pdf>

situaciones que merman la forma en que se lo ve socialmente, como es el caso del extenso proceso del juicio de paternidad que provoca que familiares, amigos, incluso el entorno laboral puedan demostrar sentimientos que no son positivos para quienes transitan este proceso, atentan contra la dignidad. Del mismo modo sucede en los casos en los que se considera que para acceder a esta técnica deben existir pérdidas previas de embarazo y tratamientos de fertilidad que son invasivos y extenuantes o que han resultado fallidos. De lo expuesto se puede inferir que las personas que inician este camino se ven paulatinamente deterioradas en su ser, expectativas, sentimientos, e incluso a nivel económico, ya que previamente se ha invertido dinero en otras técnicas para preparar el cuerpo y recibir sanamente el embarazo o en los métodos que brindan otros procedimientos de reproducción asistida.

Seguidamente en el Artículo 4: se expone el Derecho a la vida. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Estas líneas hacen mención a la realización de acciones que atenten contra la vida, pero como se expresó anteriormente las omisiones también pueden causar una agresión a este derecho.

En tal sentido, se puede expresar que el niño o niña que viene a nacer por algún método de fecundación, tiene derecho a la vida así no cumpla con los requerimientos o anhelos de los padres comitentes, es decir, así no sea del sexo que se esperaba o venga con algún defecto físico, o con alguna enfermedad, en todos los casos tiene derecho a nacer.

Incluso si por motivos personales los padres comitentes desistieran de la idea de ampliar su familia, y la mujer gestante estuviera de acuerdo con eso, pues ella no contrato para ser madre sino para gestar, el interrogante en este caso sería que hacer con esta persona por nacer que al llegar al mundo no tendrá un seno familiar que lo reciba, pero que tiene derecho a exhalar su aliento de vida, en este caso una solución plausible de incorporar a la ley, es la de ingresar al menor recién nacido al circuito de adopción, la cual es una opción buscada como modo de lograr la paternidad. Independientemente de que el sistema adoptivo es de transito lento y actualmente se encuentra saturado, lo cierto es que quienes buscan adoptar tienen preferencia por menores de edad recién nacidos.

Esta solución expresada anteriormente debería ir acompañada con algún llamado de atención, sanción, o mecanismo que la ley determine pertinente, y sea calificado y cuantificado, ya que si se toma a la ligera esta opción, se podría dar abuso de la practica pues sería simple deshacerse del menor en brazos del Estado.

Por otra parte, aquella persona que por cuestiones médicas preexistentes o por estar bajo tratamiento farmacológico no puede gestar en su propio vientre una vida, ya sea por riesgo de pérdida de la persona por nacer, o por posible fallecimiento de la madre, recurre a arriesgar su vida para lograr la maternidad, ya que si no tiene en su haber el dinero necesario para viajar al extranjero, deberá anotarse en una lista de espera de adopciones que no siempre es segura como se mencionó anteriormente, pues muchas veces cuando la familia que adopta tiene la guarda del menor, la familia biológica lo reclama incluso habiendo pasado meses, por lo cual solo queda lograr el embarazo por medios naturales esperanzados en que la vida que existe dentro del vientre, y la de la persona gestante lleguen a buen puerto y no mueran en el intento. La mujer que aspira a la maternidad tiene derecho a ver resguardado ese plan de vida sin arriesgar su integridad física.

Asimismo en el Artículo 5 del mismo Pacto, se muestra el Derecho a la integridad personal: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.” Se entiende que una persona se encuentra en un estado de integridad personal cuando no hay menoscabo a nivel físico, mental y moral, es decir que no se le han generado traumas o trastornos de salud debido al accionar u omisión contra uno de sus derechos.

En tal sentido, no es el caso de quienes deciden iniciar el camino de la paternidad subrogada, pues medicamente y socialmente se considera que antes de recurrir a esto la persona o la pareja debe haber agotado instancias, esto implica que por ejemplo, una persona con diabetes o hipertensión debe haber perdido embarazos, tanto hombres como mujeres deben someterse a tratamientos de fertilidad que implican tomar muestras de los gametos, colocación de inyecciones y medicación cara que prepara el cuerpo para recibir el embrión, sumado a la presión social de que parejas recién casadas deben tener entre sus proyectos un hijo, o que llegando determinada edad el reloj biológico deja de funcionar bien y el embarazo es ahora o nunca, también se debe tener en cuenta el costo de los tratamientos, las contingencias laborales que esto produce, etc.

Todas estas cuestiones que forman parte de un vacío donde la ley no ha tomado cartas, provocan que quienes están expuestos a estas condiciones, pasen no solo por problemas de salud que podían ser evitados con una subrogación, sino también por estrés, agotamiento mental, en algunos casos frustración, vergüenza o depresión. En el caso de las personas del mismo sexo, se entiende que representa un trauma y afecta su integridad emocional tener que mantener contacto íntimo con una persona del sexo opuesto solo para

acceder a la paternidad, pues naturalmente y sin la ayuda de una técnica de reproducción asistida no hay hijo posible.

Otro de los Artículos que plantea este Pacto, es el 12 en el cual reza “Libertad de conciencia y religión”. “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.”. En este caso la parte fundamental del artículo es la que hace mención a las creencias, las cuales son pautas de vida de un individuo o grupo, estas no se encuentran resguardadas por el estado debido a que quien por convicción o por estilo de vida, no encuentran el amparo legal para iniciar la paternidad con la técnica de reproducción en cuestión, deban viajar a otros países en los cuales hay un marco legal y social que permite el desarrollo del proceso.

A pesar de que el tema ha tomado notoriedad gracias a que varias figuras públicas se han sometido a estos procedimientos, el Estado no ha realizado campañas de información o leyes complementarias. Habiéndose planteado en el Proyecto de Reforma del Código Civil en el año 2012 y por diferentes organizaciones, como una explotación de la mujer y cosificación del niño³⁵ y no como una técnica que complementa aspectos de la salud, esto produce que se vea afectada la libertad de expresar dudas y consultas por parte de quienes quieren acceder a este proceso, pues la falta de consenso dentro de la misma ley deja abierto el campo para que se emitan críticas, juicios de valor e incluso expresiones violentas contra los padres potenciales que expresan su ideología en foros médicos o de opinión.

En el Artículo 17 se expone, la Protección a la Familia. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.” De igual manera, la familia se define como el núcleo central de toda una sociedad.

Actualmente se puede hablar de varios modelos de familia, matrimonios heterosexuales, homosexuales, uniones de hecho, matrimonios poligámicos, familias mono-parentales, etc., sin abandonar a pesar de la diversidad el concepto de familia. Esta en sus diversos modelos, es considerada como elemento de estabilidad social mereciendo el establecimiento de políticas de protección de todos los estados.³⁶ Se trata de un aspecto del individuo que es fundamental pues es la primera estructura compuesta por más de una

³⁵ Centro de Bioética, Persona y familia. El alquiler de vientre internacional en el proyecto de Código Civil 2012. Recuperado de: <http://centrodebioetica.org/2012/el-alquiler-de-vientre-internacional-en-el-proyecto-de-codigo-civil-2012>

³⁶ Dutto, Ricardo. “Reforma al régimen matrimonial” - Pag.841 a 843- Revista 16, Tomo114

persona con la que el ser humano tiene contacto una vez que nace, le permite desarrollar capacidades de convivencia y es donde se reciben las primeras pautas que serán base para la educación, a su vez es un refugio en donde la persona se siente contenida y auxiliada cuando atraviesa alguna situación desfavorable, siendo esto una herramienta fundamental para prevenir en un futuro conductas que pueden ser nocivas tanto a nivel personal como sociocultural.

Es así, como la familia surge del vínculo que se genera independientemente de que exista coincidencia o no en el ADN, y todo aquello que obstruye o desconoce este nuevo procedimiento orientado a construir una familia atenta contra este derecho. El menor que nace de una subrogación, se ve afectado ya que la demora que se suscita en el juicio de paternidad y todos los requerimientos procesales de este, solo retrasan que el recién nacido comience a gozar de este derecho de forma consolidada y segura. Se lo priva de comenzar a reconocer la voz y el aroma de los padres, lo cual en los primeros días es fundamental para la conexión madre/padre/hijo, se ve alterada su rutina de sueño y alimento que cada padre ajustara a su parecer y sobre todo su estabilidad emocional pues mientras más tiempo pase, resultara más difícil la adaptación a la familia definitiva con la que crecerá. El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño expresa: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.”

De igual forma el Artículo 18 trata sobre el Derecho al nombre. “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”. Durante el procedimiento del juicio de adopción del niño subrogado, y en el tiempo que tarde esclarecer la finalidad de la madre gestante, la finalidad de la madre potencial y todas las cuestiones que se generan en medio como plazos de pruebas y demás tiempos procesales, el menor nacido no ve consolidado ese derecho.

A pesar de que en el mismo párrafo surge la solución provisoria, la protección del nombre no implica solo que la persona tenga una denominación que puede o no cambiar, sino que esta debe ser permanente y permitir la relación y asociación con el sonido de un nombre de manera permanente y el sentido de pertenencia a determinada familia con un apellido cierto y seguro. Cabe mencionar que el nombre en el cual se incluye el apellido del recién nacido, lo condiciona a recibir una serie de beneficios u otros dependiendo de quienes ejerzan la paternidad, ya que durante el embarazo y al nacer los padres son sus representantes legales, por lo cual a través de ellos el menor recién nacido puede heredar, puede pedir subsidios del estado, acceder gratuitamente a determinados alimentos como leche y vitaminas, e incluso ser fuente de prioridad para su madre en futuras planificaciones estatales, obra social de determinado tipo y calidad, entre otras posibilidades, este paquete de atributos de los que puede beneficiarse van a variar dependiendo de la familia a la que pertenezca, por lo cual no puede retrasarse ni alterarse constantemente la decisión de la ley.

Seguidamente el Artículo 19 prevé los Derechos del niño. “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Este derecho se ve pausado hasta el momento de determinar cuál será la familia definitiva del menor subrogado, con que apellido se presenta ante la sociedad. La protección abarca el aspecto físico, emocional y social.

La familia definitiva será sobre quien pese la obligación de cuidar la salud física del niño por medio de controles médicos, alimentación adecuada, y demás prestaciones o terapias que pueda necesitar, como así también la salud mental proporcionando un entorno sano, libre de situaciones que puedan alterar un crecimiento saludable. Emocionalmente serán los encargados de dar la contención y el amor que el individuo necesita a lo largo de su vida para generar una relación empática sana con sus semejantes y aprender a encauzar sus reacciones y emociones. Socialmente, la familia del niño deberá asegurar que este se desarrolle como un ser social, que comprende y aplica lo mejor posible las reglas de convivencia dentro y fuera del hogar, en instituciones deportivas, recreativas, lúdicas, educativas, etc. Por todo lo expuesto, la tarea que espera a los padres definitivos del menor es amplia y ardua, pues será sobre ellos que recaerá la obligación de tomar las medidas necesarias para que estos ítems se vean amparados, esto se relaciona con aspectos subjetivos muy profundos del ser, los cuales se transmitirán de forma directa o indirecta durante la crianza, por lo tanto el resultado dependerá de los cuidados de una persona o de otra.

Finalmente el Artículo 20 expone el Derecho a la nacionalidad. “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”. Muy vinculado a lo expuesto anteriormente. Cuando los padres comitentes deciden emprender este proceso con una madre subrogante que es nacional de otro país, (ya sea por que viajaron al extranjero o porque la mujer es extranjera en Argentina) suceden las mismas complicaciones que se desarrollaron en relación al derecho al nombre, pues la nacionalidad de un individuo determina también su pertenencia pero a mayor escala, y el grupo de normas jurídicas al que estará sujeto a lo largo de su vida. Estas normas varían de un ordenamiento a otro, por lo cual los derechos que en unos países están reconocidos en otros no, por ejemplo, en un país en el cual el aborto es legal y libre, no podría verse respetado el derecho a la vida y se podría terminar con el embarazo en el momento en que todas las partes se arrepintieran de haber subrogado, otro ejemplo que se puede mencionar es que no tendrá el mismo futuro una persona con nacionalidad en un país que constantemente está en guerra, que aquella que es nacional de un país con libertades y garantías respetadas. Por lo expuesto surge que la seguridad y el futuro del individuo dependen del nombre que lo relacione a una familia y de la nacionalidad que lo relacione a un país determinado.

4. Partes Intervinientes en el Proceso de Subrogación.

En el proceso de la subrogación de vientre existen diferentes partes o personas que intervienen estas son:

*Persona o pareja que aspira a subrogar el vientre: Por diferentes circunstancias mencionadas a lo largo de este capítulo, eligen esta opción de procreación, y son quienes realizan la búsqueda de la información necesaria para llevarlo a cabo de forma segura y legal. Ellos tendrán la obligación de abonar los gastos de pasaje, hospedaje y alimento si decidieran viajar a otro país, como así también las erogaciones dinerarias que resulten de realizar la documentación del menor recién nacido y todo aquel trámite que resulte necesario para poder salir legalmente con el del país. También deberán financiar las consultas médicas para la madre subrogante, vitaminas y demás gastos previsibles en un embarazo, lo ideal sería pensar que si la mujer gestante trabaja y debe realizar reposo por correr riesgo de pérdida o por problemas en su propia salud, y esto provoca que se ausente y pierda dinero relacionado al pago por día, presentismo, premio por producción, etc. los padres comitentes la compensen, pero la realidad es que esos límites serán acordados entre las partes en un momento previo a la subrogación y hasta donde sea posible de replantear.

Deberán realizarse un control psicológico para asegurar que se encuentran aptos de iniciar el proceso, que no presentan trastornos de carácter mental como psicosis, depresión, o alteraciones severas entre otras causas, que puedan poner en riesgo la vida del menor recién nacido, o que genere la decisión de transitar la paternidad por motivos o sentimientos poco saludables como por ejemplo: superar la ruptura de una pareja, la pérdida de un hijo, salvar del divorcio una relación, creer o sentir que el nacimiento del niño vendrá a solucionar o completar frustraciones o problemas existenciales de vieja data, obtener algún beneficio social, familiar o económico por medio de un nacimiento, etc.

*Mujer que pondrá a disposición su útero: Ella es quien está a cargo de gestar y cuidar el embarazo, tiene derecho a que se le reembolsen los gastos que fueron necesarios para lograr esto (consulta médica, comida especial, vitaminas, estudios, ropa de maternidad, etc.). Su deber es no realizar conductas u omisiones que atenten contra la vida del feto como por ejemplo consumir drogas, fumar, dejar de comer, realizar deportes o actividades que puedan implicar desprendimientos de la placenta o pérdidas, llevar a cabo conductas o actividades que puedan exponer al feto a contagio de enfermedades, asistir a las consultas médicas programadas y consumir toda la medicación que el especialista determine necesaria para la protección de ambos, entre otras. A su vez debe tener una certificación psicológica que la habilite a realizar esta actividad, por lo cual no se considera saludable ni seguro que una mujer que toma medicación ansiolítica, o presenta trastornos psicológicos como depresión u otras enfermedades más graves se aventuren a participar en este tipo de proyectos. Tampoco es recomendable que la gestante haya sufrido pérdidas de embarazos recientes, el fallecimiento de un hijo o situaciones familiares traumáticas como por ejemplo divorcios, abusos, etc., se intenta que su salud mental se encuentre lo más integra posible para poder afrontar el proceso de principio a fin, también para resguardar el interés de quien recurre a ella para la subrogación, debe tener un expediente médico que garantice que su cuerpo está sano y no posee enfermedades de transmisión sexual, situaciones de salud preexistentes o inconvenientes que puedan provocar abortos espontáneos. Como puede verse el aspecto mental es fundamental en ambas partes para poder llevar a cabo esta práctica de forma serena y sana. A su vez, la mujer gestante deberá tener en claro desde el comienzo que el niño gestado pertenece a otra familia.

*Agencias intermediaras: Son aquellos lugares que generalmente están habilitados como clínicas y funcionan como lugar neutral para que las partes intervinientes se acerquen. Aquí se inscriben las mujeres que desean prestar su vientre y quienes necesitan de ello, antes de ser aceptados se les realizan pruebas tanto psicológicas como físicas a

todas las partes para certificar de que todos están en condiciones de iniciar y culminar el proceso sanamente, por lo cual lo ideal es que cuenten con la infraestructura necesaria. Las partes pueden conocerse y decidir si se sienten cómodas mutuamente para llevar a cabo el proceso o prefieren a otra persona. Las agencias solo deberán cobrar el servicio de mediación y los honorarios del personal médico encargado del proceso. En este lugar se plantearán los honorarios de los profesionales que atenderán el parto y de los que se encargaran de la documentación pertinente al menor recién nacido, las partes pueden determinar los gastos que serán cubiertos y en qué proporción, por ejemplo, puede estar pautado que los gastos médicos se reconocerán al 100% pero la ropa de maternidad hasta un monto determinado, o también puede suceder que la mujer gestante desee una cirugía estética después del parto y los padres comitentes accedan a cubrir hasta cierto monto. Del mismo modo se plantean: contingencias de salud que puedan suceder posterior al nacimiento, remuneración por pérdida de salarios en día, presentismo, premio por producción, etc. en el caso de que la gestante trabaje y deba reposar y ausentarse para evitar pérdidas o riesgo en su salud. Pueden acordar que tipo de contacto tendrán durante el embarazo, si será frecuente o será esporádico, si prefieren que el contacto sea personal o por intermedio de la agencia. Después del parto deben coordinar si la mujer que dio a luz conocerá al recién nacido o no antes de entregarlo, y si luego de que el menor este con su familia continuaran teniendo contacto, como es el caso de algunas madres que desean que su hijo sepa su procedencia biológica, si solo enviaran fotos, o si el contacto será nulo luego de nacimiento.

Como puede apreciarse la agencia es el lugar físico donde se realiza el procedimiento médico y el intermediario que funciona como control de la situación verificando que se cumplan las pautas necesarias antes, durante y después del parto, con el fin de dar mayor transparencia y pulcritud al procedimiento. En algunos países las personas que no logran acceder al monto solicitado por este servicio, los interesados en esta practica optan por adquirir kits de venta libre en farmacias, la finalidad es la inseminación para los casos en los que la gestación se hará con un ovulo de la gestante y los gametos masculinos de quien, solo o en pareja, toma la decisión de iniciar este proceso, esta opción aunque más económica en gastos de logística, no es más segura pues los estudios médicos y demás cuestiones de prevención mencionadas antes quedan a criterio y libertad de las partes, pudiendo no ser suficiente para llegar a buen puerto.

*Abogados: Estos profesionales son los encargados de llevar a cabo toda la documentación necesaria en cada instancia del proceso, asesoran a las partes en cuanto a

dudas legales en todo momento, elaboran y cuidan los detalles de los formularios pertinentes, confeccionan el acuerdo de voluntades volcado en un contrato de subrogación teniendo en cuenta las estipulaciones de la agencia intermediaria y de las partes intervinientes, etc. Las organizaciones experimentadas en subrogación cuentan con personal capacitado en este rubro que saben dar celeridad de forma segura a los trámites en cuestión, pero las partes pueden elegir asesorarse por un letrado de confianza si así lo creen pertinente. El abogado en esta instancia es de suma importancia, pues es el encargado de hacer saber a quienes intervienen cuando están solicitando algo que no está permitido por la ley, o que constituye un abuso de la buena voluntad de la otra parte, también se da a la tarea de que la actividad se desarrolle conforme a la ley y no transgreda derechos propios de la posición de cada uno. En los casos en los cuales se ve tergiversada la filiación del menor nacido, la presencia del abogado será necesaria para representar a las partes en juicio, elaborar sus argumentos de defensa y presentar los recursos pertinentes para lograr celeridad y eficacia en el proceso.

*Juez de la causa: En sus manos está el trabajo más importante pues él es quien determinara la filiación del niño nacido y tiene en su poder la capacidad de acelerar el proceso o de dilatarlo y junto con esto pausar o definir los derechos del niño y de las demás partes. El Juez a pesar de lo establecido en la ley Argentina, para quien la madre del menor es quien lo ha dado a luz, puede fallar teniendo en cuenta el mejor interés del niño menor de edad, es decir que también contempla la situación que rodea a todas las partes intervinientes, realiza una mirada integral de la situación para determinar si lo dicho por la ley es aplicable a ese caso concreto, y es que los vínculos humanos son tan complejos y llenos de matices, que es difícil pensar que un par de renglones en un artículo podrían dar justicia a todos por igual, en estos casos el juez busca dar a cada uno lo suyo.

5. Conclusiones parciales.

Se aprecia que existe diversidad de derechos afectados y que las maneras en las que esto sucede no son tan obvias o evidentes como sería por ejemplo un arresto fuera de los términos constitucionales, una desaparición de persona o una estafa, etc., pero analizando las situaciones particulares se logra inferir que es una realidad y que gran parte es producto de la falta de agilidad en el ordenamiento jurídico con respecto a este nuevo método de reproducción asistida. Son circunstancias que no toman gran notoriedad porque los casos que se dan a conocer, pertenecen a personas públicas del medio artístico que realizaron el procedimiento en el extranjero, y en condiciones económicas que les permitieron resolver las contingencias, pero no se han hecho notar aquellos casos de personas con profesiones

comunes de clase media. Ya que todos somos iguales ante la ley, independientemente del estatus.

Asimismo, este tema ha tomado conciencia en varios países del mundo y aun cuando se han establecido leyes para regir el tema las mismas se siguen modificando para lograr establecer un equilibrio sano entre las partes que intervienen en el proceso, principalmente en el niño que nace o está por nacer, lo importante de esto es que se estudie y analice en Argentina la manera más idónea y correcta en la que se debería permitir aplicar este método de reproducción asistida; principalmente protegiendo los derechos del niño y luego de los padres biológicos y comitentes. La situación seguirá presente de hecho en la sociedad por más que el ordenamiento jurídico le niegue atención, esto ha sucedido con todos los avances científicos y tecnológicos que en su momento escapaban al entendimiento del derecho, pero inevitablemente quienes crean y organizan la legislación debieron tomar cartas en el asunto, pues a largo plazo este tipo de situaciones resulta más nociva siendo ignoradas que estando reguladas.

CAPÍTULO 3:

RECEPCIÓN DE LA SUBROGACIÓN DE VIENTRE EN EL DERECHO.

1. Introducción

Es sabido que antes de que una conducta sea observada por el ordenamiento jurídico debe tener cierta relevancia o importancia para él, es decir un par de casos no bastan, es necesario que la conducta se multiplique o que genere un impacto social notorio que pueda derivar en consecuencias queridas o no por la ley. El creciente aumento de casos mediáticos de subrogación de vientre, abrió las puertas para investigar que tan frecuente es esta práctica, y los datos obtenidos mostraron que cada vez más personas q están en posición de permitírsele acceden a esta técnica como medio para solucionar su conflicto de paternidad o maternidad. En medio de esta realidad, la ley se ha encontrado con situaciones jurídicas que derivan de estos casos y que deben ser resueltas mediante la interpretación del juez a falta de una herramienta mejor. El fin con el cual se elaboró el presente capítulo de este trabajo es exponer la postura del ordenamiento jurídico respecto al tema, y las tentativas de solución que ha brindado, investigando de qué manera se resuelven estas situaciones.

2. Situación en el Derecho Argentino.

Desde el punto de vista contractual, Argentina por muchos años consideró la doctrina de maternidad subrogada como nulo de nulidad absoluta, ya que el Art. 953 del Código Civil establece que: “ El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres, o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones y conciencia o perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuvieran objeto”.

El tema de la maternidad subrogada en Argentina, tenía un gran vacío legal, ya que no existía disposición alguna aprobada que lo regulara, lo único que hacía mención del tema era el nuevo Código Civil y Comercial. Las reformas que se efectuaron en el mismo omitieron el tema también y se siguió con lo plasmado en el artículo. 242 del Código Civil que fuera reformado por la ley nro. 24.540...”La maternidad quedara establecida, aún sin reconocimiento expreso por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”... En términos del derecho romano “el parto sigue al vientre”.

En la actualidad, el tema de la gestación por sustitución o maternidad subrogada ha cobrado sentido por los diferentes procesos legales que se han efectuado para amparar el tema en cuestión, dado los esfuerzos significativos que han hecho innumerables personas se ha logrado esbozar leyes que regulen el nacimiento por subrogación de vientre entre las normas que hacen referencia a las técnicas de reproducción asistida, la maternidad y filiación en general, se encuentra proyecto de ley conocido como “Proyecto de los Senadores Menem y Sánchez”³⁷, el cual propone en su artículo 250 lo siguiente. “En caso de que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, el marido sólo podrá impugnar la paternidad en el caso de que no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento”³⁸. Así como este existen muchos otros proyectos de

Ley que se encuentran en discusión en el congreso de dicha nación y aún no han sido aprobados.

Sin embargo, la legislación más importante que se ha realizado en Argentina sobre métodos reproductivos es la Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida también conocida como “Ley de Reproducción Humana Asistida”, la cual fue sancionada el 5 de junio de 2013, promulgada el 25 de junio de ese mismo año, y a su vez publicada en el medio oficial un día después de su promulgación³⁹

El objeto de dicha ley se encuentra en su artículo 1, el cual es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Dispone, además en su artículo 5, que los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida que cubre esa ley sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación. Así mismo, la ley establece quienes serán las personas beneficiarias que pueden utilizar esos mecanismos, el artículo 7 establece que será toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en esa misma ley, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado.⁴⁰

³⁷ Gamboa Montejano, C. (Octubre 2010). Maternidad Subrogada Estudio Teórico Conceptual Y De Derecho Comparado. Servicios de Investigación y Análisis”.

www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf

³⁸ Senado de la Nación, Argentina <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/>

³⁹ Ley 26862. Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

⁴⁰ Guerrero, Noelia (2015) Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional. Tesis de Grado que se presenta para optar al título de Abogada. Universidad Abierta Interamericana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

En este mismo sentido, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.) dictó a finales del año 2017 una disposición mediante la cual se autoriza a inscribir en forma preventiva, a los menores nacidos por maternidad subrogada como hijos de los padres comitentes. Es decir, que luego del nacimiento, los menores podrán ser inscriptos (mientras se encuentre vigente la norma) en el Registro Civil reconociendo la filiación de la pareja comitente en forma preventiva.⁴¹ A continuación se muestra dicha disposición y que engloba la misma:

DISPOSICIÓN N° 93/DGRC/17, REGISTRO CIVIL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Como expresamos, la Disposición n° 93/DGRC/17 autoriza a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria (otro nombre para maternidad subrogada o gestación por sustitución), estableciendo algunas condiciones de otorgamiento:

- 1) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación por sustitución (maternidad subrogada) realizada en el país;
- 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada.;
- 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y
- 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos , además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo.

Determinando así, que para que pueda aplicarse dicha inscripción preventiva, debe haber nacido el menor dentro de país, que el tratamiento médico también se realice en el país, que se haya expresado la voluntad procreacional en forma previa y libre, que la gestante haya expresado en forma previa no tener voluntad de ser madre, y que la inscripción se haga en forma preventiva, figurando los datos de la gestante en el legajo (pero no como madre del menor, sino a los efectos de dejar constancia de sus datos). Como se puede observar, no hace diferencia entre parejas de distinto o igual sexo, tampoco exige que los progenitores estén casados, ni que sean ciudadanos argentinos o residentes en la Ciudad de Buenos Aires. De igual forma, se vera en el desarrollo de la aplicación de la norma si funciona o no, pero ya es un paso enorme que una autoridad del Gobierno de la

⁴¹ Artículo.Maternidad Subrogada En La Ciudad De Buenos Aires – Caba. 22018 Recuperado de: <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/88-maternidad-subrogada-en-ciudad-de-buenos-aires-caba>.

Ciudad haya reconocido la maternidad subrogada y esté reconociendo sus efectos filiatorios en forma inmediata.

Para finalizar, los problemas que se presentan con este tipo de prácticas giran solamente alrededor de sus protagonistas, por un lado los padres genéticos (con su deseo de concretar su voluntad pro creacional), la madre gestante (quien podrá tener un interés económico, o por el contrario, un interés altruista) y trascendiendo a estas realidades el embrión que reclama su respeto a la vida, identidad y un desarrollo digno. En Argentina debemos hablar solo de maternidad subrogada altruista, es decir, no se admite como en California o Florida el alquiler de vientres propiamente dicho. Ya que las personas que nacen a través de estas técnicas de Reproducción Humana Asistida se les dificulta el proceso de subjetivización desde la mirada del psicoanálisis y no pueden ejercer el derecho a la identidad ya que se vulnera el acceso a la verdadera genética desde el punto de vista del derecho.⁴²

En tal sentido, es importante estudiar con detenimiento las situaciones que se presentan o se pueden presentar en la aplicación de este tipo de procedimientos, con el fin de mejorar el método de subrogación de vientres en donde se apruebe lo que debe ser aprobado y se prohíban todas aquellas situaciones o cuestiones que vulneren los derechos de los intervinientes en el proceso.

3. Sentencias Judiciales Argentinas.

Argentina ha sido protagonista de varios casos por maternidad subrogada, la Provincia de Mendoza a sido pionera en el tema, a la fecha, se ha obtenido un gran porcentaje de las sentencias sobre maternidad subrogada de todo el país. Todos los fallos y sentencias logrados en Mendoza han sido favorables a la gestación por sustitución y han reconocido a los recién nacidos como hijos de los comitentes. Otras provincias que junto a esta han participado del tema son Santa Fe, Buenos Aires y C.A.B.A. por lo cual presentan mayor avance jurisprudencial en materia de gestación subrogada.

En tal sentido, el Doctor Juan Pablo Rojas Pascual abogado patrocinante, en estas causas en la provincia de Mendoza plantea que por distintos factores y gracias a diversas personas, que con variados puntos de vista sobre el tema, han entendido que es importante consensuar y avanzar aun cuando la legislación no acompaña, se ha logrado que existan varias “nuevas familias” que no existirían de no haber trabajado en ello. Gracias a esto, las

⁴² Guerrero, Noelia (2015) Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional. Tesis de Grado que se presenta para optar al título de Abogada. Universidad Abierta Interamericana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

personas puedan ejercer su derecho a formar una familia logrando materializar derechos reproductivos reconocidos, pero obstaculizados por la falta de legislación.

De igual forma el Dr. Juan Pablo Rojas Pascual, en su artículo publicado expreso que ha tenido el privilegio de obtener la primera sentencia en Mendoza sobre Gestación por Sustitución. La sentencia obtenida se transformó en un hito de la maternidad subrogada, logrando un gran debate muy positivo y abriendo un nuevo camino para futuros padres y madres que requieren de este tratamiento de reproducción. La resolución fue dictada por el Dr. CARLOS EMILIO NEIROTTI, Juez del Primer Juzgado de Familia de la Ciudad de Mendoza, con fecha 29 de Julio de 2015. El Dr. Neirotti dictó una sentencia brillante, que ha hecho jurisprudencia en la Provincia de Mendoza y en toda la República Argentina, ordenando inscribir a un bebé concebido y gestado mediante maternidad subrogada a nombre de sus padres procreacionales. El caso tuvo una gran repercusión en la prensa provincial y nacional.

Es importante cuando se habla de sentencias, dar a conocer un poco sobre las opiniones de jueces referentes al tema, ya que a partir de ellas se puede observar una crítica constructiva respecto al tema en cuestión. Por lo cual, a continuación se presentaran opiniones de Jueces en sentencias de casos producidos en la Provincia de Mendoza:

JUZGADO DE FAMILIA N°1 de la Ciudad de Mendoza, Mendoza. A cargo del Juez Dr. Carlos Emilio Neirotti.

El Juez Dr. Neirotti, determinó que la filiación materna y paterna del menor nacido mediante gestación por sustitución, correspondía a los progenitores (es decir, determinó que es hijo de la pareja que hizo el tratamiento reproductivo, no de la mujer gestante).

En la sentencia, entre otros puntos, expresó:

"Creo que existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y de altruismo, por ello doctrina y jurisprudencia comparadas se interrogan acerca de si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente tiñen de onerosidad a la contratación, o si sólo se trata de una indemnización por los gastos producidas por la gestación y el alumbramiento, inclinándose por esto último."

"Es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación."

"También entiendo que debe garantizarse a todas las personas que lo necesiten el poder hacer uso de esta técnica; es así que la ley 26.862 regula el acceso a las denominadas TRHA en lo que hace a la cobertura médico social."

"La regulación legal de la TRHA y de la maternidad subrogada permite a todas las personas intervinientes (padres, mujer portadora/gestante, donantes de óvulos o espermatozoides, etc.) elegir libremente."

"La dación de vida debe privilegiarse por sobre todo otro miramiento ético."

"Resulta difícil la interacción en una sociedad que exalta la maternidad y paternidad como valores, pero rechaza u obstaculiza los medios científicos para lograrla cuando ella no se obtiene naturalmente."

"En este supuesto, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada "voluntad procreacional", (concepto que será retomado nuevamente). Esto hace mención a la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior."

"Este tercero, por aplicación de las reglas referidas a la identidad filial, en particular principio "Mater certa est" carece de esa voluntad, por ende aun cuando correspondería, en el caso y por aplicación de los principios legales ya reseñados, derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido."

"Esta práctica se realiza en muchos países del mundo; las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En consecuencia, las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución." (en el exterior).

JUZGADO DE FAMILIA N°2 de la Ciudad de Mendoza, Mendoza. A cargo del Juez Dr. Rodolfo Gabriel Díaz.

El Juez Dr. Gabriel Díaz, autorizó la realización de un proceso de gestación por sustitución, determinando que la filiación materna y paterna del futuro menor corresponderá a los progenitores (es decir, autorizó a la pareja a realizar el tratamiento

reproductivo, determinando que el futuro bebé será inscripto como su hijo, no de la mujer gestante).

En la sentencia, entre otros puntos, expresó:

"Así, el elemento determinante de la filiación es la denominada voluntad procreacional, esto es la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, pero recurriendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior."

"Ahora, ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes a este medio de acceder a la maternidad, corresponde aplicar la normativa general de fondo, en función de la orientación que brindan los arts. 1 y 2 del CCyC"

"La conclusión se impone: se trata de una técnica permitida en principio en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en razón del principio de legalidad (art. 19 C.N.) todo lo que no está prohibido está permitido"

"En este sentido, se destaca, por un lado, la norma del art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin discriminar tipos de familia, por lo que se debe entender que la Convención establece una protección general para TODAS las familias".

"Por otro lado, y en sintonía, tanto el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el Art. 15 del Protocolo de San Salvador, establecen el derecho a la constitución de la familia, como un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculados con el derecho a la igualdad y a la no discriminación"

"Por consiguiente, la solicitud de autorización judicial pretendida resulta admisible toda vez que, ante la falta de regulación legal expresa, conforme los fundamentos precedentemente expuestos y los alegados por los interesados, corresponde resolver la pretensión formulada, a fin de garantizar la efectividad del derecho de acceso a la justicia"

JUZGADO DE FAMILIA N°4 de la Ciudad de Mendoza, Mendoza. A cargo de la Jueza Dra. María Delicia Ruggeri.

La Jueza Dra. María Delicia Ruggeri determinó que la filiación materna y paterna del menor gestado y nacido mediante gestación por sustitución corresponde a los progenitores (es decir, a la pareja infértil, llamados comitentes) ordenando que se inscriba dicha filiación en el Registro Civil y Capacidad de las Personas.

En la sentencia, entre otros puntos, expresó:

"En el caso de marras, a través de un procedimiento de transferencia embrionaria se implantó material genético en un vientre que no era de quienes reclaman la maternidad y paternidad, utilizando la denominada gestación por sustitución."

"Así, el elemento determinante de la filiación es la denominada voluntad procreacional, esto es la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, pero recurriendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero"

"Desde esta perspectiva integradora del Derecho se impone el análisis de la técnica de la gestación por sustitución en el origen del derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia, puesto que el mismo, así como la protección de la familia constituyen uno de los derechos esenciales garantizados por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos"

"Es que la obligatoria apertura hacia la inclusión de nuevas formas de concebir la familia requiere que sean reconocidos sus derechos filiatorios, admitiendo la construcción de un parentesco basado en la voluntad procreacional y la sociafectividad, y el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante TRHA, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquellos nacieran".

A continuación se presenta un breve análisis de otras sentencias nacionales que versan sobre el tema, acompañadas de la fuente en internet de la cual fueron extraídas y constaran en la bibliografía, también se analizaran dos casos expuestos durante el 2018 que tomaron notoriedad.

JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N°86. A cargo de la Dra. María del Carmen Bacigalupo.

En julio del año 2013, se decidió sobre el primer caso de gestación por sustitución realizado totalmente en la provincia de Buenos Aires. El caso versa sobre una menor de edad que es asentada como hija de los padres comitentes (matrimonio heterosexual en el cual la mujer tenía problemas para concebir). Recurrieron a la técnica de subrogación de vientre y la jueza argumento su sentencia basada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, el Convenio de los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica, y el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (el cual todavía no había sido tratado en su momento). <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-inccripcion-nacimientos-f>

JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL. SAN CARLOS DE BARILOCHE. A cargo de la Dra. Cataldi.

En julio del año 2017, la justicia argentina emitió un fallo a favor de una pareja heterosexual, todo el procedimiento se llevó a cabo íntegramente en Rio Negro. El argumento fundamental que se tuvo en cuenta para este fallo es el Principio de Legalidad, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido, y según lo expuesto, el objeto es la protección del derecho a la identidad, a la protección de la familia, a la libertad reproductiva, a la voluntad procreacional y a la intimidad. Un punto interesante a considerar, es que se tomó una decisión respecto al certificado de nacimiento, se estableció que en lugar de colocar la huella digital de la gestante, se coloque la huella digital de la persona que aportó el material genético. <http://www.saij.gob.ar/gestacion-sustitucion-filiacion-suf0084358/123456789-0abc-defg8534-800fsiramus?q=more>

REGISTRO NACIONAL EN LO CIVIL N°1. CIUDAD DE BUENOS AIRES.

Una pareja de padres homosexuales argentinos (Carlos Dermergerd y Alejandro Grimblat), el 31 de julio del año 2012 reciben la noticia por medio de una sentencia judicial, de que serán padres de Tobías, quien fue gestado y nació en la India, constando esto en la partida de nacimiento del menor de edad, sin tener que llevar a cabo otro trámite judicial, siendo desde su nacimiento hijo de ambos padres. Fueron parte también en este proceso las Dras. Fabiana Schafrick y Elena Liberatori, La Dirección de Registro Civil del Gobierno porteño y la Cancillería argentina a través de la Dirección de Asuntos Consulares. Esto demuestra que las partes necesarias en cada proceso de subrogación de vientre dependerán de las circunstancias de quienes decidan emprender el procedimiento.

El ovulo fue de una donante anónima y el material genético masculino aportado por uno de sus padres. Esta sentencia coloca en pie de igualdad a los hijos de matrimonios homosexuales reforzando el derecho a la no descremación. <https://ilga.org/argentina-realizan-en-primer-registro-de-un-ni-o-hijo-de-dos-hombres>

Resulta entendible no encontrar fallos en la mayoría de las provincias pues se trata de un tema que aún es nuevo, pero a paso lento y firme se viene abriendo camino en el ordenamiento jurídico, Posiblemente la abundancia de sentencias provenientes de la provincia de Mendoza, se relacione con el hecho de que en esa región el tema está más tratado e incluso esbozado en un proyecto de ley.

En el año 2018 algunos de los casos que han tomado notoriedad son aquellos expuestos en un especial transmitido por el programa TELEFE noticias, el día 29 de octubre de 2018 titulado: “No soy tu madre”. Emitido a las 21.10 hs. La periodista que

realizo las notas expreso que a pesar de que hay un gran número de parejas indagando en el mundo de la fertilidad, no le ha sido posible encontrar muchos testimonios por falta de una regulación legal, haciendo referencia a que algunas parejas temen a la reacción de la justicia. En el primer testimonio, Micaela (vientre solidario) cuenta que fue una decisión tomada en conjunto con su pareja e hijos, y que luego lo comunico al resto de su familia, ella gesta a la bebe (Margarita) de su amiga Vanina quien desde hace tiempo intenta ser madre por primera vez y no ha podido lograrlo por medio de diversos métodos. Los protagonistas expresan que fue una experiencia que compartieron todos juntos de principio a fin y que los unió más que antes.

Noelia y Eugenia se conocieron por familiares en común, Eugenia durante mucho tiempo ayudo a los hijos de Noelia con zapatillas, ropa y en sus estudios, y ella a cambio decidió agradecerle prestándole su cuerpo para gestar una vida que Eugenia no podía concebir.

Gabriela fue vientre subrogado para su amiga que padeció de cáncer, tomo la decisión junto a su pareja y le explico a sus hijos que el bebe estaba en su panza pero que no era su hermanito, que no lo conservarían, ella expreso que los niños manifestaban curiosidad pero aceptaron la situación con más naturalidad de la que ellas esperaban. Gabriela expreso: “Nunca sentí que era mío, siempre tuve claro que era de ella”.

Juan Pablo Santalla nacido en el 2015 es hijo de padres homosexuales (Leo e Ignacio) actualmente tiene entre 3 y 4 años y asiste al jardín. Él fue concebido con un ovulo de donante anónima, espermatozoides de uno de sus padres, y el útero de una amiga de la pareja (Cintia) que ya tiene hijos propios y está en pareja. Los jueces de primera instancia aceptaron la impugnación de filiación de Cintia y otorgaron la paternidad a los comitentes, pero posteriormente una fiscal impugno esa decisión y los jueces fallaron en contra bajo los siguientes argumentos: no se acreditó correctamente el vínculo de amistad que origina la practica ni la posición de los padres comitentes ni la de Cintia y su marido, seguidamente se expresó que el artículo 19 de la Constitución Nacional según lo cual “Lo que no está prohibido está permitido”, rige solo para el ámbito penal, que la voluntad procreacional no cuenta, a diferencia de otras técnicas, entre otros argumentos.

Recomendaron iniciar un proceso de adopción. Los padres comitentes llevaron el caso ante la Suprema Corte de Justicia para que resuelva definitivamente. Este fallo se trata del primer bebe subrogado para una pareja homosexual, por lo cual se presume que eso puede haber influido en la decisión judicial, ya que en la mayoría de los casos de parejas heterosexuales el procedimiento se ha desarrollado normalmente. Mientras tanto todos los

derechos de Leo, Ignacio, y sobre todo Juan Pablo se encuentran en pausa.
<https://www.lanacion.com.ar/2195351-juampi-tiene-dos-papas-pero-justicia-piensa>

4. Derecho Comparado.

En cuanto al derecho comparado, es necesario observar la metodología de análisis jurídico de los distintos países y las resoluciones o fallos que se han dado en estos, con el fin de visualizar la perspectiva que tienen los países del mundo en cuanto al tema de la maternidad subrogada o gestación por sustitución. Es así, como se verifica que en la mayoría de los Estados europeos, se prohíbe la maternidad subrogada (Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suiza, entre otros), aunque hay un caso particular en España que si bien el Estado prohíbe la maternidad subrogada⁴³, “en el año 2010, se reguló el supuesto de inscripción en el Registro Civil Nacional sobre la filiación proveniente de una “gestación subrogada”, realizada en países permisivos”.⁴⁴

En cuanto a Latinoamérica, son escasos los países que poseen una normativa sobre el tema, por ejemplo Uruguay hace referencia en su art. 135 del Código de la Niñez y Adolescencia, estableciendo que: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación de un hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de nacido”.⁴⁵ “En tal sentido, La Cámara de Diputados uruguaya aprobó el día 12 de noviembre de 2013 la Ley 19167 conocida como “Ley de Reproducción Asistida” El objeto de la Ley es regular todas aquellas técnicas de reproducción humana que se pueden aplicar en ese país estando debidamente acreditadas científicamente, también viene a dar una serie de conceptos de lo que se debe entender como técnicas de reproducción humana asistida, infertilidad, entre otros. Es importante indicar que será el Estado uruguayo quien deba velar por la correcta aplicación de estos métodos de reproducción asistida y además debe garantizar su acceso a todos aquellos habitantes de la república que lo requieran ya sea mediante clínicas públicas o privadas. Una de las particularidades que posee esta Ley, es que los tratamientos de reproducción asistida van a ser directamente financiados por el Sistema Nacional de Salud

⁴³ Ley nro. 14/2006 del 26 de Mayo, arts. 10,27y28. Art.10:”Sera nulo de pleno derecho el contrato por medio del cual se ha convenido la gestación a título oneroso o gratuito, de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del co-contratante o de un 3ero”. La filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución se determinará por el parto. El padre biológico puede reivindicar la paternidad conforme a las reglas del derecho común.

⁴⁴ RAPALLINI, Liliana “La maternidad subrogada en el derecho internacional Privado Argentino. Reconocimiento Filiatorio”. Ed. Colegio de Abogados de La Plata- Octubre 2012. Pág. 7

⁴⁵ Guerrero, Noelia (2015) Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional. Tesis de Grado que se presenta para optar al título de Abogada. Universidad Abierta Interamericana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

de ese país. Lo anterior porque se considera como parte de un tratamiento médico para las personas que sufren de infertilidad que se considera como enfermedad”.⁴⁶

Por su parte, las leyes de la India tienen una característica en particular, de no otorgar la nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio, donde a los niños de esta modalidad se les otorga un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogante o madre sin estado”, el certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad tiene el status de “apátrida”.⁴⁷

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia del 28 de Noviembre de 2012, determinó que el Estado de Costa Rica efectivamente violentaba los derechos de sus ciudadanos, al no permitir que se realizara esta técnica de fertilización asistida. Así entonces se condenó al país a permitir y regular la aplicación de la fertilización in vitro. El último proyecto que se tramitó en nuestra Asamblea Legislativa respecto de este tema se encontraba bajo expediente N°18.151 y se titulaba “Ley sobre Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria, y creación de Depósito Nacional de Gametos”. El análisis del mismo fue suspendido mientras la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaba al respecto. Actualmente, expertos en la materia se encuentran desarrollando un nuevo proyecto de ley más, según los avances del borrador que han llegado a la luz pública, la gestación por sustitución se establecerá como una práctica prohibida en este nuevo proyecto de ley⁴⁸.

Tomando de referencia un caso que tuvo relevancia a nivel internacional, en EE.UU tuvo gran repercusión pública, por el cual la madre biológica de Melisa Stern, nacida en 1985, rehusó ceder la custodia a la pareja con la que había contratado la maternidad. El tribunal de Nueva Jersey otorgó la custodia a los padres biológicos. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato aunque mantuvo la tendencia a favor de los Stern, alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para Melisa. Diez años más tarde la Corte reconoció

⁴⁶ Guerrero, Noelia (2015) Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional. Tesis de Grado que se presenta para optar al título de Abogada. Universidad Abierta Interamericana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

⁴⁷ Scotti, Luciana, “El reconocimiento de la maternidad subrogada, una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. Pensar en Derecho- Pag.282

⁴⁸ Álvarez, A; Hernández M, (2015). Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2., del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho.

a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visitas. Las críticas que se plantean es si la madre de alquiler trasciende de un negocio concreto para convertirse en una profesión. 20 De acuerdo a lo citado y expresado por el mismo, la Corte tomó en consideración la posición estricta primariamente y años más tarde aplicó la posición flexible interpretando la mejor solución para la madre biológica.⁴⁹

De igual forma, México es uno de los pocos países latinoamericanos donde existió la maternidad subrogada debidamente regulada, a pesar de esto no se puede pensar que esta regulación fue aplicable a todo el territorio mexicano. Esta práctica se circunscribió en su momento únicamente al Distrito Federal donde se aprobó dicha práctica mediante Ley. No existe en ningún otro estado mexicano una regulación expresa de la maternidad subrogada como sucedió en el Distrito Federal. “México tiene una legislación permisiva pero atenuada porque cuenta con la creación de un Registro de mujeres que ofrecen sus vientres para gestar un hijo al que luego entregarán, proceso este que debe ser autorizado y supervisado por la dependencia ministerial encargada de la salud poblacional”⁵⁰. La primera iniciativa de Ley que fue aprobada se denominó Ley de Gestación Subrogada y esta fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México el día 30 de noviembre de 2010. Esa Ley de Gestación Subrogada consistió básicamente en una regulación de la práctica conocida también como “vientres de alquiler”, intentando delimitar quiénes son los sujetos que pueden acceder a utilizar esta modalidad reproducción asistida, y a su vez cual es el procedimiento para llevar a cabo esta práctica reproductiva.⁵¹

En la mayoría de los casos de los países donde la gestación por sustitución está permitida, independientemente que sea de manera altruista o no, se producen con fines lucrativos, por ello la gestación por sustitución se ha convertido en una industria millonaria en parte por los altos costes médicos (tratamientos, exámenes médicos, intermediario entre ambas partes: madre gestante y padres comitentes, servicios extras, etc.), las implicaciones legales y la recompensa que reciben las madres gestantes como pago por someterse a este proceso de reproducción. Todas estas actividades incrementan, de manera general, los

⁴⁹ Case Baby M. - Melissa Stern. EE.UU.

⁵⁰ Guerrero, Noelia (2015) Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional. Tesis de Grado que se presenta para optar al título de Abogada. Universidad Abierta Interamericana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

⁵¹ Álvarez, A; Hernández M, (2015). Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2., del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho.

costes de la gestación por sustitución aunque, como veremos, estos costes varían dependiendo de la región en donde se realice esta práctica.⁵²

Para resumir, la legislación en cuanto al tema de la maternidad subrogada resulta ser incipiente en muchos países de Latinoamérica incluyendo Argentina, existen otros países como Estados Unidos y Canadá que ya cuentan con una ley para la regulación del tema. Sin embargo, para determinar la necesidad de regulación de un tema tan importante como subrogación de vientre; no basta con analizar la normativa favorable hacia el mismo, sino que también resulta necesario incluir aquellas regulaciones prohibitivas que violen los derechos de los participantes en el proceso en especial los del niño, pues los argumentos manejados en una u otra posición responden a la realidad económica, social, cultural, religiosa y política de cada territorio.

5. Conclusiones Parciales

Finalmente, no se debe pasar por alto que el tema de la subrogación de vientre es una realidad que aqueja a muchas parejas no solo en Argentina sino en todo el mundo y que cada día son más las personas que buscan efectuar este tipo de métodos para lograr formar una familia, bien sea en su país de origen si se les permite o en otro país donde puedan efectuar su cometido. Por esta razón, es necesario que crear o reformar las leyes existentes con el fin de dar solución al conflicto del tema de la subrogación de vientre, para así darle oportunidad a aquellas personas que desean formar un hogar que lo tengan, de igual forma se necesita concretar un marco jurídico donde se reflejen los derechos, riegos y también las obligaciones que se acarrearán al utilizar este método con el fin de hacer valer los derechos humanos de cada persona que interviene en el proceso.

También se aprecia que a pesar de que la ley determina que la madre del menor es quien lo da a luz, y de que existe un complejo procedimiento legal, los jueces no hacen caso omiso de la voluntad de las partes, ya que cuando ambas manifiestan estar de acuerdo en los términos planteados, no hay ánimo de perjudicar al otro, y no se ha cometido ilícitos, el juez tiene en cuenta el mejor interés del menor, es decir en donde será criado de la manera más sana posible y con los recursos adecuados para desarrollarse como una persona de bien.

⁵² Rubio, María, J (2012), “Gestación por Sustitución. la Situación de la Mujer Gestante”. Trabajo fin de master que se presenta para optar al título de Master en Estudios Interdisciplinarios de Género. Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca

CAPÍTULO 4:

ASPECTOS PROCESALES.

1. Introducción

Todo acto que cae en la esfera del derecho se ve regido por normas de carácter procesal que aseguran garantías y métodos para dar al proceso imparcialidad y estabilidad desde que inicia hasta que culmina en la sentencia, la subrogación de vientre no es la excepción, pues el ordenamiento jurídico ya ha comenzado a interesarse en ella pues representa un fenómeno social y legal. Y dado que no tiene regulación específica pero si se da reiteradamente en la práctica, es necesario determinar qué aspectos procesales le atañe, fundamentalmente aquellos relacionados con los sujetos intervinientes, ya que son ellos los principales afectados por el problema de estudio planteado en la introducción de este trabajo. Lo mencionado constituye la finalidad de esta parte del trabajo desarrollado.

2. Juicio de paternidad. Explicación. Duración.

La demanda de paternidad ha estado muy presente en los medios en los últimos días: un término que en pleno siglo XXI puede sonar algo arcaico pero que aún se utiliza en casos puntuales en los que la paternidad de un menor o en casos extremos, de una persona adulta, debe demostrarse de manera legal. "No son demandas habituales", explica Alejandra García, experta en derecho civil del bufete Le Morne Brabant, "ya que conllevan un importante factor moral, que aún prevalece en la sociedad. La vergüenza y el 'qué dirán'". La realidad, puntualiza, es que este tipo de procedimientos se inician cuando existen dudas acerca de la paternidad de un hijo, y "es exclusiva de los padres porque el propio Código Civil ya establece que la maternidad viene determinada por el parto". En casos complejos como éste, y si la prueba genética se rechaza de forma consistente, el juez puede conceder la paternidad legal al demandado sin necesidad de soporte científico." No se puede obligar a nadie a someterse a un examen biológico que determine si los marcadores genéticos demuestran la relación paterno-filial", detalla Alejandra, "sin embargo, estas negativas reiteradas pueden suponer una prueba de posible paternidad porque se traducen en una manera de evitar que se demuestre la verdad"⁵³.

⁵³ ¿En qué consiste una demanda de paternidad?. Artículo publicado por: Ana Riaza.2016.

La subrogación de vientres es una opción para aquellas mujeres con alguna condición que impida la gestación o para una pareja de hombres. Esta definición básica define dos perfiles distintos de pacientes, porque no es lo mismo la imposibilidad de gestar que abrir una nueva posibilidad donde antes no existía.⁵⁴

Aunado a lo anterior, hay que explicar en que consiste el juicio por paternidad, el ejercicio de dicha acción de reclamación paternidad, ante los Tribunales tiene por finalidad determinar la filiación de un padre respecto del hijo. La filiación consiste en la relación de descendencia que se produce entre dos personas, una de las cuales es el padre o madre de la otra, hay distintos tipos de filiación: Filiación por naturaleza, Filiación por técnicas de reproducción asistida y Filiación por adopción. La determinación de la filiación es precisamente la materia de un juicio de este tipo. Para ellos, cabe recalcar que hay tres fuentes de filiación: La ley, que determina la filiación en base a ciertos presupuestos, por ejemplo, la presunción de paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio. El reconocimiento voluntario que hace el padre, la madre o ambos sobre el hijo. Y la sentencia judicial, esto es, cuando un tribunal declara la paternidad o maternidad anteriormente no conocida o modifica una ya determinada.⁵⁵

De igual forma, cabe destacar que entre los tipos de filiación se enuncia la Técnica por reproducción asistida, en la cual se deben efectuar varios procedimientos para poder reconocer al menor, si la subrogación de vientre se da de manera consensual y no ocurre ningún tipo de problema, el juicio por paternidad es más rápido pues si el juez atiende a la voluntad procreacional y no hay objeción por parte de ninguno de los involucrados, el menor será asentado directamente como hijo de los padres comitentes; mientras que en el caso en el cual exista alguna disputa entre las partes; esto conlleva a esperar un tiempo prudencial en el cual el juez que lleve la causa obtenga las pruebas necesarias y evalúe el caso según la legislación Argentina para poder otorgar algún fallo, el tiempo que se tarda el juicio dependerá de la situación presentada en cada caso, teniendo en cuenta la duración de la etapa probatoria, declaraciones de las partes, el tiempo que deban tomar los peritos para realizar informes, etc., cuando existe disputa se podría considerar un lapso de uno a cinco años.

⁵⁴ El clarín. Subrogación de vientre en Argentina: una guía con los pasos para lograrlo. Recuperado de: https://www.clarin.com/entremujeres/hogar-y-familia/subrogacion-vientre-argentina-guia-pasos-lograrlo_0_HkzV3poHZ.html. 18/07/2017

⁵⁵ Mis abogados.com. derecho de Familia. Paternidad.2016.

Uno de los casos que generaron antecedentes judiciales ocurrió en Entre Ríos. Allí una pareja heterosexual que no podía tener hijos contactó a una mujer de Perú para alquilar su vientre. Ella dio a luz y al niño se lo inscribió como hijo suyo y del hombre de la pareja.

Después esa pareja impugnó la maternidad de la mujer peruana, aduciendo que ella no había aportado material biológico y sosteniendo que la madre era la esposa del hombre, quien había aportado su óvulo para que le implantaran un embrión fecundado. Por diferentes razones procesales el juicio duró del 2010 al 2014, cuando finalmente salió un fallo que afirmaba que efectivamente la madre era la que había aportado material genético, fundado además en su voluntad procreacional. “Durante todo ese tiempo quien se vio más perjudicado fue el niño, porque al no definir de quién era hijo no se lo pudo documentar, vulnerando su derecho a la identidad. Tampoco se respetó su derecho a la salud, porque tampoco tenía obra social. ¿Qué habría ocurrido si en ese ínterin alguno de los padres moría? Ese chico no podía heredar porque no estaba definida su filiación”.⁵⁶

En tal sentido, cabe destacar que el caso planteado tuvo una duración de cuatro años, en el cual el niño pasó por un proceso donde fueron vulnerados sus derechos, y no se encontró más remedio que esperar el fallo de la causa ya que la legislación así lo establecía, en tal sentido estas son algunas de las situaciones que se defienden en cuanto a este tema ya que no es justo que por la implementación de un procedimiento médico que no está regido legalmente para el nacimiento se vean violado los derechos del ser humano.

De igual forma, los pasos que se deben dar en Argentina para la subrogación de vientre planteado por los doctores Sergio Pasqualini, director científico de Halitus Instituto Médico, Florencia Inciarte, coordinadora del programa de Útero portador de Halitus Instituto Médico, Patricia Martínez, psicóloga especialista en fertilidad de Halitus Instituto Médico, y Fabiana Quaini, especialista en derecho internacional de Familia estos son:

- a) Las parejas o personas individuales eligen a su portadora, que es una persona conocida, familiar o amiga. Esta es una instancia privada, donde no intervienen los centros de fertilidad. Teniendo una mujer que lleve a cabo el embarazo, el proceso se realiza en Argentina sin inconvenientes.
- b) Se acercan a la institución médica. En la primera entrevista se hablará de las cuestiones operativas del tratamiento.
- c) Se realiza una evaluación psicológica a la pareja o persona que motorizó el tratamiento y a la posible portadora. A quienes buscan convertirse en padres, se

⁵⁶ Diario Uno. La paternidad por fertilización asistida estará regulada por la ley. 2015.

pone el foco en su historia de vida y en relación a los hijos y sus deseos. También se les consulta cómo conocieron a la portadora y qué saben de ella: si es una persona empática, accesible y el vínculo entre ellos.

- d) En la mujer encargada de gestar se chequean sus posibilidades para realizar este tratamiento, que tenga características afines con quienes la presentaron, su flexibilidad y apertura a las nuevas experiencias. También se tiene en cuenta que haya tenido una experiencia materna satisfactoria.
- e) Esta intervención también está orientada a preparar y acompañar a los padres en la transmisión de la historia al niño y en la construcción del vínculo con la portadora.
- f) La siguiente instancia es una evaluación médica y una vez que se determina que la portadora es apta, comienza el tratamiento específico para cada caso.
- g) A la mujer gestante: se le indica un control ginecológico completo, ecografía de abdomen y renal, radiografía de tórax, electrocardiograma, un examen de laboratorio completo (que incluya enfermedades de transmisión sexual y las serologías para toxoplasmosis, citomegalovirus y rubeola. Luego, se realiza un "ciclo de prueba" en el endometrio, para determinar si responde como se necesita. Una vez cumplida esta etapa, se puede realizar el procedimiento.
- h) A los hombres que utilicen sus gametos, se les solicita un espermograma, se evalúa su cariotipo y si tiene enfermedades de transmisión sexual. Como opción, puede realizarse un estudio de enfermedades recesivas.
- i) A las mujeres que realizarán el tratamiento con sus óvulos, se evaluará su cariotipo y se solicitará un laboratorio completo, una ecografía transvaginal y un cultivo de flujo.
- j) Con la intervención de una abogada, se establece un consentimiento con los términos legales del acuerdo. Este especifica que la mujer gestante no es ni será la madre del bebé que llevará en el vientre y que los padres procreacionales serán responsables del hijo que la gestante llevará. Es decir, los padres procreacionales están en iguales condiciones que cualquier padre en un embarazo propio.
- k) Se procede al tratamiento de fertilización en sí, que dependerá de las necesidades y situación particulares. Antes de la implantación, se reitera más de una vez la posibilidad de arrepentirse en cualquier momento, tanto para los padres procreacionales como para la gestante hasta que el embrión es transferido. Luego, es técnicamente imposible volver atrás.

- l) Si el tratamiento es exitoso, se hace la presentación judicial con la historia clínica, el informe psicológico y médico. Se incluye en esta instancia el concepto de voluntad procreacional, que es la figura legal específica. Una vez obtenido el fallo positivo, se realiza el trámite en el registro civil para que en el acta de nacimiento figuren los padres procreacionales.
- m) La inscripción en el Registro Civil incluirá como madre quien dio a luz y como padre, al padre procreacional. Si es un matrimonio o pareja de dos hombres, se anota como padre a cualquiera de ellos.
- n) Luego, se inicia una acción judicial solicitando al juez que rectifique la partida de nacimiento colocando como madre a la procreacional o al otro padre procreacional, en el caso de pareja de hombres, o bien solo a la mujer u hombre que tuvieron la intención de ser padres, conforme a los previos consentimientos informados. Se agrega la documentación médica y un ADN para demostrar que la portadora no tiene vínculo genético con el niño que dio a luz. O sea que no se trata de una gestación tradicional donde la portadora además utiliza su propio gameto. Esto no está autorizado en Argentina.
- o) El juzgado da vista al Ministerio Público Fiscal y el asesor de menores puede nombrar a un tutor oficial para el niño. Se da vista al Registro Civil, se convoca a una audiencia y finalmente se dicta sentencia donde se ordena confeccionar una nueva partida de nacimiento donde figuran como padres los o el padre procreacional. Queda en el legajo la partida anterior. El número de DNI del bebé no cambia. Hay más de 24 casos en todo el país con sentencia positiva.
- p) Es importante destacar que no es necesario un permiso previo de un juez para estas prácticas de gestación, cuando al menos uno de los padres o el padre en caso de monoparentales aporte su gameto.
- q) Una aclaración: en Argentina, el óvulo no puede corresponder a la mujer portadora. Porque esto abriría la posibilidad de un pedido de revocación de la voluntad procreacional, basándose en el ADN.⁵⁷

Por lo antes planteado cabe mencionar, que las normativas que regulan este tipo de procedimiento como es la subrogación de vientres, debería tomarse más en cuenta y crear

⁵⁷ El clarín. Subrogación de vientre en Argentina: una guía con los pasos para lograrlo. Recuperado de: https://www.clarin.com/entremujeres/hogar-y-familia/subrogacion-ventre-argentina-guia-pasos-lograrlo_0_HkzV3poHZ.html. 18/07/2017

leyes que regulen el proceso de tal forma que las persona que intervienen en el, no deban esperar tanto tiempo para adquirir los derechos que le corresponden como ser humano.

Sin embargo, la doctora Gisela Russo en su artículo sobre el alquiler del vientre expone que no se puede dejar de observar la evolución que han gozado en los últimos tiempos estos derechos. El Código Civil fue redactado por el Vélez Sarsfield en 1869, reformado en varias oportunidades pero sin responder a las profundas transformaciones tecnológicas, sociales, económicas y culturales que la sociedad enfrentaba. Tuvieron que transcurrir 140 años para que la legislación Argentina hablara de técnicas de reproducción asistida, identidad de género, entre otras entidades jurídicas.⁵⁸

Siguiendo con dicho artículo, la comunidad internacional en su conjunto transitó un proceso de unión y consagración de normas internacionales, configurando preceptos y principios básicos, situando al ser humano, su dignidad y protección como principal pilar del derecho, manifestó la doctora Russo. Esta disociación entre la Constitución Nacional, Normas Internacionales y la realidad que ocurría en tribunales ha sido sorteada con la promulgación de la ley 26.994 la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación que no solo ha adecuado las normas jurídicas a la actualidad sino que ha incorporado principios, normas y obligaciones básicas de los Tratados de Derechos Humanos obligando a los jueces, el Estado y la comunidad general a una evolución imperiosa de la consagración de la persona y su familia.

Con la unificación y reforma del Código Civil y Comercial aparece una nueva figura jurídica llamada: "voluntad procreacional", previamente solo había dos tipos de filiación, la biológica y la adopción. La reforma legislativa define una tercera filiación mediante la cual la paternidad no se reduce a la adopción o un vínculo biológico sino por la exteriorización de la voluntad de tener un hijo, con un consentimiento previo, libre e informado de los padres comitentes. Es esta voluntad, la que determina el vínculo filial y no el material genético o la adopción, es el deseo imperioso de ser padre lo que hoy da inicio a la conformación de una familia y no simplemente una vinculación sanguínea o una intervención judicial. La letra del Código prescribe que los padres del recién nacido serán hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento. El donante del material genético no tendrá vínculo alguno, por lo cual carece de derechos y obligaciones, solamente sus datos serán brindados a los hijos

⁵⁸ ANR. ¿Por qué no se puede alquilar un vientre en nuestro país? Escribe la abogada Gisela Russo, especialista en bioética.2017

productos de estas técnicas de reproducción humana asistida por cuestiones relacionadas a la salud pero manteniendo la privacidad del donantes.⁵⁹

En consecuencia, Russo expone que la premisa incorporada en el texto de la ley permite ser padres a una persona (la cual llevará adelante la implantación y desarrollo del feto) y aquellos que no puedan proveer sus gametos (mujer u hombre) que deseen tener un hijo viviendo toda la experiencia del embarazo y formación del bebe. Frente a este dilema se han enfrentado los estrados judiciales debiendo actuar frente al silencio de la ley y en protección de los derechos e intereses de las familias. En el año 2016, en el Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora se falló a favor de M.R.H y C.J.N.A permitiendo a una pareja aportar sus gametos para la gestación de su hija y ser implantados en el vientre de la hermana de la mujer (M.C.H.) de quien es en la actualidad su sobrina y ahijada.

Asimismo, la Doctora Gisela Russo continua expresando que en la actualidad existe variada jurisprudencia sobre esta temática, en la ciudad de Viedma la jueza María Laura Dumpe el mes pasado autorizó en el Juzgado de Familia número 7 a una pareja homosexual a procrear un hijo mediante la figura de la gestación subrogada, a fin de proteger y exaltar los derechos de procreación y constitución de una familia de la pareja requirente. La magistrada dispuso que el acuerdo que suscribieran los progenitores intencionales y la gestante, se centra en que esta última a través de técnicas humanas de reproducción asistida lleve a cabo el proceso de gestación del feto y una vez que el mismo nazca entregado a aquellos que expresaron su voluntad procreacional e inscriban al menor en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Varias legislaciones alrededor del mundo, con restricciones de sexo, incapacidades médicas, entre otros, han autorizado el uso de la entidad de la gestación subrogada, entre ellas algunos estados de Estados Unidos, Portugal, verificando así la evolución de las naciones a un nuevo tipo de técnicas médicas y configuración familiar.⁶⁰

Para resumir, se plantea que si una pareja ha decidido tener un hijo por medio de la maternidad subrogada, debe estar consiente de cuáles pueden ser los inconvenientes que puede tener la implementación de esta vía y uno de los problemas al que hay que enfrentarse es a que algo puede no salir como se espera, y que esto puede acarrear tiempo y dinero mientras se consigue una solución, lamentablemente en Argentina aun el tema de la

⁵⁹ ANR. ¿Por qué no se puede alquilar un vientre en nuestro país? Escribe la abogada Gisela Russo, especialista en bioética. 2017.

⁶⁰ ANR. ¿Por qué no se puede alquilar un vientre en nuestro país? Escribe la abogada Gisela Russo, especialista en bioética. 2017.

subrogación no está bien definido y legislado por lo cual se puede perder mucho tiempo tratando de dar respuesta a algún caso por subrogación de vientres.

3. Artículo 43 de la Constitución Nacional: Acción de amparo

La Constitución Nacional consagra el derecho a peticionar ante las autoridades y ello importa también el derecho a obtener una decisión fundada. Es por eso que la administración está obligada a expedirse sobre todas las cuestiones que se le plantean y en tiempo oportuno.⁶¹

Es así, como el artículo 43 de la Constitución plantea, que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

De igual forma, están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia del usuario o del consumidor. Cuando se reconoce al amparo como un derecho constitucional goza como tal

⁶¹ Gavaldá, Juan, (2012) Amparo Por Mora.

de las mismas garantías y calificaciones que los demás derechos. Y como tal, si el amparo es y se reconoce como un derecho en sí mismo, tiene autonomía sin necesidad de vincularlo a otros derechos y garantías. A su vez goza como derecho de idénticas calidades y condiciones que el "acceso a la jurisdicción".⁶²

Sin embargo, uno de los tabúes más importantes en la Argentina es el Amparo sobre las decisiones judiciales, y el amparo contra el amparo, que siguen teniendo serias dificultades en su implementación, aunque el verdadero problema es la "ordinarización del amparo" por la gran cantidad que se tramitan en la justicia, situación que requiere una nueva revisión de esta figura.⁶³

Finalmente, existen muchos casos de subrogación de vientre que aún esperan que se les dé respuesta por parte de la administración pública, en un tiempo oportuno y no pasar por la penosa necesidad de esperar por años para una decisión judicial que perjudica a los que intervienen en el proceso. Teniendo en cuenta de los derechos que están en juego a lo largo de este tipo de procesos, no debería ser necesario tener que apelar a lo mencionado.

4. Artículo 28 del decreto ley 19.549: Amparo por mora.

Dentro de los diferentes objetos de los juicios que tramitan ante el fuero Contencioso Administrativo Federal encontramos el amparo por mora, figura que, prevista por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72,1 resulta ser un instrumento eficaz para la salvaguarda de los derechos de los particulares frente a una administración que se demora más del tiempo establecido para expedirse sobre las solicitudes que se le presentan.⁶⁴

El amparo por mora es una especie dentro del género amparo previsto por el art. 43 de la Constitución Nacional y previamente, por el decreto-ley 16.986/66, como vía judicial idónea contra toda omisión de las autoridades públicas que lesione derechos y garantías reconocidos por la normativa vigente y tiene por finalidad lograr que la administración, en el marco de un expediente administrativo, se pronuncie, es decir, que cumpla con su deber de dictar el acto administrativo, que resuelva la petición y sin indicarle el modo en que debe resolverla. Es decir, el amparo por mora es una especial acción de amparo a la que, en principio corresponde conferir un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones judiciales. Es un remedio frente a la inactividad, frente a la pasividad de la administración en el marco de un expediente administrativo y el perjuicio se origina en la no respuesta a

⁶² Revista. IUS vol.5 no.27 Puebla ene./jun. 2011. El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales.

⁶³ Patricio Alejandro Maraniello. El Amparo En La Argentina. Evolución, Rasgos Y Características Especiales. recuperado de: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/el-amparo-en-la-argentina-maraniello-correcciones-aceptadas.pdf>.

⁶⁴ Gavaldá, Juan, (2012) Amparo Por Mora.

un pedido de un particular, es decir, es la demora en sí, la que lesiona las garantías constitucionales de debida defensa y de peticionar a las autoridades.⁶⁵

De igual forma, el Artículo 28 del decreto ley 19.549 plantea que el que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.

En tal sentido, lo que plantea el amparo por mora, es proteger a toda costa los intereses de la víctima, en el caso de la subrogación de vientre, existen muchos casos a la espera de respuesta por parte de la administración pública, algunos de ellos llevan años tratando de conseguir solución pronta con el fin de que las partes afectadas gocen del derecho que les corresponde. En tal sentido “no interesa aquí cual es el modo en que la administración vaya a resolver un reclamo, lo que se está procurando es que ésta lo resuelva, expidiéndose de una buena vez para ponerle un punto final al estado de indefinición que pesa sobre una determinada cuestión”.⁶⁶ Claramente en este tipo de procedimientos el tiempo es vital, y en este caso menos es más: mientras menor sea la demora mayor y mejor será la tutela de los derechos adquiridos y de los derechos pendientes.

5. Conclusiones parciales

La figura del vientre subrogado o gestación subrogada en la República Argentina es un objetivo pendiente para esta legislación. Se debe comprender que el derecho que poseemos todos los habitantes de nuestra Nación es a la constitución de una familia, la igualdad y la protección integral de la misma que tiene raigambre constitucional y

⁶⁵ Comadira, Julio / Monti, Laura, Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 492.

⁶⁶ Gavaldá, Juan, (2012) Amparo Por Mora.

protección internacional. Aún hoy nuestro ordenamiento jurídico no responde a las necesidades de miles de mujeres y hombres que anhelan ser padres y no pueden recurrir a procedimientos o prácticas con altos costos económicos en otras naciones y que solo son llevados a cabo por pocos⁶⁷

Como se ha visto, el Amparo por mora aparece como una solución posible frente a los casos en los que la administración recibe peticiones y no cumple con su obligación de pronunciarse, dejando pasar todo el plazo previsto normativamente o cuando no hay un plazo previsto para expedirse y la demora excede más de lo que sería razonable. Cuando no se obtiene respuesta alguna, las pretensiones de los administrados quedan flotando en ese limbo eterno que es el estado de indefinición.⁶⁸ El amparo por mora es una herramienta muy eficaz para lograr que la administración se expida, que si bien es un trámite judicial, se da siempre dentro del procedimiento administrativo o referido a éste, aunque su objeto específico es la orden de pronto despacho judicial dictada por el juez, lo cierto es que sus efectos inmediatos se producirán en el procedimiento administrativo pendiente de resolución.⁶⁹ En tal sentido en Argentina se debe procurar avanzar en este aspecto para poder dar pronta solución a los casos que esperan respuesta en cuanto a la subrogación de vientre sin que sea necesario perseguir a los funcionarios públicos para lograr llegar a buen puerto.

Surge del análisis de los elementos esenciales que deben estar presentes para la subrogación de vientre, exponiendo que no se trata de una práctica improvisada o espontánea, sino que las partes han tenido el suficiente tiempo para plantearse y replantearse las circunstancias en las cuales se están por involucrar (suponiendo que existe un consentimiento informado verídico, una capacidad de razonamiento sin vicios y libertad de consentir). No se trata de un mero impulso irresponsable, sino de una decisión en conjunto, de la cual podrían haberse retirado en cualquier momento previo a la inseminación y aún así decidieron llevarlo a cabo. Una voluntad tan fuerte no debería ser desoída por el derecho.

⁶⁷ ANR. ¿Por qué no se puede alquilar un vientre en nuestro país? Escribe la abogada Gisela Russo, especialista en bioética. 2017.

⁶⁸ Gavaldá, Juan, (2012) Amparo Por Mora.

⁶⁹ Gordillo, Tratado de derecho administrativo, t. 4, op. cit, cap. XIII, § 1, p. XIII-2.

CONCLUSIONES FINALES

¿Existe vulneración de los derechos personales del niño por nacer o menor de edad y de los padres potenciales por ausencia de la figura legal maternidad subrogada? Este interrogante ha dado lugar a la investigación aplicada del tema, el cual parte de la hipótesis de que esta técnica de reproducción asistida, no está suficientemente tratada por la ley y esto podría ocasionar que se pongan en juego derechos adquiridos y aquellos que son potenciales, es necesario que el ordenamiento jurídico agilice el razonamiento legal para que el amparo de ciertos derechos se torne elástico y abarque las nuevas causas que los producen. Por lo mencionado se planteó como objetivo general: Determinar y analizar los derechos que resultan afectados por el problema planteado en el trabajo. Esto se ramifica en objetivos específicos que consisten en: Recopilar elemento normativos y conceptos para interpretar las lecturas, indagar la realidad del problema, investigar y detallar soluciones legales existentes, enumerar y fundamentar derechos afectados, analizar quienes son las personas sobre las cuales puede recaer lo mencionado, determinar recursos que tienen las partes, investigar el criterio que usan los jueces para dictar sus sentencia y exponer situaciones en las cuales resulte conveniente la subrogación.

Habiendo analizado el material elegido para el desarrollo del tema, el cual consta a lo largo del trabajo, la hipótesis se confirma basada en los siguientes argumentos:

- a. En esta circunstancia especial que se da en el marco de la técnica de reproducción asistida llamada subrogación de vientre, el ordenamiento jurídico presenta retraso en la protección de los siguientes derechos: a la salud física y mental, al nombre, a la nacionalidad, a formar una familia y protección de esta, derecho a la vida, a la integridad física, a la integridad personal, a la libertad de conciencia, y a todos los derechos del niño que deriven de su condición de tal. Esto surge del análisis de los correspondientes textos legales en contraste con la realidad social actual, la cual se manifiesta en las sentencias judiciales que en algunos casos han llegado a tener una demora de cinco años. Esta conclusión también resulta de un hecho manifiesto: sin sentencia no hay filiación, y la filiación tardara tanto como la sentencia.
- b. Habiendo realizado trabajo de investigación con las fuentes propias para este tipo de proyecto, no se ha encontrado legislación argentina específica que regule el tema puntualmente, solo un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado, sin embargo, si existen leyes que resultan

más amplias y que fueron creadas para ser aplicadas en otras situaciones, pero se adaptan a la situación, estas son usadas por los jueces para elaborar una sentencia, sientan precedente y eso funciona como una fuente de inspiración para los próximos casos que se presenten. Algunos países como México (solo en el Distrito Federal) tienen regulado el procedimiento para la subrogación mientras que en el resto de los países latinos, el ordenamiento jurídico no lo ve con buenos ojos, del mismo modo en casi toda Europa se trata de una práctica que se encuentra prohibida.

- c. Socialmente, este tipo de técnica de reproducción asistida, no es bien vista si la persona o pareja que decide emprenderla no ha agotado todas las instancias, o no presenta un padecimiento de salud. La opinión en muchos casos es que se elige este medio por una cuestión de frivolidad, ya sea por no alterar la estética del cuerpo o sufrir los inconvenientes que conlleva un embarazo, en cambio cuando quien se va a intervenir presenta un problema de salud relacionado con la esterilidad o con patologías preexistentes, la mirada ajena suele ser más benevolente. Esta diferencia de opiniones se suscitó respecto a la inseminación artificial en los primeros tiempos, y al ser regulada por la ley y mediante su uso se convirtió en una práctica que ya no despierta asombro, por lo cual tal vez sea cuestión de tiempo para que la sociedad realice una mejor asimilación, ayudada por las formas legales correspondientes que ordenaran la situación para que sea mejor comprendida. La ley habla del derecho a formar una familia y a su protección, y debe amparar esto sin importar el método que se emplee (siempre que sea legal), se trate de embarazo natural, adopción, inseminación artificial o subrogación de vientre, debe respetar el derecho que posee cada individuo de elegir el método que considere más idóneo de acuerdo a sus circunstancias de vida.
- d. Se observó que los jueces al momento de elaborar los argumentos de sus sentencias, toman un elemento normativo que es la intencionalidad. Es sabido que en el derecho, la intención puede determinar un tipo de figura legal u otra, tanto en el ámbito civil como en el penal, ese elemento subjetivo es el que configura por ejemplo, un tipo penal más o menos

grave, un contrato de determinada naturaleza u otro diferente, etc. En el plano del derecho de familia, la intencionalidad constituye la voluntad procreacional (querer ser padres), implica asumir que se estará a cargo de un menor de edad y de sus necesidades emocionales, psicológicas, y físicas. Esto se encuentra ligado a otro concepto muy importante tenido en cuenta: el mejor interés del niño. El juez debe asegurarse de que la decisión que tome será lo mejor para el menor de edad, por lo cual, la mayoría de los magistrados entienden, que quienes manifiesten la intención de convertirse en padres, pondrán toda su diligencia para esto, que a la larga será lo mejor para el recién nacido. Casi todas las sentencias resultan favorables para los padres comitentes, aunque demoren, e impliquen gastos legales, pero sería mejor si la ley planteara un camino concreto para alcanzar el mismo resultado en menor tiempo.

- e. Analizando la situación del Código Civil y Comercial de la Nación, surgen argumentos para el no reconocimiento expreso de la subrogación de vientre: no puede ponerse en el comercio ni contratar sobre la persona, no puede cosificarse a la mujer que será usada para gestar, y no puede permitirse que la técnica en cuestión se convierta en una práctica onerosa que comercialice con el ser humano. Lo expuesto denota una preocupación por parte del derecho, de que la práctica se desvirtúe para un mero fin comercial, por lo cual ha optado por no incluirla en la última reforma, pero lo cierto es que la regulación no la hace nociva, es decir lo que torna ilícita o dañina una conducta es el uso que el ciudadano hace de la ley, las cosas que están reglamentadas pueden ser ilícitas dependiendo de la intención de quien lo lleva a cabo, por ejemplo comprar y vender cosas es legal, salvo que quien lo hace tenga intenciones de estafar y arbitrar todo para ello. El derecho no ha comprendido que mientras más claras se establezcan las pautas, menos situaciones irregulares se darán, o al menos si se dan podrán ser denunciadas al organismo que corresponda. A mi entender, esta concepción defensiva en extremo que adopta la ley, proviene de la mala interpretación de lo que es la situación de subrogación de vientre. El aspecto oneroso no se enfoca en la persona por nacer y el cuerpo o los derechos de las partes, sino en los gastos propios que implican un

embarazo y un nacimiento (alimentos, controles médicos, ropa especial, transporte, compensación de salario si la mujer debiera reposar para evitar pérdida o daño en su salud etc.), el contrato de subrogación no le pondrá precio a la persona por nacer, sino que servirá para regular los derechos y obligaciones entre las partes y coordinar cuestiones de logística como por ejemplo el lugar de confianza en donde se llevara a cabo el nacimiento, la entrega del recién nacido, hasta que monto responderán los padres comitentes o de que ítems económicos se encargaran, etc. Puede compararse al acuerdo que se firma en un divorcio cuando existen hijos comunes de la pareja: se fija la cuota alimentaria y demás prestaciones que el padre brindara, los días de visita junto con el lugar y la hora, entre otras cosas, y para nada implica la cosificación del niño. Se trata de un acuerdo de voluntades en el cual las partes están debidamente informadas y firman por convicción propia, hasta el momento en que la ley indique, tienen la opción de retirarse si no les parece adecuado o no están seguros de realizar este tipo de prácticas, por lo cual nadie se ve forzado o engañado, del mismo modo y según la libertad de contratar y de establecer el contenido, las partes pueden prometerse entre sí prestaciones con las que todos los participantes se sientan cómodos o retirarse si no comparten la idea, por ejemplo, los padres comitentes, si están en posición de hacerlo, pueden ofrecer una compensación extra por las incomodidades presentadas, o puede suceder que la mujer gestante se ofrezca para amamantar al recién nacido durante un tiempo para q este se beneficie con una lactancia natural, entre otras cosas. En definitiva, si el derecho se replanteara su punto de vista traería mayor seguridad y celeridad a esta práctica que no dejara de darse en la realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Angulo, C. Mireia (2016), **La Realidad de la Maternidad Subrogada** ¿Es necesaria su admisión en España?. Derecho Civil, Grado de Derecho. Universitat Autònoma de Barcelona.
- Aparisi Millares, A., Y López Guzmán, J. (2012). **Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada**. Cuaderno de Bioética, XXIII.
- Centro de Bioética, Persona y familia. **El alquiler de vientre internacional en el proyecto de Código Civil 2012**. Recuperado de: <http://centrodebioetica.org/2012/el-alquiler-de-ventre-internacional-en-el-proyecto-de-codigo-civil-2012>
- Código Civil y Comercial de la Nación artículos: 1007, 17 y 56.
- Dawkins, R. (2002). **El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta**. Barcelona: Salvat.
- Farnós Amorós, E. (2011). **Consentimiento a la reproducción asistida**. Crisis de pareja y disposición de embriones. Barcelona: Atelier.
- Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/.
- Humberto Nogueira Alcalá- La interpretación constitucional de los derechos humanos. Lima-Perú. Ediciones legales 2009 pág. 11 y 14.
- Humberto Nogueira Alcalá-El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis-Vol. 4, número 2, 1998. Universidad de Talca Chile. Pág. 75 y 76. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/197/19740206.pdf>.
- Iglesias Cortina-Radakoff, Diana: “Un Gran Si a la Vida”, Santa María. 2009 pág. 45
- Instituto Bernabeu. Medicina Reproductiva. <https://www.institutobernabeu.com/es/ib/síndrome-de-asherman-y-fertilidad/>
- Instituto Bernabeu. Medicina Reproductiva. <https://www.institutobernabeu.com/es/diccionario-ginecologico/v/endometriosis/>
- Jiménez Muñoz, F. J. (2012). La reproducción asistida y su régimen jurídico. Madrid: Reus.
- Mujer, Madre y Profesional de Profesionales por la Ética. (2015, Abril). Vientres de Alquiler, Maternidad Subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas. Recuperado de: [/www.womenworldplatform.com/files/20150610084815-v-alquilerimpresion.pdf](http://www.womenworldplatform.com/files/20150610084815-v-alquilerimpresion.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas- Declaración de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el día 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).
- Organización Mundial de la Salud http://www.who.int/topics/human_rights/es/
- Pacto de San José de Costa Rica firmado en la ciudad de mismo nombre el día 22 de noviembre de 1969.
- Rodrigo, Andrea, especialista en técnicas de reproducción. Publicación Revista babygest fecha 04/04/2017.
- Sofikitis N, Migayana I, Dimitriadis D. Efectos del hábito de fumar en la función

testicular, la calidad del semen y la capacidad de fertilización de los espermatozoides. J Urol 1995; 154: 1030.

Zapata, María. (2015). La Vulneración De Los Derechos Humanos De Los Menores En Colombia Como Consecuencia Del Conflicto Armado. Título para optar al grado de Doctor en Derecho Público del Programa: “Las Transformaciones del Estado de Derecho desde la Perspectiva del Derecho Penal, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho”. Departamento de Ciencia Política y de Dret Públic Facultat de Dret. Universidad Autónoma de Barcelona.

<http://www.saij.gob.ar/juzgado-civil-nacional-ciudad-autonoma-bienos-aires-inscripcion-nacimientos-f>

<http://www.saij.gob.ar/gestacion-sustitucion-filiacio-suf0084358/123456789-0abc-defg8534-800fsiramus?q=more>

<http://ilga.org/argentina-realizan-en-primer-registro-de-un-ni-o-hijo-de-dos-hombres>

<https://www.lanacion.com.ar/2195351-juampi-tiene-dos-papas-pero-justicia-piensa>

AGRADECIMIENTOS

Quisiera comenzar estas líneas agradeciendo a Dios por haberme permitido iniciar y culminar este camino, ha puesto frente a mí personas maravillosas y recursos para hacer mi meta posible, ha oído mis plegarias cada vez que pedía serenidad y claridad mental para mis exámenes y me ha dado la fuerza para superar obstáculos personales que se me presentaron a lo largo de estos años y que parecían ser infranqueables. Los tiempos de Dios y el Universo son perfectos y las cosas suceden cuando estamos listos para recibirlos y hacer algo bueno con ellas.

Gracias a mis padres, Antonio López y María del Valle Riveros (Q.E.P.D). Ellos creyeron en mis capacidades y me acompañaron desde el inicio en este viaje académico lleno de altibajos e incertidumbres, me han dado su apoyo económico, espiritual y moral, siendo para mí el ejemplo de trabajo, honestidad, unión y amor familiar, no podía aprender de ellos otra cosa que no sea la perseverancia y el sacrificio por lograr lo que uno desea. Hoy mi regalo para ellos con todo el respeto que merecen, es este trabajo escrito que marca la culminación del esfuerzo que hicimos como equipo.

Abuelita querida, Enelda López de Riveros, como no dedicarle unas palabras si ha sido mi fuente de inspiración desde que tengo uso de razón, ella es la prueba viviente de la voluntad, del esmero y de la fuerza interna que impulsa al ser. Me ha enseñado con sus palabras y con su ejemplo las dificultades y las bendiciones que puede dar la vida, hoy le doy gracias por haber compartido a la par mi camino, mis desaciertos y mis logros, enseñándome que por más pequeños que sean forman parte de algo grande.

Rodolfo Gallardo, gracias por traer tu amor a mi vida y convertirte en mi pareja, mi amigo y mi cómplice. Las horas de alegría que me has brindado hicieron posible que mi esfuerzo se sintiera más liviano. Cada día de cursado en que me acompañaste se hizo más corto, y cada viaje a rendir exámenes se convirtió en una aventura con anécdotas. Hoy una vez más estas presente para compartir este momento de dicha y soy muy feliz por eso.

A mi tutora, Profesora María Verónica Ruiu, perteneciente al Área Académica de la Universidad Siglo 21, le doy las gracias por guiarme desde el comienzo en este proyecto, ya que al carecer de experiencia en su elaboración, cada corrección y sugerencia recibida aportaron luz al tema elegido para poder presentarlo correctamente ante el Tribunal de Evaluación. Ha sido una docente muy presente y prolija en el cursado de la tutoría, teniendo en cuenta que la distancia dificulta para ambas partes el seguimiento de esta metodología de evaluación.

A la Universidad Empresarial Siglo 21 le debo agradecimiento por darme la oportunidad de interactuar con otras organizaciones por medio de la asignatura Practica Solidaria, la cual resulto una experiencia muy favorable y enriquecedora desde el punto de vista humano y académico, dándome la posibilidad de aprender a identificar, en mi caso particular, aspectos en los que el derecho aún no se encuentra afianzado, lo cual ha sido de utilidad para elegir el tema del presente trabajo.

Esta experiencia universitaria ha tomado más tiempo del que en su inicio tenía planeado, pero gracias a eso se han multiplicado las vivencias positivas. Mis conocimientos se ampliaron y he aprendido a razonar de una manera diferente las situaciones que pueden presentarse en el plano jurídico y personal, tuve el agrado de conocer personas que me brindaron su amistad y compañerismo, he desafiado mis límites demostrándome mis capacidades, y por todo lo mencionado doy gracias a la vida. Lo logré.