

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA

**LA GESTACION POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ARGENTINO-PLANO INTERNACIONAL.
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.**

MEDAURA BRENDA INÉS

2019

Resumen

La gestación por sustitución es un instituto polémico y muy utilizado en el exterior por personas que no pueden concebir de manera natural. Sin embargo, en nuestro país no ha sido legislado, a pesar de los diferentes intentos para poder incluirlo en el ordenamiento jurídico vigente.

Así, es posible que se recurra a la figura de la restitución internacional de menores cuando la madre biológica del niño desee recuperarlo. Dicho instituto sí se encuentra regulado en nuestra legislación. Es por ello que en el presente trabajo de investigación se analizará la legislación vigente, así como lo establecido por la doctrina, a los fines de analizar si la figura de la restitución internacional de menores es procedente en los casos de subrogación de vientres.

Palabras claves: Gestación por sustitución – restitución internacional de menores – Código Civil y Comercial – interés superior del niño.

Abstract

Surrogate motherhood is a controversial institute and widely used abroad by people who cannot conceive naturally. However, in our country it has not been legislated, despite the different attempts to include it in the current legal system.

Thus, it is possible that it resorts to the figure of the international restitution of minors, when the biological mother of the child recovers it. This institute is regulated by our legislation. That is why in this research work is analyzed current legislation, as well as what is established by the doctrine, in order to analyze whether the figure of international restitution of minors is derived in cases of subrogation of bellies.

Keywords: surrogate motherhood – Civil and Commercial Code – international restitution of minors – best interest of the child

Índice

Introducción	4
Capítulo 1: La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino. Aspectos generales	6
Introducción	6
1.1. La gestación por sustitución en Argentina	7
1.2. La gestación por sustitución en el Código Civil y Comercial de Argentina	10
1.3. Posturas a favor y en contra de la gestación por sustitución	15
1.3.1. La autonomía	15
1.3.2. El interés superior del niño	16
1.3.3. Los derechos humanos	17
1.3.4. La identidad	18
1.3.5. La dignidad humana.....	19
Conclusión.....	19
Capítulo 2: Principios rectores del instituto de la gestación por sustitución en el derecho internacional.....	21
Introducción	21
2.1. Principios generales de la maternidad por subrogación	21
2.2. Fundamentos de los países de mundo con respecto a la maternidad por subrogación.....	25
2.2.1. Países en contra de la maternidad por subrogación	27
2.2.2. Países a favor de la maternidad por subrogación.....	30
2.3. Casos paradigmáticos en tribunales extranjeros.....	33
Conclusión.....	35
Capítulo 3: La restitución internacional de menores	37
Introducción	37
3.1. La figura de la restitución internacional de menores.....	38
3.2. El Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños de La Haya del 25 de octubre de 1980.....	41
3.3. Incorporación en el CCyC	44
Conclusión.....	51

Capítulo 4: Problemas relacionados a la figura de la gestación por sustitución.....	52
Introducción	52
4.1. Problemáticas frecuentes en legislaciones que han regulado la gestación por sustitución.....	52
Conclusión.....	64
Conclusiones finales	66
Bibliografía	69
Doctrina.....	69
Jurisprudencia.....	71
Legislación	71

Introducción

La subrogación de vientre, o denominada también como gestación por sustitución es la práctica en la que una mujer gesta un hijo para otra pareja o persona, los llamados “padres de intención”. Dicho método implica que quienes tienen la intención de ser los progenitores del niño nacido se encuentren imposibilitados para concebir mediante cualquier técnica de reproducción. Ello, en tanto importa un emplazamiento de estado filiatorio.

Este instituto adopta diversas formas según el país donde esté regulada. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran antecedentes legislativos de su existencia como instituto regulador, sino que existen diversos proyectos de ley con la intención de lograr su aprobación.

El más importante y con mayor trascendencia se encontraba en el artículo 562 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual fue desestimado con la versión finalmente aprobada de dicho cuerpo normativo. Por su parte la Provincia de Mendoza, Neuquén y Santa Fe, también contribuyeron a la regulación del instituto, aunque ninguno de tales proyectos alcanzó su aprobación.

Ahora bien, el instituto de la gestación por sustitución adquiere otro matiz dado que se podría recurrir a la figura de la restitución internacional de menores en caso de que se recurra a dicha técnica y luego se pretenda regresar a nuestro país. De esta manera, el niño podría ser restituido a su madre biológica en caso de que ella así lo solicitare e instare los medios previstos para ello.

Así, se pretenderá responder la siguiente pregunta de investigación: de conformidad con la legislación actual argentina, ¿es posible recurrir a la figura de restitución de menores en caso de que la madre biológica así lo requiera?

En nuestro país hay un vacío legal respecto de este instituto, se encuentran como antecedentes el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual en su art. 562 hacía referencia a la gestación por sustitución. Sin embargo, el mismo no fue aprobado y sancionado debido a las diversas discusiones y críticas sobre el tema.

En la Provincia de Mendoza en 2015, se presentó un Proyecto de Ley para regular la gestación por sustitución en la República Argentina. El mismo no surtió efectos y es así que al

día de la fecha dicha temática sigue sin regulación legal, aunque es preciso resaltar que tampoco se encuentra una prohibición expresa del mismo.

La hipótesis por confirmar o descartar, es que la figura de la restitución de menores es improcedente en el caso de la gestación por sustitución.

El objetivo general del presente trabajo de investigación consistirá en analizar si, de conformidad con la legislación actual argentina es posible recurrir a la figura de restitución de menores en caso de que la madre biológica así lo requiera.

Mientras que los objetivos específicos apuntarán a analizar las leyes internacionales donde la subrogación de vientre este permitida; identificar y analizar fallos nacionales o extranjeros pronunciados a favor o en contra de la subrogación gestacional; analizar los tratados de Derechos Humanos; y evaluar los antecedentes legislativos nacionales.

Ahora bien, respecto del tipo de investigación se utilizará el tipo exploratorio, dado que es novedad en nuestro país desde hace varios años el instituto de la gestación por sustitución. Ello, debido a la inexistencia legal que hay sobre la subrogación de vientre y la trascendencia que tiene en la actualidad.

Así mismo, la estrategia metodológica a utilizar será la cualitativa, dado que el objetivo de este método es profundizar, indagar acerca del problema de investigación. Respecto de las técnicas de investigación, se utilizará el análisis documental y el análisis de contenido.

El presente trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará los aspectos generales de la gestación por sustitución, el interés superior del niño, el rol de los derechos humanos y los distintos aspectos relevantes en nuestro ordenamiento jurídico. El Capítulo II abordará los principios rectores de la gestación por sustitución en el ordenamiento internacional, los países a favor y los países en contra de esta práctica y los principales fundamentos de cada uno de ellos.

El Capítulo III examinará la restitución internacional de menores en qué consiste, los convenios que han regulado la materia y su incorporación al Código Civil y Comercial El Capítulo IV analizará las frecuentes problemáticas de la gestación por sustitución conforme la legislación vigente. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino. Aspectos generales

Introducción

Con el pensamiento liberal, además de la inclusión de los derechos sexuales y de reproducción dejando de lado la parte tradicional de la unión de los géneros femenino y masculino. Junto con los avances dentro del ámbito de la medicina para satisfacer el deseo de tener un hijo bajo condiciones de heterosexualidad y homosexualidad. Ese pensamiento de libertad con el cuerpo y las decisiones, hace que la maternidad entre en tela de juicio acerca de la correspondencia de la filiación.

Por lo tanto, para poder igualarse con la familia tradicional, la importancia de buscar alternativas a obtener un hijo, se presenta como un proceso acelerado en la contemporaneidad. Apareciendo entonces, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), donde la gestación por sustitución, se ve en tela de juicio acerca de si forma parte de estas técnicas o si en vez de un bien a la sociedad, ocasiona irregularidades producto del control de las leyes.

La gestación por sustitución se convierte en un procedimiento donde busca que el hijo pueda quedar genéticamente emparentado con una pareja que no tiene posibilidad de poder gestar. Lo que crea controversias para el Código Civil y Comercial de Argentina, el interés superior del niño y la dignidad de cada ser humano que tenga una postura de pensamiento diferente con respecto a la maternidad.

Debido a los debates del rol de la mujer, el tratamiento a las partes del cuerpo, el vínculo psicológico y afectivo que crea la madre con el nacido (por los nueve meses en su vientre) y el derecho a reproducir un hijo propio, presentándose entonces un conjunto de disociaciones difíciles de esclarecer.

El presente capítulo busca aproximarse a una definición de gestación por sustitución, sus características, entender la técnica y la crítica a la misma. Así como también entender los deberes, además de los derechos del niño y de la mujer, su presencia en el Código Civil y Comercial de Argentina, así como las consecuencias que pueda traer la no práctica de la misma.

1.1. La gestación por sustitución en Argentina

La gestación por sustitución en la actualidad se cuestiona por considerarse una técnica producto de la libertad de pensamiento y la responsabilidad sobre las decisiones del ser humano sobre el uso de su cuerpo. Sin embargo, la gestación por sustitución en realidad proviene desde la antigüedad. No obstante, los códigos civiles contienen disposiciones donde se evite la suposición del parto, y muchas veces se requería de testigos para determinar la filiación materna del recién nacido.

La mayoría de las legislaciones mantiene que el reconocimiento de la madre debe estar vinculado al parto, para poder entender el vínculo biológico. Sin embargo, con los avances de la tecnología, también cómo influyen en la sociedad, la vinculación biológica con la madre puede tener disociación entre concepción, gestación y parto por distintas razones.

Ya sea por la implantación de un embrión, la voluntad de otra mujer de querer ser madre y otra no poder tenerlo, sin vínculo biológico. Apareciendo así los términos de portadora subrogada, madre subrogada o sustituta. Ahora bien, explica el autor que la madre que recurre a esta técnica es aquella que forma parte de los:

Casos de las mujeres cuyos ovarios tienen la capacidad de producir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación por defectos uterinos, malformaciones, problemas de capacidad por afecciones limitantes para la vida de la madre o que pueden poner en peligro la vida del niño (Díaz, 2015, p.2).

Lo que significa que el factor de salud, poder y deseo de tener un hijo, forman parte de las decisiones de estas mujeres. Las madres que son sustituidas por otras, no tienen la capacidad de proveer componentes genéticos y gestacionales del embarazo; como, por ejemplo, aquellas que no poseen útero y ovarios o, cuando puedan transmitir un defecto genético en su descendencia.

Por ende, la gestación por sustitución (GS), consiste entonces en una técnica de reproducción humana médicamente asistida (TRHA), donde una persona denominada gestante, lleva un embarazo a partir de la transferencia de un embrión. El cual posee el material genético de los futuros progenitores, comitentes o terceras personas que donaron sus gametos.

Convirtiéndose en una técnica que coloca en crisis la expresión “mater Semper certa est” o la madre siempre es conocida, que hace referencia al principio de derecho donde la maternidad es un derecho biológico en razón del embarazo y que no se puede impugnar. Las TRHA incluyen

la manipulación de óvulos, espermatozoides o embriones, sin limitarse solo a la fecundación in vitro, transferencia de embriones, transferencia intratubárica (de gametos, cigotos o embriones), crio preservación de ovocitos y embriones, donación de ovocitos y embriones y útero subrogado.

Dentro de las características de la gestación por sustitución, la mujer que gesta al nacido, adquiere un vínculo biológico y afectivo durante los nueve meses de embarazo a diferencia de los donantes de material genético. También la madre es reconocida y seleccionada, aceptando esa pareja en particular, está ausente el aporte del tercero a la concepción.

Dentro del ámbito judicial, la gestación por sustitución puede adoptar diferentes supuestos, como son el caso de una pareja heterosexual, que aporta ya sea óvulos o esperma, al vientre de otra mujer que pueda gestar a través de la fecundación in vitro. El caso de la pareja heterosexual u homosexual, donde uno solo aporta el material genético, si no la procreadora, una mujer ajena a la relación.

También, en el caso de la pareja heterosexual u homosexual donde ninguno de sus miembros da material genético, donde la mujer gestante aporta sus óvulos. De igual modo, se tiene a un hombre o mujer sola, que con o no su material genético, necesita la gestación de sustitución, aportando los óvulos la mujer que va a gestar.

Con la subrogación aparecen distintas disociaciones de la maternidad las cuales resumen que es difícil a quién atribuir la maternidad, identificándose entonces la maternidad plena. La cual consiste en aquella que relaciona la genética y la gestación con los deberes y derechos que comprenden la maternidad, garantizado jurídicamente el vínculo biológico.

Ahora bien, la maternidad gestativa se da en aquella mujer que porta el embrión sin dar su material genético, pueden crearse vínculos sentimentales, pero no relación genética. Por último está la maternidad legal se da en aquella mujer que tiene deberes y derechos sobre el hijo pero no es propio de su gestación, creándose la figura de la adopción.

Esto trae como consecuencia la dificultad de reconocer una filiación materna al nacido. La filiación por lo general es la mezcla de genes y gestación, pero sobre todo la voluntad de ser madre, porque es que el sustento para que la procreación se produzca con ayuda de técnicas asistidas.

Estas disociaciones hacen que jurídicamente se cuestione si la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida o de adopción. Por lo tanto, se debe aclarar la situación de que la sustitución debe estar igual a las demás técnicas de reproducción asistida. Con la finalidad de considerarla una solución al problema de la infertilidad o si se aproxima más a la adopción.

Tomar una posición en ese sentido, es complejo, porque se ven alterados aspectos como los intereses hacia la personalidad y vida propia del niño. A pesar de que actualmente se abran paso los derechos a la sexualidad y reproducción, pero la procreación, debe reconocerse sin dañar la dignidad humana.

Expuesto lo anterior, es importante destacar que la maternidad por sustitución posee un escaso reconocimiento dentro del ámbito del derecho comparado, donde la mayoría de las legislaciones terminan optando por no regularla o prohibiéndola. Siendo entonces, escasas las regulaciones que brindan la posibilidad de poder establecer vínculos con el proceso que sean positivos en el mundo. Basset y Ales (2018) señalan que hay dos subespecies de legislaciones: “por un lado, aquellas legislaciones que autorizan la gestación por sustitución comercial (...), en contraposición a otro grupo que solo admite el desarrollo de éstas prácticas cuando se realizan sin fines de lucro” (p.2).

Entendiéndose que, existen legislaciones que valorizan la gestación por sustitución para que la mujer gestante adquiera una retribución económica, mientras que la segunda, se puede dar en campañas para concientizar o beneficiar a un grupo. En vista de estas irregularidades, la maternidad por subrogación se encuentra prohibida en Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia, Italia, entre otros. Existiendo a su vez, otro grupo de naciones que presentan total e incierta legalidad, como Hungría, Lituania, Malta, Rumania y San Marino.

Por último, naciones donde se encuentra permitida por ley como Australia, Albania, Grecia, Países Bajos, India, Reunido Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y algunos Estados de Estados Unidos (Delaware, Arizona, Texas, Wyoming entre otros. Los cuales permiten entender que existe una ruptura cultural entre hemisferios, sociedad, ingresos socioeconómicos e ideología, para tener la posibilidad de aceptar sin irregularidades las prácticas de TRHA.

Entre las funciones que cumple la madre gestante, el apego queda eliminado, debido a que se corre el riesgo de despertar el amor de la madre hacia el hijo o viceversa. Lo que significa,

que elegir a la madre gestante es un proceso de mucho interés psicológico y conductual para el próspero desarrollo del nacido. En las TRHA donde intervienen terceros, se caracterizan por deteriorarse de acuerdo a su uso, debido a que la gestación por sustitución es un único acto, por lo que los tratamientos se llevan con una muestra u otra.

Por un lado la identidad de la mujer portadora así como sus características son conocidas por el médico, comitentes y familia. Por lo que su participación no se agota, porque va desde la planificación, concepción, embarazo hasta el parto. Mientras que los donantes masculinos o femeninos que solo donen sus gametos no se verán vinculados y más aún, su labor es fungible. Según Basset y Ales (2018) señalan que “la normativa existente en la materia para dar cuenta de que en ningún caso la gestación por sustitución es regulada de idéntica manera a las TRHA, sean éstas de tipo homólogo o heterólogo, solicitadas de manera individual o conjunta” (p.5).

Analizándose que, es imposible tratar la maternidad por gestación como otras técnicas, porque la mujer gestante coloca la integridad de su cuerpo para la gestación y el parto. En vista del comentario de Basset y Ales, es difícil tipificar la maternidad como una TRHA, debido a que la mujer no presta una asistencia técnica. Sino que se involucra aun conociendo los riesgos físicos y psicológicos que involucra un parto, tanto para su salud, como los riesgos que pueden encontrar en una cesárea. A pesar de que el concepto de gestación por sustitución se incline más hacia una técnica; también se deben considerar otros factores subjetivos o empíricos que van hacia el deseo, voluntad y querencia de consolidar una familia.

Para finalizar es importante explicar que las TRHA han terminado provocando un fenómeno hacia la revolución reproductiva, que puede desencadenar una reproducción sin sexualidad. Trayendo como consecuencia una problemática que puede desbordar las estructuras jurídicas establecidas. Por estas consecuencias, la gestación por sustitución, debe darse a través de leyes establecidas y valorizando la figura de la voluntad de querer tener un hijo.

1.2. La gestación por sustitución en el Código Civil y Comercial de Argentina

Es complejo definir si la gestación por sustitución está prevista o no en el régimen argentino, algunos autores explican que existe un vacío legal o que la legislación vigente es contraria a su definición; por lo que se ven obligados a declararla como inconstitucional. Finalmente existe el imaginario del Anteproyecto emitido en el 2012: “la gestación por

sustitución se registraría para estos últimos por voluntad pro creacional y sería necesario pedir autorización” (Besset y Ales, 2018, p.1).

La gestación por sustitución en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial fue removida, surge en forma expresa en los fundamentos del Anteproyecto que el derecho comparado reconoce tres posiciones: sustitución, abstención y regulación. Siendo esta última la postura asumida, debido a que la sociedad argentina considero tener una regulación con pautas claras, reconociendo que ni la postura de abstención ni la de prohibición podrían evitar conflictos jurídicos.

Sin duda, en el artículo 562 del Anteproyecto establecía que se debía tener un consentimiento libre de todas las partes que intervinieran en el proceso de gestación por sustitución. Además, la filiación queda establecida entre el niño y los comitentes a través de la prueba de nacimiento, la identidad y el consentimiento homologado de las autoridades.

Donde el juez debe homologar si se acredita que se ha tenido conciencia del interés superior del niño, la gestante tiene salud física y psíquica. También, uno de los comitentes aportó sus gametos, la gestante no ha recibido contribución y no ha estado en gestación por sustitución por segunda vez, teniendo al menos, un hijo propio.

Con el nuevo Código Civil y Comercial, el artículo 17 prohíbe los contratos gratuitos sobre el cuerpo¹, por lo tanto, la maternidad es determinada a través del parto, sin prohibiciones. Sin embargo, si hay una exclusión en la figura y reglas que preservan a la mujer, su maternidad y al niño de la maternidad por contrato. Es decir, la madre gestante puede elegir conservar al niño y es su madre; por lo tanto, el legislador no permitió incluir un régimen especial de gestación por sustitución en el Código Civil y Comercial.

En el caso de que la madre que gestó al hijo renuncia a llevar a cabo su crianza, (por lo que es un abandono duro, al ser engendrado para ser abandonado y dado a otro por dinero), será necesario esperar para asegurar que el consentimiento de la madre de entregar al hijo es válido (artículo 607)². Con respecto a la paternidad, el nacido pudo haber sido engendrado de muchas maneras. Por ejemplo, si fue engendrado por a través del padre, el padre será el que lo concibió.

¹ Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

² Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Sin embargo, si hubo aporte de gametos, será registrada por las reglas de las técnicas de reproducción asistida. En el Código Civil y Comercial, el niño cuenta con el derecho a su emplazamiento, la integridad de su identidad, el proceso legal que garantice la transparencia del procedimiento

Al sancionarse la ley 26.994, el legislador excluyó la figura de la gestación por sustitución, la cual, no ha sido eliminada del todo. Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se atribuyó la maternidad, a la mujer que aportó sus óvulos para que el niño fuera gestado por una tercera además, la filiación debe determinarse de acuerdo al origen genético y la voluntad pro creacional manifestada.

Posteriormente, se declaró inconstitucional y anti convencional el art. 562 del Proyecto de reforma del CCyC en virtud de no reconocer la maternidad de la mujer que expresó su voluntad de procreación mediante el consentimiento informado. Recientemente, el juzgado de Familia n°2³, hizo lugar al emplazamiento filiatorio de un menor, determinándose que la filiación debería darse por la voluntad pro creacional y el ADN, para que los progenitores genéticos, tuvieran un vínculo legal a pesar de ejercer el cuidado del nacido.

Otro ejemplo a favor de la subrogación se da con el fallo ocurrido en el Tribunal Colegiado n°5 Familia de Rosario, donde se presentó una pareja de hombres, eliminando el vínculo materno filial con la mujer gestante. El eje de la decisión del caso se inclinó hacia el derecho a la no discriminación entre matrimonios del mismo o de diferentes sexos y el derecho a la identidad de los adultos mediante el proyecto de paternidad.

Por último, en las Jornadas de Derecho Civil del 2015 dadas en Bahía Blanca, se discutió que aunque la maternidad por subrogación no se encuentre regulada, está permitida y requiere protección la persona gestante. Así como garantizar al niño o niña, el acceso al expediente judicial que hubiera tramitado para determinar su filiación.

En la actualidad argentina, han tenido la presencia de proyectos a regular las prácticas de TRHA, uno de ellos elaborado por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y otro por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Estos proyectos se inclinan en regular el alcance para poder tener acceso a la técnica sin fines de lucro, difiriendo

³ Juzgado de Familia N°2 de Moreno, "S.P., B.B., c. S.P., R.F. s/materia a categorizar", sentencia del 04 de julio de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

en la intervención judicial, el carácter previo, el acceso a los datos del niño o niña para su gestación, la interrupción del embarazo (dentro de sus 14 primeras semanas). De acuerdo con el autor, en el sistema legal argentino la filiación de la madre puede tener lugar por dos vías:

Por la comprobación del hecho del parto, conforme el art. 565 del Código Civil y Comercial (que incluye a los hijos nacidos mediante TRHA a través de la disposición especial del art. 562), o bien mediante la adopción, ya sea de forma individual o conjunta, de un menor no relacionado biológicamente con ninguno de los adoptantes o descendiente genético de uno de ellos (Ales, 2016, p.2).

Existe un vínculo parental basado en la progenitura y otro en la conjunción de la voluntad y la intervención estatal a través de la figura de la adopción. Por lo tanto, con la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y la modificación expresa de la regla de diversidad sexual en la filiación, el menor puede tener dos vínculos filiatorios con personas de igual sexo.

Con la sanción de la ley 26.994, la legislación descartó la gestación por sustitución que preveía el art. 562 del antiguo Ante Proyecto, que posterior a ellos se registraron dos precedentes en los que se tuvieron por válidos el comentario anterior. Asimismo se resolvió que la filiación del recién nacido de acuerdo a la gestación por sustitución no será determinada por el principio de mater Semper certa est del art. 565 del Código Civil y Comercial, sino, de acuerdo a la voluntad pro creacional de la pareja.

Existen varios proyectos de ley para regular la gestación por sustitución en Argentina, los cuales, no coinciden con las realidades de las familias o el sistema de justicia explicado. Por lo que, no se debe considerar que una gestación llena de autoridades sin antes tener un conjunto de psicólogos.

También es importante la evaluación física y psicológica tanto de la gestante como la de la pareja.

El proceso de la gestación por sustitución en la actual Argentina, va desde un asesoramiento desde lo médico a lo psicológico, tanto a la familia como a la mujer gestante y los padres comitentes. Antes de hacer cualquier transferencia uterina, existe la aprobación de un médico, se procede a firmar los consentimientos para proceder a la reproducción asistida.

Se hace a conocer la normativa del Código Civil y Comercial en sus arts. 59, 60, 558, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 575, 576, 577, 578, 588, en la ley 26.862 y el decreto ley 956/2013, Ley 26.529 y la Ley 25.326, dejando en claro el alcance del consentimiento y la

facultad de arrepentirse antes de la transferencia del embrión. A pesar de todo el protocolo, se presentan irregularidades, como las demandas donde se solicitó previa autorización, otras que se hicieron entre la gestación y el nacimiento y la gran mayoría que se realizan es luego del nacimiento.

El proceso se finaliza con solo tener las muestras del ADN y los informes médicos y psicológicos basta para realizar el procedimiento. Por último el padre reconoce a su hijo en el registro civil emitiéndose una partida de nacimiento donde están como padres los actores de la demanda para gestación por sustitución.

La ausencia de la gestación por sustitución en el CC y C crea la posibilidad de que se realicen contratos entre partes del cuerpo humano, habilitando de alguna manera un comercio de órganos. Por lo que la parte legal, entra en tela de juicio con la aparición de contratos bajo estos términos; por lo tanto, si se permite rentar un útero a cambio de un precio, no existe razón para no impedir otros contratos, como lo sería la donación o venta de riñones o medula ósea.

A pesar de que el art. 1004 del CCyC prohíbe los contratos sobre partes del cuerpo humano, se permite la disponibilidad del cuerpo⁴ para un valor afectivo, terapéutico, científico o social. La normativa argentina se debe revisar, para que dentro de los tres proyectos, para no estar admitiendo inconscientemente la compra y venta de órganos solo porque se admitieron unos contratos a favor del cuerpo humano. Se reconoce la autonomía por voluntad de una gestante, pero a su vez, entra en tela de juicio si es válido que alguien brinde sus órganos, permitiendo entonces en las leyes (o considerando) la donación voluntaria y solidaria de otros órganos del cuerpo humano.

Por lo tanto, la ausencia de control o regulación en el CCyC de la gestación por sustitución, desencadena que el dominio por quien necesita de recursos coloca su vientre en alquiler hace que ocupe un lugar de degradación. Siendo al fin y al cabo una forma de explotación de manera ortodoxa. También se encuentra el caso, de que la afirmación de la práctica desemboque en que la mujer gestante, utilice su cuerpo como materia prima, donde, de alguna forma y otra, termina explotando su aparato reproductor con fines financieros o de otro tipo.

⁴ Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Desde el punto de vista en defensa de los derechos a la mujer, se llama a la reflexión para que la subrogación no desencadene una explotación del cuerpo femenino. Además, desde las sociedades paternalistas, al ser consideradas como las más débiles y pasivas, no se encuentren ellas vistas como materia prima al igual que sus nacidos.

Por lo tanto, las prácticas de TRHA en países con alto índice de pobreza por lo que la población más humilde podría verlo como una alternativa a sus problemas. Lo que conlleva a que, en vez de una solución netamente de voluntad maternal y familiar, puede terminar formando parte de nuevas formas de abuso si no se implementa de manera rigurosa control legal sobre las mismas.

Para finalizar, la gestación por sustitución no es posible demandarla o conceder una autorización para realizar una práctica prohibida por el Derecho, porque es una prohibición que no solo se da en el derecho civil. Sino también en el constitucional y convencional, mencionándose la dignidad humana, la dignidad de filiación y la dignidad de la mujer, es decir, se evita que quede la dignidad con derecho a venta y negociación. Por lo que se ve límite humano: el deseo de un hijo no puede trascender para atentar contra su dignidad y de la que prestará el vientre por dinero para que ese hijo nazca. Por lo tanto, van a existir distintas posturas a favor y en contra de la maternidad, centrándose desde el punto de vista de la dignidad.

1.3. Posturas a favor y en contra de la gestación por sustitución

1.3.1. La autonomía

La gestación por sustitución se aborda en la contemporaneidad vinculando las posturas liberales, comunitarias y feministas. De acuerdo con los comunitarios, la autonomía reproductiva es valiosa moralmente cuando se disponen de otras alternativas valiosas que den cierto sentido cultural a una sociedad.

Por lo tanto, aquellas opciones reproductivas que carezcan de valor para los individuos no deben encontrarse protegidas por el derecho a procrear. Acorde con Seleme (2012) señala que “la autonomía puede ser utilizada para elegir entre las opciones definidas como valiosas por el marco cultural, pero no para cuestionar o redefinir dichas opciones” (p.4). Analizándose que, las decisiones comunitaristas, condenan la maternidad por subrogación, por considerar que las

nuevas opciones carecen del valor cultural existente. Por lo que la técnica, termina redefiniendo opciones de reproducción que pueden ser ajenas a una comunidad consolidada culturalmente.

Sin embargo, el pensamiento liberal y feminista, está a favor de los cambios que consideren la ampliación de opciones disponibles para la mujer en cuanto a técnicas de reproducción asistidas. A pesar de esto, la asimilación de las nuevas técnicas, puede aumentar más la opresión contra las feministas. Por ende, las personas pueden platearlo como una solución viable, cuando en realidad terminan siendo costosos, ignorando factores de la realidad, con la finalidad de mantener la lucha de los derechos.

En cuanto a la posición liberal, se ha mantenido la idea de respetar la autonomía, la cual consiste en no interferir con las decisiones reproductivas de terceros. Las corrientes del liberalismo se basan en el principio de igualdad, que implica garantizar el acceso a los medios de reproducción asistida, para aquellas parejas que no pueden reproducirse por intercambio sexual.

Sin embargo, esta corriente ignora que las relaciones de negocio ilícito que se pueden hacer sin el control de la técnica. Por lo tanto, las instituciones públicas deben ser capaces de regular estas interacciones. Puesto que, basarse únicamente en esta corriente, adquiere consecuencias que terminan ignorando los derechos y deberes de los niños.

Los límites de autonomía del artículo 562 del CCyC a favor de no dañar a los niños, carece de aplicación. Debido al problema del rechazo a conocer a la madre gestante, que termina resumiéndose en un problema de no-identidad para el nacido a futuro. Por lo que, el daño en los niños se puede ver es si la gestación por sustitución no se da (porque no hubo deseo de tener un hijo) o cuando el niño va desarrollándose que empieza a cuestionarse sus orígenes. Por ende, la protección del niño en cuanto a su salud mental y la autonomía desde una perspectiva liberal, tiene mucho que cuestionarse dentro de la normativa.

1.3.2. El interés superior del niño

Los derechos humanos en la actualidad se erigen sobre la idea de que tanto niños como adultos puedan gozar de los derechos dictados para los seres humanos. Además, que los Estados deben promover y garantizar el cumplimiento por igual; como el reconocimiento jurídico a la dignidad humana, el respeto a los atributos y cualidades de todas las personas. Se convierte en la

base para reconocer el principio de igualdad, protección jurídica, derechos sobre las personas en especial, sobre los niños.

En materia de derechos humanos, lo que se refiere al principio del interés superior del niño aprobado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, integra las acciones a garantizar el desarrollo integral, calidad de vida y las condiciones. Las cuales permitan vivir plenamente, porque se superan dos posiciones extremas: el abuso de poder cuando se toman decisiones referidas a los niños y el paternalismo de las autoridades.

Ahora bien, según Valdés (2015) explica que con el interés superior del niño “se ha pretendido rechazar la práctica de la gestación por sustitución, alegándose que su uso “cosifica” al menor, lo convierte en objeto de un contrato, lo cual atenta contra su dignidad humana” (p.11). Sin embargo, se considera que los contratos de gestación por sustitución no tienen por objeto al niño. Sino el servicio de prestación para gestar y alumbrar, atendiendo la capacidad de la madre portadora, por lo que la calidad de “objeto”, se pone en tela de juicio por las características del comercio del cuerpo humano.

1.3.3. Los derechos humanos

En lo que corresponde a los derechos, el menor que nace bajo la gestación por sustitución, tiene derecho al reconocimiento de su filiación materna y paterna, de igual manera a aquellas personas que tienen la intención de convertirse en sus padres. Así como si nace en el país fuera de su origen, tiene derecho a reconocerse su ciudadanía. Tiene derecho al respeto en su entorno familiar, derecho a su identidad en la manera en que fue concebido y de sus orígenes biológicos que posee.

De igual modo, tiene derecho a una infancia, crianza y educación digna dirigida hacia el logro de la autonomía de sus derechos. Por lo que el interés superior del niño va a permitir considerarlo como un verdadero sujeto poseedor de derechos a ser respetados por los adultos y por el Estado.

En cuanto a los derechos de la madre gestante, la separación de ella con respecto a su hijo es un trabajo duro, a pesar que durante el embarazo se recurra a técnicas de acondicionamiento conductual y psicológico. Para que después del parto la separación sea satisfactoria. Sin

embargo, esa situación es dura para la madre y luego para el niño, porque algo dentro de su humanidad y dignidad se ha seccionado.

A pesar de esto, la gestante no tiene derecho a la reflexión o el arrepentimiento, tampoco se exige una ratificación postparto ante el mismo juez que intervino, por lo que la protección de la madre gestante, están ausentes.

1.3.4. La identidad

En ninguno de los tres proyectos en Argentina el niño tiene derecho a conocer su gestante, así esté comprobado que la gestación tiene incidencia en la identidad del niño. Esto no se da por el derecho a conocer los orígenes que se regulan en la adopción o en las TRHA. Debido a que la gestación por sustitución se excluyó del Código Civil y Comercial, esto por la alteración que pueden tener las alteraciones de los genes durante la gestación o en la evolución de la psique que se da en el embarazo.

Puesto que contribuye una de las capas psíquicas más importantes de la personalidad. Esta ausencia de conocer a su gestante, incide en la identidad del niño, suprimiendo su identidad. Según Basset y Ales (2018) señalan que “la identidad es el marco dentro del cual se articulan las experiencias pasadas, las vivencias actuales y los proyectos del futuro” (p.9). Lo que significa que conocer los propios orígenes es una faceta de la vida que es un derecho amplio para la conformación de la identidad, porque se encuentra el comienzo de la existencia de cada ser humano.

Con la Convención de Derechos del Niño en 1989, su art. 8 reconocer el derecho a preservar la identidad, convirtiéndose en un instrumento que consagra el valor hacia el conocimiento de los orígenes, de conocer a los padres, legales, biológicos o genéticos. Los niños tienen el derecho a conocer a sus padres y ser criados por ellos, porque supone una situación en manifiesto de preservar la identidad.

Además, de que velar por su identidad, ya que se tiene la finalidad de evitar mayores problemas a la psique del niño, debido a que en la adolescencia la inquietud por conocer de dónde provienen y cómo fueron las circunstancias que se dieron para su existencia, por lo que ese derecho, no solo va a recaer desde sus orígenes, sino a lo largo de la vida del nacido.

1.3.5. La dignidad humana

La objeción más complicada se da cuando se atenta de manera simbólica la dignidad humana con respecto a la responsabilidad procreativa, que surge de considerar que las mujeres y los niños pueden ser objeto de contrato de personas que deseen tener un hijo. Razones por las que explican que:

No es por azar que casi la totalidad de países del mundo rechacen la práctica y que los países que la admiten sean muy discordantes con los valores que imperan en la cultura argentina (Rusia, países de Europa Este, Gran Bretaña, India, Países Bajos, Estados Unidos) (Basset y Ales, 2018, p.9).

Entendiéndose que en la mayoría de los países europeos prohíben la práctica, cuatro países la tienen autorizada, tres tienen regulación legal y en uno se acepta bajo ciertas condiciones. Estas no correspondencias se dan por considerar que el objeto de acuerdo es la prestación de un servicio gestacional. Lo que lleva a preguntarse sobre las características que podrían exigirse para ello, surgiendo dudas acerca de las características y actos que deben recurrirse para poder ser una mujer gestante.

Así como de conductas, contrato, retribuciones entre otros aspectos, por lo que se considera a determinar si eso contribuye a un servicio de carácter comercial, atentando contra la dignidad humana. Ahora bien, si se cambia la perspectiva y se considera que el objeto de contrato, es la entrega de un niño vivo, simplemente se trataría de la obligación de dar algo que no está dictado en las leyes comerciales como lo es una persona.

Estos elementos forman parte de entender que no toda decisión basada en el bienestar para un grupo determinado, puede garantizar el bienestar para toda una sociedad, por lo tanto, es importante hacia cuáles individuos o cómo estén dirigidas las normativas cuando se trata de derecho de reproducción.

Conclusión

En Argentina el Código Civil y Comercial actual se centra en la protección de los adultos y su vulnerabilidad. Por lo que la aproximación estudiada acerca de la no inclusión de la gestación por sustitución implica un desarrollo hacia la comercialización y el trato de los adultos y sobre todo de los niños como objetos con actos de negociación y consensos. Es decir que para llegar a obtener aprobación se tiene que dejar de lado el punto de vista de provecho y ventaja que

se le ve a un contrato de subrogación de vientre, dándole prioridad a la mujer gestante y sobre todo los derechos del niño.

Sin embargo, antes de validar la inclusión regulada de gestación por sustitución, se debe evaluar el carácter de la población Argentina en cuanto su progreso cultural y condición socioeconómica. Ya que de alguna manera como se observa en la investigación del presente capítulo, la aprobación de esta técnica se da en países de alto nivel de desarrollo cultural, económico, judicial y social.

Por ende la aplicación de las TRHA, deben ser una cuestión de voluntad de crear y consolidar un núcleo familiar y no de sobrevivir a los propios problemas dentro de un país las cuales las leyes entran en relación holística con sus semejantes.

Es importante que en el momento de redactar una ley se evalúen las demás leyes que competen a los individuos de manera mundial, para no entrar en un doble discurso acerca de que lo que significa regular y permitir. Sin embargo, no puede sostenerse más la ausencia de regulación expresa sobre esta temática, por cuanto la misma se encuentra siendo utilizada a lo largo del mundo y se ha convertido en una técnica más de reproducción humana asistida.

Capítulo 2: Principios rectores del instituto de la gestación por sustitución en el derecho internacional

Introducción

En la actualidad, el desarrollo de la ciencia y la tecnología ha impactado de manera clara y precisa en todos los aspectos de la vida en sociedad. Sin duda logrando que los seres humanos vivan de una forma distinta a como lo hacían hace algunas décadas atrás, gracias a los nuevos descubrimientos y avances científicos. Específicamente, en el campo médico donde el progreso ha sido importante y significativo durante los últimos años; mediante la aparición de nuevas vacunas, tratamientos e instrumentos médicos llevados a cabo para la cura de enfermedades físicas o psicológicas, de las cuales la sociedad ha sido testigo.

Conforme a los grandes e importantes avances de la ciencia, se ha originado la figura de la subrogación de manera tradicional y gestacional, con el propósito de ser una alternativa médica para solucionar la infertilidad de hombres y mujeres con el anhelo de procrear o poseer un bebe. Lo que a su vez permitió la aparición de la maternidad por subrogación, procedimiento que ha generado mucha controversia por considerarse un acto doloroso para la madre gestante.

La finalidad de este escrito, es brindar conocimientos acerca de la maternidad por subrogación, también conocida como alquiler de vientre; su definición, clases y características más relevantes. Así, como dar a conocer la perspectiva legal de algunos de los países del mundo con respecto a este procedimiento y a través de ella analizar diversos casos jurídicos de gran impacto mundial que han puesto en la palestra actual la posibilidad de aceptación o prohibición de la maternidad por subrogación en la sociedad. Sin duda, encontrando una nueva y polémica realidad biotecnológica que redefine el concepto de maternidad.

2.1. Principios generales de la maternidad por subrogación

El siguiente punto trata de la maternidad por subrogación, también conocida como alquiler de vientre, procedimiento resultante de los constantes avances y descubrimientos de la ciencia. Específicamente en el área de la medicina, en pro de los hombres y mujeres que padecen de infertilidad u otros casos y tienen el deseo de obtener o procrear un bebe.

En particular, los motivos que impulsan a los individuos a recurrir a dicha intervención médica son múltiples como la esterilidad, la infertilidad, problemas físicos y/o biológicos para

que prospere un embarazo, parejas del mismo sexo o personas solteras que desean ser padres, entre otros. Diversas son las definiciones existentes sobre la gestación por sustitución, ejemplo de ello es la expresada por el autor:

El término de gestación por sustitución se refiere al procedimiento por medio del cual una mujer renta su propio útero, sobre la base de un contrato, a una pareja solicitante en donde puede o no existir una retribución. En este procedimiento la mujer se encarga de la gestación de un niño, quien será entregado a la pareja solicitante, renunciando así a todos los derechos que ésta pueda tener sobre de él (Baffone, 2013, p. 450).

Es decir, que se trata de un procedimiento donde la mujer denominada madre subrogada, acepta quedar embarazada y gestar un bebé en su cuerpo con el que no tiene ninguna relación biológica, a cambio de una remuneración económica en la mayoría de los casos. De ahí que al dar a luz este es entregado a la pareja solicitante y la madre gestante renuncia a todos los derechos sobre él. Se debe agregar que, en el caso que no exista ninguna remuneración el procedimiento es denominado gestación por sustitución altruista.

Sin duda alguna, esto redefine el concepto de maternidad frente a una nueva y controversial realidad biotecnológica, donde una mujer acepta portar en su vientre un bebe concebido por medio de técnicas de procreación artificial (fertilización in vitro o inseminación artificial) que entregará a otra pareja o persona luego de dar a luz.

Ahora bien, este procedimiento médico es de gran controversia para muchos, sustentado principalmente por una gran problemática, que tiene que ver con las diferencias entre clases sociales existente en las personas involucradas en su práctica. Frecuentemente se enfrentan mujeres de bajos recursos que prestan sus servicios como subrogados contra mujeres que tienen un estatus económico elevado.

En cuanto, a los protagonistas principales de la maternidad por subrogación, se debe destacar en cada uno de ellos, comenzando por la madre subrogada, que suele ser observada como una mujer potencialmente explotada por pertenecer en su mayoría a clases sociales bajas. Ejemplo de ello es la India, en donde muchas mujeres son fecundadas con el óvulo de una pareja deseosa de un niño, comprometiendo su propia salud psico-física y sometándose a las limitaciones relativas del embarazo.

Aunque, también suele entenderse como una forma de emancipación para la mujer y expresión de la libertad procreativa que le concierne exclusivamente al sujeto. Pues esta es libre, autónoma y en grado de asumir plenamente las consecuencias que deriven del acuerdo subrogativo. Además, se tiene que:

Aparte de concebir a la mujer como un sujeto del derecho que no puede prescindir de su propia sexualidad, ve en el contrato de sustitución (del tipo económico) una posibilidad para la mujer (especialmente para aquellas que pertenecen a la clase social más pobre) de ganar dinero en base al servicio ofrecido (Shalev, 1989, p. 447).

En pocas palabras, la mujer posee el derecho a la reproducción ya que es parte del derecho a la libertad como manifestación de la autonomía física de la persona. Por lo que son dueñas de su cuerpo para poder decidir si rentan su útero o no; entendiendo que la subrogación es un servicio como cualquier otro que debe ser remunerado.

En contraste con lo anterior, se dice que la renuncia de la madre subrogada al recién nacido constituye un acto muy doloroso para ella, el cual puede dar lugar a la aparición de problemas psicológicos. Igualmente, se ha señalado que la gestación por sustitución puede poner en riesgo la salud de la madre gestante y el bebé, pues aquella puede distanciarse de este al considerar que no es suyo o no le pertenece.

De igual modo se ha afirmado que luego de producida la separación de la madre subrogada del recién nacido, esta puede desarrollar sentimientos de depresión post-parto, rabia o culpa. A pesar de los efectos negativos de los cuales ha sido acusada la práctica de la gestación por sustitución, existen varias razones por las cuales las mujeres deciden hacer parte de este procedimiento, entre ellas se encuentran: para ayudar a la pareja que no tiene hijos, por disfrute del embarazo, por autorrealización y por el pago de una remuneración.

En el caso del niño, la subrogación lo reduce a la par de un producto de mercado y que como tal, debe de ser perfecto; con el posible riesgo de que la pareja solicitante al momento del nacimiento de éste, cambie de idea y decida no quererlo más. En cambio, una posición diferente sostiene que el niño es el fruto del deseo y de la voluntad de una pareja por querer ser padres, y por lo tanto el niño no estaría expuesto a los riesgos antes mencionados.

Por último, la pareja solicitante que participa con base en un derecho procreativo, es decir, la libertad de poder elegir el método procreativo. Por lo tanto involucrar a la maternidad por sustitución, que siendo una expresión de la individualidad, no puede ser suprimido. Por otro

lado, puede ser peligroso en el caso en que la pareja decidiera cambiar de idea una vez que nazca el niño o la madre subrogada decidiera no querer entregarlo. Las motivaciones principales son: la infertilidad de la pareja, el tiempo y los costos incidentales de un proceso de adopción, la existencia de una anomalía genética en la esposa que puede ser transmitida al bebé, y la decisión de la mujer, por razones de conveniencia y sin que exista una razón médica, de no tener un hijo por ella misma.

Es probable, que se confunda con otros procedimientos reproductivos como puede ser el caso de la locución de útero, práctica a través de la cual la mujer contribuye únicamente en la fase de gestación, en otras palabras, la pareja que encarga el niño proporciona el material genético. Sin embargo, en la gestación por sustitución existe participación de la madre en la formación del hijo que va a nacer, por tanto, en ciertos casos, la madre subrogada aporta su propio material genético.

Conforme con las técnicas reproductivas modernas se pueden tener hasta cinco diferentes tipos de padres: una madre genética o padre genético (la madre subrogada con el aporte del semen de hombre de la pareja solicitante), una madre gestacional (la madre subrogada con el material genético de la mujer y el hombre de la pareja solicitante), una madre social o padre social (la madre subrogada con el material genético de un hombre anónimo y la mujer solicitante, y viceversa).

Acorde con ello, Arámbula (2008), expresa “El fenómeno de la gestación por sustitución, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación.” (p. 13). En pocas palabras, la gestación por sustitución ha dado origen a nuevas modalidades identificadas según su aporte en la procreación del bebe.

Basta, como muestra: la maternidad plena, que engloba la relación biológica (genética y gestacional) de la mujer con el niño y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que son parte de la maternidad; la maternidad genética, referida a la donante que proporcionó los óvulos. De igual manera la maternidad gestacional: es relativa a la mujer que se encarga de la gestación de un embrión, a partir de un óvulo donado; la maternidad legal, se refiere a cuando la mujer asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos algún vínculo biológico.

Lo cierto, es que existen diversos criterios de clasificación adoptados para la subrogación. De allí que se puede distinguir diferentes tipos de gestación por sustitución. Desde el punto de vista del material genético empleado (ovulo y espermia) esta puede dividirse en: si los gametos son aportados en su totalidad por la pareja solicitante (la madre gestante solo porta al bebe) es una sustitución en la gestación o maternidad plena (Seleme, 2012).

Además si los gametos son aportados por terceros (excluyendo el material genético de la pareja solicitante y de la madre gestante) se está frente a una sustitución por gestación o una subrogación gestacional; si los gametos son aportados por la madre gestante y un donante o tercero habrá una subrogación parcial o maternidad por simple sustitución (Seleme, 2012). También si los gametos son aportados por la madre que quiere tener el hijo y por un donante o tercero habrá una subrogación parcial; y si los gametos son aportados por la madre gestante y por el varón de la pareja solicitante entonces se originará una subrogación parcial (Seleme, 2012).

No obstante, se pueden distinguir dos tipos de subrogación desde la perspectiva económica. Por un lado, la gestación por sustitución onerosa, aquella en la cual hay ánimo de lucro y un contrato o acuerdo entre las partes, la madre gestante recibe una remuneración económica por el esfuerzo tanto psíquico como físico que implica estar embarazada (Ales, 2016). Por otro lado, se encuentra la subrogación altruista, cuando la madre gestante se somete a dicha intervención médica sin recibir nada a cambio quizás el gasto médico necesario, solo para ayudar al prójimo. Pero se debe destacar que este tipo de subrogación se suele dar por una cuestión "de solidaridad familiar", es decir, para ayudar a algún pariente, amigo íntimo o cercano, que no esté en condiciones de tener un hijo (Ales, 2016).

2.2. Fundamentos de los países de mundo con respecto a la maternidad por subrogación

Cuando se usa el término de subrogación se alude a un contrato sustitutivo que, dependiendo de cada país y de las legislaciones vigentes en cada uno de éstos, puede ser de tipo económico o gratuito. A su vez, el contrato en términos legales es la forma que sirve para regular una relación de tipo patrimonial entre dos o más sujetos. Esto significa que también en la práctica de subrogación, quien se involucra voluntariamente en ese acuerdo se convierte en el titular de los derechos y deberes; por ello este acuerdo conlleva vínculos por parte de los contrayentes.

Para el caso de la madre subrogada, estas consistirán de manera general en: permitir ser inseminada artificialmente, llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé, y renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido. Por su parte, la pareja solicitante está obligada en relación con la madre subrogada a: pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo.

Además debe asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido y pagar a la madre subrogada una compensación, en caso de no ser una maternidad por subrogación altruista. Lo más importante es conocer las tres alternativas que pueden presentarse, en relación con la posición que puede asumir el Estado, las cuales pueden ser; la legalización, la prohibición legal y la ausencia de ley.

En primer lugar, la legalización, es decir, el establecimiento de una ley que regule la subrogación y garantice a los sujetos que son parte del contrato, tanto a la madre subrogada como a la pareja solicitante. Donde deberán firmar un convenio que incluirá un consentimiento informado, en el cual la primera se declare autónoma y consciente y se comprometa a ceder al niño a la pareja en el momento del nacimiento de éste.

Igualmente, la pareja solicitante a través de una auto-declaración asumirá la responsabilidad de hacerse cargo del nacido. En general, considera el riesgo que conlleva un embarazo y contribuye al Estado para obtener un mayor control de la maternidad por subrogación con datos certeros relativos a la práctica de subrogación y a los pacientes.

En segunda instancia, la prohibición legal, que daría pie a dos fenómenos: el traslado del problema a otros países en donde la práctica se permita o el incremento de la clandestinidad de dicho procedimiento mediante recursos e instrumentos no son verificados por salubridad. Dando paso al abuso, la avaricia y la explotación de mujeres de bajos recursos.

En último lugar, la ausencia de ley, es decir, la falta de una normativa, lo cual significa que la práctica no está sujeta a las leyes de un país. Por lo tanto no es posible apelar a la ley en el caso de una disputa entre la madre subrogada y la pareja solicitante, reconociendo la posibilidad del no cumplimiento de los acuerdos de maternidad gestacional. Con miras, a que una pareja solicitante se niegue a recibir al niño de la madre gestacional o que la madre gestacional se niegue a ceder al niño después de que éste haya nacido.

Algunos temas bioéticos, como aquellos que tienen que ver con la reproducción, generan diferentes posturas dentro de un país y dentro de la cultura preponderante. Se puede intuir que al asumir una posición clara con respecto a la maternidad por subrogación, es un tema que toca a la política y a sus actores.

2.2.1. Países en contra de la maternidad por subrogación

No en todos los países existen legislaciones que regulen la práctica sustitutiva, por ello los conflictos que hasta ahora se han llevado a cabo en su gran mayoría se enfocan en la tutela del niño. La decisión de muchos países de no deliberar en relación con el tema de la práctica subrogada, no es el más racional puesto que significa fingir y pensar que la subrogación no existe, y como consecuencia asumir una posición ambigua.

Sin embargo, para la mayoría de estos países permitir la utilización del útero de una mujer para la gestación de un hijo de otra significa, sin lugar a dudas, separar el cuerpo humano en partes destacables, quebrando su unidad inherente, elemental en el concepto de persona desde Roma. El uso del cuerpo en estos términos significa tratar a un organismo humano como mero instrumento al servicio de intereses de otros individuos.

Además de esto, niega al embrión, que tiene sus derechos garantizados desde la concepción en casi todos los sistemas jurídicos, cualquier consulta previa u opción para poder desenvolverse y nacer por medios naturales, que ciertamente representa ventajas, además de expectativas. Lo que destaca el egoísmo por parte de los padres sustitutos, que se auto atribuyen el derecho de tener un descendiente biológico a cualquier precio o costo. Aun habiendo niños huérfanos, abandonados, desperdigados por todo el mundo en grandes cantidades y a la espera de adopción.

Ahora bien, en las naciones donde no se percibe legislación expresa al respecto, la simple censura moral o ética no es capaz, por sí misma, de prohibir a una persona hacer o dejar de hacer algo, especialmente en naciones democráticas como Colombia, Brasil, Argentina, entre otros. Por esto, en ausencia de reglas legislativas claras sobre la gestación por sustitución, su tratamiento deberá ciertamente ser acorde a la reglamentación ya existente, a los principios generales del derecho o a la analogía.

Para ilustrar mejor, en Brasil y en Argentina no existen legislaciones expresas sobre la técnica de la gestación por sustitución, aunque según El Código Civil argentino, en su artículo 565 expresa que “La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”⁵.

Por esto, cualquier intento de alterar la presunción de maternidad será ilícito; sólo la relativización del concepto clásico de lo que significa “nacer” (la simple fusión de los gametos, no implicando la gestación) podría amparar la maternidad por la proporción del material genético o por la iniciativa del proyecto de ser madre.

De igual modo, ocurre en el Código Civil brasileño, que permite una interpretación extensiva del concepto de maternidad o paternidad. Ya que sólo dice que los padres son los registrados civilmente en el órgano competente (art. 1603)⁶. Aun así, persiste el obstáculo de naturaleza legal a la realización libre de la técnica. La ley de trasplantes de órganos sólo permite en su artículo 1, la “disposición gratuita de tejidos, órganos y partes del cuerpo humano, en vida o post mortem, para fines de trasplante y tratamiento directo”⁷; por lo tanto, que hay un obstáculo legal a negociaciones de este tipo.

Así mismo, se encuentran en los dos países las noticias del nacimiento de niños a través de madres sustitutas. A falta de ley expresa o la consideración de la ilicitud del objeto de la técnica; el derecho, deberá inclinarse siempre para el camino más favorable a aquel que ni siquiera fue consultado en todo el proceso, el concebido y nacido, titular de derechos desde su concepción.

Por otro lado, hay países donde la técnica ha sido prohibida y todavía se usa, la solución debe ser igual, aunque bajo consecuencias criminales o predicadas por la ley. Entre los países que expresamente prohíben esta práctica se encuentran Francia, Suecia, Alemania, Noruega, Dinamarca, Québec, Irlanda, Italia, Australia, Suiza, Portugal, Bulgaria, Chile, Camboya, Japón.

Varios son los argumentos que sostienen la posición negativa de este tipo de contratos, por parte de las naciones anteriormente mencionadas. Primeramente, se sostiene que el contrato de gestación por otro es ilegal porque facilita la venta y el comercio de niños, siendo a menudo

⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁶ Código Civil Brasileño, 2002.

⁷ Ley 9434/97, Brasil, 1997.

tratado como mercancía. Además es objeto de abandono por parte de quien lo da a luz a favor de otro que encarga al niño por un precio estipulado o por una indemnización en concepto de gastos, aun cuando el contrato se estipule en forma gratuita.

También, se cuestiona el consentimiento prestado por la madre gestante porque se entiende que se encuentra viciado ab-initio de la relación tanto por falta de comprensión de ésta con relación a los alcances del contrato que está celebrando, como por el aprovechamiento de su estado de necesidad. Asimismo, se ha denunciado que estos contratos pueden generar un alto grado de intrusión en la vida privada de las mujeres portadoras y la instrumentación de la mujer y la disposición de su cuerpo no tiene precedentes.

Teniendo en cuenta, el sufrimiento que el embarazo y parto provocan en muchas mujeres portadoras que sufren graves problemas de angustia no sólo en virtud de la estimulación ovárica, además de la producción de ovocitos. Sino también a raíz del deber de desprendimiento y abandono que deben cumplir a consecuencia del contrato. Ya que no se asesora debidamente a la mujer antes de emprender semejante compromiso. Tampoco se le da la asistencia terapéutica necesaria para acompañarla durante el embarazo y con posterioridad a él.

Habría que subrayar que en el caso de España, el contrato de gestación por sustitución se encuentra tajantemente prohibido fundamentándose en el artículo 10 de la ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida⁸. Donde se establece la nulidad de pleno derecho de aquel contrato a través del cual se estipule la subrogación (en cualquiera de sus formas) junto con la renuncia de la filiación a favor del contratante o un tercero.

De igual modo establece claramente que la filiación de aquellos niños nacidos como consecuencia de la subrogación se determinará por el momento mismo del parto. La cual da lugar a la acción de reclamación de la paternidad en relación al padre biológico, conforme las reglas generales de filiación. Y en Québec, la subrogación gestacional se sanciona con la nulidad absoluta.

Al igual, ocurre con Italia y Francia donde se considera una práctica prohibida y punible por mandato de la Ley con el fin de evitar una maternidad múltiple. Específicamente, la ley italiana 40/2004⁹, incluye en su art. 12 (Prohibiciones generales y sanciones) sanciona la

⁸ Ley de Reproducción Humana Asistida. Ley 14/2006. España.

⁹ Ley 40/2004. Italia.

comercialización, además del uso de gametos ajenos a la pareja y la gestación por sustitución con prisión de tres meses a dos años, también una multa de entre 600.000 y un millón de euros.

Lo curioso es que si bien la negativa por parte de los países que desestiman la maternidad por subrogación, entre otras razones se basa en evitar la cosificación del niño, los precedentes de jurisprudencia no parecen ser la solución más eficaz para lograrlo. Pues se vulnera el derecho de identidad del niño y de todas maneras los pedidos se siguen presentando ante los tribunales de dichos países. Indudablemente, la prohibición o la falta de regulación o silencio de la ley, potencian y aumenta el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica. De ahí provoca que la maternidad por subrogación se realice al margen de la ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias.

2.2.2. Países a favor de la maternidad por subrogación

Con respecto a los Estados que tienen leyes que regulan la maternidad por subrogación, se han incrementado dentro de los últimos diez años; por ejemplo, en Australia (ACT, Queensland, New South Wales, Western Australia, Victoria), en Canadá (Alberta, Columbia Británica), Grecia, Rusia, Sudáfrica, México (Sinaloa), Uruguay, Ucrania, entre otros. Además, muchos estados se están cuestionando su regulación; tal es el caso de Bélgica, Bulgaria, Irlanda, India, México D.F, entre otros. Y diversas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando; el caso de Rusia, Reino Unido, Israel y Grecia.

Para ser más específicos, en Grecia; la ley permite la gestación por sustitución a griegos y ciudadanos comunitarios, sólo matrimonios heterosexuales o personas solteras, que viven temporalmente en Grecia siempre que la madre gestante no tenga ánimo de lucro. La normativa permite que la embarazada pueda recibir una contraprestación económica por las molestias (como faltar al trabajo), aunque esta no puede superar los 10.000 euros. El juez autoriza previamente a los postulantes para estas prácticas, donde la ley marca que es la justicia quien debe estudiar y avalar cada caso.

Mientras que, Canadá y Estados Unidos son países elegidos no solo por matrimonios heterosexuales o personas solteras sino por parejas del mismo sexo. Ambos, en determinados estados o provincias, posibilitan la donación de embrión sumada a la gestación por sustitución de modo comercial o altruista y son sin lugar a dudas países muy seguros desde lo jurídico, pero también muy costosos.

El tema de los seguros de salud hay que revisarlos muy bien, tanto de la mujer gestante en Estados Unidos como del recién nacido. Otro rasgo, es que las gestantes son mujeres que prestan su ayuda de manera voluntaria, que suelen ser de buen nivel socio-económico con una vida familiar estable y que han tenido sus propios hijos con anterioridad.

En Canadá la gestante está cubierta por un seguro de salud, pero no los niños nacidos en este país por estas prácticas. Hay seguros que cubren, sólo por un niño. Por lo cual si hay mellizos no cubrirá el seguro a ninguno de los dos. Lo ideal en Canadá es transferir solo un embrión, para así evitar consecuencias económicas y financieras importantes, también las decisiones pueden ser administrativas o judiciales según los lugares donde nazcan los niños.

Por otra parte, Ucrania hoy ofrece a través de su código civil una seguridad desde lo jurídico para matrimonios heterosexuales y donde al menos un miembro del matrimonio aporta su gameto. Este país se ha transformado en los últimos años en un destino económico, donde por 40.000 euros se ofrecen intentos ilimitados incluyendo estadías, traslados, seguros de salud; llamados servicios “all inclusive” (todo incluido) con un control total de los gastos.

La decisión es administrativa y los padres regresan a su país de origen a las tres semanas del nacimiento de la criatura sin inconvenientes con un pasaporte provisorio, allí se terminan de realizar los trámites administrativos registrales. Dado que Ucrania no tiene derecho y la mujer que lleva el embarazo no es considerada la madre del niño nacido por estas prácticas, tampoco es ucraniano por consanguinidad.

Sin embargo, la República de la India, país en el que se admite el alquiler de vientres desde hace años, como contratación de cuerpos de mujeres para gestar para terceros, ha tomado una decisión política que modifica la cuestión. Con el fin de limitar la contratación por parte de extranjeros de vientres de mujeres indias, restringiendo tales contratos sólo para personas casadas con al menos dos años de matrimonio y que sean de distinto sexo.

Asimismo, en este país existe una nueva norma promulgada en febrero de 2013 dispone varios requerimientos, como la consulta a los sitios oficiales sobre inmigración a la India para fines de maternidad por subrogación, indicando los siguientes requisitos: el contrato de alquiler de vientre sólo podrá hacerse si el país de origen de los solicitantes del vientre, también admite tal tipo de contrataciones. Cabe destacar, que la mayoría de los países no admite tal contratación y los que la admiten casi todos no aceptan el alquiler comercial.

Se debe agregar, que será obligatorio por parte de la pareja extranjera presentar una carta de la embajada de la India o el ministerio de asuntos exteriores del país donde están los ciudadanos. Declarando que el país extranjero admite expresamente el alquiler de vientre, también debe confirmar que el niño por nacer se le permitirá la entrada en el país como un hijo de la pareja solicitante.

Además, las personas que ingresen a la India para estos propósitos deberán hacerlo con una visa médica y no con una visa turista, las mujeres gestantes indias sólo podrán tener entre 21 y 35 años. De igual manera, se deberá presentar un convenio firmado entre la pareja solicitante y la madre de alquiler india, el tratamiento (inseminación) debe hacerse sólo en una de las clínicas de reproducción reconocidas gubernamentalmente.

Cosa parecida sucede en Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por las siguientes normas: el Código de Familia de la Federación de Rusia¹⁰ 1995, relacionado con el registro de la filiación del niño nacido por gestación por sustitución (art. 51). El otro código regula la impugnación de paternidad y de maternidad en relación con un niño concebido por fecundación in vitro y nacido por gestación por sustitución (art. 52). Por otro lado, establece quiénes pueden tener acceso a las tecnologías de reproducción asistida.

La ley rusa define la gestación por sustitución como la gestación y el dar a luz a un niño (incluyendo el nacimiento prematuro) en virtud de un contrato celebrado entre una gestante (una mujer que gesta un feto luego de la transferencia de un embrión de donante) y los padres potenciales, cuyo material genético fue utilizado para la fecundación, o una mujer sola, para quien es imposible gestar y dar a luz a un niño por razones médicas¹¹.

En síntesis, es un contrato celebrado entre la gestante y los padres que han utilizado su material genético para la concepción. Al respecto, dispone que una pareja, casada y no casada, al igual que una mujer soltera tiene derecho a tener acceso a la reproducción asistida, siempre que dieren su consentimiento informado a la intervención médica.

Igualmente se exige que la gestante otorgue su consentimiento para que los solicitantes sean inscriptos como padres legales del nacido, realizando un procedimiento de registro ordinario con una excepción: los solicitantes deben presentar, además de los documentos que se requieren para la inscripción de un nacimiento, una nota oficial de la clínica médica. La cual

¹⁰ Código de Familia de la Federación de Rusia (1995).

¹¹ Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health. Rusia. (2012).

confirma que la gestante dio su consentimiento para que así se proceda a inscribir al niño como hijo de los solicitantes y reconocerles el estatus de padres o progenitores legales.

Así que, si la maternidad por subrogación estuviese debidamente reglamentada, el nivel del temor sería sensiblemente más bajo. En otras palabras, no debe temerse a la maternidad por subrogación en sí, sino a la clandestinidad, a la falta de ley, a los procesos poco claros que facilitan el tráfico de niños.

2.3. Casos paradigmáticos en tribunales extranjeros

Por lo que se refiere a la maternidad por subrogación en el mundo, no se debe dejar de mencionar aquellos casos que han dejado una importante marca en la jurisprudencia internacional debido a sus características e insólitas situaciones y parámetros éticos que los rodean.

Ahora se tiene, el caso de Baby Gammy; un matrimonio heterosexual australiano que recurrió a Tailandia para realizar una gestación por sustitución con una gestante y agencia tailandesa donde nacieron dos hijos, uno de ellos con Síndrome de Down. Fueron muchas las cosas que se dijeron, la versión de la mujer gestante fue que no lo quisieron por tener síndrome de Down y los padres procreacionales dijeron que la gestante se lo quiso quedar.

El caso dio la vuelta al mundo en todos los medios, Gammy obtuvo donaciones por más de doscientos mil dólares en apoyo para su futuro. Mientras que, Pipah su hermana se fue a Australia con los Farnell, sus padres procreacionales y un fallo de Family Court of Western Australia, en Perth, decidió que la niña Pipah se quedara con los padres en Australia con supervisión.

Ya que el padre había sido condenado por conductas sexuales impropias y que Gammy debía quedarse en Tailandia con la mujer gestante. Por su parte la mujer gestante reclamó la custodia de Pipah pero no la obtuvo, y el Sr. Farnell fue acusado de perjurio, por haber mentido que los óvulos eran de su mujer y no anónimos. Por lo cual este caso ocasionó la prohibición total de la gestación comercial en Tailandia y la posibilidad para los extranjeros de hacerla en dicho país.

Se considera ahora, el caso de María Teresa Gregorio¹²; una mujer española que recurrió a la gestación subrogada en Rusia para tener a su niña, pero no aportó material genético propio. El cónsul español no le concedió el salvoconducto para regresar a España al entender que no podía demostrar que ella era la madre, pese a las partidas de nacimiento rusas que así lo señalaban.

La mujer debió recurrir al Tribunal Superior de Justicia de Madrid para que la autorizara. Al final, tras 359 días de estancia suplementaria al nacimiento de la niña, logró regresar a su tierra, Ibiza. Teresa podía haber sido expulsada por vencimiento de visa, ser condenada a una multa administrativa y a la prohibición de entrada en Rusia durante 10 años, lo que le obligaba a abandonar a su hija en un orfanato.

Como consecuencia, ha vivido todo un año en Moscú de forma irregular, primero en un hotel y luego en un apartamento. Gracias a que las autoridades de este país expidieron un pasaporte ruso a la niña en el que se le reconoce a Gregorio como su madre legal, las autoridades españolas han expedido por su lado el salvoconducto para que el bebé pudiera entrar en España. En este caso el pasaporte que fue consecuencia del acta de nacimiento fue más relevante que la propia partida.

Tampoco se puede dejar de mencionar, el caso Paradiso y Campanelli c. Italia¹³ ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sentencia de fallo el 24 de enero de 2017, relativa a un complejo caso vinculado a la gestación por sustitución internacional. Se trataba de un matrimonio italiano que había ido a Rusia para una gestación por sustitución, ninguno había aportado su gameto, pero mintieron en el Consulado Italiano en Rusia sobre la gestación y como se había hecho.

Ahora bien, en mayo 2011, la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de alteración del estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. La Fiscalía del Tribunal de menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción, a su vez la prueba de ADN reveló que el Sr. Campanelli no era el

¹² Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Caso de María Teresa, sentencia del 8 de marzo de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Paradiso y Campanelli c. Italia”, sentencia del 24 de enero de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

padre biológico del niño, lo que llevó al Tribunal de menores a quitar el niño a los solicitantes y someterlo a tutela.

Así mismo, el niño fue colocado en un hogar de acogida sin informar a la Sra. Paradiso y al Sr. Campanelli de su localización ni permitirles ningún contacto con él. En 2013 el bebé fue entregado a unos padres adoptivos, recibió una nueva identidad, indicando que había nacido de padres desconocidos. Los padres alegaron, sin éxito, que habían actuado de buena fe y que no tenían conocimiento del material genético que había sido utilizado en la clínica rusa. En junio de 2013, el Tribunal de menores declaró que los solicitantes carecían de capacidad de actuar en el procedimiento de adopción iniciado por ellos, puesto que no eran ni los padres ni familiares del niño. La denuncia fue admitida y el matrimonio jamás recuperó a su hijo.

Conclusión

El desarrollo de la tecnología reproductiva ha establecido nuevas posibilidades procreativas en la sociedad, y la maternidad por subrogación constituye ciertamente una de éstas; como una alternativa de acceso a la paternidad y a la maternidad. Además, nos permite comprender la existencia de la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social como parte de la construcción de un vínculo parental. Entendiendo que el interés superior del niño es lo más importante para evitar los prejuicios y garantizar los derechos de niño.

En conclusión, la subrogación de maternidad debe ser reconocida como una realidad contemporánea, y por tanto el derecho, como herramienta reguladora de las acciones sociales, debe asumir una postura determinada frente a esta. Especialmente, para proteger a los sujetos involucrados; la mujer subrogada, la pareja solicitante y el niño.

En este sentido, la aproximación con otras naciones que permiten el contrato de gestación por sustitución puede servir como fuente inspiradora para aquellos países que carecen de un tratamiento legislativo y de jurisprudencia frente a esta materia. Aunque claramente sin olvidar que serán las condiciones económicas, sociales y políticas de estos las que determinen su tratamiento.

En nuestro ordenamiento jurídico, se ha dejado sin regulación expresa esta técnica por la ausencia de prácticas semejantes en nuestro Derecho. Es así que a la luz del derecho internacional ya se han presentado casos y se ha ido construyendo una estructura normativa que

proteja a los involucrados y, de esta manera, se dé lugar a una nueva técnica de reproducción humana asistida. Ello, insta a que nuestro ordenamiento jurídico se incline por alguna de las posturas existentes y regule, o prohíba, esta práctica de manera expresa, sin dar lugar a lagunas normativas.

Capítulo 3: La restitución internacional de menores

Introducción

El tema a tratar en el siguiente capítulo es la restitución de menores a nivel internacional, el derecho internacional de menores está compuesto por varios instrumentos extra nacionales, establecidos hacia la salvaguardia de los niños, niñas, y adolescentes que forman una especie de tránsito, entre los numerosos Estados de la comunidad mundial. Sucede diariamente en los juzgados de familia y promiscuos de familia del país, que cuando se presenta un caso de restitución internacional de menores, se produce en el juzgador el rechazo del mismo para que se rehaga, o se crea un ambiente de reticencia a asumir el conocimiento del asunto. Apoyándose generalmente en interpretaciones legales y jurisprudenciales amañadas, en un flaco servicio que le suministran al deber de garantizar los diferentes derechos superiores de dichos niños, niñas o adolescentes.

Una de las principales razones es el desconocimiento de los fundamentos jurídicos del proceso de restitución internacional consagrada en nuestro ordenamiento a través de normas ratificadoras de acuerdos multinacionales, e inclusive de reglas sustantivas y procesales del que existía un escaso o ningún conocimiento. La base jurídica del problema lo constituyen las figuras de la custodia, tenencia o guarda de menores y el derecho de visitas, definidas como aquella manera de ejercer la patria potestad que el medio ambiente y la legislación humana han proporcionado a los progenitores para cuidar, educar y establecer a sus hijos.

Cuando esa custodia o guarda, tenencia o cuidado personal de un menor de edad (la ley internacional considera menor a aquél ser humano que no ha cumplido los 16 años) o el derecho de visitas se ven interrumpidos por haber sido retenido ilegalmente o trasladado al exterior, o porque habiendo viajado de acuerdo con la ley. Dicho menor ha estado retenido de forma ilegal en otro Estado disímil al de su morada habitual, los acuerdos internacionales nos dan la manera de resolver ese problema.

Se intenta embelesar a los lectores con la información jurídica y doctrinaria que sobre el tema existe, a fin de superar la ignorancia sobre el mismo y por qué no, el temor a afrontar este tipo de conflictos por parte de los Jueces de Familia y Promiscuos de Familia de nuestro país. Temor fundado en la medida en que sólo hasta hace pocos años se decantó la jurisprudencia y

legislación nacional en torno a qué funcionarios son los autorizados para conocer esta clase de asuntos.

Tal ignorancia y temor a adelantar estas actuaciones ha producido en los despachos judiciales una actitud elusiva hacia la temática, lo que constituye una cierta violación de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Los cuales son objeto de manipulación de los padres ante la presencia de conflictos familiares.

3.1. La figura de la restitución internacional de menores

Según la doctrina internacional, se han tratado muy diversas causas del problema de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, causas que radican en la misma evolución de la institución familiar. Otra razón puede ser que los sustractores utilizan toda suerte de artilugios para conseguir sus objetivos, incluso con perjuicio de la estabilidad física y emocional de sus propios hijos. Adquisición de permisos para salir del país a través de falsificación de documentos, pruebas manipuladas en los estrados judiciales, participación de empleados corruptos, entre otros, son los diversos medios que utilizan algunos padres para llevar ilegalmente a sus hijos más allá de las fronteras.

Los cambios producidos en la sociedad respecto a la estructura familiar, que es hoy en gran parte disfuncional, amerita un trato totalmente diferente a lo tradicionalmente contemplado en el ordenamiento civil. Pues al parecer hay más padres separados, más familias reconstruidas, más padres y madres solteros, que aquéllos que han constituido una comunidad familiar formal.

Por lo que el trato a dar a esta clase de conflictos en la jurisdicción de familia ha de ser bastante diferenciado al acostumbrado en nuestro medio cultural. Se habla incluso de la existencia real en la actualidad de familia monoparental, para referirse a aquellas personas que aun viviendo solas, tienen un hogar formalmente constituido en donde el único miembro es esa persona.

Particularmente se han detectado síntomas de estrés, ansiedad, pérdida de confianza en los padres y en el sistema legal, baja autoestima, depresión, dificultades para involucrarse en relaciones personales, problemas de aprendizaje y de conducta, perturbaciones del sueño y pesadillas. Además, temor a los hombres cuando el sustractor ha sido el padre, hostilidad hacia la nacionalidad y hacia las cosas asociadas al sustractor, inseguridad general; también la necesidad

de ser aceptado y ser el centro de atención. En muchos casos se ha vinculado con adicciones al alcohol y drogas, violencia y comportamientos agresivos.

Es común observar en el trajinar judicial que parejas en conflicto utilicen a los hijos como instrumento de dominación y de represión. De esa manera los sacan del país con maniobras engañosas, falsificación de documentos, o lícitamente obteniendo permiso para salir de la Nación para luego retenerlos sin el consentimiento del otro progenitor. Los estudios de campo que se han centrado en las consecuencias de la sustracción sobre todos los actores involucrados, pero específicamente sobre el niño víctima, coinciden en que los efectos no solo son perturbadores del normal desarrollo de la personalidad, sino de larga duración, ya que tienden a prolongarse sobre su vida adulta. Conforme a esto el autor expresa las principales causas del problema:

La evolución de la institución familiar que se traduce en el aumento de los matrimonios mixtos, la simplificación de los trámites de separación y divorcio y el mayor protagonismo de la mujer en la sociedad; los avances tecnológicos y de los medios de transporte; las necesidades económicas de los países en vías de desarrollo que originan fuertes corrientes migratorias; la reducción de trámites para el paso fronterizo; indisponibilidad de medidas cautelares para impedir la salida del niño o niña del territorio del Estado de su residencia habitual, y el nacionalismo judicial proyectado en la tendencia de los jueces nacionales a atribuir la custodia de los niños al progenitor que ostenta la nacionalidad del Estado al que el tribunal sirve (Jáuregui, 2018, p. 3).

En síntesis, si la identificación de las causas puede servir para una mejor comprensión del fenómeno, es el impacto negativo sobre el niño o niña y su familia lo que moviliza la adopción de respuestas jurídicas desde el Estado. Las secuelas producto del desapego al entorno familiar y de los afectos que están presentes en supuestos de sustracción doméstica, se agudizan cuando la sustracción implica el desplazamiento a través de las fronteras nacionales.

Puesto que, a lo anterior habrá de sumarse también el desarraigo cultural y en muchos casos lingüísticos.

Para solicitar el reintegro del menor a su país de origen, se encuentra legitimado para iniciar el proceso quien legalmente tenga la custodia y cuidado del menor. Sin embargo, ante una separación de hecho, cuando no se ha establecido cuál de los dos padres tiene legalmente la custodia del menor, ambos carecerían de la legitimación para la reclamación.

El Interés Superior del Niño tiene una connotación especial en éstos casos, debe ser valorado por regla como el derecho de todo niño a no ser trasladado o retenido ilícitamente, y

como excepción, a considerarlo cuando se aleguen y se prueben motivadamente las causales que restrictivamente autorizan a rechazar el pedido. Sobre la Tutela Judicial efectiva, además de manifestarse concretamente en varias mandas, en estos casos presenta como irradiación la particularidad de que para conformarla, ni siquiera un acuerdo homologado le da fin al accionar jurisdiccional.

Ya que tendrá que constatar el magistrado que efectivamente se cumplimentó, siendo una sentencia de las que requieren seguimiento. En pocas palabras son aquellas en las cuales el juez arbitra todo lo conducente a la concreta ejecución de lo impetrado y, llegado el caso, actúa sobre la marcha en demanda de que el cumplimiento efectivo de lo ordenado se materialice de la mejor manera posible.

También otra particularidad que de él deriva, es el deber del magistrado de dictar medidas cautelares para asegurar el objeto del proceso, en este caso también exhibiendo una oficiosidad particularmente exacerbada, desdibujando el principio dispositivo. Además de este principio se expande el deber del órgano jurisdiccional de articular lo mejor posible los recursos humanos, comunitarios y económicos disponibles.

Mediante la cooperación judicial internacional para un regreso seguro de la víctima del traslado o la retención, precisamente a su lugar de residencia habitual, para que el juez natural pueda juzgar su caso. También de él se desprende la limitación de la vía recursiva, aquí emparentada con el principio procesal de celeridad o aceleración. Lo consagra directamente la ley 18.895 última parte del art. 24:

En segunda instancia podrá convocarse a audiencia o dictarse decisión anticipada; en este último caso, el plazo para deducir el recurso de aclaración y ampliación será de cuarenta y ocho horas, debiéndose decidir dentro de las cuarenta y ocho horas. Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá otro recurso.¹⁴

En resumen, la urgencia aquí juega tres formas: En la tramitación del proceso, dictar la sentencia en plazo razonable y ejecutarla en un plazo razonable. Para ello es necesario que se autoabastezca, esto es que contenga el total de las medidas para posibilitar su concreción. Las disposiciones en el derecho penal nacional criminalizando el desplazamiento ilícito o el intento de desplazamiento de un menor de una jurisdicción puede disuadir la sustracción.

¹⁴ Restitución de Personas menores de Dieciséis años Trasladas o Retenidas Ilícitamente, Republica de Uruguay, 2012.

Ahora bien, cuando un menor es desplazado de un Estado a otro por uno de los padres o parientes como consecuencia de un conflicto familiar, se dice que hay un secuestro internacional; y son los convenios internacionales los que procuran la restitución del menor al lugar donde vivía antes del secuestro. Los acuerdos internacionales se ocupan esencialmente de resolver cuestiones de custodia o tenencia o guarda de menores y de visitas, que se han visto interrumpidas por haberse retenido ilegalmente un niño, niña o adolescente o trasladado a otro país o porque habiendo viajado legalmente ha sido retenido ilegalmente en otro Estado distinto al de su residencia.

Es decir, los convenios internacionales no alteran ni prejuzgan ni deciden lo relativo a la patria potestad o a la tenencia o a la guarda del menor, mucho menos regulan visitas, porque en estos aspectos rige la ley del país del menor. En síntesis, de lo que tratan tales convenios es de retenciones ilegales de menores y la consiguiente restitución. Ahora bien, cuando ese traslado no lo hace ninguno de los padres o uno de sus parientes sino un tercero, se está hablando ya de un secuestro, que como bien se entiende, es un delito y en tal caso las normas a usar serían las penales, que no son objeto de esta disertación.

3.2. El Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños de La Haya del 25 de octubre de 1980

Este Convenio es una norma de carácter internacional que reconoce y salvaguarda los derechos humanos, especialmente los derechos fundamentales de los niños. Hace parte del bloque de constitucionalidad por mandato de la Constitución Nacional. Donde en su artículo 93¹⁵, numeral 2, establece que: los derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por ello, se eleva a la categoría de norma prevalente, que desarrolla sus preceptos en aras de garantizar que todo menor residente en un país miembro del convenio reciba de sus padres la protección, el amor y cuidados necesarios para su desarrollo integral. Así, los Estados parte del convenio tienen el carácter de defensores del menor sustraído o retenido ilícitamente de su residencia habitual por parte de uno de sus padres o algún otro familiar.

¹⁵ El Convenio Sobre Aspectos Civiles Del Secuestro Internacional De Niños De La Haya, (1980).

Ante todo este convenio quiere evitar los traslados ilegales de menores entre países a través de una estrecha colaboración entre las autoridades judiciales y administrativas de los diversos Estados. Procurando que el reintegro de los niños a su residencia habitual, esta es la escogida por aquél que detenta en derecho su custodia, sea rápido, sin casi ningún formulismo sacramental tan propio de la diplomacia internacional. De ahí que el autor expresa:

Contempla esta norma que un traslado o no regreso de un niño será considerado como ilícito, cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, a una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso; cuando este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubiesen producido (Giarewski, 2018, p. 3).

Sintetizando, se considera ilegal un traslado o retención del menor cuando es sacado de su residencia habitual, o sea aquella que tenía antes de su desplazamiento, el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor. En especial, el de decidir su lugar de residencia y el derecho de visita, comprende la facultad de llevar el menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

El Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños hace parte de un conjunto mayor de tratados internacionales que procuran la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, cuando éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares. Igualmente impone a los Estados contratantes el respeto de los derechos de visita y de custodia que cualquiera de ellos haya reconocido a alguno de los padres o acudientes del menor. Con ello se busca proteger los intereses del menor sobre cualquier otro, dando aplicación al principio del derecho internacional que consagra la prevalencia de los derechos de los niños.

No cabe ninguna duda que la ilicitud del traslado del niño genera una fuerte tensión con su superior interés. Primero, en lo que respecta al traslado inicial en sí; y luego, a partir del paso excesivo del tiempo, en lo que hace a la conveniencia del retorno. Tensión que debe resolverse en cada caso concreto iluminando la interpretación del Convenio de La Haya con la Convención sobre los Derechos del Niño. El Convenio admite asimismo que la opinión respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades

competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés.

En consecuencia, sobre una base meramente conjetural los jueces no pueden, sin violar el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, apartarse de la opinión de los niños cuando cuentan con una madurez que los habilita a expresar su persistente repudio a regresar. Ninguno de los padres tiene derecho de impedir el ejercicio de los poderes que la ley les otorga, de dirigir la formación moral e intelectual de los hijos y su crianza, educación y establecimiento.

Mientras no intervenga decisión judicial en contrario ninguno de los cónyuges puede impedir el ejercicio de los derechos que la ley le otorga sobre los hijos menores, ni puede dejar de ejercerlos, el marido o la mujer. Cuya finalidad de ejercer solo tales derechos arrebatados al hijo del lugar donde deban ejercerlos, impidiendo que se cumplan los mandatos legales. Esto es, quebrantándolos, ejecutar hecho ilícito contrario al derecho, esa conducta no puede ser avalada ni propiciada de manera alguna por los jueces de la República. El autor hace ver su opinión:

De esta manera cuando un niño o niña manifiesta su negativa a volver, por ejemplo, porque desde hace siete años vive en un país en donde se encuentra inserto a través de relaciones con sus pares y con su familia ampliada, razonablemente uno podría representarse que forzarlo a regresar no difícilmente le produzca un daño, el que a su vez probablemente se expanda hacia todos los planos de su personalidad. Con lo cual, conceder la procedencia de una restitución internacional (lo que también es válido para un proceso interprovincial) no puede ser llevada a cabo en nombre del ciego cumplimiento de la ley (Martínez y Bado, 2018, p. 4).

En resumen, cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. En efecto, los trastornos psicológicos que el menor puede sufrir debido a dicho traslado podrían reproducirse si la resolución relativa a su retorno se dictase al cabo de cierto tiempo.

En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de este artículo, será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan. No basta con que el retorno sea incompatible, o incluso claramente incompatible, con dichos principios. En segundo lugar, la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas.

3.3. Incorporación en el CCyC

Cabe destacar que el Código de Vélez no contenía ninguna norma expresa sobre la restitución internacional de menores. No obstante, con relación a la restitución de menores y el auxilio jurídico internacional, nuestra jurisprudencia ha aplicado analógicamente lo dispuesto en el Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay es decir, utilizó el punto de conexión personal de la residencia habitual del menor, el cual es calificado como aquel donde tiene el centro de vida. En cambio, el actual Código Civil y Comercial en forma expresa regula la restitución internacional de menores y el ámbito espacial pasivo. Al respecto, el artículo 2642 del Código Civil y Comercial señala:

Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez competente para decidir la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño o adolescente.¹⁶

En este sentido, los jueces y autoridades administrativas argentinas deben acudir en primer término a los tratados internacionales u otras fuentes convencionales ratificados por nuestro país, en los casos que tengan jurisdicción internacional y competencia, y exista un punto de contacto con la República Argentina. En el caso de no ser aplicable un tratado internacional por no existir un punto de contacto con otro país signatario, el Código Civil y Comercial dispone que los jueces deban procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. En este orden de ideas, en el caso que no sea aplicable una convención internacional es cuando erigen las complicaciones, pues nuestro país se encuentra adherido a varios tratados internacionales con diferentes regulaciones. El autor opina:

Si bien las convenciones a las que remite el CCyC contienen normas que aluden al procedimiento, las mismas son de carácter general aplicables a todos los países y lo cierto es que no son suficientes a la hora de enfrentarse al caso concreto. Para ello

¹⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

resulta indispensable la regulación normativa interna que contemple lo más detalladamente posible el procedimiento a seguir frente a un pedido de restitución internacional, especialmente en su etapa de ejecución de sentencia. Como expresamente lo establecen los convenios, el magistrado no puede resolver en modo alguno sobre la cuestión de fondo, no podrá resolver a quien le corresponde la custodia, ni tampoco sobre el derecho de comunicación y su procedencia o modalidades, y es allí donde aparece el primer límite a tener en cuenta, de por sí muy impreciso, resultando difícil establecer cuál es el interés superior del niño sin adentrarse al menos mínimamente en el análisis de las cuestiones de fondo (Robert, 2018, p. 6).

En síntesis, específicamente en lo que a nuevas reglas dispone el código en general y que a su vez guardan relación con la restitución internacional, se tienen normas sobre capacidad, sobre responsabilidad parental, y normas sobre proceso de familia: principios y reglas procesales, que por supuesto atañen al proceso de restitución internacional. Concretamente introduce un título especial de derecho internacional privado. En lo que respecta a restitución internacional de menores, sólo incorpora un artículo, sin embargo no es poco lo que expresa como se verá, al contrario, se cree que es el eje fundamental en torno al cual gira el proceso judicial de restitución internacional.

Del texto de los diferentes tratados internacionales de restitución internacional de menores mencionados anteriormente se puede observar que la finalidad principal es la restitución de los menores que fueron sustraídos en forma ilegal sin analizar las cuestiones de fondo guarda y/o responsabilidad parental. Además, los tratados internacionales conforman alianzas políticas entre los países signatarios, y por esta razón se conceden beneficios especiales recíprocamente. En cambio, la legislación interna de fondo no tiene la finalidad inmediata de realizar alianzas políticas con ningún país. Por lo tanto debe analizar como cuestión previa las cuestiones de fondo, y posteriormente determinar si correspondiese o no la restitución internacional del menor.

En cuanto al interés superior del niño, ninguna norma procesal, ni de fondo del derecho interno, ni tampoco la ley extranjera en el caso que sea aplicable conforme a los métodos del derecho internacional privado, ni tampoco normas consagradas en tratados internacionales, podría entrar en colisión con el interés superior del niño incorporado por la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestra legislación interna. De esta forma, los jueces están obligados a aplicar las normas procesales y de fondo más favorables al interés superior del niño.

El Código Civil y Comercial debería haber regulado el caso de restitución de menores con algún punto de conexión, preferentemente el punto de conexión personal de la residencia habitual del menor. Asimismo, no dejar en manos del juez regular el caso conforme a los principios contenidos en los convenios internacionales; pues genera incertidumbre e inseguridad jurídica.

Colocando en riesgo los derechos fundamentales de los niños. Por lo expuesto, se considera que el Código Civil y Comercial debería haber regulado no tan solo la norma indirecta en los casos de restitución internacional de menores, sino también, el procedimiento de dicha restitución. En los casos que no sea aplicable algún tratado internacional sobre la materia, los jueces argentinos deben analizar las cuestiones de fondo como cuestión previa, y posteriormente determinar si correspondiese o no la restitución internacional del menor. Según el autor:

Una vez localizado el niño, la Autoridad Central debe verificar que se cumplan todos los requisitos que establece el Convenio, con el objeto de que su aplicación sea viable ante la justicia respectiva. Independientemente de ello, si el padre requirente lo autoriza, tomará contacto con el otro progenitor para lograr una solución amistosa entre las partes. Aun antes de iniciar el proceso contencioso, se puede recurrir a la mediación, ya sea en sede administrativa, incluso ante la autoridad central, como instancia prejudicial o bien en el ámbito judicial. Conviene distinguir claramente, entre un retorno voluntario, totalmente espontáneo de un retorno amistoso o amigable en el cual operó una cuota de mediación o conciliación por la intervención de otra persona, normalmente experta (Britos, 2017, P. 5).

En resumen, se deberán tomar medidas específicas para poder llevar a cabo el procedimiento de restitución del menor, con ayuda claro está de un juez, una vez producido el traslado o retención del niño, serán las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre, el Estado de refugio, las que decidirán acerca de su restitución al Estado de su residencia habitual. El Estado extranjero aplicará su legislación y procedimientos y serán sus autoridades las que en última instancia decidirán sobre el destino del niño.

De igual modo, la Autoridad Central Argentina ofrece siempre al peticionario la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de radicar el proceso ante la Justicia. En el caso de los casos entrantes, se envía una nota al padre sustractor, para que recapacite y restituya al menor en forma voluntaria o, en su caso, se fije un régimen de visitas. Explicándosele las consecuencias que acarreará su negativa. Para evitar demoras se le otorga un plazo de diez días para responder. Si ningún acuerdo fuera posible, se procederá a remitir la

documentación al juez competente para que dé cumplimiento a la solicitud de restitución efectuada por la Autoridad Central requirente, para que resuelva en un plazo de seis semanas.

Si ello ocurre, se está en lo que puede denominarse la fase contenciosa o judicial, dado que la decisión acerca de la procedencia o no del pedido de restitución es de los tribunales. Aunque no es menos cierto que la Autoridad Central estará a disposición del tribunal judicial y de las partes para brindar cualquier tipo de información o cooperación necesaria para el correcto funcionamiento de los Convenios, teniendo siempre en mira el interés superior del niño.

Igualmente, en el art. 8° del Convenio de La Haya¹⁷ dispone que toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor. Asimismo, puede ser a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

Ahora bien, las Autoridades Centrales son los organismos técnicos especializados que tienen el deber de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados. Con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del Convenio. Si la Autoridad Central que recibe una solicitud de restitución tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante. El cual transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante. Por su parte el autor expresa:

La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor. En el caso de que no se conozca el paradero del niño, la Autoridad Central argentina dará intervención a INTERPOL, organismo encargado de la localización de personas (Britos, 2017, P. 4).

Con respecto a esto se puede decir que, la función de la Autoridad Central es exclusivamente administrativa e informativa, quedando reservada al poder judicial la decisión sobre la viabilidad o no del pedido de restitución. La Autoridad Central puede asumir dos roles: uno cuando remite la solicitud de restitución o de visitas a otra Autoridad Central del lugar al que ha sido trasladado o retenido el menor. Y dos, cuando recibe la petición de restitución o de

¹⁷ Convenio Sobre Aspectos Civiles Del Secuestro Internacional De Niños De La Haya, (1980).

visitas de un menor que se halla en su territorio. Aquí la cooperación consiste en localizar al menor, adoptar medidas provisionales, promover la restitución voluntaria o iniciar un procedimiento judicial o administrativo a fin de lograr la pronta restitución.

Con arreglo a la Convención de La Haya de 1980, una vez producido el traslado o retención del niño, serán las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre, el Estado de refugio, las que decidirán acerca de su restitución al Estado de su residencia habitual. El Estado extranjero aplicará su legislación y procedimientos y serán sus autoridades las que en última instancia decidirán sobre el destino del niño.

En este aspecto, no se puede soslayar que la decisión final sobre el reintegro del niño queda en manos de la autoridad competente del Estado de refugio. Esta autoridad, antes de emitir una orden de restitución, puede pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño una decisión o una certificación relativa al carácter ilícito del traslado o de la retención del menor.

Aun en la hipótesis de que el juez de la residencia habitual expida esta decisión o este certificado, ello contribuye al conocimiento sobre el carácter ilícito de la conducta desde la óptica de ese ordenamiento jurídico. Pero no desnaturaliza la competencia de la autoridad judicial del Estado donde el niño se encuentra. Sobre esta autoridad recae la responsabilidad de la última palabra en la definición de conceptos determinantes, tales como grave riesgo de exposición a un peligro físico o psíquico.

A su turno, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV) otorga competencia para entender en la restitución a las autoridades judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual del niño al momento del traslado o retención. Se tiene en cuenta para atribuir competencia la mayor cercanía del progenitor desplazado con las autoridades encargadas de dirimir la cuestión, y el hecho de que sean las autoridades del Estado afectado las encargadas de decidir la restitución o no del niño trasladado o retenido indebidamente. La Convención de La Haya no contiene normas sobre la ejecución de la sentencia restitutoria. Por el contrario, la CIDIP se limita a establecer en el art. 13:

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren

tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.¹⁸

En resumen, El Convenio de La Haya establece que la sentencia que ordene o deniegue la restitución del niño debe dictarse en un plazo máximo de seis semanas. La CIDIP IV crea un procedimiento sumario y especial, con plazos muy abreviados. En efecto, prevé una suerte de medida preparatoria de localización del menor que permite asegurar la efectividad posterior de un pedido de restitución, o bien de cumplimiento del derecho de visita.

El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, tomarán conocimiento personal del menor. Además, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución.

Mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción. La oposición fundamentada a regresar deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados. A partir del momento en que la autoridad tomara conocimiento personal del menor y lo hiciera saber a quién lo retiene. Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Dentro de los sesenta días calendario siguiente a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

En todo proceso de restitución internacional de menores, aquel a quien se le imputa haber trasladado o retenido ilícitamente a un niño, debe tener la posibilidad de oponerse en tanto pueda probar que no se encuentran presentes los requisitos de procedencia, mencionados anteriormente, debiéndosele acordar también la oportunidad de alegar. Además probar la existencia de alguna de las excepciones que los convenios prevén expresa y taxativamente. La afectación moral tanto para el menor como para el padre con el que tenía residencia habitual es inconmensurable, y de allí la premura con lo que deben realizarse los trámites dirigidos a la restitución.

¹⁸ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), Uruguay (1989).

Efectivamente, la sustracción internacional de menores es un fenómeno que atenta contra los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes involucrados. Al ejecutarla, el padre sustractor actúa sin consideración del perjuicio que afectivamente le causa al menor, y con las muy pocas veces disimulada intención de instrumentalizarlo para causarle daño al otro progenitor. La mira, los ejes centrales en materia de restitución internacional de menores, son los niños y las niñas. Quienes suelen ser manipulados, instrumentalizados, violentados por las decisiones hostiles de quienes como progenitores tienen la obligación de defenderlos y, que más veces que las necesarias, los condenan con conductas arbitrarias, arrastrándolos como nómades por el mundo. El autor expresa:

Como se ha podido constatar, la vía probada más eficaz para atacar el problema son los instrumentos legales internacionales multilaterales, en muchos de los cuales la República Argentina es parte, razón por la cual se celebra que el legislador se haya hecho cargo de la complejidad reinante en las épocas que corren, y legisle sobre la Restitución Internacional de Menores en el art. 2642, disposición por la que se insta a nuestros jueces a prestar cooperación con los pedidos que se hagan desde el extranjero, así como a extender los principios de los convenios internacionales de los que la República Argentina es parte, a los Estados que no son parte en dichos tratados (Scotti, 2017, p. 4).

En cuanto a esto se puede resumir que, los tribunales argentinos deberán propender, iluminados por el supremo interés del niño, al logro de soluciones satisfactorias que cumplan con la finalidad de los textos convencionales y con el Código Civil y Comercial. Para así profundizar la cooperación internacional y contribuir en el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los pueblos. Aunque resulta de toda evidencia que no ha sido la carencia de normas en la fuente interna argentina la que ha obrado de impedimento para que el niño sea protegido en sus intereses por los tribunales, sino la dispar interpretación que los tribunales estatales han hecho de las disposiciones convencionales.

En efecto, en ocasiones los magistrados no llegan a comprender la verdadera finalidad de la institución de la restitución internacional de menores. Ya que no consiguen delimitar el ámbito material de los convenios internacionales, el alcance de las cláusulas de reserva. Asimismo, el significado primordial de la defensa del interés superior del niño y, lo que es más delicado, la función central que están llamados a cumplir, la que debe centrarse, limitarse a ordenar o denegar la restitución del menor y de ningún modo discernir sobre otras cuestiones de fondo para las que son señaladamente incompetentes.

Conclusión

Según lo expuesto, queda demostrado que fue la legislación internacional la que en verdad simplificó enormemente los procedimientos administrativos y judiciales tendientes a la restitución de los menores sustraídos ilícitamente de su hogar habitual. Bien sea por uno de sus progenitores o por cualquiera pariente o familiar. Es necesario que los Jueces de Familia se familiaricen con la normatividad nacional y extranjera sobre el tópico.

Así mismo aprendan a utilizar los instrumentos internacionales y vernáculos para darle a conflictos de esta naturaleza, una salida rápida como ameritan, por estar involucrados en ellos menores de edad, proclives a sufrir serios traumas psíquicos irreparables ante una retención ilegal. Se ha acreditado que las normas nacionales están en armonía con las internacionales, no hay contradicciones aunque repeticiones innecesarias en las normas patrias.

Así mismo, en estos casos no ha de relegarse uno de los principales principios en este tipo de casos, tal es el interés superior del niño. Este principio ha de preponderarse incluso en estos casos, brindado la respuesta que mejor ampare al niño.

Sin embargo y de resaltar, el trámite del proceso en el medio tiene ya la agilidad requerida. El discurso que se ha expuesto acerca de las herramientas nacionales y convenios internacionales, facilita por su sencillez en gran medida la labor de los jueces de familia y los familiariza con el proceso de restitución internacional de menores. Logrando con ello que al llegar a su despacho un asunto de este linaje no lo eludan con argumentos que pueden constituir denegación de justicia, lesionando de contera los intereses superiores de tales menores.

Capítulo 4: Problemas relacionados a la figura de la gestación por sustitución

Introducción

El objeto del presente capítulo tiene como norte dejar de forma medianamente clara la situación que pasa con la gestación por sustitución. La misma es una de las nuevas técnicas de reproducción surgida con el crecimiento de la ciencia médica. Además, permite que parejas, las cuales no pueden tener hijos de forma natural de la mano de un tercero puedan lograr cumplir su sueño.

Es decir en palabras, la gestación por sustitución puede ser de dos formas, en una la madre subrogada es la misma que da los óvulos para la gestación y en el otro caso son dos mujeres distintas. Por ende, una es la que da a luz y la otra es la donante de los óvulos que se usaron en la gestación. De igual forma se debe afirmar que esta práctica debería realizarse entre mujeres familiares para que la misma no se vuelva un negocio como se verá más adelante.

En este mismo sentido, se tiene lo que nos dice Bellver (2017): “Permitir que solo las familiares puedan ser gestantes tiene una ventaja importante: reducir el riesgo de que se haga a cambio de algún beneficio” (p, 238). Resumiendo, se tiene que si este procedimiento se realiza solo mediante familiares las mismas no podrían utilizarlo para hacer negocios. Aunque ello dejaría en plano de desigualdad a las parejas que no tengan familiares mujeres.

También se analizaran cuáles son los países que permiten esta institución, pero a manera de introducción se dirá que Israel, a partir de la ley "Embryo Carrying Agreements Law" del año 1996; es el primer país en regular de forma clara esta figura, exigiendo la misma que todo el procedimiento debe ser custodiado y aprobado por el Estado. También se observará qué pasa cuando una mujer se arrepiente y no quiere entregar al niño recién nacido. Además, si la misma luego que se lo quita puede ejercer el recurso de restitución internacional, pero no se dará más larga al asunto, así que se tiene en detalle este tema tan importante.

4.1. Problemáticas frecuentes en legislaciones que han regulado la gestación por sustitución

Como ya se expuso en la introducción de esta investigación hablar del tema de gestación por sustitución siempre será un tema muy delicado. Por cuanto el mismo está compuesto por un conjunto de elementos que son muy importantes para todas las personas. Ya que se vincula

primero un elemento sentimental que es el amor y afecto que tienen por un lado los padres biológicos del bebé y por el otro los padres legales (los cuales son los que la ley reconoce como padres). Además, de los sentimientos del menor cuando este sea consciente de que nació mediante un método de subrogación.

Asimismo está el elemento social, ya que la sociedad nacional y casi que mundial aun ve en este tipo de práctica algo que va en contra de la sociedad. Por ende, no se han adaptado a la idea de que una madre sea aquella que no tuvo en su vientre al niño que hoy dice es suyo a menos que sea mediante la figura de la adopción. Ya que es la institución familiar mundialmente aceptada y defendida por casi toda la sociedad.

De igual forma se encuentra otro elemento relacionado con la gestación por sustitución y es el elemento legal. El cual es uno de los componentes más importantes y el objeto de esta investigación. Por ende, la ley surge por las necesidades que posee una sociedad en un momento determinado. Pues ello no varía mucho respecto a este tema, por cuanto la realidad mundial ha logrado que este tema se sitúe entre los más discutidos y analizados a nivel internacional.

Ya que si bien es cierto, la madre es quien da a luz, como quedan aquellos casos donde la futura madre se compromete de antemano a alquilar una parte de su cuerpo para que se lleve a cabo la gestación de un ser humano. En el cual ni los espermatozoides ni los óvulos le pertenecen a la madre que dará a luz ni a su pareja legal.

Aquí cabe una pregunta entonces quien es la madre real del menor, la que da su material genético o la que da su cuerpo para que el mismo crezca y nazca. En este caso se verán que las leyes varían en cada país por lo cual la respuesta también va a variar. Unas legislaciones dirán que madre es la que da a luz y otras permitirán este contrato, el cual al final parece que hace ver al bebé como un objeto de derecho en vez de sujeto de derecho.

Luego, se halla el elemento religioso, el cual es muy pero muy delicado por cuanto no es un secreto para nadie que la iglesia es una de las instituciones más respetables y con más fuerza en el mundo entero. Puesto que, no solo mueve el sentido religioso sino también la política y la cultura de la humanidad.

También, es esta la que determina que si este tipo de procedimientos médicos, (los cuales terminaran luego siendo sustentados por la ley), son o están contra el orden natural o normal

impuesto por Dios. Además, si lo está por cuanto nunca se había visto en el mundo que una familia pudiera concebir en otro vientre, y que ese bebé fuera catalogado como su hijo.

Ya que desde cientos de años atrás, se tenía claro la idea de que madre es la que da a luz y padre es el esposo o compañero de esa madre; el que dio sus espermatozoides para que ese niño se engendrara. Esto es lo que ha llevado a que esta institución sea rechazada de forma categórica por las iglesias católicas-cristianas- y evangélicas, a nivel mundial. Ya que la misma es diametralmente opuesta a la idea o concepción clásica de madre-padre y familia.

Y por último se debe tratar o abordar dos elementos que por su íntima relación deben ir de la mano, y estos elementos son el tecnológico y el biológico. Puesto que nunca antes en la historia de la humanidad se pensó que biológicamente una mujer pudiera salir embarazada sin tener una relación sexual con un hombre. Mucho menos se pensó que el óvulo y el espermatozoide que servirán para formar al bebé, fueran de otras personas, lo cual ha sido un avance increíble en el área biológica.

Ahora bien, para que se lograra este avance biológico, el mundo tuvo que experimentar otros cambios importantes y para ello tuvo que apoyarse de la tecnología. Por ende, solo el gran desarrollo que logro esto a lo largo de las últimas décadas fue lo que permitió, que hoy día se pudieran separar y elegir tanto óvulos, como espermatozoides. Asimismo, lo que permitió determinar que mujeres podían aceptar este tipo de intervenciones sin poner en riesgo ni la vida de ella, ni la vida de la futura vida que se encontraría en su interior.

Luego de ver estos elementos que conforman o están vinculados con el tema objeto de estudio, entonces aquí en primer lugar cabe preguntarnos ¿qué significa la maternidad subrogada? Y para responder esta pregunta, según lo que nos dice el autor:

Múltiples son las denominaciones que se dan al convenio por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo un embarazo para entregar el hijo a otra persona. En este sentido se puede hablar de "alquiler de vientres", "maternidad por otro", "maternidad por sustitución" y "gestación por otro" (Medina, 2016, p, 1)

Nos quiere decir Medina en pocas palabras que la gestación por sustitución o alquiler de vientres, es un convenio o contrato, mediante el cual una mujer se compromete a dar su vientre para la gestación de un niño, este luego será entregado a otra persona. En pocas palabras, la maternidad por subrogación es un acto que genera el surgimiento de un bebé, mediante un

acuerdo o convenio, para ceder los derechos sobre el niño a favor de otra que aparecerá como su madre. Ahora bien, se tiene que:

La gestación por sustitución presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total y la gestacional o parcial. En la inicial peculiaridad, la "madre subrogada" además es la "madre genética", puesto que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del progenitor comitente o de un donante. En la gestación por sustitución gestacional (...), la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la "madre subrogada", que normalmente es la comitente (Fama, 2015, p, 2).

Es decir que se pueden resumir las palabras de Fama, exponiendo que la gestación por sustitución tiene 2 formas, una en la cual la madre que da su cuerpo es la dueña del óvulo que se usará en el procedimiento. Por su parte, está la otra en donde la madre que prestará su cuerpo no usa sus óvulos sino de una tercera para realizar el procedimiento.

Asimismo la Organización Mundial de la Salud (OMS) expresa que Gestante subrogada es la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.

En este mismo orden de ideas, son pocos los países a nivel mundial que permiten esta institución, así se encuentra que hay Estados de Estados Unidos de América que permiten esta institución como es el caso de California. De igual forma se halla Israel y a la India como unos de los principales países que permiten esta institución. Siendo este último el favorito por las personas que quieren realizarse este tipo de procedimientos por lo permisivo que es su ley.

De igual forma se tiene que en la legislación Argentina no permite esta institución, aunque en la práctica se realiza de forma clandestina. Pero antes de entrar a analizar las leyes en Argentina, de forma breve se observarán cuáles son los factores que sirven de sustento para la gestación por sustitución a nivel internacional. Para ello se tiene que:

Los presupuestos de los que parte la propuesta a favor de la gestación por sustitución altruista son dos. Primero, que todo ser humano tiene derecho a ser padre/madre. En consecuencia, entienden que no solo las parejas heterosexuales que tienen problemas para llevar adelante una gestación sino cualquier individuo o pareja que carezca de la facultad para gestar pueden recurrir a la gestación por sustitución para satisfacer su deseo de tener un hijo (Bellver, 2017, p, 232)

Se pueden resumir las palabras de Bellver diciendo que el primer punto a favor de la maternidad por subrogación, es que todas las personas tienen derecho a ser madre y padre.

Además, una de las formas para lograr realizar este derecho sería mediante este tipo de gestación.

También que no solo las parejas heterosexuales e individuos solos podrían recurrir a este tipo de tratamientos de gestación, sino que parejas homosexuales podrían recurrir a ella. Aunque en la realidad esto no se cumple a cabalidad, pues en los países que se permiten este tipo de contratos, las parejas homosexuales no pueden recurrir a la gestación por sustitución.

Ahora bien, el segundo factor de la gestación por sustitución expuesto en la obra de Bellver (2017): “Segundo, que el derecho a la autonomía de la mujer sobre su cuerpo incluye la cesión de su capacidad de gestar a favor de otros padres” (p. 232). En este sentido se debe expresar que no se piensa que este derecho se corresponda a ceder una capacidad de forma temporal. Ya que en la misma lo que se está dando al final es un ser humano, además que también hace ver el cuerpo de la mujer como si fuera una cosa.

En este sentido, se tiene por qué considera la doctrina Argentina que esta institución debe ser rechazada por la ley. Como ya se dijo anteriormente este tipo de contratos o convenios es muy delicado por cuanto hacen ver al bebé como el objeto del contrato algo que no existe en ninguna legislación moderna.

Donde las mismas reconocen que los seres humanos solo pueden ser sujetos de derecho en las relaciones contractuales. Ahora bien, una forma que ha encontrado la doctrina para refutar que este nuevo tipo de gestación con subrogación cosifica a la mujer. Se tiene que:

Se atribuya la filiación del bebé a la madre hasta que nazca y ella renuncie, ni tampoco del derecho al arrepentimiento, existen razones para sostener la superioridad de esta opción. No hacerlo así podría versar como una suerte colonización de la mujer durante los meses de embarazo: si el hijo es mío, soy responsable de controlar todo lo que afecta a su proceso de “incubación”, en el que la gestante desempeña una labor instrumental o subalterna (Bellver, 2017, p, 238)

Es decir en palabras de Bellver, la única forma de evitar la cosificación y colonización de la mujer que dará a luz, es que la ley le atribuya la filiación legal del bebé a la mujer que dio a luz hasta que el mismo nazca. También que ella renuncie a su maternidad y al derecho al arrepentimiento.

Asimismo en el ámbito legal se encuentra otro problema y es que como ya se dijo hay países que permiten esta institución, siendo la mayoría las que se oponen a la misma, entonces

surge la pregunta más importante del tema ¿De quién es el niño que la madre da a luz? Otra pregunta importante es ¿Qué sucede cuando se traslada una familia constituida en el extranjero mediante esta institución, a un país donde no se permite la misma?

Pero aquí no se acaban las interrogantes, por cuanto se pueden realizar las siguientes preguntas: ¿qué pasa con ese reconocimiento? ¿Es legal, es decir que sigue surtiendo efectos legales en ese país extranjero?, ¿Es competente ese juez del nuevo país, para regular un posible juicio donde se ponga en discusión a quien le pertenece el niño? ¿Puede su decisión o sentencia tener fuerza o será vinculante fuera de su país, en los casos que la familia vuelva a trasladarse a otro país?

Para responder la pregunta más importante, que es ¿De quién es hijo el niño dado a luz? A dichas interrogantes, no hay una sola respuesta a esta pregunta, ya que como se dijo de forma introductoria “madre es la que da a luz”, siendo esta teoría la que aplican tanto la República Argentina como casi todos los demás ordenamientos jurídicos. En este sentido, se tiene lo que nos dice el autor con respecto al tema:

La maternidad se determina por el hecho del parto (...) los niños nacidos de técnicas de gestación por otro, se inscriben a nombre de la gestante y el padre biológico que reconozca al niño, con lo cual el hijo tiene identidad filiatoria con su padre pero no con su madre. Para lograr la relación materno-filial, a la progenitora de intención le corresponderá impugnar la maternidad de quien la dio a luz y demostrar el vínculo genético con el niño (Medina, 2016, p. 4).

Es decir que Medina nos dice en pocas palabras que la filiación del niño que nace mediante este tipo de gestación, tienen una filiación determinada y fija la cual es la que está relacionada con su padre. Puesto que es el que da el espermatozoides para la procreación del niño, pero desde el punto de vista de la madre, está el problema latente. Ya que la madre legal sería la que dio a luz, pero ello deja en el aire a la madre biológica.

Por lo tanto esta última debe entonces impugnar esa filiación para determinar que los genes del niño son de ella, y por lo tanto el niño es de ella. Sin duda, en el Código Civil de Argentina¹⁹, deja claro que los niños nacidos mediante este tipo de procedimientos son hijos de quien dio a luz es decir la madre subrogada. Aunque luego ello pueda cambiar en base a una actuación judicial.

¹⁹ Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Ahora bien, en relación con este punto cabe preguntarnos ¿Ante qué juez se debe acudir para determinar este vínculo filial, ante un juez general o ante uno con conocimientos especiales en la materia? Bueno para ello, según Medina (2016) nos dice que: “Los jueces de familia de todo el país han aceptado su competencia para dilucidar quienes son los padres y fundamentalmente quien es la madre en los casos de gestación por otro” (p. 3). Es decir que en materia de gestación subrogada está determinado que los jueces, los cuales tienen la competencia para dilucidar esta situación son los que conforman el área de familia, ya que son los concedores y especialistas del tema.

De igual forma se debe preguntar ¿Qué figura jurídica deben utilizar los ciudadanos que deseen realizar estas técnicas para que pueda ser regulada su situación ante el poder judicial? Ya que si bien como se expresó en principio no está permitida la institución objeto de estudio, en la realidad diaria se practica y el poder judicial trata de resolverla cada vez que se le presenta. Pues bien, para responder a esta pregunta se tiene lo que nos dice el autor:

Los Tribunales mendocinos han aceptado que la acción declarativa de certeza es el camino adecuado para que los padres biológicos y la mujer gestante, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presenten ante la justicia para que se determine la verdadera filiación de un niño recién nacido, quien fue gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida (Medina, 2016, p. 3)

De acuerdo al extracto expuesto, se puede decir que Medina expresa que la mejor opción para determinar el verdadero vínculo filiatorio, es en los tribunales mendocinos, entre los padres biológicos y la mujer gestante es la acción declarativa de certeza. Pero a este extracto se le deben hacer varias críticas o comentarios, primero que solo podría ser utilizada en los casos en que la mujer gestante es distinta a los padres biológicos. Esto tiene razón de ser por cuanto son dos madres las que tiene el bebé recién nacido así que, se tiene la obligación de determinar quién es la verdadera madre.

Solo que ello nos deja en la incertidumbre en los casos donde la madre subrogada también sea la que aporte sus óvulos al procedimiento. El segundo comentario radica en que el mismo solo podría ser utilizado en los casos donde los padres biológicos y la madre subrogada estén de acuerdo. Además, sin ningún tipo de intereses de por medio o contrapuestos a acudir ante el juez a determinar la filiación del menor, quedando fuera de la regulación los casos donde los padres biológicos y la madre subrogada no estén de acuerdo en hacer esta determinación.

Hay que aclarar que a nuestro parecer la acción declarativa de certeza en realidad es uno de los mejores caminos a seguir, ya que en estos casos el verdadero problema del asunto es determinar quién es la madre del niño recién nacido. Por cuanto no hay una certeza clara de quien lo sea, así que esta acción sería una de las mejores a implementar.

Pero en definitiva el problema no es tan fácil de resolver como parece, como ya se afirmó que la gestación por sustitución tiene dos formas de presentarse, en la primera la madre subrogada utiliza sus propios óvulos para realizar el procedimiento. En este caso en principio no cabe duda que ella es la madre genética del niño; aunque puede ser que la madre gestante-subrogada, no sea la que legalmente sea reconocida como tal.

Pero en su otra vertiente, es decir, donde se utilizan óvulos que no son de ellas sino de la madre comitente, y ella solo presta su cuerpo para que se lleve a cabo la gestación del niño. Cabe preguntarnos otra vez entonces ¿Quién es la madre del niño, la que dio su cuerpo para que se llevara a cabo el procedimiento o la que dio su material biológico, qué debe prevalecer el nexo biológico o la intención de procrear? Esta pregunta será contestada de una forma más amplia más adelante, por cuanto es muy delicado su tratamiento.

Ahora bien luego de haber discutido los problemas que se encuentran para determinar de quien es el niño recién nacido. Se puede hacer otra pregunta igual de importante y vinculada de forma directa con el primer problema y es que ¿Si se afirma que la madre biológica (la que dio sus óvulos) es la verdadera madre, puede esta exigir u obligar a la madre subrogada a que se cuide y siga con el embarazo por todo el plazo de tiempo, o puede esta última decidir abortar al feto, ya que está en su cuerpo? Para responder esta interrogante, sobre este punto en particular en nuestro derecho:

Las cláusulas de un convenio de gestación por sustitución que detallan una serie de obligaciones a cargo de la mujer gestante referidas a la filiación del niño, (...) y al hecho de no interrumpir el embarazo son nulas, pues (...) regulan cuestiones de orden público, las que son inexpugnables a la voluntad de las partes, la segunda afecta la libertad de las acciones de la portadora y, violenta el art. 953 del Código Civil -art. 334, Código Civil y Comercial- (Medina, 2016, p. 3)

Es decir en base al extracto expuesto de la investigación de Medina, ninguna madre o pareja biológica en la República Argentina puede determinar prima facie la relación filial del niño. Puesto que esa es materia de orden público, por lo tanto no puede ser modificado por la voluntad de las partes.

Tampoco pueden obligar o exigir a la madre subrogada a no interrumpir el embarazo, ya que ello violaría de forma directa su integridad y libertad de decisión. Debido que como se dijo anteriormente este tipo de contratos en principio son de carácter altruista o gratuitos, por lo tanto no hay ninguna obligación legal o exigible que deba cumplir la madre subrogada para con la madre que dio los óvulos.

Aunque en el caso de que la madre subrogada es la que da los óvulos es más difícil decir que la otra mujer a la que se le dará el niño es la madre de este. Pero no por ello dejan de haber jueces que les dan el reconocimiento legal a estas madres solo por su intención de tener el niño, sin importarle que estas no hayan dado material genético para ello.

En la nueva realidad que nos arroja en el mundo, se está tratando de imponer en el mundo jurídico, ya que en un principio nunca antes se habría pensado que una mujer que no tuviera ningún vínculo sanguíneo con un niño pudiera pelear en un proceso judicial la maternidad de este. Pero la fuerza de esta afirmación se basa en que el surgimiento de este niño, se debe a que la madre gestante-subrogada decide tener ese niño por la petición o por el contrato que hace con esa tercera.

Lo que quiere decir que si esta última no hiciera esa petición ese niño no existiría, además que la misma es la que decide cuidar y criar a ese niño por toda su vida, así que por ello debe ser reconocido por la ley. En este mismo sentido se tiene lo que nos dice Famá (2017) respecto a este punto: “los jueces que han tenido que valorar cuestiones relativas a la gestación por sustitución se han inclinado por darle valor a la voluntad procreacional por sobre el parto” (p, 3).

En síntesis, los jueces nacionales en los últimos tiempos al tratar casos relacionados a gestación por sustitución, bien sea por un tema de conciencia social han decidido inclinarse a preferir la voluntad de tener al bebé que al hecho del parto, para determinar de quien debe ser el bebé recién nacido.

De igual forma se debe tratar aquí otra teoría importante que exponen los estudiosos del tema y es que exponen que la maternidad por subrogación debe ser equiparada o igualada a un trasplante de órganos. En este sentido, la maternidad por subrogación altruista es tan importante en el mundo actual que desea que sea equiparada al trasplante de órganos.

Ya que esta última está regulada en casi todos los ordenamientos jurídicos con lo cual no quedaría en el aire la institución. Aunque se debe decir que nos parece un poco irreal tratar de equiparar estas figuras, por cuanto un bebé no podría ser equiparado a un órgano. Así el mismo autor expresa que:

¿Es tan evidente la analogía entre la donación inter vivos y la gestación por sustitución? A mi entender no, porque no existe una igualdad de razón entre un supuesto y otro como para que ambos merezcan la misma valoración ética e igual tratamiento jurídico. Se verán las diferencias que hacen imposible la analogía: 1. En un caso se cede un órgano que no afecta a la identidad personal y en otro una capacidad que afecta a la totalidad de la persona (Bellver, 2017, p. 234).

En pocas palabras, la capacidad de gestación sea igualada al trasplante de un órgano, porque en el trasplante de órgano no se afecta la identidad personal del individuo, en la misma por fuera seguirá siendo igual a una persona con todos sus órganos. Pero la gestación influye en todo el cuerpo de la madre subrogada tanto física como psicológicamente. Además, se pone en juego la vida no solo de la madre subrogada sino también la del bebé.

Otra pregunta importante que puede aplicarse a varios ordenamientos latinoamericanos incluyendo a Argentina o a Venezuela, que no conciben o permiten esta institución en sus ordenamientos jurídicos. Es el referente a ¿Si el ordenamiento jurídico no permite la gestación por subrogación, pero los padres igualmente la realizan o la realizan fuera del territorio y quieren el reconocimiento legal en esos países, para que el niño tenga un nombre y un apellido, pueden hacerlo?

Para responder esta pregunta, del lado de la República Argentina, según Medina (2016), supra citada al respecto nos dice que: “La inscripción del nacimiento de un menor de edad ocurrido en otro país por el método de gestación por sustitución, debe ser ordenada con carácter cautelar” (p, 3). Es decir que aunque en principio no se reconoce la institución, no se puede tampoco dejar al niño sin identificación. Por lo cual debe el juez que conoce la causa proceder a ordenar; aunque sea de manera temporal la inscripción en el registro del menor, pero solo de forma temporal mediante una medida cautelar.

En este punto se debe hacer la observación que las personas no pueden tratar de violar la ley nacional utilizando para ello los países que si permiten la gestación por sustitución. De igual modo tratar de imponer la nacionalidad patria como si fuera un nombre, en este sentido se tiene que:

La determinación del status familiae no necesariamente involucra el status político deseado por los declarados progenitores, pues esta última tiene inexcusable carácter público y en consecuencia, necesariamente territorial: el derecho de un Estado extranjero podrá decir quiénes son los padres del niño, pero no podrá decir nunca de otra nacionalidad que no fuera la del propio Estado que la otorga. Solo el derecho constitucional argentino (y sus órganos) pueden decir quiénes son argentinos y quienes no lo son (Aldo, 2014, p. 1)

Se puede afirmar del extracto de Aldo que los ciudadanos no pueden tratar de imponer una nacionalidad para su conveniencia en base a vínculos filiatorios, porque los mismos son dos esferas jurídicas distintas. Una es de derecho privado como es el tema de la gestación por sustitución y por otro lado, es el tema de la nacionalidad que es estrictamente de orden público por lo cual solo puede el Estado determinar quién es o no nacional.

Ahora bien, en este mismo orden de ideas se observa cómo es tratada esta institución en España, para ello en su normativa interna entiéndase (Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) de 2006) en su artículo 10, prohíbe esta maternidad por subrogación, siendo así la norma en referencia dice que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”²⁰.

La norma expuesta, es clara y precisa determinando que todo contrato o convenio que se haga en España en el cual se convenga ya sea de forma gratuita u onerosa la gestación materna a favor del contratante será nulo. Pero hay que decir, que aunque la ley lo prohíbe en la práctica si se realiza por cuanto un órgano administrativo lo permite. De esta manera se tiene que:

En 2010 la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) dictó una Instrucción para que los bebés nacidos fuera de España como resultado de contratos de gestación por sustitución pudieran ser registrados como hijos de los comitentes o padres de intención (Bellver, 2017, p. 230)

Es decir que Bellver, nos explica que la Dirección General de los Registros y el Notariado (institución administrativa) permiten que los niños nacidos del contrato de gestación por subrogación, puedan ser registrados como hijos de los comitentes en España. Algo que nos parece interesante de analizar, por cuanto hay dos instituciones del Estado que regulan la misma institución pero de forma completamente distinta. Pero se puede decir que la institución

²⁰ Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA). España (2006).

Administrativa está actuando contra la ley así que en principio debería catalogarse sus actuaciones como ilegales y anularse por el poder judicial, algo que en la práctica no se realiza.

Ahora bien, se detallará cómo se regula la situación en Francia, de la cual se puede afirmar que también se opone a esta institución. Aunque la misma se practique en el extranjero y luego quiera hacerse valer dentro del país; se está en clara oposición al sistema visto en España. Siendo así, se tiene lo que nos dice el autor, respecto a este tema:

El Máximo Tribunal de aquel país rechazó el recurso el 13 de septiembre de 2013, con fundamento en considerar que se había llevado a cabo un convenio de gestación subrogada, en fraude a la ley francesa y que, incluso si fuera lícito en el extranjero, resulta nulo de nulidad absoluta, habida cuenta de lo dispuesto por la legislación interna del Code. (Bronski, 2016, p. 2)

Se puede notar que, gracias a la investigación de Bronski que la ley francesa es muy dura y la misma no permite por ningún tipo de circunstancias su relajamiento a mano de los particulares. Así que si los mismos intentan hacer valer la gestación por sustitución en su país será decretada nula. Por último referente a este punto, se tiene que afirmar que es un principio reconocido por el derecho internacional privado. Donde las sentencias definitivas de un país, pueden ser reconocidas por otro Estado, para que tengan la misma validez en ambos.

Ahora bien, el juez del país en donde se quiere hacer valer la sentencia extranjera que acepta la maternidad por subrogación, debe revisar si la misma no viola su orden público. Por lo cual si el primero no acepta esa figura en su ordenamiento lo más seguro es que no se le reconocerá esa sentencia.

Además, si el país en el cual se quiere hacer valer la sentencia si permite este tipo de institución debe el juez revisar que el procedimiento se realizó en una Nación donde los progenitores legales tengan algún tipo de conexión y que sea legal en ese país, para que el mismo no pareciera que se hace en detrimento o fraude a la ley.

Otro punto que se debe analizar de forma precisa es que pasa en el caso de que la madre subrogada se arrepiente de entregar al bebé que da a luz. Para ello se debe exponer de forma obligatoria el caso de Baby M, el cual sucedió en Estados Unidos de América, donde la madre subrogada no quería entregar el bebé. Se observará entonces lo que nos dice el autor, con respecto a la decisión de este caso:

El problema se presentó cuando una mujer gestante, en un acuerdo de maternidad con contrato previo y una vez nacida la niña, se arrepintió de darla al matrimonio contratante y decidió conservarla. Después de un proceso, la justicia decidió darle la tenencia al varón y los derechos de visita a la madre sustituta (Cruz, 2012, p. 643)

Este caso fue fundamental en este tema pues en los países que se acepta esta institución todas las partes deben cumplir sus obligaciones. Ya que el contrato tiene fuerza de ley, es por ello que la conducta tomada por el juez nos parece acertada y justa porque no le quitaron el derecho de ver a su hija de forma permanente.

Siendo este el camino tomado por nuestros juristas a la hora de tener un caso en concreto. Acorde con Fernández (2017), nos dice lo siguiente: “Si bien nuestra jurisprudencia se ha expresado unánimemente a favor del reconocimiento extraterritorial de la filiación internacional con base en la gestación por sustitución basándose entre otros principios y derechos en el interés superior del niño” (p, 3).

Por último, se debe tocar el tema referente a la restitución internacional, es decir, que puede una madre subrogada intentar esta acción para hacer que su hijo vuelva a su país cuando el mismo fue llevado por los padres comitentes. En este sentido se puede decir que no se observan ningún tipo de inconvenientes en que se haga tal procedimiento en los países que no permiten la institución analizada,

Ahora bien, primero como dice Robert (2017): “Como expresamente lo establecen los convenios, el magistrado no puede resolver en modo alguno sobre la cuestión de fondo, no podrá resolver a quien le corresponde la custodia” (p. 10). En síntesis, el juez que hará el llamado para la restitución solo vera de quien es el menor de verdad, el mismo solo vera que se cumplieron los extremos de la ley para que la misma se realice. Ya que el fondo del asunto lo vera el juez de familia. Con lo cual si en ese país no se permite la institución lo más seguro es que al final se le dé el niño a la madre que dio a luz. Caso que no pasara si el país donde está la madre subrogada permite esta institución por cuanto le dirán que ella conocía las consecuencias y límites de su actuación.

Conclusión

No se puede negar que la ciencia moderna ha ayudado de forma monumental a la humanidad, de ahí la necesidad de agradecerle de forma franca a todos los investigadores y científicos que hacen posible el crecimiento de la misma. Tanto así que desde todos los puntos

posibles se encuentran cierta evolución y crecimiento de la humanidad. Ya sea en el área de las telecomunicaciones, en el área de las comunicaciones aéreas, terrestres o marítimas, así como en la biología, física, y en la medicina.

Lo que ha hecho posible que al final el área legal o jurídica también se vea afectada, por cuanto la ciencia ha modificado la clásica noción de familia. Por lo cual el derecho también debería modificar para no quedarse atrás y brindar una solución justa a las personas que son afectadas por estos casos.

Ahora bien, luego de ver las bondades y beneficios de la gestación por sustitución, en un principio ha sido un alivio para aquellas familias que no pueden ni han podido tener una familia de forma normal. Pero si la misma no se realiza de forma gratuita y entre familiares se puede caer en la explotación de la necesidad de las mujeres pobres (como sucede en la India). Las mismas se someten a este tipo de procedimientos solo para poder conseguir algún tipo de beneficios económicos, y esto sin tocar que los mismos pueden hacer ver al ser humano como un objeto, el cual se comercializa en el mercado a través de clínicas o centros especiales de estos casos.

Ello es lo que ha llevado a que se popularice el denominado turismo reproductivo. El cual se basa en que las personas viajan a los países que permiten la gestación por sustitución solo para poder hacerse el procedimiento y luego irse a su país de origen.

Hay países que se dedican a esta práctica por la gran cantidad de dinero que dejan como es el caso de India o del Estado de California. Lo que ha llevado a que los mismos se vuelvan un centro no solo de mejoramiento de vida sino de un negocio.

Puesto que también es conocido los casos donde se obligan a las mujeres a aceptar este tipo de contratos por la cantidad de dinero que da. Por ende, se expone que esta institución debe ser regulada de forma concreta por la ley Argentina para evitar problemas a la hora de aplicarse e ir ante un tribunal a determinar quién es la verdadera madre del recién nacido.

Conclusiones finales

El presente trabajo de investigación se ha dedicado a analizar si de conformidad con la legislación actual argentina es posible recurrir a la figura de restitución de menores en caso de que la madre biológica así lo requiera.

A la vez que la hipótesis por confirmar, o descartar, es que la figura de la restitución de menores es improcedente en el caso de la gestación por sustitución.

En principio corresponde indicarse que las nuevas técnicas médicas han construido nuevos tipos de familias que nunca antes se había visto. De esta manera, se han modificado las realidades científicas y médicas permitiendo que se desarrollen nuevas técnicas que les permitan a quienes lo desean acudir a técnicas de reproducción humana asistida, imposibles hasta hace pocos años.

Uno de tales métodos novedosos, y polémicos, es el de la gestación por sustitución. Dicho método consiste en que se alquile un vientre, en el que se depositará un embrión con material genético de quienes alquilan el vientre, o bien, donado. Una vez transcurrido el período gestacional, la madre biológica entrega el niño a quienes han alquilado su vientre.

Si bien resulta ser una figura sumamente controvertida, la realidad es que es utilizada en el exterior, atento a que en nuestro país no cuenta con una legislación que expresamente la permita, o expresamente la prohíba. A su vez, genera resquemor dado que la misma se utiliza como un negocio, ya que son muchas personas las que hoy día quieren tener un hijo y no pueden.

Es decir, que el uso de este método actualmente se debe a muchos factores, los cuales son bien conocidos y explotados por los negociantes del mundo. Es por ello que este procedimiento tiene un costo económico muy alto, el cual se incrementa más si también deben pagarle a la madre subrogada, para que acepte entregar a la criatura.

De esa manera, muchas irregularidades se evitarían en materia de maternidad con subrogación y sobre todo, se avanzaría en un conocimiento positivo, si se optara por regularla de manera expresa. Ahora bien, es un método utilizado frecuentemente en casos de parejas homosexuales que desean tener un hijo. El hecho de que se restrinja su acceso, importa un menoscabo en sus derechos reproductivos, sin embargo, este es un aspecto que excede el marco de investigación del presente.

Asimismo, corresponde indicarse que la gestación por sustitución no atenta contra el interés superior del niño, debido a que nace en una familia que desde un principio lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a esta técnica de reproducción asistida. El interés superior del niño exige la regulación de la gestación por sustitución para poder obtener un marco legal que los proteja y les brinde seguridad jurídica; aportando también a los padres el poder de ser padres reconocidos legalmente en el marco del uso de la autonomía de la voluntad. Es decir, que quienes tienen el anhelo de convertirse en padres puedan lograrlo de manera más simple y no tratando de ganar una resolución judicial.

De ahí el Estado se encuentra en la obligación de asegurar que el sujeto tenga la libertad de elegir el instrumento procreativo adecuado, a la vez que debe impedir el abuso o aprovechamiento de las mujeres gestantes, que prestan su cuerpo a tales fines. Para ello, se pueden tomar los lineamientos del derecho internacional, específicamente de aquellos países que han legislado la temática y han obtenido índices satisfactorios en la utilización de esta técnica de reproducción humana asistida.

Por último, ha de superarse el tabú existente en el ambiente judicial sobre este tema, demostrándose la simpleza de los procedimientos contenidos en los convenios internacionales y en nuestra legislación nacional. Aunque la figura de la restitución internacional de menores parezca la figura aplicable al caso en cuestión, ello no es posible dado que el mismo se prevé en caso de que el menor se encuentre ilegítimamente en el país. Sin embargo, si se ha celebrado un acuerdo de gestación por sustitución, no será procedente esta figura dado que la entrega del niño gestado se encuentra prevista en él y acordado por las partes.

Así, corresponde confirmar la hipótesis planteada. Sin perjuicio de ello, se reivindica para el juzgador de estos casos la necesidad de demostración de gran sabiduría al tomar la decisión de fondo. Ello, por cuanto los intereses en litigio son los de una persona completamente vulnerable como un niño, niña o adolescente, sujeto en plena formación.

Es así que en estos casos, el magistrado deberá analizar la situación con especial énfasis en el interés superior del niño, en la importancia de tomar una decisión que implique el máximo beneficio del menor y de su protección.

Sobre este último punto es bueno resaltar que el margen de discrecionalidad es muy amplio para los magistrados del fuero civil, los que deben emplear más que normas, criterios

sociológicos, psicológicos y culturales, a los fines de tomar una decisión que sea justa, con pleno respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como de las partes adultas implicadas.

Bibliografía

Doctrina

- Aldo, A. (2014) “Competencia federal para resolver la pretensión de atribución de nacionalidad argentina en casos de gestación por sustitución obtenida en el extranjero”. Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración - Número 1.
- Ales, M. (2016). “Maternidad por acuerdo de partes legales ¿legalidad o equidad?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1593/2016>
- Arámbula, A. (2008). *La gestación por sustitución. Servicio de Investigación y Análisis*. Distrito Federal, México: Política exterior Subdirección de Gobierno de México.
- Baffone, C. (2013). “La gestación por sustitución: Una Confrontación entre Italia y México”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 137.
- Basset, U y Ales, M. (2018). “Legislar sobre la gestación por sustitución”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/598/2018>.
- Bellver, V. (2017) “Tomarse en serio la gestación por sustitución altruista”. Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª.
- Britos, C. (2017) “El nuevo Código Civil y Comercial ante la necesidad de un replanteo en la restitución internacional de niños”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2152/2017>.
- Cruz, J. (2012) *La gestación por sustitución*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Díaz, V. (2015). “La gestación por sustitución y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1413/2015>.
- Famá, M. (2015) “La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3996/2015>.

- Fernández, J. (2017) “El reconocimiento extraterritorial de la gestación por sustitución y el interés superior del niño”. Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 32.
- Giarewski, M. (2018) “Los compromisos (voluntary undertakings) en la restitución internacional de menores: pertinencia y abuso de su imposición”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/543/2018>.
- Martínez, A. y Bado, A. (2018) “Lineamientos para una ley procesal en materia de restitución internacional de menores”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/1021/2017>.
- Medina, G. (2016) “Gestación por otro. Problemas y soluciones jurisprudenciales”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3634/2>.
- Robert, D. (2016) *Restitución Internacional de Menores en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Robert, V. (2017) “Restitución Internacional de Menores en el Código Civil y Comercial, aspectos normativos y prácticos- Dificultades y obstáculos a la hora de ejecutar las sentencias- Propuestas de procedimiento especial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- Scotti, B. (2017) “Nuevos paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2669/2017>.
- Seleme, H. (2012). “La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/6070/2012>
- Shalev, C. (1989). *Birth Power: The case for surrogacy*. New Haven, Estados Unidos: Yale University Press.
- Valdés, C. (2015). “La gestación por sustitución y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de técnicas”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1413/2015>.

Jurisprudencia

- Juzgado de Familia N°2 de Moreno, “S.P., B.B., c. S.P., R.F. s/materia a categorizar”, sentencia del 04 de julio de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Paradiso y Campanelli c. Italia”, sentencia del 24 de enero de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Caso de María Teresa, sentencia del 8 de marzo de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Legislación

- Código Civil Brasileño, 2002.
- Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Código de Familia de la Federación de Rusia (1995).
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), Uruguay, 1989.
- Convenio Sobre Aspectos Civiles Del Secuestro Internacional De Niños De La Haya, 1980.
- Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health. Rusia. (2012).
- Ley 40/2004. Italia.
- Ley 9434/97, Brasil, 1997.
- Ley de Reproducción Humana Asistida. Ley 14/2006. España.
- Restitución de Personas menores de Dieciséis años Trasladas o Retenidas Ilícitamente, Republica de Uruguay, 2012.

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	MEDAURA BRENDA INÉS
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	38416936
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO-PLANO INTERNACIONAL. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	BRENDAMEDAURA_13@HOTMAIL.COM
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda)</i>	

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

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i>	SI
Publicación parcial <i>(informar qué capítulos se publicarán)</i>	

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

Lugar y fecha: SAN RAFAEL, MENDOZA- 08 DE FEBRERO DE 2019.

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado