



VARAS RODRIGUEZ MARIA SELVA

Trabajo Final de Graduación

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Una mirada desde los Derechos Humanos

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

UNIVERSIDAD SIGLO 21

ABOGACIA

2018

Resumen

En el presente trabajo se abordó la complejidad de la gestación por sustitución a la luz de los derechos humanos, poniendo énfasis en la situación de desprotección de la mujer gestante y el niño o niña nacido de un vientre contratado para su gestación. Se observó la regulación internacional sobre esta técnica de reproducción humana asistida, el análisis de fallos jurisprudenciales nacionales e internacionales al respecto y las posturas doctrinarias existentes referentes al tema. Se analizó, que la falta de legislación a nivel nacional permite que la gestación por sustitución, sea llevada a cabo a arbitrio de los intervinientes vulnerando claramente los derechos de las partes más débiles, la gestante y el niño. El análisis sobre dicha vulneración de derechos es lo que da fundamento a la presente investigación, entreviendo la necesidad de legislación nacional para regular la Gestación por Sustitución bajo ciertos preceptos o prohibirla expresamente.

Palabras clave: gestación por sustitución, derechos humanos, reproducción humana asistida.

Abstract

In the present work, the complexity of pregnancy by substitution in the light of human rights was addressed, emphasizing the situation of lack of protection of the pregnant woman and the child born of a womb contracted for gestation. The international regulation on this assisted human reproduction technique was observed, as well as the analysis of national and international jurisprudential rulings in this regard and the existing doctrinal positions related to the subject. It was analyzed that the lack of legislation at the national level allows pregnancy by substitution to be carried out at the discretion of the interveners, clearly violating the rights of the weakest parties, the pregnant woman and the child. The analysis of this violation is what gives substance to the present investigation, including the need for national legislation to regulate pregnancy by substitution under certain precepts or to expressly prohibit it.

Key words: gestation by substitution, human rights, assisted human reproduction,

INDICE

Introducción	7
CAPITULO I “SER MUJER, SER GESTANTE”	11
1.1. Palabras preliminares	12
1.2. Evolución histórica	12
1.3. Gestación por sustitución.....	17
1.4. Gestación por sustitución. Derecho a la salud	19
1.5. Filiación	22
1.6. Conclusiones parciales.....	25
CAPITULO II “ARGUMENTOS FILOSÓFICOS Y POLÍTICOS”	28
2.1. Palabras preliminares	29
2.2. Aspecto teórico – argumentativo.	29
2.2.1. Posturas a favor:.....	29
2.2.2. Postura en contra.....	31
2.3. Faceta instrumental: modelos regulatorios	36
2.3.1 Aceptación amplia: como manifestación de la autonomía de la voluntad.	36
2.3.2 Aceptación altruista: como recurso idóneo para la paternidad.	38
2.3.3 Negatoria: como garantía de los derechos humanos.....	39
2.4. Conclusiones parciales.....	42
CAPITULO III “UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS”	44
3.1. Palabras preliminares.	45
3.2 Evolución Histórica	45

3.3. Conceptos generales.....	46
3.3.1 Dignidad.....	46
3.3.2 Obligación de los estados.....	47
3.3.3 Principios fundamentales	48
3.3.4 La supranacionalidad	50
3.3.5 Limites a los derechos humanos	50
3.4. Los derechos en particular	51
3.4.1 Derecho a la salud	53
3.4.2 Derechos reproductivos	55
3.4.3 Derecho de procrear	58
3.4.4 Interés superior del niño.....	60
3.4.5 Derecho a la identidad.....	62
3.5 Necesidad de Legislar	65
3.6. Conclusiones parciales.....	65
CAPITULO IV “ACEPTAR, PROHIBIR, SILENCIAR”	68
4. 1. Palabras preliminares	69
4.2. Países que prohíben.....	69
4.3. Países que permiten.....	70
4.4. Países que no legislan	74
4.5. Argentina proyectos para regular la gestación por sustitución	75
4.5.1. Análisis del artículo. 562 Anteproyecto de reforma CCCN	75
4.5.2. Análisis de proyectos de ley.....	78
4.6. Conclusiones parciales.....	79
CAPITULO V “LA VOZ DE LA JUSTICIA”	81
5.1. Palabras preliminares	82

5.2. Jurisprudencia Nacional.....	82
5.2.1-Fallos de impugnación de maternidad	82
5.2.2 Fallos donde se actúa en forma precautoria	84
5.3. Jurisprudencia Internacional	87
5.4. Conclusiones parciales.....	91
Conclusiones generales	92
REFERENCIAS.....	97
Doctrina.....	97
Jurisprudencia	100
Legislación	101

Introducción

La procreación, como impulso de la vida, está presente en todos los seres vivos, y en el caso de la especie humana, se anexa a lo que es de orden natural, lo que surge de un orden cultural. Es así que hoy cuando los avances científicos y tecnológicos permiten la maternidad por un "vientre subrogado", se abren muchos interrogantes en el orden ético-moral-religioso y también en el orden jurídico.

Hoy la sociedad global vive una etapa de grandes cambios en los diversos modos de construcción del orden familiar nuclear, no solo en lo referido a la composición de la familia como se había constituido en el inicio de la modernidad, sino en los roles atribuidos a sus miembros. Estos cambios llegan hasta los modos de concepción de un nuevo Ser.

Este deseo de procrear, existente en la naturaleza humana, es obstaculizado a veces por cuestiones biológicas que no permiten la fecundación y/o anidación, ya sea por anomalías en el organismo del hombre o de la mujer. Con el advenimiento de la innovación y avances médicos en materia de reproducción, se ha logrado superar en gran medida estas problemáticas, recurriendo a técnicas de reproducción humana asistida, de ahora en más (TRHA), de baja o alta complejidad.

En este trabajo abordaremos puntualmente la gestación por sustitución, que consiste en la implantación de uno o varios embriones en una mujer quien llevará a término la gestación del mismo y una vez dado a luz lo entregará a quienes pactaron con ella. Por lo general el embrión implantado no guarda relación genética con la mujer gestante, ya que para su formación se utilizan los gametos aportados por quienes manifiestan la voluntad procreacional y recurren a esta TRHA, o bien de terceros donantes.

Como vimos, las alternativas que ofrece el mundo de la medicina, secundado por la tecnología, nos instalan en un escenario donde el problema de la gestación puede ser superada pero abre otros interrogantes, que se relacionan con la esencia del sujeto humano en referencia a su dignidad y sus derechos.

Intentaremos a partir de un marco conceptual dirigido a la comprensión y observación de esta TRHA, gestación por sustitución, ya que la misma quebranta el principio del Derecho Romano *mater semper certa est*, y nos interpela no solo a

reformular esto, sino también a dar cuenta de las vulneraciones que se producen al llevarse a cabo la gestación por sustitución, tanto para la mujer que aporta su útero como para el embrión implantado.

El trabajo será desarrollado con utilización de técnicas de análisis documental exploratorio que permitirán describir la problemática y avanzar en la consideración de diversas perspectivas sobre la gestación por sustitución, para conducirnos hacia el interrogante que origina el presente trabajo; la falta de regulación legal de la gestación por sustitución ¿provoca una vulneración a los derechos fundamentales de los individuos? Del cual se desprende otro interrogante orientador: ¿Cómo se puede suplir el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico, en concordancia con el respeto irrestricto a los Derechos Humanos? El problema planteado, nos exige el análisis las diversas posturas doctrinarias, legislación y jurisprudencia poniendo énfasis en el modo que se resolvieron los casos, y desde allí establecer la hipótesis que pueda sugerir un modo de abordar el problema salvaguardando los derechos humanos fundamentales de los actores participantes en dicho proceso de procreación.

El objetivo principal de esta investigación será analizar el impacto de la gestación por sustitución, ante el vacío legal existente en el orden jurídico argentino y sus efectos en los derechos humanos, cotejando diferentes alternativas posibles de regulación que resuelven el conflicto entre el deseo de procrear, tener descendencia y el derecho de la mujer y el niño o niña a no ser objeto de comercio y al respeto de su integridad y dignidad para así arribar a una propuesta que supla el vacío legal existente.

Para concretar este objetivo, se irán dando pasos que nos acerquen a él, constituyéndose cada uno de ellos en objetivos específicos al interrogarse ¿qué se entiende por maternidad?, y ¿por maternidad subrogada?, ¿cómo es tratada la Maternidad Subrogada en nuestra legislación?, ¿qué sucede con la filiación del nacido por gestación por sustitución?, ¿se produce una mercantilización y cosificación de la mujer gestante? ¿qué fundamentos encuentran los jueces para fallar en torno a este tipo de THRA?, cada interrogante a su vez puede conducirnos a otros interrogantes, pero en síntesis todos ayudan a comprender la profundidad de la problemática.

La tarea emprendida, seguirá un proceso donde partiendo desde preguntas básicas se forjara cada uno de los capítulos que nos irán acercando a la demostración o refutación

de la hipótesis planteada: “la prohibición de la gestación por sustitución tiende a proteger los derechos humanos impidiendo que la falta de regulación o una regulación positiva al respecto posibilite la realización de actos vejatorios de la persona humana”.

En el capítulo 1 titulado “Ser mujer, Ser gestante” comenzaremos por observar la evolución del concepto de Maternidad, que a diferencia de la evolución biológica, responde a lo que cada entorno socio-cultural fue construyendo; veremos la evolución histórica de la mujer en el rol de procreadora y abordaremos a continuación las diversas formas de nombrar la técnica de reproducción humana asistida que nos avoca, analizando la connotación de los términos e intentaremos además, elegir una denominación que se utilizara a lo largo de este trabajo. En este capítulo se expondrá también la vinculación de la maternidad subrogada con el derecho a la salud y como se atenta contra este al realizar esta técnica de reproducción humana asistida. Por último se atenderá a la filiación del nacido, la forma en que esta se atribuye y la importancia del elemento volitivo a la hora de atribuir la maternidad- paternidad.

En el capítulo 2, nombrado “Argumentos filosóficos y políticos” se analizarán las diversas posturas filosóficas y doctrinarias que son el sustento de las formas legislativas adoptadas en cada sociedad. Veremos que cada una de estas formas de pensamiento tienen efectos concretos sobre las partes intervinientes en la gestación por sustitución. Daremos cuenta sobre como sitúan a la mujer gestante como sujeto u objeto y al niño o niña como un fin que puede adquirirse por cualquier medio según el razonamiento adoptado.

El capítulo 3 denominado “Una mirada desde los Derechos Humanos” nos introducirá en conceptos tales como la dignidad e integridad de la persona humana y como estas son receptadas en convenciones tendientes a su protección. Una vez internalizados estos conceptos se procurará especificar cuáles son aquellos Derechos Humanos vulnerados en razón de la gestación por sustitución, avanzando así hacia la verificación de la hipótesis planteada.

En el capítulo 4 titulado “Aceptar, prohibir, silenciar” se atenderá lo referente a la prohibición, admisión o bien abstención que realizan los diferentes países respecto de la gestación por sustitución. Abordaremos el caso puntual de Argentina, haciendo hincapié en los distintos modos en que se intentó suplir el vacío legal existente, ya sea a través de

su incorporación al código civil y comercial o como en otras oportunidades a través de proyectos de ley.

En el capítulo 5 llamado “La voz de la justicia”, analizaremos jurisprudencia nacional e internacional identificando los fundamentos que utilizan jueces y peticionantes a la hora de exponer en tribunales cuestiones referentes a la maternidad subrogada. Intentaremos a partir de la lectura de los fundamentos de estos fallos encontrar lineamientos generales que nos indiquen la forma en que fallan los jueces ante el vacío legal.

Con el presente trabajo buscamos entonces, comprender la problemática, analizar sus principales debilidades en el orden ético-jurídico y sin pretender cerrar ningún debate, aspirar a que el mismo sea prolífero en nuevos interrogantes que nos permitan avanzar en la problemática, arrojando luz sobre el vacío jurídico existente en nuestra legislación.

CAPITULO I

“SER MUJER, SER GESTANTE”

1.1. Palabras preliminares

En este capítulo vamos a realizar una mirada concreta en las etapas civilizatorias que atravesó la humanidad, con los datos que nos aportan la historia y la antropología en sus ámbitos cultural y físicos, destacando principalmente el lugar asignado por cada entorno cultural a la procreación, a la figura de la mujer, el concepto de niñez, y los modos de conceptualizar lo familiar. Siendo así mismo relacionado con las visiones que sobre el tema van adoptando los ámbitos éticos, religiosos y jurídicos.

También abordaremos el uso de la terminología adoptada para nombrar a esta nueva forma de gestación por encargo y veremos como estas subsumen una fundamentación ideológica.

Por otro lado expondremos cómo se lleva a cabo la gestación por sustitución, sus implicancias médicas y el derecho a la salud de la mujer gestante.

Como último punto del capítulo se dará especial atención a la cuestión de la filiación respecto al niño o niña gestado en vientre sustituto.

1.2. Evolución histórica

La maternidad ha estado rodeada siempre de un halo de respeto y divinidad, convirtiéndose la madre como figura central dadora de vida. Entre los pueblos antiguos existe una gran producción mitológica que hace referencia al origen de la vida y la continuidad de la especie. Los egipcios tenían en Isis a la diosa de la fecundidad, los griegos por su parte llamaban Gea ó Gaia a la creadora de todo lo existente sobre la tierra, es decir los animales las plantas, aves del cielo y peces del mar. En nuestras latitudes los mexicas adoraban a Cihuaacóalt, como diosa y protectora de los nacimientos (Cfr. Fernandez, 1992; Pomeroy, 1999; Baring & Cashford, 2014).

El devenir humano como tal, tiene su trayectoria y en la misma se van configurando distintas formas de entender su propio sentido y la relación con lo otro. Tomando datos de la evolución de la especie encontramos, entre grandes hitos, que hace aproximadamente 3 millones de años, se produjo el último periodo geológico llamado Pleistoceno, que indica que todas las criaturas fósiles de ese periodo se asemejaban a los

seres vivos que hoy pueblan la tierra. Los vestigios fósiles, nos permiten clasificar a nuestros “antepasados” comenzando desde el *Australopithecus*, con todas las discusiones si provenimos de allí. Podemos hacer una recopilación de fechas y nombres que los antropólogos y geólogos han dado a sus descubrimientos, entre ellos tenemos los fósiles de lo que se denominó el hombre de Java encontrado y clasificado por Eugene Dubois en 1891, posteriormente los avances en estas investigaciones van colocando sucesivamente el Hombre de Pekin, cuyos restos fueron descubiertos entre 1928 y 1937, el Hombre de Cromañón, hallado al sur de Francia en 1868, que habría convivido en época del hombre de Neanderthal y hace 35000 años se sostiene que comienza la etapa del *Homo Sapiens-Sapiens*. Aquí podemos decir que empieza la Historia del Hombre tal como lo conocemos. Desde que el hombre se irguió sobre dos patas, también fue comprendiendo-aprendiendo lo rudimentario de la supervivencia y también descubre cómo se pueden producir alimentos, esto lleva a un gran cambio en el modo de vida pasa de ser migrante a constituirse como sedentario (Cfr Toribio, 1992). Ese gran avance tecnológico lleva implícito que también se comprenda el hecho de la reproducción humana, ya no se depende de las divinidades, sino que se comprende la participación del hombre en la concepción. Este progreso cultural al tiempo que arroja luz sobre el misterio de procreación complejiza la agrupación paleolítica y se van fijando quizás, los cimientos de la sociedad patriarcal.

Podemos sostener que la concepción de la Maternidad estuvo relacionada fuertemente con la identidad de la mujer, en diversas etapas históricas; es así que en los orígenes de la sociedad humana (agrupaciones tribales), se consideraba a la mujer como incompleta si no llegaba a gestar, en esta etapa existe una fuerte ligazón con lo que son mandatos divinos. En el acontecer temporal ocurrido en el occidente Greco-Latino, de donde provienen muchos de los paradigmas de nuestra sociedad occidental, consideraba a la mujer como generadora de vida, es así como se consulta a deidades femeninas para tener conocimiento sobre temas trascendentes referidos a la vida individual y comunitaria, como es el caso de las diosas, Artemisa, Démeter, Atenea, entre otras (Cfr. Baring & Cashford, 2014).

En la antigüedad encontramos fuentes documentales como el Código de Hammurabi en el que se legisla aquella situación, similar a lo que hoy llamamos

gestación por sustitución, en la que la mujer infértil debe brindar a su marido una esclava con el fin de procrear.

En la Ley 144 dice: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más (suggetum). La Ley 145: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se propone tomar otra mujer (suggetum), tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa de primera categoría. La Ley 146 dice: Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas. Y la Ley 147 dice: Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata (Codigo de Hammurabi).¹

También en el magisterio de la Iglesia Católica se ponen de manifiestos relatos en los cuales con el fin de poseer descendencia, se toma a una mujer, esclava, al servicio de este menester. “Dijo entonces Sarai a Abraham: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abraham al ruego de Sarai” (Génesis 16:2).

Vemos aquí la cosificación de la mujer, su condición de esclava y portadora de hijos. La cosificación subyace en el hecho de que se pensaba en una esclava para llevar adelante dicha operación. Se consagra la nuda gestación, separada de la condición de sujeto de quien es gestante.

Con la llegada del Imperio romano y la mixtura cultural proveniente de la Grecia clásica, se va produciendo un gran cambio en la concepción de la mujer en particular por la influencia de la concepción Judeo-Cristiana, esta nueva forma de comprender lo

¹ El código de Hammurabi. Historiaclasica.com. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>

femenino, también afecta a la comprensión de la maternidad. De acuerdo a esta tradición encontramos en los orígenes a la mujer representada por Eva, como sinónimo de perdición por haber inducido a la desobediencia al hombre y desde allí el castigo divino sobre toda la humanidad, condenándola al sufrimiento, la ignorancia y la muerte.

Yavé Dios dijo a la mujer “multiplicaré tus sufrimientos en los embarazos, con dolor darás luz a tus hijos, necesitarás de tu marido, y él te dominará” y dijo también al Hombre “por haber escuchado la voz de tu mujer y comido del árbol del que yo te había prohibido comer: Maldita sea la tierra por tu culpa”. (Génesis c.3 v.16-17).

En la edad media, se dan muchos claros-oscuros en la evolución socio-cultural, pero en general toda la vida social se encuentra subordinada a la visión religiosa sobre la naturaleza humana, que cuenta con la interpretación textual por parte de los clérigos del texto bíblico, “el papel educativo de la madre comenzó a tomar forma, estrechamente determinada por la Iglesia” (Palomar Vereza, 2005, pp 40 y ss). A comienzos del siglo XIV, la maternidad se asocia aun más al dolor, siendo este la expiación por el pecado original (Tubert, 1991).

Durante la ilustración, comienza a configurarse una nueva mirada de la maternidad y el niño, este infante, que hasta el momento había sido puesto al cuidado de nodrizas pasa a ser absoluta responsabilidad de su madre, cambia el rol de la mujer, el sentido de la maternidad y la importancia social del cuidado del ser gestado. La maternidad si bien es parte de la esencia de la mujer, ahora ya no es vista como central en la realización del ser mujer, ahora su función será el prepararse para acompañar al niño en su desarrollo, pero su función se limitara tan solo a alimentarlo y cuidarlo en su salud. La tarea de educar, quedara en cabeza de los padres quienes inculcaran principios y valores para que pueda integrarse en lo social, vemos como esta nueva concepción de madre, niño, niña y padre es impregnada por J.J Rousseau (Marrades Puig, 2002).

Actualmente vemos que de aquella función central de la mujer, definida en el modernismo, está atravesando una época donde la complejidad de lo social hace que se vayan redefiniendo nuevos roles para la mujer y que haya ganado espacios que fueron siempre ocupados por los hombres en el orden socio-político-cultural. Estos cambios

afectan el modo de desarrollar la maternidad, siendo la disposición de tiempo, de ocupación fuera del hogar, la que lleva al cambio en el modo de cuidado y crianza de los niños. En este nuevo paradigma la maternidad es una elección personal, ya que la mujer puede elegir relegar o posponer ser madre a fin de realizarse en otros campos.

El rasgo de complejidad socio-cultural, que permite muchas opciones en el caso de la realización personal, no quita sin embargo que se mantenga la estrecha vinculación identitaria madre-mujer, de allí la búsqueda de respuestas al deseo de maternidad (Cfr. Tubert, 1996).

Este deseo humano legítimo, sabemos que tiene en muchos casos una limitación dada en el orden biológico, que produce la infertilidad, es allí donde adquiere particular importancia el desarrollo científico como auxilio de lo clínico, como para ofrecer soluciones ante la imposibilidad de gestación. La fecundación “in Vitro”, la gestación en vientres subrogados, la reproducción por inseminación artificial son las alternativas que ofrecen hoy los adelantos tecnológicos, superando la necesaria relación sexual entre los gestantes e incorporando a otros agentes partícipes en la gestación, como resultan ser en el caso de infertilidad, el donante de espermatozoides ó la mujer que proporciona su vientre para producir la gestación. Esto conlleva nuevos interrogantes que abarcan todos los ambientes donde la vida se desarrolla exigiendo adaptaciones en el modo de comprender las nuevas formas que adquiere la maternidad entre ellas la denominada maternidad subrogada.

En el marco de la lógica del capitalismo donde todo es considerado mercancía, y gracias al avance tecnológico, se pudo llevar a ese nivel a la mujer gestante, volviendo a separar gestación de gestante sin necesidad de recurrir a la esclavitud.

La posibilidad de recurrir a la maternidad por subrogación surgió en el marco de las TRHA, para mujeres que padecían una patología uterina. Prestar el útero para gestar el hijo de una mujer con este tipo de problemas se vio inicialmente como un regalo altruista. Más tarde se comenzó a admitir y justificar que conlleva asociada una prestación económica. En una tercera etapa, este servicio gestacional ha pasado a ser una nueva forma de esclavitud femenina. (Lopez Moratalla, 2012, p. 425).

Se creó en Francia, en el año 1982, una asociación que vinculaba parejas que no podían tener hijos en forma natural, con gestantes sustitutas. El caso más conocido es el de la mujer que gestó para su gemela.

En 1986, en Estados Unidos, se documentó el primer caso judicial por un nacimiento acontecido por Gestación por Sustitución. El conflicto se produjo cuando Mary Beth Whitehead se negó a ceder la custodia de Melissa Stem a Williams Stem y a su esposa Elizabeth Stem. Si bien Melissa era hija biológica de Williams, el contrato de maternidad subrogada establecía que la madre biológica, renunciaría a sus derechos, ya que los padres serían la pareja Stem.

El órgano judicial interviniente, declaró nulo el contrato de subrogación y concedió la custodia a Williams Stem, pero reconoció a su madre biológica, Mary Beth un régimen de visitas.

El año 1987, a través de la agencia Surrogate Parenting Association Kim Cotton fue madre subrogada utilizándose la técnica de inseminación artificial, en este caso la gestante también aportó el óvulo que fue fecundado. Kim Cotton cobró una suma de dinero por engendrar. Cuando este caso llegó a los tribunales, se estableció que la recién nacida permaneciera en el hospital en el cual nació en tanto la pareja contratante la adoptara (Cano, 2007).

Actualmente esta técnica de TRHA es ampliamente conocida, razón por la cual ya algunos países deciden contemplarlas expresamente en sus legislaciones con el propósito de permitir las o prohibirlas.

1.3. Gestación por sustitución

La gestación por sustitución, no solo implica debates doctrinarios sobre su aceptación, omisión o prohibición, también conlleva a una interesante argumentación sobre cuál es el término correcto para designar esta técnica de reproducción humana asistida. Así encontraremos que maternidad subrogada, maternidad portadora, alquiler de vientre, gestación por sustitución, en el uso vulgar del lenguaje son sinónimos, pero haciendo un análisis más profundo, que dé cuenta de su trascendencia no solo como

denominación de una técnica de reproducción sino como un fenómeno social , veremos que no todas representan lo mismo.

Maternidad subrogada: esta denominación encierra en su definición un concepto más amplio que el de gestación, ya que la maternidad puede o no abarcar esta condición. La maternidad también es una construcción social, es así que podemos encontrar más de una forma de maternidad, maternidad genética, gestacional, socio-afectiva y legal.

De todas formas también debemos admitir que rechazar este término provoca escindir a la gestadora de la maternidad y por lo tanto provoca una invisibilización de la mujer que lleva el embarazo a término, confinando la función biológica a una circunstancia sin trascendencia (Puleo, 2017).

Maternidad portadora: sitúa a la mujer embarazada a la calidad de objeto útil a los fines de llevar la gestación a término, de portar un embrión como si fuera un receptáculo, sin tener en cuenta que la mujer gestante está confinada a vivir el embarazo como una etapa que no le concierne, teniendo siempre en mira que el bebe que crece dentro suyo, al que cuida y siente a diario no es suyo y que tiene la obligación de entregarlo.

Aunque la madre portadora preste sus servicios de forma voluntaria, con generosidad y desinteresadamente, se encuentra objetivamente reducida a desempeñar un papel puramente instrumental. Está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella (Montero, 2015).

Alquiler de vientre: denota un contrato nulo ya que el objeto es ilegal puesto que las personas y el cuerpo humano están fuera del comercio, además de resultar manifiestamente contrario a los DDHH, el término alquiler de vientre, reduce esta práctica a la contratación sobre un órgano escindido del impacto físico global y psicológico que conlleva la gestación.

Aunque es este término el que la mayoría de las veces representa con mayor claridad la realidad que viven las mujeres que son vistas como mercancía, su útero puesto al servicio del mercado, de los deseos de otras personas, olvidándose las agencias y los contratantes que ese órgano pertenece a una persona y no es posible realizar biológica y

psicológicamente esa separación. Considero entonces que deberíamos hablar de alquiler de mujeres y no solo de alquiler de vientre.

Se alquila una vasija humana, desde una profunda desigualdad económica en el marco de la globalización neoliberal, ignorando los profundos lazos emocionales y físicos que se generan durante esos nueve meses entre la gestante y la niña o niño futuro y ocultando los riesgos que para la salud de las gestantes conllevan las altas dosis de hormonas utilizadas en la estimulación ovárica y otras intervenciones invasivas utilizadas para forzar el embarazo y el parto (Puleo, 2017).

Gestación por sustitución:

la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. (Lamm, 2013, p 24).

Este término, aunque no resulta ecuánime es el más utilizado por la doctrina actual, es por esta razón que a lo largo de este trabajo se recurrirá al mismo para nombrar a esta técnica de reproducción humana asistida, no obstante, intentaremos concluir si existe una definición neutral, evocativa de la realidad, o por si el contrario las formas de denominación son eco de la voz que la enuncia, detractores o partidarios en representación de su pensamiento.

1.4. Gestación por sustitución. Derecho a la salud

La gestación por sustitución desde una perspectiva clínica puede llevarse a cabo de dos formas, total o parcial. Para determinar esta clasificación se tiene en cuenta la procedencia del óvulo que es fecundado, así si pertenece a la mujer gestante se hablará de gestación por sustitución parcial, y total cuando el óvulo lo aporta la madre intencional o una tercera donante.

Total, completa o gestacional, en el que la gestante no tiene relación genética con el embrión: Los dos gametos, óvulo y espermatozoide, son aportados por los “padres”, es decir, se utilizan

gametos de ambos padres. El “padre/madre” proporciona uno de los gametos, mientras el otro procede de donación. Los dos gametos proceden de donantes o se recurre a embriones donados.

(...) Parcial, cuando existe un vínculo genético entre la gestante subrogada y el embrión, ya que esta aporta el óvulo. La tendencia general es evitar que la donante de óvulos y la gestante sean la misma persona. En estos casos, la gestación se obtiene por inseminación artificial (IA) o FIV, bien con semen del padre o de un donante. La gestante subrogada aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. (Rodríguez Díaz, 2018, p 26)

Es necesario dar cuenta de las implicancias físicas y psicológicas que conllevan estas prácticas, desde la estimulación ovárica con fármacos que puede ocasionalmente traer la aparición de tumores hasta la posibilidad de aborto espontáneo.

El embarazo, puede traer aparejado riesgo para la vida o la salud de la mujer, en nuestro país se establece que el riesgo de salud debe entenderse dentro del concepto de Salud Integral, que incluye el aspecto físico, mental, emocional y social, tal como lo define la Organización Mundial de la Salud. Por ello, a la hora de llevar a cabo el procedimiento de gestación por sustitución al igual que en otras TRHA se debe contar con el consentimiento informado, libre y explícito de la mujer gestante. “ ... Desde el punto de vista ético, el consentimiento informado es un proceso compartido de toma de decisiones que está basado en el respeto mutuo y la participación, por tanto no es un mero ritual que es obligatorio...” (Torres Acosta, 2011, p 36).

CCCN Artículo 59². Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los

² Código Civil y Comercial de la Nación.

riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

Es imprescindible entonces al momento de analizar cómo legislar la gestación por sustitución poner el acento en la mujer gestante, ya que es esta quien va a exponer su cuerpo a fin de concretar el proyecto de familia de terceros. Debemos entender también que es menester del Estado velar por la salud de las personas, aun limitando la autodeterminación en algunos casos.

Como basamento de este derecho encontramos:

CN Art. 33³: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ art 4° inc. 1- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ art 3° Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶ art 1° Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

³ Constitución de la Nación Argentina

⁴Ley N° 23.054 Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica.1984

⁵ Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁶ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

Art 11: Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer⁷ art 11, párrafo 1º, apartado f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Como se ha podido observar el respeto de la autonomía de la voluntad para decidir sobre el propio cuerpo encuentra límites en las disposiciones que regulan sobre el derecho a la vida, a la salud y la integridad del sujeto y que Estado está obligado a proteger.

1.5. Filiación

Concebir un hijo es un acto natural, biológico, la filiación en cambio es una construcción jurídica con presupuestos para asignarla y con consecuencias legales para quienes la detentan. Con esta institución se regula tanto el vínculo como consecuencia de la procreación como la vinculación a partir de sentencias judiciales como lo es la adopción. Podríamos decir entonces, que “Entendemos por filiación la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija”. (Pérez Duarte & Soberanes Fernández, 1991, p 297).

Con el devenir del tiempo y la posibilidad de acceder a técnicas médicas que posibilitan la reproducción humana a quienes no podían concebir naturalmente por medio del coito, la figura de la filiación a trasmutado y podemos observar que se tiene en cuenta diferentes factores a la hora de su atribución, ya no solo se habla de filiación por naturaleza, o adopción sino que emerge una nueva forma derivada de la TRHA “...en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad

⁷ Ley N° 23179 Honorable Congreso de la Nación Argentina.1985.

personal en referencia a la realidad biológica, mientras que en las TRHA el elemento decisivo es la voluntad procreacional”. (Herrera & Lamm, 2014, p 426).

La nueva codificación nacional en materia civil y comercial, recoge este nuevo origen de filiación, la cual resulta de suma importancia para el alcance de este trabajo. El artículo 558 CCCN enuncia “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

Es dable atender que el sustento de la filiación por TRHA es la voluntad procreacional tal como dicta el CCCN

Art 562 Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560⁸ y 561⁹, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Se pone el acento en la intención, en el elemento volitivo, es decir en el deseo de quienes expresan esta voluntad, naciendo la filiación ab initio.

Estará entonces en cabeza de quien manifestó la voluntad procreacional la titularidad de la filiación y de quien da a luz. Esta cuestión, conlleva el principio *mater semper certa est*, haciendo coincidir la voluntad procreacional con el hecho biológico.

En la gestación por sustitución, la "voluntad procreacional" es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera

⁸ CCCN Artículo 560. Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

⁹ CCCN Artículo 561. Forma y requisitos del consentimiento La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

persona para su gestación y alumbramiento posterior. Esta tercera persona carece de esa voluntad; por ende, aun cuando por aplicación de los principios legales ya reseñados correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRHA: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el afecto que se deriva o se construye con el despliegue de tales responsabilidades. (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, & Herrera, 2013, p. s/r)

Con esta TRHA, en particular, se pone de manifiesto el conflicto entre lo regulado legalmente y la situación fáctica, ya que como se mencionara anteriormente correspondería que la mujer gestante sea considerada madre del recién nacido, pero para salvar esta situación, se pondera la falta de voluntad procreacional como el elemento que rompe con el axioma *mater semper certa est*

CCCN Art 575. Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 588 in fine nos dice: “En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre”.

Vemos nuevamente en este artículo la prevalencia del elemento volitivo, en el caso de la gestación por sustitución, la voluntad procreacional está dada por las o los comitentes, si además de la intención el embrión posee información genética de alguno de ellos se podrá impugnar la maternidad, el mayor problema se plantea cuando no existe

vinculación genética alguna con el nacido y en este caso, teniendo en miras al artículo 565 CCCN¹⁰ y no habiendo regulación sobre gestación por sustitución podría rechazarse la impugnación de maternidad promovida contra la mujer que dio a luz.

Abordaremos en capítulo posterior, a través de fallos jurisprudenciales como resuelven los jueces la cuestión del emplazamiento del estado de hijo.

Lo que está en juego y debe ser objeto de análisis es si una persona que lleva un sujeto en su vientre puede quedar desvinculada e invisibilizada de la historia de este niño o niña, ya que en otros supuestos donde la filiación no se atribuye a los progenitores biológicos ni se puede reclamar esta, se conservan igualmente datos sobre estos, tal el caso de la adopción o la fecundación por donación de gametos, o si ello resulta inaceptable en virtud del respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas tal como lo es el derecho a la identidad.

Esta es la decisión de política legislativa que debe tomar el parlamentario a la hora de pensar la regulación legal (aceptación o prohibición) de la gestación por sustitución.

1.6. Conclusiones parciales

Vimos cuál ha sido la evolución del género humano y la consideración que se le ha dado tanto a la procreación y los diversos actores que fueron interviniendo en las distintas etapas, desde la consideración de la gestación por designios divinos hasta la

¹⁰ CCCN Artículo 565. Principio general En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

fecundación y anidación con más de dos actores, como es el caso de la maternidad subrogada.

Asistimos en nuestros días a la creación de diversas técnicas que colaboran a tratar la infertilidad, a la formación de embriones extracorpóreos y también a la posibilidad de anidarlo en el vientre de una mujer que no será en última instancia la que ejerza la función de crianza.

En tiempos donde la esclavitud no prima podemos observar cómo se recurre como medio idóneo en nombre de los derechos reproductivos a la gestación por otra. Se utiliza el consentimiento informado de la mujer que llevará a término la gestación, como garantía de libertad aunque no podemos afirmar que ese consentimiento sea libre, desprovistos de situaciones que colocan a la mujer en la posición de ofrecer su propio cuerpo en pos de una retribución que ayude a mitigar su subsistencia. La mujer parece tener dentro de la historia la función y obligación de ser madre o bien gestar hijos para que otros ejerzan ese rol, el cuerpo al servicio del deseo que a veces no es el propio.

Como conclusión y en respuesta al objetivo planteado consideramos que ninguna denominación resulta neutral ya que palabras siempre conllevan una carga emocional e ideológica, gestación por sustitución es el término utilizado más a menudo en fallos y legislaciones, razón por la cual será el nombre empleado en este trabajo pero de ninguna forma es un término que refleje la realidad en su esplendor.

A lo que al derecho a la salud refiere, por lo general se alude al derecho reproductivo de quienes serán padres o madres a partir de la voluntad procreacional, y rara vez se atiende al sujeto que va a gestar. En este sentido consideramos que el derecho a la salud admitido en sentido amplio se contrapone al derecho reproductivo de los comitentes y es necesario optar por la integridad física y psíquica de la mujer que va a experimentar el embarazo ya que no se impide que las personas que deseen ser padres accedan a cualquier otro medio para suplir la infertilidad, o a la adopción. Lo importante aquí es que estas decisiones solo deben involucrar sus cuerpos.

En cuanto a la filiación del recién nacido, lo grave no es romper con el precepto *mater semper certa est* sino la forma en se llega a trastocar este principio, dado que las leyes deben ajustarse a la realidad, fácilmente podría modificarse el CCCN pero el

basamento de esta modificación privilegiaría los deseos de unos por sobre los derechos de otros, ya que es este precepto el único que pone un freno a la entrega directa de niños.

CAPITULO II

“ARGUMENTOS FILOSÓFICOS Y POLÍTICOS”

2.1. Palabras preliminares

A continuación realizaremos un análisis sobre las posturas teóricas que adoptan las diferentes corrientes de pensamiento sobre la gestación por sustitución, que luego serán tenidas en cuenta como fundamento de una decisión política y legislativa al respecto.

En este apartado abordaremos dos facetas en las que creemos se puede clasificar este entramado teórico y que constituyen dos aspectos de una totalidad, como si fueran dos caras de una misma moneda, es decir, que uno no puede pensarse sino como complemento del otro, además, creemos que si no existe una correlación lógica entre estos dos aspectos se corre riesgo de caer en un razonamiento incoherente.

1) Por un lado analizamos un aspecto teórico-argumentativo; donde se exponen los argumentos teóricos, filosóficos a favor y en contra de esta técnica de reproducción humana asistida y que constituyen la base sobre la cual se piensan las relaciones entre los diferentes sujetos intervinientes en la relación jurídica que surge de ella y sus implicancias en el entramado social y cultural.

2) Por otro lado analizamos un aspecto instrumental; donde se abordarán las diferentes posturas políticas y jurídicas con las que posteriormente se elaboran propuestas legislativas basadas en tres posibles modelos regulatorios: Aceptación Amplia / Aceptación Altruista / Negatoria.

2.2. Aspecto teórico – argumentativo.

2.2.1. Posturas a favor:

Dentro de esta postura hallamos las corrientes que denominaremos no críticas, posturas liberales, individualistas y utilitarias provenientes del racionalismo. Estas corrientes se caracterizan por la creencia en el modelo sociopolítico imperante, el sistema capitalista, basado en un concepto evolucionista de la sociedad.

Como mayor referente encontramos a John Stuart Mill (1806-1873) que sostiene que cada individuo es soberano de su propio cuerpo, de sí mismo y de su espíritu. Se

realiza una defensa a ultranza de las libertades individuales (Cfr Baffone, 2013; Losada & Casas Casas, 2008).

A continuación plantearemos diferentes ejes sobre los cuales tienen efectos estas teorías:

2.2.1.1 La madre subrogada.

En cuanto a la madre subrogada, para estas corrientes, la gestación por sustitución constituye una forma de emancipación para la mujer y una expresión de la libertad procreativa que le concierne únicamente a ella como sujeto libre. En este sentido, en defensa de la autonomía de la libertad, la mujer se encuentra en todo su derecho de elegir la gestación por sustitución como un servicio prestado sin que se vea vulnerado derecho alguno. Siempre y cuando no haya explotación, que es lo que debe garantizar el Estado de Derecho, a través de la legislación específica y la actuación judicial, la mujer es dueña de su propio cuerpo y no se le puede impedir que ejerza actos de libre elección sobre el mismo. Es su derecho, ¿con que razón el Estado limita el derecho de libertad de la mujer que es ejercido de acuerdo a la autonomía de la libertad? (Brena, 2010).

2.2.1.2 El niño.

En cuanto al niño se entiende que el mismo nace como fruto del deseo y la voluntad de sus padres (la voluntad procreacional) y que no existe vulneración alguna de los derechos del niño al aceptar esta TRHA ya que el mismo viene al mundo para formar parte de una familia, aunque no del modo tradicional sino de un modo novedoso que surge a partir de la evolución del hombre y las sociedades modernas. Significa una apertura al imaginario tanto de familia tradicional como de procreación tradicional y se presenta como un avance o evolución social a partir del avance tecnológico. Amplia derechos y oportunidades. El niño no sufre vulneración alguna ya que el derecho y las instituciones que intervienen en todo el proceso de la gestación por sustitución, desde la contratación de la mujer gestante hasta el nacimiento, garantizan el cumplimiento de los derechos del niño. Por ello es tan importante que se regule la actividad y que el Estado este presente como garante de los derechos del niño.

2.2.1.3 Los padres solicitantes.

En cuanto a los padres solicitantes se encuentran en pleno ejercicio del derecho a procrear. Se entiende que la misma forma parte de un concepto más amplio que es el derecho humano a la salud. Es justamente la razón de ser de esta técnica de reproducción humana asistida que viene a proponer una nueva forma de paternidad y maternidad, dándole la oportunidad de ser padres a personas que por diferentes razones no podían serlo, debido al avance de la ciencia y la tecnología. Por lo tanto es una técnica que amplía el acceso a derechos fundamentales. Esta técnica viene a poner fin a los problemas de infertilidad por un lado y por otro a aquellas parejas homosexuales hombres.

2.2.1.4 La relación gestante – comitentes.

En cuanto a la relación entre gestante y comitentes tampoco ven ningún conflicto de intereses ya que el Estado tiene todas las herramientas y dispositivos necesarios para regular dichas relaciones en el marco de la autonomía de la voluntad, y la libertad personal. Este proceso se lleva adelante salvaguardando los derechos de todos los participantes por el instrumento jurídico adecuado (contrato) y mediante la intervención judicial y administrativa del Estado, como se garantiza el resto de las relaciones jurídicas. La regulación jurídica e intervención del Estado garantizan que no se violen derechos de las partes intervinientes y en caso que ello ocurra de velar por su reparación justa. Es decir que si bien puede haber intereses encontrados, el derecho encuentra la forma de regularlos legal y contractualmente (Baffone, 2013).

2.2.2. Postura en contra

Por otro lado nos encontramos con las teorías críticas, de orientación marxista, con importantes aportes de la Escuela de Frankfurt, el Neoestructuralismo y el Feminismo. Entienden que el sistema social actual genera desigualdad y se comprometen a la transformación de aquella sociedad que consideran injusta. Para ello se implican, en base a un ejercicio de deconstrucción, a llevar adelante una acción de transformación social que tienda a la liberación del sujeto y a la construcción de una sociedad igualitaria. Por ello discute la lógica (los pilares) sobre la que está construida la sociedad capitalista para intentar modificarla en torno a la liberación o emancipación del sujeto. Entienden

por lo tanto que lo genera vulneraciones es la lógica misma del sistema político, social y cultural, por ello el sujeto no puede ser libre dentro de aquella lógica de funcionamiento (Cfr. Losada & Casas Casas, 2008). ¿Podemos ser realmente libres en la toma de decisiones? ¿Existe el libre albedrío? ¿Se puede analizar individualmente o es una cuestión social que excede a un sujeto en particular?

Estas corrientes entienden que existe una premisa perversa en la lógica capitalista que confunde deseo con derecho, de manera tal que el sujeto llega a creer que si es materialmente capaz de cumplir con su deseo, automáticamente tiene el derecho a realizarlo, invisibilizando así los efectos sociales de tales conductas o hacia terceras personas, en ocasiones, como en caso de la gestación por sustitución, forzando situaciones de supuestos beneficios hacia personas involucradas en tales decisiones que resultan claramente vulneradas en sus derechos, creando una ficción necesaria para justificar la realización de aquella conducta o actividad que satisface un deseo propio o de un grupo. Por ello cuando el sujeto toma una decisión lo hace atravesado por el entramado social y cultural en el actual se encuentra inserto y del cual no puede huir, y en ese ámbito de afectación es que toma la decisión, no existe la neutralidad sino una posición determinada que nos lleva a tomar una decisión consecuente.

Ese tipo de situaciones generan relaciones de subordinación y desigualdad social creciente. Así se ven afectados generalmente los derechos de las minorías, cuyos derechos son siempre relegados y solo adquieren valor político y jurídico dentro del imaginario social, político y jurídico de aquellos que tiene una posición social favorable. Debemos concluir pues, que no es lo mismo derecho que deseo, y que las leyes y las instituciones deben garantizar niveles de igualdad que de ninguna manera surgen del libre juego de la oferta y la demanda dentro del mercado ni del ejercicio irrestricto de las libertades personales, sino del establecimiento de límites políticos, jurídicos, e institucionales claros (Puleo, 2017).

2.2.2.1 La mujer gestante

En cuanto a la mujer gestante se entiende que configura una nueva forma de explotación de la mujer transformando su cuerpo en una mercancía sobre la cual se pueden realizar actos de comercio. El cuerpo de la mujer pasa a ser un mero instrumento

para la satisfacción de deseos de terceros, lo que lleva a esa mujer a un estado de alienación.

Se da una compleja situación que separa la gestación (como actividad humana) de la persona gestante, quedando esta última en calidad de objeto (vasija) que es tenida en cuenta al solo efecto de la gestación. Así el capitalismo logra por medio de la ciencia y la tecnología la mercantilización del acto de gestar un niño, de esta manera se evita recurrir a la figura de la esclavitud como lo hacía por ejemplo el código de Hammurabi. No solo se mercantiliza el cuerpo sino la gestación misma como servicio separado que presta la mujer-máquina, sólo para la satisfacción de deseos de otros y ello avalado por una supuesta manifestación de voluntad “libre”, en el ejercicio de la autonomía de la libertad, decisión que en condiciones “normales” probablemente no tomaría, por ello resulta imposible analizarla en abstracto, sin analizar las condiciones de entorno o contexto social o cultural bajo el cual se toman esas decisiones. El cuerpo de la mujer, una vez más como objeto, mercancía, del cual se pueden vender sus productos.

Por ello las posturas liberales insisten en la denominación gestación por sustitución, ya que se le quita a la mujer gestante el carácter de madre, se la cosifica. Si se le reconoce carácter de madre, habría que contemplar su vida emocional y se le deberían reconocer también derechos sobre la criatura, incluso en algún caso estaríamos frente a una adopción directa. Con la denominación gestación por sustitución no hacemos referencia al sujeto sino a la acción de gestar, da lo mismo que detrás se encuentre una mujer ó una maquina.

Nos encontramos aquí en la famosa posición del amo y del esclavo, de manera que quien actúa con inteligencia es amo y quien lo hace con el cuerpo es esclavo.

La madre subrogada contrata el derecho sobre su singular capacidad fisiológica, emocional y creativa de su cuerpo, es decir, de sí misma como mujer. Durante nueve meses tendrá la relación más íntima posible con otro ser en desarrollo, una parte de sí misma. El bebé, una vez que haya nacido, es un ser separado pero la relación de la madre y su niño es cualitativamente diferente de la de los trabajadores con los productos que resultan de los contratos de la propiedad de sus personas (...). El contrato de subrogación es otro

medio a través del cual se asegura la subordinación patriarcal.
(Pateman & Romero, 1995, p 295)

2.2.2.2 El niño

En cuanto al niño se entiende que también se transforma en mercancía, objeto de relaciones económicas que lo exceden y que determinan su futuro.

Es problemática la postura que tiene como máxima el pensamiento sobre que el deseo de paternidad, entendido como derecho procreativo, garantiza el interés superior del niño ya que fue deseado y buscado con amor. Se cae en el riesgo de que ese niño venga al mundo a cubrir necesidades insatisfechas o estándares sociales determinados por ese deseo de paternidad que puede provenir de distintas carencias o particularidades subjetivas de los padres solicitantes. Todo ello teniendo en cuenta que se trata no solo de ser padre, sino más bien de criar un hijo que no son cosas iguales ni una deviene linealmente de la otra. Como es sabido esta situación es analizada constantemente por los equipos profesionales encargados de evaluar a los solicitantes en procesos de adopción, quedando de hecho, muchos de ellos no aptos por esta razón, con la diferencia que en los procesos de adopción la evaluación la realizan los tribunales, o sea el Estado como garante de los derechos, y no mediante un contrato. (Informe del Comité de Bioética de España, 2017).

En cuanto a la filiación, si se la atribuye a los padres solicitantes antes del nacimiento obtendremos seguridad jurídica para el niño pero una situación de explotación para la mujer gestante (mujer-maquina). Si se la atribuye después del parto, como es el sistema inglés, existiría mayor autonomía para la mujer gestante pero inseguridad jurídica del por nacer y se configura un caso de tráfico de niños. Si encima requiere la ratificación de la mujer gestante estamos ante una adopción directa con todo lo que ello significa. Todo ello tiene múltiples consecuencias jurídicas, por ejemplo: ¿qué pasa si el niño por nacer muere antes de nacer?, ¿si mueren los padres solicitantes?, ¿se puede arrepentir la madre gestante?, ¿es más importante el compromiso contractual de entregar al niño que las implicancias emocionales y psicológicas de la madre?, ¿en toda esta discusión no le parece que el niño es un objeto presa de los intereses ajenos, madre gestante, padres

solicitantes y estado? Nuevamente depende del régimen que se adopte. (Informe del Comité de Bioética de España, 2017).

El Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño año 2000, aprobado por el Congreso Argentino en 2003 establece en el art 2°:

A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.¹¹

En el año 2014 el Comité de los derechos del niño exteriorizó su preocupación sobre la maternidad subrogada en la India, manifestando “este regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños” (Comité de los derechos del niño, 2014).

2.2.2.3 Los padres solicitantes.

Este apartado es importante porque es la razón de ser de esta TRHA para aquellos que están a favor, creen que se les debe ampliar el derecho a procrear a las personas, a cualquier costo.

En cuanto a los padres solicitantes se hace una distinción entre el derecho a procrear (ser padres) con la libertad procreativa (elegir el método para procrear). Así la libertad procreativa no es parte constitutiva del derecho a procrear, es decir, que el derecho a procrear consiste en que nadie puede negarle a una persona el hecho de elegir ser padre o madre, o elegir lo contrario, pero eso no quiere decir que puedan intentar ser padres o madres por cualquier medio y a cualquier costo (más aún si se afectan derechos fundamentales). El derecho de procrear es amplio y la libertad procreativa más restrictiva: entonces tener derecho de procrear no habilita libertad procreativa absoluta, y poner restricciones a la libertad procreativa no lesiona el derecho de procrear y por lo tanto no se vulnera el derecho a la salud sino que se limita en los términos del artículo 14 de la

¹¹Ley 25763. Apruebase Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General. 2003.

Constitución Nacional. Es la contracara de la relación ente deseo y derecho abordada en párrafos anteriores. Tenemos todo el derecho de ser padres pero no por ello podemos someter a personas para lograrlo (Informe del Comité Bioética de España, 2017).

2.2.2.4 Relación gestante – comitentes.

En cuanto a la relación de la gestante con los comitentes la relación es evidentemente desigual. La gestante queda a merced de los deseos de los comitentes una vez que presta su voluntad de acceder al tratamiento. Esa desigualdad no la puede sanear un contrato.

Es problemática la determinación del objeto de los contratos de gestación: si el objeto es la gestación, se entiende que el niño nunca fue de la madre gestante y se cae en la mercantilización de la mujer y de la gestación analizada up supra, si el objeto es el niño, incurrimos en el tráfico de niños aunque no fuera por dinero (Puleo, 2017).

Individuo y contrato poseen como principio implícito una falsa neutralidad que permite que a través del instrumento jurídico se instituyan y oculten relaciones de subordinación entre las partes. Pareciera que la mujer gestante una vez que manifiesta su voluntad de realizar el contrato ya no es dueña de su vida, por lo menos en todo lo relacionado a la gestación y al parto, como si fuera poco.

La presente TRHA está pensada para los padres solicitantes, la mujer gestante es un mero interviniente necesario por ello se relativizan sus derechos y es ubicada con menor valor social, político y jurídico, es descartable. Y el niño es el bien preciado que se pretende apoderar para convertirse finalmente en padres que es la finalidad última del instituto (Informe del Comité de Bioética de España, 2017).

2.3. Faceta instrumental: modelos regulatorios

2.3.1 Aceptación amplia: como manifestación de la autonomía de la voluntad.

El rasgo fundamental esta dado por el precio del acto de gestar, si lo tiene se hablara de gestación comercial. Quienes son partidarios de la admisión amplia sostienen que es totalmente válida la gestación por esta vía ya que este mecanismo aumenta la esfera de posibilidades para la maternidad y paternidad y el derecho no puede ser un

obstáculo sino establecer un marco seguro para su desarrollo. Esta postura se basa en el reconocimiento amplio de la autonomía de la voluntad, la voluntad procreacional (Gil Dominguez, 2015).

Dentro de este apartado encontramos las posturas pertenecientes a las corrientes liberales, que defienden los derechos individuales y tienen plena confianza en el mercado como ente de regulación de las relaciones humanas, que tienden a autorregularse y arribar a las situaciones más justas posibles (Caminal Badia, 2005). En este caso los comitentes logran su objetivo de paternidad y la madre gestante logra una retribución por el servicio prestado.

No se le escapa a esta corriente que esto no genera un plano de igualdad social plena ya que no existe manera de garantizar ese tópico, con o sin intervención estatal. En este marco el Estado debe intervenir lo menos posible en las relaciones sociales ya que genera desequilibrios o desajustes en el funcionamiento de la sociedad, que lleva a que se cometan injusticias. Todo ello conlleva a sostener la no intervención en las cuestiones privadas que se encuentran en la esfera íntima del sujeto y solo le pertenece a este la toma de decisiones sobre ellas. Cualquier intervención desmedida del Estado puede llevar a impedirle al sujeto el libre ejercicio de sus derechos. La intervención estatal debe ser para garantizar un marco de libre toma de decisiones pero nunca para decidir por el sujeto o prohibirle un acción que puede tomar en base a su sano juicio.

Son coincidentes en totalidad con lo establecido por las posturas que se encuentran a favor de la gestación por sustitución. Por ello plantean una legislación que contemple la Gestación por Sustitución con total libertad para las partes y las posibles acciones judiciales y su regulación mediante un contrato específico.

Para dotar de garantías a las partes se requiere la legislación expresa de la gestación por sustitución puesto que el vacío legal genera inseguridad jurídica y la vulneración de derechos para las partes débiles de la relación jurídica ya que no cuentan con un instrumento jurídico que las defienda. La regulación permite también la organización por parte del Estado de los dispositivos necesarios para llevar adelante el proceso y en particular dentro del sistema de salud.

A la vez es necesaria la regulación para no estigmatizar a las mujeres gestantes y a los niños nacidos bajo estos procedimientos. La ley dota de visibilidad y legitimidad al instituto (Baffone, 2013).

2.3.2 Aceptación altruista: como recurso idóneo para la paternidad.

Aquí nos encontramos con las posturas provenientes del conservadurismo político, que pregonan un acercamiento a instituciones sociales tradicionales como la familia y la iglesia y se suele pensar en políticas públicas focalizadas. Se oponen férreamente a la mercantilización liberal pero entienden que es deseable permitir la realización de la Gestación por Sustitución en aquellos casos que se consideren altruistas, es decir que basado en razones éticas, configuren un acceso a la paternidad que de no ser así no se encontraría vedadas, como son los casos de infertilidad y de las parejas homosexuales hombres. Está íntimamente relacionado a la construcción de la familia.

Encontramos autores como Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera (2013) quienes sostienen la posibilidad de realizar este método pero sólo en los casos donde medien razones altruistas, es decir, sin esperar recompensa alguna y bajo ciertas condiciones de hecho de manera que la regulación de tal práctica no propicie la creación de un comercio a su alrededor y vulnere los derechos de los sujetos intervinientes.

Se propone como posición ética-jurídica la gratuidad del procedimiento. Se entiende que aquellas decisiones que conllevan un importante sacrificio para el sujeto más aún si se compromete su integridad física o emocional y que son retribuidas, no son libres sino que se adoptan en un contexto de vulnerabilidad y que por eso mismo se adoptan. Por ello en ciertas ocasiones cuando está en juego la dignidad se exige gratuidad como garantía de salvaguardar la libertad, por ejemplo en la donación de sangre u órganos. Es decir que la posibilidad de ser un servicio pago transforma la práctica en abusiva y como requisito esencial se propone la gratuidad. Dependiendo del sistema que se adopte se suelen pedir requisitos tales como que la mujer gestante sea familiar de alguno de los padres solicitantes; que la mujer gestante tenga hijos, entre otros (Albert, 2017).

Es así como justifica por excepción, ya que la regla es la prohibición, la posibilidad de que se recurra a la Gestación por Sustitución.

También se argumenta que el derecho no puede negar la realidad de los hechos, y que esa realidad nos indica que hoy en día, por el avance en la ciencia y tecnología, la gestación por sustitución se transformó en una realidad social y por ello la prohibición no evita que la misma se realice, solo la empuja a la clandestinidad. Es por ello que se impone la necesidad de regular el instituto de manera tal de dotar de protección a las personas involucradas, darle un marco de actuación, sobre todo evitar que caiga en el comercio de niños (Lamm, 2013).

Esta posición se opone entonces a la posibilidad de un contrato comercial e inscribe la gestación por sustitución dentro de las relaciones de familia como una forma más de acceder a la paternidad en casos muy limitados y específicamente legislados. Como ya mencionamos se exige como base la gratuidad absoluta (Informe del Comité de Bioética de España, 2017).

2.3.3 Negatoria: como garantía de los derechos humanos

Propone la prohibición de la práctica por considerarla inmoral y de objeto ilícito. La gestación por sustitución provoca vulneraciones a los derechos de las mujeres gestantes y niños ya que se avalaría la mercantilización de su cuerpo y se cosifica al niño que pasa a ser objeto de negocios privados. Por todo ello cualquier acto jurídico de éste tipo es nulo por tener objeto ilícito (Zannoni, 1978).

Aquí se encuentran las posiciones socialdemócratas o cercanas a ellas, en particular con un fuerte acento proveniente del feminismo, donde se privilegia la igualdad social como horizonte que guía el accionar político institucional del Estado. Igualdad entendida socialmente como distribución más o menos equivalente del poder o al menos en términos aceptables, de modo que no exista explotación de unos sobre otros. Como tal situación es imposible dentro de un marco de libertad absoluta, el Estado es el responsable de asegurar parámetros mínimos de regulación en base a sus instituciones. En general se piensa en políticas públicas de carácter universal. Se oponen absolutamente a la mercantilización liberal y al tradicionalismo o corporativismo conservador (Caminal Badia, 2005). Coinciden con las posturas en contra de la Gestación por sustitución.

Entiende que puede llegar a haber casos en donde parecería justo permitir esta TRHA como plantea la posición altruista pero sería imposible garantizar que no haya explotación ya que tal condición excede el marco legislativo. Es decir que, en ocasiones

podría haber casos atendibles, pero en los hechos estaríamos garantizando que muchas mujeres caigan en la explotación, porque lo que parece una cosa a priori, a posteriori puede ser otra y no hay remedio legal posible que garantice su detección y sanción. Por ello devienen necesaria la prohibición. Además es altamente probable, como ha ocurrido, que una vez que se acepta la gestación por sustitución altruista se avanza sobre la comercial, como primer paso de un proceso que necesita ser progresivo para convencer a las mayorías de su conveniencia y ganar legitimidad. En este sentido es necesario recordar que la democracia no puede ser la dictadura de la mayoría y es el Estado el máximo garante de los derechos de las minorías vulnerables que de otro modo difícilmente puedan defenderlos por sí misma. Es decir que aunque hubiere una mayoría que proclame la aceptación de la gestación por sustitución es un deber del estado bregar por el derecho de las minorías afectadas a no ser vulneradas en sus derechos.

La dignidad es una característica intrínseca del ser humano. No todo lo técnicamente posible puede ser moralmente admisible.

En el caso altruista las relaciones familiares resultantes pueden ser complejas ya que una misma persona puede ser hermana, tía y madre gestante a la vez, o abuela y madre del niño, en fin, distintas superposiciones familiares que dan como resultado un panorama familiar extraño.

Además es muy difícil detectar si hay o no retribución por el servicio prestado, se entra en un escenario confuso, dudoso, donde la realidad supera por su complejidad las posibilidades de control legal e institucional.

También dentro de la posición altruista se cae en una lógica de sacralización de la familia. Es decir que la familia no es naturalmente “buena”, comúnmente es el mejor lugar del mundo para un sujeto, pero también puede ser un infierno, un lugar donde ocurran gravísimas vulneraciones de derechos y por lo tanto la relación familiar que se exige entre gestante y solicitante es por el imaginario de “familia feliz” que se imagina el legislador al proponerla, descuidando aquellos supuestos en que no los son y que pueden esconder finalidades perversas (Informe del Comité de Bioética de España, 2017).

Dentro de un posible contrato comercial encontramos los intereses de ambas partes en claro enfrentamiento: por un lado los comitentes están interesados en que el niño nazca sano, por ello deciden todo lo atinente a él como la forma de parto, ocultando

la posición de la mujer gestante. Y por otro lado la gestante interesa reducir al máximo las implicancias emocionales, el cuidado de su salud y el máximo rendimiento económico posible. Avalar un contrato de éste tipo no hace más que legalizar la desigualdad social. Aquí el imaginario social es determinante. Es llamativo como quienes se encuentran a favor de esta práctica se identifican socialmente con el sector que encaja en el tipo de persona solicitante y para quien va pensado el instituto, sin reparar en los derechos de las personas gestantes donde parece reducirse todo al pago del servicio como modo de sortear posibles reproches. En el primer caso lo importante es lo emocional (poder llegar a ser padres) en el segundo es lo económico (retribución por gestar). Podríamos decir que quien tiene el dinero puede satisfacer su deseo emocional y quien necesita el dinero puede resignar sus emociones y deseos, prestando su cuerpo para conseguirlo.

Cuando se plantean este tipo de actividades como posibles salidas laborales o actividades económicas, como también sucede con la prostitución, lo que hacemos es determinar a muchas mujeres por lo general de los estratos sociales más vulnerables, a sumergirse en ámbitos donde se ven vulnerados sus derechos (Puleo, 2017).

Por ello es de aplicación el principio protectorio según el cual ante la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave a la salud de las personas, determina la cesación o prohibición de la actividad. Particularmente aquí se consagra entonces una falsa neutralidad sexual que permite la feminización de los contratos como ocurre por ejemplo con la brecha salarial, el acoso laboral o el trabajo doméstico, lo que demuestra que la mujer no ingresa al mercado del trabajo como individuo asexuado sino específicamente como mujer quedando invisibilizada por el derecho pero con efectos sociales concretos.

Tomando como base los derechos humanos y previendo la necesidad de establecer todas las restricciones necesarias a las conductas humanas en pos de la irrestricta garantía de cumplimiento de aquellos es que se manifiestan por la prohibición de la gestación por sustitución.

Esto acarrea la nulidad de cualquier contrato de gestación por sustitución y se plantea la posibilidad de penalizar ciertas prácticas tendientes a la realización de hechos que favorecen esta TRHA de forma informal tratando de burlar la ley (Informe del Comité de Bioética de España, 2017).

2.4. Conclusiones parciales

En primer lugar diremos que este apartado es de vital importancia a la hora de argumentar una decisión respecto de la toma de decisiones sobre la regulación o prohibición. Debe haber una coherencia lógica entre el argumento filosófico y la decisión técnica-legislativa.

En segundo lugar hay una toma de posición sobre la mercantilización del sujeto. Si aceptamos la posición amplia, entonces avalamos la idea de que los derechos y por lo tanto el sujeto tiene en sí mismo valor comercial, es decir, puede estar en el comercio con las garantías de la libertad personal en base a la autonomía de la voluntad, resguardando jurídicamente cualquier violación de derechos.

Si no aceptamos esta cuestión, si creemos que hay límites a la mercantilización, es decir que hay cosas que se encuentran fuera del comercio, como el cuerpo humano, entonces debemos aceptar la posición moderada o negatoria. Aquí hay dos grandes tópicos que se oponen y sobre los que se juega la elección entre uno y otro modelo legislativo: o prevalece el derecho a la procreación y aceptamos la postura moderada, o prevalece los derechos humanos de la mujer gestante y el niño y proponemos la negatoria. En el primer caso corremos riesgos de que se genere un doble estándar social, se vulneren derechos humanos y se agrave la desigualdad social y en el segundo se produce una limitación al derecho de procrear y formar una familia.

Entendemos que se produce una similitud con otras situaciones donde el derecho o más bien los operadores políticos y jurídicos deben tomar posturas parecidas. Y esto resulta interesante ya que, en pos de conseguir coherencia en el planteo teórico, muchas veces quienes se manifiestan a favor de una postura en un determinado tema, en otro optan por una lógica completamente opuesta como si analizaran dos sociedades diferentes cuando en realidad es la misma. Creemos que lo hacen por el imaginario social que recae sobre los sujetos que intervienen en esas relaciones sociales. Entonces pues los

argumentos en su última instancia responden a ese imaginario, de conveniencia o no para determinados sujetos, y no a una concepción política, social, filosófica o jurídica.

Podemos considerar para establecer un paralelismo, lo que sucede en la prostitución: Si aceptamos la postura amplia, de corte liberal, estaríamos a favor de su regulación ya que es una actividad que se da en marco de la autonomía de la voluntad y libertades personales. Si aceptamos las otras, la negaríamos por conllevar graves vulneraciones de derechos hacia las personas que la ejercen generando tremendas desigualdades sociales, visión socialdemócrata, o por considerarla absolutamente inmoral y contraria a las buenas costumbres, visión conservadora.

También podemos comparar lo que sucede con el aborto: En este caso se invierten las afinidades entre los grupos ideológicos, mientras que en la gestación por sustitución tiene más puntos en común la visión conservadora y socialdemócrata, aquí ésta última tiene más cercanía con la liberal al considerar favorable a la legalización, no solo por el respeto al derecho de decidir sobre su cuerpo y su vida respecto de la mujer ,argumento liberal, sino también por la desigualdad social que genera la despenalización entre hombres y mujeres por un lado y entre mujeres de clases sociales acomodadas y aquellas que sufren vulneraciones de derecho por otro. La postura conservadora propone la penalización por considerar contraria a la defensa de la vida, la familia y la religión.

Como vemos la postura ideológica, filosófica condiciona las propuestas de políticas concretas sobre las distintas problemáticas sociales y no siempre existen las mismas afinidades entre diferentes grupos de pensamiento.

CAPITULO III

“UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS”

3.1. Palabras preliminares.

En el presente capítulo trabajaremos el marco filosófico-jurídico respecto de la gestación por sustitución, insertándola en el marco de la cultura jurídica de los derechos humanos. Aclaremos que el presente tema podría haber sido incluido en el capítulo 2, ya que se encuentra dentro la relación ente el pensamiento ideológico, de orden abstracto y la política pública, de orden instrumental. Pese a ello preferimos dedicarle un apartado especial debido al peso específico, jurídico, que tiene en relación a la problemática en estudio y que lo coloca en un lugar de suma relevancia para el presente trabajo.

Para ello abordaremos algunos conceptos generales sobre derechos humanos y expondremos aquellos derechos en particular que se encuentran particularmente afectados por la gestación por sustitución y que son aquellos sobre los que se genera cierta controversia y que necesariamente plantean una toma de posición respecto de aquella.

3.2 Evolución Histórica

En primer lugar nos gustaría establecer un marco histórico sobre la evolución y significancia de los derechos humanos.

La creciente preocupación por los Derechos Humanos que se dio en los últimos tiempos a escala mundial, a partir de la finalización de la segunda guerra mundial y la creación de las Naciones Unidas, en América Latina toma mucha fuerza a partir de los años setenta en adelante y tal avance responde a tres factores fundamentales.

El primero de ellos es la instauración en el continente de procesos autocráticos, bajo el sistema de dictaduras militares extremadamente violentas, que provocaron graves violaciones a los derechos humanos como nunca antes se había vivenciado. Imperó una lógica de amigo-enemigo, donde el gobierno debía conducir a los “amigos” hacia una “victoria” hacia los “enemigos” lo que llevó entre otras aberraciones a la eliminación física de dirigentes políticos y sociales, militantes y personas consideradas sospechosas o peligrosas por pertenecer al bando “enemigo”. Tales situaciones hicieron resignificar el valor de los Derechos Humanos que se presentan como salida de la barbarie producida por la dictadura y como garantía de no volver a caer en la tentación de propiciar

gobiernos de ese tipo. También sirvió para juzgar a los culpables por tales violaciones de derechos.

La segunda tiene que ver con el fracaso del Comunismo, o socialismo real, con el cuestionamiento de su práctica y teoría política por parte de sectores progresistas que otrora se habían inclinado por el apoyo al régimen soviético. Aquel sistema que se veía como superador del capitalismo y por medio del cual entendían que se postulaba a los derechos humanos como intento de homogeneización social occidental y capitalista de origen burgués se derrumbó simbólica y materialmente.

Y la tercera cuestión es el advenimiento de la democracia y la confianza que depositaron en ella los distintos sectores de la clase política, y la sociedad en su conjunto, como piso, como valor mínimo en el aspecto moral, cultural, ético y político, que garantiza la paz social y la seguridad ciudadana. Surgió un nuevo pacto social. Aquí los derechos humanos juegan un papel fundamental y la democracia es vista como sistema que garantiza estándares mínimos de aquellos con base en la dignidad humana, saliendo de la lógica amigo-enemigo y de la pertenencia al proyecto burgués para transformarse un proyecto social de todos y para todos (Salvat, 2005).

3.3. Conceptos generales

3.3.1 Dignidad

Como eje central o vertebrador, para el estudio de los derechos humanos, se encuentra la dignidad humana, en este sentido, derechos humanos son aquellos derechos que poseen las personas, individuales y colectivos, en virtud de su dignidad humana. Se encuentran amparados en las Constituciones y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Según Kant (1724-1804) “la dignidad es algo que se ubica por encima de todo precio, y por lo tanto, no admite nada equivalente”. Mientras las cosas tienen precio, la persona tiene dignidad. La dignidad es entonces un valor absoluto y es contraria a cualquier relación costo-beneficio.

Hay quienes sostienen una noción restrictiva de la dignidad, asemejándola a la autonomía de la persona, como Ruth Macklin que sostiene que dignidad es un concepto

inútil ya que el contenido de ella se encuentra en la autonomía personal, el principio ético de respeto a las personas, el consentimiento informado, en la no discriminación, etc. Es decir no agrega nada en concreto (Macklin, 2003, citado por Andorno, 2014)

Creemos que es correcto adoptar una noción amplia de dignidad. La dignidad es diferente a la autonomía ya que la autonomía es exigida en el marco del respeto a la dignidad. Podemos pensar que hay personas que no tiene autonomía y no por ello no van a tener dignidad, como los bebés o personas con ciertas discapacidades donde muy por el contrario el Estado debe ser más cuidadoso en la protección de la dignidad de tales sujetos. Por otro lado nos encontramos con personas que en el ejercicio de su autonomía personal toman decisiones que afectan la dignidad de otras o incluso las propias, ¿puede una persona elegir libremente ser esclavo? ¿Puede una persona autónomamente vender y otra comprar un órgano? Estas acciones no pueden llevarse a cabo ya que contrarían el orden público que actúa como límite a la autonomía personal. Adoptamos la frase de Andorno R. según la cual “es la dignidad humana la que fija el marco en el que las decisiones autónomas gozan de legitimidad” (Andorno, 2011, p 2).

Retomando a Kant, decimos que, entonces, la persona es siempre un fin en sí misma y jamás puede ser un medio para la satisfacción de intereses ajenos. Es el principio de no instrumentalización de la persona humana. Por ejemplo no someter a una persona a la experimentación científica. Se ha transformado la dignidad en el argumento central para la prevención de los abusos provenientes del uso de la biotecnología en forma desmedida en el ser humano.

3.3.2 Obligación de los estados

Los derechos humanos, son derechos que establecen una relación entre los individuos y el poder público, es por ello que el Estado tiene deberes de respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos, obligado jurídicamente a ello a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que en el caso de la Argentina se encuentran conjuntamente con la Constitución Nacional en la cúspide del sistema jurídico¹².

Entonces se trata de la afirmación de la dignidad de la persona humana frente al poder público. Esto quiere decir que no cualquier afectación de derechos fundamentales

¹² CN Art 75inc 22.

configura una violación de los derechos humanos, debe intervenir el poder público. Un homicidio en ocasión de un robo priva del derecho a la vida a una persona pero no se considera violatorio de los derechos humanos ya que se comete entre particulares.

El deber de respeto consiste en abstenerse de cualquier acto o interferencia que pueda menoscabar los derechos humanos.

El deber de protección se refiere a la obligación de actuar en defensa de cualquier abuso que se produzca contra personas o grupos de personas y que sean violatorios de los derechos humanos.

El deber de satisfacción consiste en la adopción de las medidas necesarias para garantizar a los sujetos el pleno goce de los derechos humanos.

Por ello existe una tutela jurídica de los derechos humanos, existen mecanismos procesales tendientes a reclamo judicial en donde el sujeto puede demandar al Estado y exigir reparaciones ante violaciones de tales derechos. Lo que los diferencia de los valores éticos o morales (Nikken, 1997).

3.3.3 Principios fundamentales

Podemos mencionar algunos principios fundamentales que rigen la lógica de los derechos humanos y guían el análisis y la aplicación de los mismos:

Son universales, esto hace referencia a la dignidad de la persona, por lo tanto son derechos inherentes a esta por el solo hecho de ser persona, sin importar las nacionalidad, etnia, cultura, religión, sexo, etc., a la que pertenezca. Artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹³.

Son inalienables, esto es que ninguna persona puede ser despojada de estos derechos, porque no dependen del reconocimiento por el Estado, sino por su condición de persona humana.

Son indivisibles e interdependientes, es decir que cada uno de los derechos humanos está unido a los otros y dependen los unos de los otros. No se los puede analizar o tratar por separados sino en su conjunto. La violación de uno afecta necesariamente a

¹³ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. 1948.

los otros. No se puede garantizar el derecho a la educación a un niño que no come. (Nowak, 2005).

Son irreversibles, quiere decir que una vez reconocido un derecho queda irrevocablemente incluido o integrado a la nómina de derechos humanos. El Estado debe tender siempre hacia la ampliación de derechos.

Son progresivos, es decir, que la protección hacia la persona humana se extiende constantemente. Por ello la enumeración de derechos que hacen los textos constitucionales no son taxativos sino enunciativos ya que lo importante no es el reconocimiento que hace el Estado sino la afectación de la dignidad humana y por ello deben ser respetados y protegidos. De la otra cara de la moneda señalamos que además, el hecho de que no figure expresamente en el texto constitucional no configura en sí mismo un menoscabo.

Por otra parte y con el objetivo de facilitar el estudio y tratamiento que haremos en el presente trabajo expondremos la famosa clasificación de los derechos humanos en Derechos de primera, segunda y tercera generación.

Los derechos de primera generación corresponden con los llamados derechos civiles y políticos que surgieron a partir de las revoluciones burguesas y el advenimiento del Estado de derecho o Estado constitucional por medio del cual se reconocen los derechos individuales del ciudadano: derecho a la libertad, propiedad, garantías penales, etc. Imponen al Estado la necesidad de establecer un sistema jurídico adecuado, disponer el acceso a la justicia, sancionar violaciones de derechos, aplicar políticas preventivas, repara los daños causados. A nivel internacional se encuentran regulados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁴

Los derechos de segunda generación son los llamados derechos económicos, sociales y culturales surgidos después de la “cuestión social” y con el advenimiento del Estado social de Derecho, tendientes a combatir las desigualdades propias del sistema capitalista y habilitando para ello la intervención del estado en la economía: derecho del trabajo, la seguridad social, etc. Son más difusos en relación a las obligaciones del Estado, requieren de la construcción de un orden social justo, equitativo y solidario que

¹⁴ Ley 23313 Apruébese los pactos Internacionales de Derechos económicos sociales y culturales y civiles y políticos y su protocolo facultativo.1986.

se corresponde más con los órganos políticos que los judiciales. Receptados a nivel internacional en el Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales.

Los derechos de tercera generación son los derechos colectivos de la humanidad que afectan a todos y que se hicieron necesarios a partir del avance de la tecnología por su capacidad de daño en grandes magnitudes. Son los derechos ambientales, la paz social etc. Imponen al Estado políticas de satisfacción como la seguridad con el objeto de lograr la paz social y políticas negativas, de abstención, como por ejemplo el principio de no contaminación. Muy relacionado a la actuación de la Administración Pública.

3.3.4 La supranacionalidad

Otro concepto importante a destacar es la supranacionalidad ya que tal condicionamiento transformó el paradigma de soberanía clásica e impuso la necesidad a los Estados de reconocer un orden jurídico superior del cual no posee el control político ni jurídico y por lo tanto significa una cesión de poder importante que no resulto tan sencillo de aplicar, hasta tanto no se impuso como solución para evitar los grandes desastres humanitarios a los que se expuso la humanidad en el siglo XX.

El orden jurídico internacional obliga al Estado y establece garantías al sujeto en referencia al orden político interno. Este tuvo gran influencia en la cultura jurídica de los diferentes países. Sin esta característica es imposible plantear la idea de universalidad ya que quedarían los derechos humanos a merced de las decisiones políticas de los Estados. Por su puesto que en la realidad siguen existiendo graves violaciones a los derechos humanos y no todos los Estados y regímenes políticos son igualmente respetuosos de aquellos. Pero ahora, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la existencia de las instancias supranacionales, pasa a ser un problema internacional, de todos y por ello se toman medidas y se condenan ciertas prácticas de ciertos estados consideradas violatorias de derechos humanos. Antes era problema de cada Estado. Además son los tratados internacionales los que obligan a los Estados firmantes (Nowak, 2005).

3.3.5 Limites a los derechos humanos

Por último trataremos las limitaciones a los derechos humanos. Tenemos así:

Limitaciones ordinarias: Como dice el artículo 14 de la Constitución Nacional,¹⁵ los derechos son relativos y se ejercen de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio. Es decir que los derechos pueden tener limitaciones. Las limitaciones tienen como fundamento el orden público y el bienestar general. La CIDH definió el orden público como “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”. Pese a ello, los límites deben ser razonables, no pueden desnaturalizar ni suprimir el derecho en cuestión, ni afectar su contenido esencial.

Tales limitaciones, en democracia, solo pueden provenir de la ley, no del poder ejecutivo, artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶.

Y también tenemos como limitación los estados de excepción. Aquí se suspenden las garantías debido una emergencia que pone en peligro la independencia o seguridad del Estado. Se da por un tiempo determinado y se pueden modificar pero no suprimir los límites legales de la actuación del Estado. Deben ser proporcionales y de acuerdo a la necesidad planteada (Nikken, 1997).

3.4. Los derechos en particular

Abordaremos los derechos en particular teniendo como punto de partida para el análisis de cada uno, del conjunto de derechos humanos y de la relación de estos con todo el orden jurídico, centrándonos en dos aspectos.

Por un lado la necesidad de un enfoque a partir de la teoría borrosa del derecho. Es un enfoque que se basa en la idea que el derecho no se mueve dentro de una lógica bivalente, de blanco o negro, sino que su lógica es cuestión de grados, de grises. Por lo tanto el orden jurídico está constituido por un conjunto de reglas y principios borrosos (Bastida, 1998).

¹⁵ CN Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

¹⁶ LEY N° 23.054.1984

Esto tiene como consecuencia que ante un hecho, o una interpretación sobre un hecho o sobre el derecho, entrará en aplicación aquella regla o principio que más afinidad tenga con aquella interpretación y en el grado adecuado. Es decir que ante un hecho se activan muchas normas y principios pero no todas en el mismo grado. Salimos de la lógica binaria, donde las normas son válidas o no válidas, para sumergirnos en una borrosa, de una lógica polivalente, de escala de grises, capaz de dar respuestas a una realidad heterogénea y llena de matices.

Así, cuando analizamos los derechos humanos en particular que entran en juego y que dentro de una lógica binaria colisionan de manera que el intérprete debe elegir unos por sobre otros, desde la lógica borrosa diremos que entran todos en juego, en plena vigencia del principio de interdependencia de los derechos humanos, solo que con diferentes grados cada uno de ellos, de acuerdo a las necesidades de la problemática que se plantee para el análisis.

Por otro lado, como se adelantó en la introducción nos paramos sobre lo que llamamos Cultura de los Derechos Humanos, como una cultura jurídica surgida a partir del auge del sistema internacional de los Derecho Humanos y que vino a reforzar las posturas iusnaturalistas, por oposición a la llamada Cultura de la Legalidad (Ibarra Arellano, 2016).

Siguiendo a Ibarra Arellano (2016), la cultura de la legalidad, de fuerte impronta positivista, está basada en tres elementos fundamentales: 1) el ideal de imperio de la ley, 2) el concepto de soberanía y 3) el valor de la seguridad jurídica. Ello daba lugar a un orden jurídico sistemático, codificado y técnico que da lugar a un discurso cientificista. Este fue el ideal del Estado Liberal surgido de las revoluciones Burguesas, donde la ley es la máxima potencia creadora del derecho e incondicional en tanto es soberana. La seguridad jurídica como valor instrumental le da coherencia al sistema jurídico y certeza a los operadores del derecho y a sus destinatarios, es decir que existe correlación entre ley y sus consecuencias jurídicas concretas. Conforman un sistema lineal, cerrado y completo.

En cambio la cultura jurídica de los derechos humanos se basa en los siguientes elementos centrales opuestos a los de la cultura de la legalidad: 1) la expansión de la fuerza normativa de la constitución y los principios jurídicos, 2) la supranacionalidad y 3) el reconocimiento de la dignidad humana. Esta corriente tiene una marcada influencia de

autores como Dworkin y Alexy. El imperio de la Constitución supera el imperio de la ley y habilita la aplicación de principios jurídicos que resultan de vital importancia para la toma de decisiones en los casos difíciles. Este paradigma limita el poder de los legisladores ya que se encuentran sujetos a un orden superior, el orden jurídico internacional. Debilita el concepto absoluto de soberanía del Estado y pone el centro en la dignidad del sujeto frente al Estado. Es decir que el Estado no puede válidamente amparar derechos que violen otros, y debe considerar como perteneciente a su ordenamiento jurídico todo derecho que incumba a la dignidad humana esté o no enumerado normativamente.

A continuación vamos a analizar los derechos humanos en particular que se ven afectados por la gestación por subrogación.

3.4.1 Derecho a la salud

Como en el capítulo 1 hicimos referencia al derecho a la salud en el orden individual aquí trataremos como derecho social y político, entendiendo el presente apartado como complemento de aquel.

El derecho a la salud se encuentra regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que en su artículo 25 dice

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia sanitaria y los servicios sociales necesarios, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad¹⁷

Si analizamos la norma vemos que, ya desde hace mucho tiempo, se dejó de considerar a la salud como una simple ausencia de enfermedad, y se tienen en cuenta factores sociales, políticos y económicos como factores que forman parte de un concepto amplio y abarcativo de salud. La OMS lo define como un estado de completo bienestar

¹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos.1948.

físico, mental y social, adhiriendo a la visión físico-psico-social de salud. El artículo mismo deja claro la interdependencia con otros derechos sociales.

En este sentido se entiende que los factores socioeconómicos que provocan desigualdades sociales afectan gravemente o son determinantes del estado de salud de una persona y por lo tanto afectan su derecho humano a la salud.

Para describir mejor este escenario planteamos la noción de “iceberg de la enfermedad” (Prosalus y Cruz Roja Española, 2014), donde la enfermedad es la parte visible, pequeña, del problema de salud de una persona, pero que además existe por debajo, invisibilizada, un enorme conjunto de problemáticas físicas y sociales que son parte del estado de salud y que si no se tienen en cuenta resulta un abordaje deficiente.

Un tema interesante en este punto resultan las recomendaciones médicas sobre los estilos de vida. En ocasiones se recomienda como “receta” un cambio en el estilo de vida como salir a correr, hacer ejercicio, no comer harinas, dormir 8 horas, entre otras, a personas que se encuentran lejos del imaginario que tiene en mente el médico en el momento de la recomendación. Con ello se resalta el carácter culpabilizador de la víctima con el que el sistema social trata a las personas en relación al derecho a la salud. Según este tipo de discursos, es la persona la culpable de su mal estado de salud y la única responsable de cambiar las condiciones que la llevaron a tal situación, desconociendo o invisibilizando la trama social y política que se esconde detrás del derecho humano a la salud. Quien está vulnerado en sus derechos, es productor de mala salud, no va a tener un estilo de vida saludable mientras no resuelva primero las vulneraciones a sus derechos fundamentales.

Como vemos la salud debe comprenderse desde un ámbito político-social donde el Estado debe tener un rol activo fundamental y donde se deben tener en cuenta a la hora de analizar la salud como derecho humano, no solo las cuestiones biológicas y personales del sujeto sino el entramado sociopolítico que influye en ella y la determina.

Nos encontramos en los llamados derechos de segunda generación o derechos económicos y sociales. Ante estos derechos el Estado tiene el deber de protegerlos y garantizarlos. Para ello cuenta, entre otras, con la herramienta de la salud pública que, es “aquella disciplina académica y tradición profesional que tiene por objetivo conseguir el máximo de salud posible para el máximo número de personas mediante la aplicación del

conocimiento científico en cada contexto político, social e histórico ” (Benach, 2014). Es decir que para garantizar el derecho humano a la salud el Estado debe poner en marcha planes y proyectos de políticas públicas, en especial de salud pública que garantice determinados estándares sociales aceptables de salud a las personas. O sea que el derecho a la salud no se garantiza yendo al médico a curar una enfermedad solamente, sino que implica un entramado político-institucional muy complejo.

Gran importancia cobra el sistema de salud pública ya que funciona de manera inversa a la lógica del mercado, donde actúa el sistema privado de salud y tiene por lógica el rendimiento del capital. Donde juega la lógica del dinero, la salud se circunscribe a la lógica del derecho a poseer (salud), esto es que el acceso a ella la tendrá quien pueda pagarla, y por lo tanto solo ese podrá satisfacer su derecho humano. La dignidad humana quedaría vedada para aquel que no tiene dinero, o bien, a más dinero, más dignidad, más respeto y reconocimiento de derechos. Por oposición a ello el Estado construye un sistema público con base en la dignidad humana que tiene por finalidad la emancipación de sujeto por su dignidad y no por su dinero (Curreo Lugo, 2005).

3.4.2 Derechos reproductivos

Para introducirnos al complejo ámbito de los derechos reproductivos citaremos el programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo del año 1994¹⁸ que define los derechos reproductivos en los apartados 7.2 y 7.3:

7.2 La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a

¹⁸ Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. El Cairo. 1994. Recuperado el 13 de junio de 2018 de <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>

otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

7.3 Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida

la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable. La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. En la mayoría de los países, los adolescentes son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes. Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada.

En primer lugar estudiamos los derechos reproductivos como parte del derecho a la salud. En segundo lugar volvemos a remarcar la trascendencia que tiene para el pleno goce de tales derechos las condiciones políticas, sociales y económicas de las personas, lo que conduce a tenerlas en cuenta a la hora de analizar las decisiones que toma el sujeto respecto de estos derechos en relación el grado de libertad y autonomía con los condicionamientos sociales.

Dentro de los condicionamientos sociales ubicamos a las desigualdades en relación al género. En especial las concepciones sobre la mujer y la familia analizadas en el primer capítulo del presente trabajo, referente al ser menos, a los disvalores respecto de lo femenino, que han influido negativamente sobre la mujer, condicionando el ejercicio de sus derechos reproductivos. Según diferentes estudios sobre la problemática de las mujeres, la mala salud sexual y reproductiva afecta al 20% de las mujeres y al 14 % de los hombres a escala mundial, además se estiman que mueren 529.000 mujeres al año por

causas relacionadas al embarazo. Además, según UNIFEM, FNUAP, CEPAL Y OMS, los problemas relacionados con la salud sexual y reproductiva constituyen la principal causa de muerte de las mujeres en todo el mundo. (Facio, 2008).

Asimismo la 4° Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijín¹⁹ en su apartado 96 dice “Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeto a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias ente la mujer y el hombre respecto de la integridad de la persona exigen el respeto de las consecuencias del comportamiento sexual”.

Derechos que se encuentran directamente afectados por los derechos reproductivos: Por razones de extensión solo los mencionaremos sin ahondar en su desarrollo: Derecho a la vida; Derecho a la salud; Derecho a la libertad, seguridad e integridad personal; Derecho a decidir el número e intervalo de hijos; Derecho a la intimidad; Derecho a la igualdad y no discriminación; Derecho al matrimonio y a fundar una familia; Derecho al empleo y la seguridad social; Derecho a la educación; Derecho a la información; Derecho a modificar costumbres discriminatorias contra la mujer; Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación (Facio, 2008).

Asimismo la Convención de Belem do Pará²⁰ pronuncia que la violencia se manifiesta a través de las relaciones desiguales de poder y esa desigualdad configura una violación de los derechos humanos de las mujeres.

3.4.3 Derecho de procrear

Como perteneciente a los derechos reproductivos encontramos el derecho a procrear que es el derecho a tener un hijo, o ser padres, y formar una familia y contiene como núcleo esencial la libertad procreativa, que es la elección libre del acto de procrear,

¹⁹ 4° Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijín.1995. Recuperado el 14 de junio de 2018 de <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

²⁰ Ley 24.632. Apruébase la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". 1996

por los medios que la persona tenga a su alcance ya sean los biológicos o los otorgados por las técnicas de reproducción humana asistida.

Nos encontramos ante un derecho que no está específicamente legislado pero se infiere de los derechos reproductivos en particular y de los derechos humanos en general, por la importancia que tiene la maternidad y la paternidad para el ser humano y el peso social que tiene la familia, y por lo tanto los diferentes ordenamientos jurídicos los protegen (Igareda González, 2011).

Respecto a la titularidad del derecho a procrear, si bien es inherente a la persona humana, existe una diferencia notable en el goce del mismo entre hombres y mujeres debido a la función que cumple cada uno en la procreación. Por un lado hay quienes sostienen que si la mujer puede ser inseminada para satisfacer su derecho, de la misma forma el hombre tiene derecho al acceso a un vientre para la satisfacción de su derecho de la misma manera que la mujer (igualdad de trato y no discriminación). Sobre todo se plantea en parejas de personas homosexuales hombres o de hombres sin pareja. También es necesario hacer hincapié en que el peso cultural que tiene la mujer de ser madre no es el mismo que el hombre de ser padre (Santander, 2012).

Este apartado cobra importancia suprema debido a que la gestación por sustitución se implementa como procedimiento tendiente a garantizar el pleno goce del derecho de procreación, como parte integrante de los derechos sexuales y reproductivos y a su vez integrantes del derecho humano a la salud.

Lo que está en discusión de las diferentes posturas ideológicas son los límites del derecho a procrear dada la interdependencia que tiene con el derecho a la vida, la libertad, a la salud, la integridad física y la decisión sobre el propio cuerpo de las terceras personas que necesariamente intervienen en el acto de procrear para garantizar el derecho del titular del mismo (Chiapero, 2012).

En este caso particular se ven involucrados los derechos de la mujer en tanto no caer en la cosificación de su cuerpo y de sufrir vulneraciones al derecho a la salud, y sus derechos reproductivos, y en cuanto al niño, no caer en la cosificación en tanto objeto que queda a merced de relaciones jurídicas y comerciales que se desarrollan en interés de otras personas.

3.4.4 Interés superior del niño

Según la convención sobre los Derechos del niño, aprobada en 1990 en Argentina en el artículo 3° enuncia “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”²¹

En ese marco general hay una cuestión sobre la que se impone tomar una posición. Esta posición versa sobre la relación entre gestación y maternidad. Si entendemos que el vínculo entre ambas es condición necesaria para garantizar la dignidad del niño, teniendo en cuenta que el proceso gestacional tiene implicancias subjetivas en la relación madre-hijo y no es solo un pasaje de tiempo dentro de un espacio neutro, sin efectos y tiene implicancias en el desarrollo del sujeto, entonces no podemos pensar en la gestación por sustitución como procedimiento válido. En cambio si pensamos que es una cuestión meramente técnica dado el avance de la tecnología y que lo fundamental es la voluntad procreacional sin necesidad de vínculo con la gestación entonces no tendremos problemas en aceptarla.

Además de aquello, se corre riesgo de caer en el tráfico de niños, como indica el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños²² lo que implica una posible violación grave de sus derechos humanos. Sobre todo porque dejando al arbitrio de los particulares la regulación de estas prácticas el Estado pierde el control sobre estas situaciones en lo cotidiano, es decir que más allá de la sanción de una ley y de procedimientos administrativos e instituciones y profesionales que intervengan, existe una dinámica social que actúa fuera de los alcances estatales y es ahí donde se producen este tipo de violaciones a los derechos sin que el Estado intervenga. ¿cómo garantizamos que no hubo pago de dinero? ¿cómo comprobamos la voluntad procreacional y no una finalidad mafiosa?

²¹ Ley N° 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño. 1990

²² Ley 25.763. Apruébase el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. 2003.

Por ello el Comité de los Derechos del Niño recomienda tipificar como delito cualquier acción de tráfico de niños con objeto de adopción directa o maternidad subrogada. Y por último aparece el tema de la cosificación del niño producto de ser objeto de un contrato. Aquí la cuestión es si el contrato es sobre el servicio de gestar un niño, que se considera que es de los comitentes desde un comienzo, entonces no habría violación de derechos. Tesis difícil de sostener ya que pese a primar la voluntad procreacional es difícil entender que entre la madre gestante y el niño no existe relación alguna, más cuando la decisión se toma antes de que ocurra la gestación. Además es muy raro pensar que la prestación de un servicio puede consistir en una actividad que compromete a ese punto la subjetividad de una mujer, por nueve meses las veinticuatro horas del día, y no considerar que se vea afectada su dignidad.

O de otro modo, el contrato es sobre el niño y se considera que la madre lo entrega al nacer renunciando a sus derechos de madre, consumándose indiscutiblemente un caso de tráfico de niños, produciéndose la violación manifiesta de sus derechos (Informe del Comité de Bioética de España, 2017).

Otra cuestión es analizar si no se cae en la cosificación cuando dejamos al niño a merced del deseo de los padres basado en la voluntad procreacional. Ese deseo puede ser legítimo pero no por eso asegura que va a ser duradero y por lo tanto dar garantías a ese niño. ¿Qué pasa si los comitentes se arrepienten antes de los 9 meses? ¿se lo debe quedar la madre gestante aunque no tenga voluntad procreacional ya que ella solo prestaba el útero? ¿se lo deben quedar los comitentes aunque ya no tengan la voluntad procreacional? En este caso habría un niño que nace sin una voluntad procreacional ya que la madre biológica renunció a ella antes de la concepción y los padres comitentes renunciaron con posterioridad. El pensamiento mágico que rodea este tipo de proyectos sobre temas tan sensibles le hacen creer a las personas que estas alternativas nunca ocurrirán, que son producto de la mente retorcida de quien las elabora, pero la realidad termina superando la ficción y luego en la práctica se terminan violando derechos debido a la cantidad de situaciones “raras” que se presentan y que no habían sido imaginadas por el legislador. Cada caso es particular y atiende a la complejidad social y cultural de cada sociedad y de cada sujeto, y el “caso ideal” planteado por los ideólogos de este tipo de proyectos no se presenta nunca en la realidad.

3.4.5 Derecho a la identidad

Es este un derecho fundamental de las personas. Podemos advertir que se solía distinguir dos facetas de la identidad, una estática, en la que incluían el nombre, la nacionalidad, el emplazamiento familiar y los datos genéticos, y en la esfera dinámica se incorporaban las cuestiones sociales, culturales. Sin embargo actualmente se considera que atributos tales como el género y el nombre son dinámicos así como también la verdad biológica

El acceso a la verdad genética se ha transformado en un elemento primordial para la construcción de la propia identidad del sujeto, en tanto impacta en su historicidad y, en determinados contextos, puede devenir en un emplazamiento filiatorio que modificará su entorno. Por lo tanto, el derecho a la identidad debe ser analizado desde dos facetas diferentes a las ya concebidas por la doctrina clásica: una de orden interno, que refiere a los procesos de autoconstrucción de la identidad, y otra externa, que remite a los procesos sociales de construcción. (Observatorio de Derechos Humanos. H Senado de la Nación, 2016).

El derecho a la identidad en su faz instrumental puede observarse en la Declaración Universal de los derechos del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Asimismo la Convención sobre los Derechos del Niño en los artículos 7° y 8° establece:

Artículo 7º: 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8º: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La ley 26061 de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes²³ postula lo siguiente respecto del derecho a la identidad de estos:

Artículo 11. DERECHO A LA IDENTIDAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su

²³ Ley 26061. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. 2005.

familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Artículo 12. GARANTIA ESTATAL DE IDENTIFICACION. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DEL ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre, conforme al procedimiento previsto en la Ley N° 24.540. Ante la falta de documento que acredite la identidad de la madre o del padre, los Organismos del Estado deberán arbitrar los medios necesarios para la obtención de la identificación obligatoria consignada en el párrafo anterior, circunstancia que deberá ser tenida especialmente en cuenta por la reglamentación de esta ley. Debe facilitar la adopción de medidas específicas para la inscripción gratuita en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente.

Podemos advertir que en la gestación por sustitución sin donación de ovulo por parte de la gestante, si bien no existe relación genética, el embrión fue anidado en ella durante un periodo extenso que posibilito el desarrollo de este y su posterior nacimiento,

razón por la cual, no reconocer este vínculo oculta la verdad histórica sobre los orígenes del niño o niña, “es necesario evitar que se desdoble la verdad histórica de las personas, mediante la consagración de herramientas jurídicas que garanticen la defensa de su identidad personal por sobre todo hecho o acto que pretenda o tienda destruirla u ocultarla”. (Observatorio de Derechos Humanos. H Senado de la Nación, 2016, p 11).

3.5 Necesidad de Legislar

Como vimos en el presente capítulo el Estado está obligado a tomar medidas tendientes a respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos y en este caso particular ese deber se cumple irremediamente con la legislación específica de la gestación por sustitución. De no ser así el estado está incurriendo en una falta grave en relación a los Derechos Humanos.

Esa necesidad de legislar y dar cumplimiento a los Tratados Internacionales sobre derechos Humanos proviene de la violación a los derechos fundamentales a los que se ven expuestos los niños y las mujeres gestantes debido a esa omisión del legislador.

No legislar permite que la gestación por sustitución se realice a arbitrio de los intervinientes, de forma privada, sin control de la autoridad pública y sin base normativa y que posteriormente quede a discrecionalidad judicial la decisión de la legalidad del contrato y la filiación del menor. Es muy difícil pensar que de esa fórmula pueda haber seguridad para las personas involucradas.

3.6. Conclusiones parciales.

En primer lugar debemos dejar claro que el eje central de las tomas de decisiones sobre los derechos humanos debe recaer sobre la interpretación que hagamos de la dignidad humana por sobre toda las cosas como concepto absoluto, que no puede ser afectado bajo ninguna circunstancia.

Y en segundo lugar haremos uso del concepto borroso del derecho, por lo tanto dentro de la compleja trama de derechos que se ponen en juego, debemos elegir, a partir

de un análisis minucioso de cada uno, según el grado en que afectan a la persona, aquella solución que no vulnere la dignidad humana.

Entendemos que la postura por la aceptación de la gestación por sustitución entiende que el derecho de procrear, sobre el cual se erige y al cual intenta satisfacer, no afecta el derecho de las mujeres ya que no genera desigualdades sociales ni el derecho del niño ya que es posible crear un marco jurídico que lo proteja. Creemos además que solo se puede llegar a esa postura desde una óptica que analiza sólo los derechos individuales y deja de lado la cuestión social y cultural por considerar que no afecta la dignidad de la persona.

Por otro lado quienes sostienen la prohibición entienden que la afectación de derechos sociales afecta directamente la dignidad de las mujeres y por lo tanto la práctica de la gestación por sustitución es impracticable. A su vez se entiende que hay una afectación al derecho de procrear de las personas solicitantes, pero en un grado tal que no afecta la dignidad del sujeto que puede satisfacerlo por otras vías. Además esa desigualdad social tiene consecuencias directas sobre el derecho a la salud y por lo tanto genera vulneraciones de derechos también a nivel individual. Asimismo se coloca al niño en grave peligro de vulneración de sus derechos fundamentales.

En el caso del comercio, como es la postura amplia la afectación de la dignidad es manifiesta debido que se comercia con cosas que se encuentran fuera del comercio como es el cuerpo humano, y por lo tanto se encuentran prohibidas por el orden público.

En referencia a los deberes del Estado es clara la obligación de legislar el instituto ya que la ausencia de norma deja desamparadas a las partes débiles de las relaciones jurídicas.

Nos encontramos ante la obligación de resguardar derechos de segunda generación, no porque no se vean afectados los de primera generación sino que en este caso se impone poner énfasis en los primeros para que no se violen los segundos. Porque el disfrute de los derechos individuales afectados por la gestación por sustitución dependen primeramente que protejan los derechos sociales, mediante la legislación y las políticas públicas.

En este sentido se impone la obligación de proteger a quienes se identifiquen como partes más débiles de las relaciones jurídicas que plantea la gestación por

sustitución que son la mujer gestante y el niño (teniendo en cuenta que es un instituto pensado para la satisfacción del derecho de procrear de los solicitantes y que éstos son partes necesarias para tal satisfacción pero no es a ellos a quien va dirigido). Dicho de otra manera solo será posible aceptar tal instituto si no se pone en juego la dignidad del niño y de la mujer gestante en ningún grado.

Creemos que la única forma de garantizar la no violación de derechos humanos del niño y la mujer gestante y de asegurar la plena vigencia de la dignidad humana frente al avance de la ciencia y la tecnología es prohibir este mecanismo que empuja a éstos a diferentes situaciones en donde se pueden producir abusos provenientes de la desigualdad de poder entre los sujetos intervinientes y que, respecto de la mujer se crea un doble estándar que vulnera por sí mismo la dignidad humana.

CAPITULO IV

“ACEPTAR, PROHIBIR, SILENCIAR”

4. 1. Palabras preliminares

No hay una postura unánime en torno a la Gestación por sustitución, razón por la cual observando la legislación comparada, damos cuenta que en muchos países esta TRHA se encuentra prohibida, en otras se permite con o sin restricciones y también encontramos países que guardan silencio en torno a esta cuestión, posibilitando el uso del vacío legal para llevar adelante la gestación por sustitución.

Nuestro tiempo se presenta con la posibilidad de derribar fronteras, las personas viajan constantemente en búsqueda de la realización de sus expectativas a los países que tienen una postura legislativa favorable a sus objetivos. A los fines de este trabajo veremos entonces como regulan los países la posibilidad de que extranjeros acudan a su territorio a fin de llevar a cabo la gestación por sustitución y también como regulan la cuestión del registro de niños y niñas nacidos por este medio en el extranjero.

4.2. Países que prohíben

Se da en estos países la prohibición expresa de la figura de gestación por sustitución, y devienen en nulos los contratos creados para regir esta práctica.

España: Se sigue el criterio de emplazar como madre a quien da a luz, no permitiéndose contratos que establezcan lo contrario.

En la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006 se establece:
Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.²⁴

Los ciudadanos españoles que recurren a esta TRHA lo hacen en países que si se permite e inscriben a los menores en el registro luego de obtener la confirmación de paternidad por sentencia judicial. Por lo general, se adjudica la paternidad al padre biológico y luego la pareja de este adopta al niño o niña.

Francia: El Código Civil, establece que todo contrato relativo a la procreación o gestación por otro será nulo. También en el código penal se establece la ilegalidad de la Gestación subrogada, y esta es penada hasta con un año de prisión para quienes son intermediarios en esta contratación, y tres años de condena de prisión y de multa para quienes cometieran sustitución voluntaria, engaño que causen un atentado al estado civil de un niño (Lamm, 2013)

Alemania: En su ley de protección al embrión²⁵ de 1990 enuncia que se encuentra prohibida la transferencia de óvulos o la implantación de embriones en una mujer de quien no proviene el ovulo (Lamm, 2013).

Sin embargo, en 2015 la jurisprudencia reconoció la paternidad biológica aunque el niño haya nacido bajo la técnica de reproducción de gestación por sustitución.²⁶

4.3. Países que permiten

Tal es el caso del Reino Unido, Canadá, Brasil, Nueva Zelanda, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros.

Canadá: Se permite para todas las personas sin distinción de estado civil, los únicos requisitos para acceder a esta práctica son:

²⁴ Ley 14/2006. Jefatura de Estado.26/05/2006,Técnicas de reproducción humana asistida. Recuperado el 21 de mayo de 2018, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

²⁵ Ley 745/90 de protección del embrión. Alemania. 13/12/90.

²⁶ Gestación sustituta en Alemania. (2015) Recuperado el 21 de mayo de 2018, de <http://gestacionsustituta.es/gestacion-sustituta-en-alemania/>

La madre gestadora debe tener más de 21 años y no puede recibir dinero a cambio. Los gastos médicos son solventados por los futuros padres.

Está prohibido por ley que actúen intermediarios en el proceso de acuerdo de gestación por sustitución (Lamm, 2013).

Quebec, sin embargo posee legislación que considera nula la maternidad subrogada.

Estados Unidos: La gestación por sustitución está permitida en varios estados, y es posible para los diversos modelos familiares; otra de las cuestiones que hacen a este país uno de los más elegidos para llevar adelante esta TRHA es que la filiación se obtiene directamente por sentencia judicial. Veremos el caso de California, destino más popular para realizar la gestación por sustitución, si bien este estado no cuenta con una ley que expresamente permita la gestación por sustitución, tras varios años en que la jurisprudencia ha admitido como padres de los nacidos con este método a los intencionales, se volvió uno de los destinos más seguros para contratar entre los primeros casos encontramos Calvert contra Johnson, en el cual se sentenció otorgar la custodia del recién nacido a los padres genéticos que eran además los padres intencionales (Salgado, 2016).

Rusia: Permite la gestación por sustitución solo para parejas heterosexuales o mujeres solteras que no pueden gestar. La gestación por sustitución se encuentra regulada en la Ley Federal Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia de 2012, también en el código de familia ruso encontramos normativa respecto de la filiación del bebé gestado en un vientre subrogado.

Art 51 inc 4 Las personas que están casadas y que han dado su consentimiento por escrito para el uso de la inseminación artificial o la implantación del embrión, en el caso del nacimiento de su hijo como resultado de la aplicación de estos métodos se registran a sus padres en el registro de nacimientos.

Las personas que están casados entre sí y que han dado su consentimiento por escrito a la implantación del embrión a otra mujer con el propósito de llevar a poder ser grabado padres del niño sólo con

el consentimiento de la mujer que dio a luz a un niño (una madre de alquiler).

Art 52 inc 3 El cónyuge que dio con el procedimiento establecido por la ley, el consentimiento por escrito para el uso de la inseminación artificial o la implantación del embrión, no puede, en la paternidad impugnar invocar estas circunstancias.

La pareja, que han dado su consentimiento para la implantación del embrión a otra mujer, y la madre de alquiler (la segunda parte del párrafo 4 del artículo 51 de este Código) no tendrán derecho en la defensa de la maternidad y la paternidad después de la grabación de los padres en el Registro de Nacimientos referirse a estas circunstancias²⁷

India: Hasta 2012 este país era considerado la capital mundial de la gestación por sustitución, esta práctica podía llevarse a cabo sin restricciones y a muy bajo costo, lo que trajo aparejado que comenzaran a funcionar “granjas de madres”, lugares en los cuales las agencias alojaban a las mujeres gestantes durante el embarazo y realizaba un seguimiento médico y personal sobre la mujer generándose así una situación de explotación ya que una vez ingresada la mujer gestante perdía poder de decisión sobre su persona. En 2016 la India comenzó a restringir el acceso a esta práctica, ahora solo se habilita para parejas heterosexuales nacionales de países que permiten la gestación por sustitución.²⁸

Tailandia: En 2015 reguló la gestación por sustitución. Se estableció que pueden realizar el tratamiento las parejas heterosexuales casadas con un mínimo de 3 años y uno de los miembros del matrimonio debe ser tailandés. Se autoriza solo en forma altruista.

Cabe destacar que hasta esa fecha Tailandia era uno de los países mas elegidos para “turismo reproductivo”, ya que las contrataciones se realizaban a precios muy bajos y sin restricciones (Marchal Escalona, 2017).

²⁷Código de Familia de la Federación de Rusia N° 223-FZ de 29 de diciembre de 1995 (modificado hasta la Ley Federal N° 317-FZ del 25 de noviembre de 2013). Recuperado el 23 de mayo de 2018 de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=442470

²⁸ Proyecto de Ley de Subrogación (Regulación), 2016. Recuperado el 23 de mayo de 2018 de <http://pib.nic.in/PressReleaseIframePage.aspx?PRID=1525668>

Ucrania: Regula expresamente, pueden acceder a este tratamiento tanto ciudadanos como extranjeros, aunque no sin respetar ciertos requerimientos, entre los cuales se precisan ser pareja heterosexual casada, que alguno de los futuros padres aporte gametos y la elección de esta TRHA debe ser a causa de una imposibilidad para gestar.

La legislación ucraniana estatuye que la mujer gestante no puede reclamar la maternidad y que el futuro hijo lo es de los padres genéticos (comitentes) desde que es concebido.

Una vez producido el alumbramiento se lo podrá inscribir como hijo de ambos comitentes, en el Registro Civil Ucraniano, sin que figure el nombre de la gestante (Lamm, 2013).

Uruguay: Permite bajo la cumplimentación de ciertos requisitos, encontrándose entre estos, que la madre comitente tenga impedimento medico para gestar, debe además ser autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida y la mujer gestante debe tener vínculo familiar directo hasta 2° de consanguinidad con un miembro de la pareja. Además, no puede recibir retribución ni compensación, todo ello se encuentra regulado en la ley 19167.

Artículo 25. (Nulidad).- Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de

Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

Artículo 26. (Suscripción de acuerdo).- El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.

Artículo 27. (Filiación).- En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Artículo 28. (Filiación Materna).- La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.²⁹

4.4. Países que no legislan

Argentina: no se encuentra legislada la posibilidad de la gestación por sustitución, pese al intento de incorporarlo en la reforma y unificación del Código Civil y Comercial. Argentina se rige por el principio *mater semper certa est* y determina la maternidad en razón del alumbramiento, por tanto pese a existir pacto en contrario, quien sea registrada como madre es la mujer que da a luz. Sin embargo, a causa de una prohibición expresa, son los tribunales quienes atienden ante esta situación, llevando adelante mecanismos diversos para hacer contar en los registros como madre a la madre que presto la voluntad procreacional o bien con el reconocimiento del padre biológico y la posterior adopción de su cónyuge.

Chile: Este país reconoce la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida, pero actualmente no se contempla la posibilidad de recurrir a la técnica

²⁹ Ley N° 19167 del 22/11/2013. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013/25>

de gestación por sustitución, ya que al igual que en otros países, en Chile la maternidad se consagra a la mujer que da a luz.

Art. 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

Art. 183. La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.

En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.³⁰

4.5. Argentina proyectos para regular la gestación por sustitución

Como ya se ha expuesto en el apartado precedente en Argentina la gestación por sustitución no se encuentra regulada ni prohibida dando lugar a un vacío legal que, a lo largo de los años intento sin éxito ser saldado, ya sea a través de proyectos de ley que no han prosperado como así también en oportunidad del anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.

4.5.1. Análisis del artículo. 562 Anteproyecto de reforma CCCN

El Proyecto de Código Civil y Comercial (2012) contenía en su normativa un artículo que admitía y regulaba la gestación por sustitución; el mismo establecía las pautas para que el procedimiento se llevara a cabo, haciendo hincapié en el consentimiento informado, termino analizado oportunamente, y en la homologación judicial del acuerdo, donde se aseguraba que la gestante no había recibido retribución a cambio de ser la portadora del embrión. El artículo en cuestión era el 562 el cual no fue incorporado al texto sancionado, de todas formas, debido a la trascendencia y a que abrió

³⁰ Código Civil de Chile recuperado el 22 de mayo de 2018 de <http://bcn.cl/1uu74>

el debate dando lugar a que pudieran expresarse diversos sectores de la ciudadanía, académicos y legisladores es que consideramos necesario analizarlo.

ARTÍCULO 562. Proyecto CCCN- Gestación por sustitución.

El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a. se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b. la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c. al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d. el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e. la gestante no ha aportado sus gametos; f. la gestante no ha recibido retribución; g. la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h. la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.³¹

Como se menciono, dicho artículo no fue incorporado al texto promulgado. Algunos de los argumentos contrarios a la incorporación del artículo 562 fueron:

Que el contrato devenía en nulo por tratarse de un objeto ilícito; ya que si bien se contrata el proceso de gestación esta es llevada a cabo en el cuerpo humano, el cual se encuentra fuera del comercio; además, el fin no es en sí misma la gestación sino el resultado de esta, es decir el recién nacido quien sería objeto de un contrato.

³¹ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación agosto de 2012 recuperado el 30 de mayo de 2018 de http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf

Nadie, que se sepa, ha pensado nunca en alquilar un útero para cosa distinta que para lograr un hijo, ni se paga cantidad alguna simplemente para que una mujer geste un bebé, con independencia del destino del nasciturus. La gestación no es un fin en sí mismo para los contratantes. Si se paga por una gestación es porque se persigue conseguir el fin deseado: un hijo. (Albert, 2017, p 180).

Además podemos advertir que este artículo desatiende lo enunciado en:

CCCN Artículo 56. Actos de disposición sobre el propio cuerpo Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

CCCN Artículo 279 Objeto El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

En palabras de Chiapero (2012) “La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, por lo que el contrato celebrado entre quien encarga al hijo y la madre portadora se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad y atenta contra los principios de orden público” (p 120)

Otro argumento esgrimido en contra del artículo analizado, es la prohibición de entrega directa de niños, en el supuesto que el recién nacido, no guarde relación genética con quienes prestan la voluntad procreacional, la mujer que ha dado a luz estaría infringiendo la siguiente normativa:

Artículo 611 CCCN. Guarda de hecho. Prohibición Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su preteso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

4.5.2. Análisis de proyectos de ley.

El proyecto (5141-D-2017³²) presentado en la Honorable Cámara de Diputados por la diputada Rista, O. pretende la regulación de la práctica de gestación por sustitución a través de la incorporación del término en la ley 26.862, de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 558 y 562 cambiando el principio *mater semper certa est*. Otra de las cuestiones relevantes de la propuesta de ley es la figura del registro de personas gestantes. El proyecto contempla en su articulado los derechos y obligaciones de las partes, como así también la forma en que deberá pactarse pero omite referir a si se aceptan o no a prestaciones monetarias a cambio de la gestación.

Proyecto de ley (S-825/18)³³ presentado ante la Honorable Cámara de Senadores por Cobos J., plantea también la creación de un registro de personas gestantes, y que la gestación por sustitución será llevada a cabo previa sentencia judicial.

³² Rista O. Proyecto de ley 5141-D-2017 recuperado el 2 de junio de 2018 de <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY#>

³³ COBOS: Proyecto de ley 825/18 recuperado el 4 de junio de <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>

Dentro de las modificaciones que propone esta propuesta encontramos la del Código Penal:

Artículo 27.- Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal, que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 139 Ter: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere la correspondiente autorización judicial del procedimiento de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

Artículo 28.- Incorpórese el ARTÍCULO 139 quater al código penal, el que quedara redactado de la siguiente manera:

“Artículo 139 quater: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja que desea establecer un vínculo de filiación con un niño, y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo”.

4.6. Conclusiones parciales

Como pudimos observar en este apartado no hay una directriz global en torno a la gestación por sustitución. Podemos ver por ejemplo, que dentro de la Unión Europea conviven diversas variables de regulación respecto de esta técnica de reproducción humana asistida.

También podemos dar cuenta de cómo con el paso del tiempo países que permitían ampliamente que la gestación por sustitución se llevara a cabo en sus territorios, a causa del llamado turismo reproductivo han ido restringiendo esta práctica solo para nacionales o extranjeros en cuyo país se permita.

Lo que podemos entrever es que países que permitían ampliamente esta práctica se volcaron luego a la restricción, debido al alto grado de vulneración que sufrían las mujeres que eran reclutadas por las agencias que conectaban a estas con las personas que encargaban al bebé. Además, también se conoce de casos en donde por alguna anomalía del recién nacido los padres comitentes han desistido de él dejando al menor en situación de abandono. Concluimos también, que sin dudas la gestación por sustitución es un negocio en auge, donde agencias reclutan a mujeres en países pobres para que nacionales de otros estados puedan ir a alquilar sus úteros, no hay que desconocer que India y Tailandia eran los países más elegidos, debido a la flexibilidad de sus leyes y a lo económico que resultaba la transacción, hoy muchos europeos se inclinan por realizar la gestación por sustitución en Ucrania, ya que los costos son accesibles. Estados Unidos y Canadá son otros de los países que por su seguridad jurídica reciben muchas personas en búsqueda de contratar madres gestantes, sin embargo el precio es mucho más elevado. Especial atención merece el registro de la filiación de los menores en los países que prohíben los nacimientos a través de la gestación por sustitución, ya que los nacionales recurren a artificios para poder registrar a los niños y niñas en esos países, en España por ejemplo el padre comitente casado realiza los trámites de filiación en el país en que el menor nació inscribiéndolo como hijo extramatrimonial, y luego estando en España, su esposa puede acceder a la adopción.

En cuanto a nuestra legislación, Argentina no posee aun regulación concreta al respecto, lo que posibilita que al no estar prohibida en facultad del art 19 CN este tácitamente permitida. Sin embargo esto no es suficiente ya que al verse involucrados derechos fundamentales de las personas se recurre a la justicia para intentar dar un marco regulatorio a la práctica de la gestación por sustitución.

CAPITULO V

“LA VOZ DE LA JUSTICIA”

5.1. Palabras preliminares

En este capítulo abordaremos sentencias judiciales del ámbito nacional e internacional, buscando dilucidar cuales son los argumentos utilizados en cada caso para aceptar o rechazar peticiones referentes a la gestación por sustitución.

Podemos advertir que existen diversos supuestos, algunos recurren a la justicia en forma precautoria y otros una vez que el nacimiento por gestación por sustitución ya ocurrió.

Veremos entonces, que ante el vacío legal en Argentina la jurisprudencia cumple un rol vital, que procura dar solución frente a la realidad ya consumada así también como se falla en el ámbito internacional donde conviven diferentes regímenes.

Abordaremos también jurisprudencia internacional con el fin de analizar cuáles son las resoluciones de los jueces y las pretensiones esgrimidas por los demandantes.

5.2. Jurisprudencia Nacional

5.2.1-Fallos de impugnación de maternidad

En estos precedentes se recurre a la justicia a fin de emplazar como madre a aquella que porta similar material genético que el recién nacido y por tanto manifestó su voluntad procreacional.

En el año 2013 la Dra. Bacigalupo M, titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 se pronunció sobre la filiación de una niña nacida por gestación por sustitución. En este caso la menor no contaba con partida de nacimiento, ya que desde su alumbramiento los padres biológicos acudieron a la justicia para lograr que se expidiera dicho documento con sus nombres. Luego que un examen de ADN ordenado por la jueza confirmara la filiación biológica de los padres, se sentenció que en la partida de nacimiento constaran los datos de los padres biológicos. Expuso la magistrada en tal sentencia:

A los efectos, pese a lo observado, de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo debemos retomar lo referido a la voluntad procreacional del matrimonio D G M así como también, a no dudar, lo que surge de la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino³⁴.

El Juzgado nacional N°102 en lo Civil de CABA da prioridad a la identidad genética y al interés superior del niño, en un fallo del año 2015 dispuso que:

...resulta procedente acceder a la demanda entablada valorando principalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, respecto de quien han asumido y ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento, así como la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN³⁵

La misma postura tomó el Juzgado de familia de Gualeguay; aquí los padres biológicos del niño nacido habían intentado otros métodos de reproducción asistida recurriendo por ultimo a la gestación por sustitución, contactando a la señora F.C. quien en la contestación de la demanda hace hincapié en su falta de interés de reclamar para sí el niño nacido y que la acción de gestación fue con un fin altruista. En ese sentido, el elemento prioritario en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como es el caso de T., es la voluntad procreacional y es a todas luces evidente y comprobada la misma por parte de los Sres. M. A. B. y H. E. N. en estos autos, es decir, de quienes participaron en el proceso de que aquél naciera y no así de la gestante.³⁶

³⁴ Juz. Nac. 1° inst. Civ. N° 86 de de la Capital Federal, “NN O D G M B M s/ inscripción de nacimiento” (2013).

³⁵ Juz. Nac. 1° inst. Civ N° 102 de la Capital Federal, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad” (2015).

³⁶ Juz. de Flia. de Gualeguay, “BMA c/ FCCR s/ ordinario” (2013).

5.2.2 Fallos donde se actúa en forma precautoria

En estos casos se solicita a la justicia que se inscriba al niño por nacer como hijo de los que expresaron la voluntad procreacional.

El Juzgado de Familia n°7 de Lomas de Zamora en el caso “H.M y otros / medida precautoria”³⁷ del año 2015 resolvió declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz.

En otro fallo reciente del Juzgado de familia de Viedma se reconoce la filiación antes de la gestación, ya que se solicita se autorice judicialmente la implantación de sus embriones en el vientre de quien se ofreció como gestante e insta al nosocomio que, en el certificado de nacimiento, deberán constar la huella dactilar del la/s beba/s o el/los bebé/s y las de quien aporta el material genético (esperma), sin constar el de la Sra. que es sólo portante, sin vinculación genética³⁸.

En 2017 el Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba en “R., L. S. y Otros – Solicita Homologación”, homologó el acuerdo por el cual una pareja acuerda con su cuñada que esta lleve a término la gestación del embrión producto de los gametos de la pareja contratante. El juez Tavip G. resolvió que los intervinientes prestaran consentimiento ante el Centro de Salud en los términos del art. 560 del CCC. También sentencio que una vez producido el nacimiento el niño o niña sea inscripto como hijo o hija del matrimonio solicitante no quedando ningún vínculo jurídico con la mujer gestante.

El magistrado fundamento su autorización de la siguiente manera:

Como consecuencia de lo referido estimo que de manera clara la “*gestación por sustitución*” debe ser considerada como una de las diferentes prácticas de Fertilización Asistida, tanto desde un punto de vista legal, como desde una perspectiva médica. Desde lo legal implica la existencia de una “*voluntad procreacional*”, elemento

³⁷ Juz. de Flia. n°7 de Lomas de Zamora, “H.M y otros / medida precautoria” (2015).

³⁸ Juz de Flia n° 7 Viedma, “Reservado s/ autorización judicial (f)” (2017).

estructural de la filiación derivada de este tipo de prácticas, de acuerdo a lo que dispone el art. 562 del CCyCN. Por su parte, desde lo médico, sólo es posible de realizarla con la asistencia de los profesionales especializados en estas prácticas, ya que se descarta una gestación por la vía de relación sexual. ---

e) Ahora bien cabe referir que esta práctica especial que no fue incluida expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación al regular la filiación en general, ni en relación a las técnicas de reproducción asistida en particular. Tampoco está concretamente incluida en la ley 26.862 (Ley de “*Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*”). Sin embargo debo recalcar que tampoco existe norma alguna que la prohíba expresamente. Por ello debo preguntarme si a causa de ese silencio legal la misma se encuentra vedada para nuestro sistema jurídico ya que no ha sido expresamente receptada, o si por el contrario la ausencia normativa importa una práctica permitida. En este punto me inclino por la segunda postura, es decir que la falta de regulación no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido.³⁹

En el mismo año se pronunció el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario n°7 en el caso H. M. E. y otros s/ venias y dispensas resolvió autorizar la transferencia embrionaria de los actores, en el útero de la hermana de la actora. Los demandantes sustentaron su pedido

en el concepto de familia en los nuevos paradigmas reconocido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, citan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 23.1 e Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 10.1, Declaración Universal de Derechos

³⁹ “R., L. S. y Otros – Solicita Homologación”. Juzgado de Familia de Segunda Nominación. Resolución: Auto n.º 930. Fecha: 22/11/17. <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1821>

Humanos de 1948, art. 16.3, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 art. 6 y el Pacto de San José de Costa Rica, art. 17.1...

(...) en el Principio de Legalidad, en tanto todo lo que no está prohibido está permitido, conforme art. 19 Constitución Nacional. Invocan Derecho a la Privacidad, y Principio de Dignidad de la persona, citan jurisprudencia local que transcriben, y de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: “Furlan y Familiares vs. Argentina” y “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015, y Ley No. 26.862, en especial art. 2, 7 y 8. Arguyen que la Corte Interamericana reconoció el derecho plasmado en dicha ley, de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea común derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías -derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación, que tomó nota del concepto de infertilidad emitido por la OMS, como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas”, que además tuvo en cuenta la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad cuando establece que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan diferencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”⁴⁰.

⁴⁰ H. M. E. y otros s/ venias y dispensas. Tribunal Colegiado de Familia de Rosario juz. n°7. 5/12/2017. Recuperado el 25 de mayo de 2018 de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/04/10/se-autoriza-la-transferencia-embionaria-de-los-actores-en-el-utero-de-la-gestante-hermana-de-la-actora/>

La jueza Brunetti A. además de autorizar el proceso de gestación por sustitución basándose en el principio de legalidad, insto a los peticionantes a dar a conocer al hijo o hija su realidad gestacional.

5.3. Jurisprudencia Internacional

11.1.4. T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” Un matrimonio italiano conformado por la Sra Donatina Paraíso y el Sr John Campanelli acudió a una clínica de Moscú para llevar a cabo la implantación de un embrión fruto del espermatozoides del Sr Campanelli en una madre sustituta ya que en su país esta práctica no está permitida. Luego del nacimiento del niño en febrero de 2011, la mujer que dio a luz consintió por escrito que el recién nacido sea registrado como hijo de los padres solicitantes. El certificado de nacimiento expedido en Rusia no mencionaba que el niño no había sido gestado en el vientre de la Sra. Donatina Paradiso y fue apostillado de acuerdo a la Convención de La Haya. En mayo de 2011, el matrimonio solicita en Italia el registro del certificado de nacimiento del menor pero las autoridades de ese país los acusaron de alterar el estado civil del niño e infringir la ley de adopción vigente. Intervino el Ministerio Público y solicitó el inicio del proceso de adopción basándose en que el niño debía considerarse en estado de abandono. El tribunal solicitó una prueba de ADN para establecer vínculo biológico entre los padres registrados como tales y el menor; este análisis develó que no existía vínculo genético alguno y por tanto el espermatozoides utilizado en la formación del embrión no era del padre peticionante. En octubre del mismo año, cesa el contacto entre los padres intencionales y el niño. Pasaron dos años hasta que el niño obtuvo una nueva identidad.

La sección segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) concluyó que la separación del niño de los peticionarios había constituido una violación al art. 8 de la Convención. Entre sus fundamentos jurídicos, la Corte sostuvo que “...se deben tomar en cuenta los vínculos familiares de hecho. En este sentido, se señala que los peticionarios han pasado junto con el niño las primeras etapas importantes de su joven vida: seis meses en Italia a

partir del tercer mes de vida del niño. Con anterioridad a ese período, la peticionaria ha pasado algunas semanas junto a él en Rusia. Aunque el período es relativamente corto, la Corte estima que los peticionarios se han comportado en relación con el niño como sus padres y concluye que existe una vida familiar de hecho entre ellos. De esto se desprende que en el presente caso se aplica el art. 8 de la Convención

El tribunal también concibió

la referencia al orden público no puede constituirse en una carta blanca que justifique cualquier medida porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño incumbe al estado con independencia de la naturaleza del lazo parental, genético u otro [...] En efecto, la separación del niño del contexto familiar es una medida extrema que debe adoptarse como último recurso. Para que una medida de este tipo se justifique, debe cumplir con el objetivo de proteger al niño que se encuentre expuesto a un peligro inmediato para su persona.

El TEDH refuto

el carácter adecuado de los elementos sobre los que las autoridades se apoyaron para concluir que el niño debía ser considerado en estado de adopción. De ello se desprende que las autoridades italianas no han preservado el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses en juego ⁴¹

En enero de 2017, la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos dictó sentencia en la causa considerando que las autoridades italianas no habían infringido el art 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, revocando la sentencia anterior dictada en 2015.

La Corte no subestima el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño debe haber tenido en la vida privada de los

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos STRASBOURG 27/01/ 2015– TEDH affaire Paradiso et Campanelli C/ Italie. Recuperado el 20 de Mayo de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=803&RootFolder=>

solicitantes. Si la Convención no sanciona ningún derecho a convertirse en padre, la Corte no puede, sin embargo, ignorar el dolor moral que sienten aquellos cuyos deseos de ser padres no han sido o no pueden ser satisfechos. Sin embargo, el interés general en juego pesa mucho en la escala, mientras que, en comparación, es menos importante para los recurrentes garantizar su desarrollo personal al continuar su relación con el niño. Aceptar dejar al menor con los solicitantes, tal vez en la perspectiva de que se convertirían en sus padres adoptivos, habría sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes reglas de la ley italiana. Por lo tanto, el Tribunal admite que los tribunales italianos, habiendo concluido que el menor no habría sufrido un daño grave o irreparable debido a la separación, han asegurado un justo equilibrio entre los diversos intereses en juego, permaneciendo dentro de los límites del amplio margen de apreciación tenían en este caso. 216. Por lo tanto, no ha habido violación del artículo 8 de la Convención⁴².

Podemos considerar también el caso “Mennesson” demanda núm. 65192/11 y “Labassee” demanda n ° 65941/11

Ambos casos tienen en común como demandantes a matrimonios franceses, Dominique y Sylvie Mennesson, y Francis y Monique Labassee, quienes contrataron un proceso de gestación por sustitución en Estados Unidos, haciendo uso de material genético (esperma) propio para la formación del embrión que luego fuera implantado.

Luego del alumbramiento las autoridades francesas se negaron a inscribir en el registro civil a los recién nacidos ya que en Francia, el contrato de gestación por sustitución se considera nulo y por lo tanto no puede producir efectos. En estos casos los tribunales franceses tampoco otorgaron filiación respecto a los padres peticionantes que

⁴² Corte Europea dei diritti dell'uomo grande camera Strasbourg. 24/01/2017. Recuperado el 20 de mayo de 2018 de [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22ITA%22\],%22appno%22:\[%2225358/12%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-172348%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22ITA%22],%22appno%22:[%2225358/12%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-172348%22]})

habían aportado gametos. Aunque en California y Minnesota lugar en que nacieron los niños los padres intencionales figuraban a todos los efectos como sus padres legales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran hijos biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor.

(...)De otro lado, el TEDH no considera que se haya violado el derecho al respeto a la vida familiar de los padres intencionales, dado que, en ambos casos, habían podido vivir como familia, aunque jurídicamente no se les hubiera reconocido el vínculo legal de filiación entre ellos y sus hijos...⁴³

⁴³ Antonia Durán Ayago Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11).26/06/2014. Recuperado el 20 de mayo de 2018 de <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/12785/13156>

5.4. Conclusiones parciales

A modo de conclusión se advierte que los magistrados tienen un rol fundamental, ya que al no haber legislación concreta sobre la gestación por sustitución la demanda de reconocimiento de legalidad de los convenios para subrogar como así también la filiación de la o el menor queda a discrecionalidad judicial.

Se concluye también que cuando nos enfrentamos a un hecho ya consumado, es decir a un sujeto gestado en vientre sustituto es necesario dar respuestas de forma urgente, asegurando que sus derechos sean reconocidos y protegidos en virtud de su interés superior. Dado que la gestación por sustitución no se encuentra prohibida expresamente y no siendo función de la justicia prohibir o regular solo puede procurar proteger los derechos del niño en observancia del interés superior del niño.

En los casos en que se falla de forma precautoria, consideramos que sería más adecuado no permitir la implantación del embrión en mujer distinta de aquella que manifiesta la voluntad procreacional, ya que debería primar el respeto irrestricto de la dignidad de la mujer que podría gestar.

Consideramos que la solución otorgada por la Gran Sala en el caso Campanelli y Paradiso c/ Italia brinda fundamentos a una legislación que prohíba la gestación por sustitución al considerar que no existe un derecho al hijo y que el orden público es un límite a los derechos de los solicitantes.

Conclusiones generales

Abordaremos ya en esta última etapa, la tarea confirmar o refutar la hipótesis planteada a la luz de la investigación realizada, como también se pondrán de manifiesto algunas respuestas a los interrogantes planteados. La maternidad subrogada ¿provoca una vulneración a los derechos fundamentales de los individuos? ¿Cómo se puede suplir el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico, en concordancia con el respeto irrestricto a los Derechos Humanos?

Siempre en miras a lograr arribar a una respuesta o por lo menos encontrar una orientación para seguir indagando sobre cómo influye esta TRHA en los actores intervinientes, se fueron avizorando diversas aristas sobre el tema elegido.

Se comenzó por plantear cual es la importancia de la maternidad en la sociedad y como esta devino a lo largo de la historia, se erigen representaciones de la figura de madre, logrando en muchas épocas que esta sea sinónimo de mujer, definida desde una concepción determinada a la cual debe adecuarse. Es así que el rol que juega en la historia y la visión que se tiene de esta va cambiando en función de los acontecimientos culturales, políticos e históricos. En la edad media la maternidad es vista como la única finalidad de la mujer y esta maternidad acontece a través de un parto doloroso que contribuye a la expiación del pecado original, una mujer puesta al servicio de la perpetuación de la especie. En la modernidad se perfila una mujer-madre que ahora además de engendrar será la responsable de la crianza, aunque no la que inculcará y educará en valores y normas, ya que esto es reservado al padre. En la actualidad vemos como se comienza a disociar el termino madre y mujer, se concibe a esta última como sujeto, capaz de elegir libremente un proyecto de vida que puede incluir o no la maternidad. Aunque se conserva aún en nuestros días resabios del mandato social que obliga a las mujeres a ser madres con la finalidad de completarse, sometiendo el deseo de maternidad a un deber y no a una elección tendiente a concretar un anhelo intimo.

El lenguaje no queda ajeno a las concepciones ideológicas y es de vital importancia a la hora de buscar respuestas saber que los términos no reflejan la verdad, sino que la construyen y luego los conceptos la describen según su óptica y según la posición de cada sujeto respecto su verdad que refleja siempre una relación de poder. A

lo largo de este trabajo se utilizó la referencia gestación por sustitución. Sin embargo la posibilidad de seguir revisando otras facetas de esta TRHA permitió concluir que el término correcto para designar esta práctica es maternidad subrogada ya que hace referencia a la subjetividad de la mujer en tanto madre, siendo este concepto de maternidad el central en la construcción, reconociendo además por un lado los efectos físicos y psíquicos que se producen en la gestación entre madre y niño y por otro lado el carácter de sujeto de aquella que lleva a cabo la gestación. No cabe la disociación entre maternidad y gestación.

Por ello el no reconocimiento de tal estado es en sí mismo una vulneración de la dignidad humana y por tanto una violación a los derechos humanos que son inherentes a la persona más allá del reconocimiento legal del estado. Si esta práctica se lleva adelante a cambio de un precio la terminología correcta sería maternidad subrogada comercial. Aquí se configura un verdadero alquiler de persona, ya que el vientre no puede disociarse del cuerpo gestante como parte distinta o separada del sujeto. Por ello que no se puede alquilar un vientre sino lisa y llanamente una persona en su totalidad, que durante la gestación verá comprometido todo su ser en sus facetas física psicológica y social.

En el caso del niño también se produce una grave vulneración a su identidad ya que el mismo no proviene de un vientre, sino de una madre que lo gestó, y por lo tanto que mantuvo una relación de física y emocional determinante.

El lenguaje no es ecuánime, quienes están a favor de esta práctica recurren al término gestación por sustitución, disociando la gestación de la maternidad y por tanto dejando invisibilizada a la gestante que durante el embarazo tendrá un vínculo con el embrión. Quienes abogan por la prohibición recurren por lo general al término alquiler de vientre poniendo el foco en el carácter comercial y en cómo solo es tenida en cuenta la matriz femenina como un órgano que puede separarse del cuerpo humano, una mujer-máquina que queda alienada en el proceso de gestación.

Centrándonos en el vínculo que se genera entre la gestante y el niño o niña, es decir los derechos filiatorios, es este uno de los puntos más acuciantes. A la hora de ser analizado, ciertos argumentos se refieren al interés superior de un niño que aun no ha sido concebido, poniéndolo como derecho superior a proteger, cuando la finalidad real de la técnica es la satisfacción del supuesto derecho de paternidad/maternidad de los y las

solicitantes que bajo tal paradoja buscan invisibilizar las vulneraciones a los derechos del niño y de las mujeres gestantes.

Por otro lado hay que analizar la situación en que el nacimiento ya se produjo, en este caso sí, se requiere prestar importante atención al bienestar de la nacida o el nacido de una madre que no posee voluntad procreacional. Sin embargo, en el caso de la maternidad subrogada, comenzar a permitir la filiación teniendo en miras solo la voluntad procreacional quitando de la vista a la mujer gestante solo propicia un sistema que apaña la explotación de unos por otros y que coloca a los niños y niñas como un objeto de deseo que puede ser comprado.

Se concluye que el principio *mater semper certa est* debe seguir siendo rector a la hora de establecer la filiación dado que garantiza el cuidado de la relación entre la madre y el hijo desde la concepción y por lo tanto el pleno goce de los derechos a la salud, sexuales y reproductivos y protege el interés superior del niño.

Es el estado el que debe garantizar la protección de las personas más vulnerables en cada relación. La no legislación por parte del Estado constituye una falta grave del mismo respecto de los Derechos Humanos ya que deja en grave estado de desprotección a las personas que se involucran en procesos de maternidad subrogada provocando la vulneración de sus derechos fundamentales, por un lado la mercantilización del cuerpo de la mujer que es llevada a una categoría de objeto y expuesta a situaciones de explotación a partir de su capacidad gestadora en pos de la satisfacción del deseo de paternidad/ maternidad de los sujetos solicitantes, lo que representa una grave violación a la dignidad humana y por tanto una violación de los derechos humanos que el estado no puede permitir. Por otro lado se produce también la cosificación del niño y se lo expone al tráfico. En esta relación asimétrica que se produce entre comitentes, agencias y mujeres gestantes son estas últimas las que están supeditadas a actuar durante el término del embarazo a merced de sus contratantes, perdiendo en algunos casos su autodeterminación.

La maternidad subrogada es un fenómeno global, en el cual conviven legislaciones antagónicas que provocan que aquellos países en los cuales se permite esta práctica ampliamente o bien no se regula sean pasibles de lo que se denomina turismo reproductivo, poniendo en situación de vulneración a las mujeres que allí habitan y son

reclutadas por agencias que les proponen la maternidad subrogada comercial como una salida laboral.

La mejor forma de legislar es prohibiendo la maternidad subrogada ya que permite al Estado intervenir en la sociedad a través de políticas públicas tendientes a la protección y pleno ejercicio de los derechos a la salud, sexuales y reproductivos y a procrear de las mujeres y el respeto absoluto del interés superior del niño, protegiéndolo contra el tráfico de personas y garantizando su derecho a la identidad

Cuando se concluye en la necesidad de la prohibición de la maternidad subrogada se hace extensiva a todas sus variantes, porque aunque se nos quiera mostrar que la gestación solidaria, altruista, rompería con el problema de la cosificación podemos advertir que la gratuidad no es garantía de dignidad y libertad ya que muchas mujeres se ven obligadas por su realidad y contexto a asumir actividades que involucran su capacidad sexual y reproductiva. El altruismo no es garantía ya que las mujeres siguen envueltas en estructuras que las condicionan.

Querer enmarcar la maternidad subrogada como manifestación de la autonomía de la voluntad es no querer ver más allá de la imagen idílica para la que se quiere legislar.

Los derechos de procreación deben encontrar su límite en la afectación de derechos humanos del niño y de la mujer gestante anteriormente descritos dado que estos guardan relación más directa o en un grado superior con la dignidad humana.

Es potestad y responsabilidad de los legisladores dotar a la nación de normas claras que sean fundamento de la decisión de los jueces y que por tanto hasta que estas no existan no se puede exigir a los magistrados adoptar una postura unánime al respecto, fallando estos según crean conveniente en cada caso.

Nos encontramos en el terreno de los derechos sociales o de segunda generación y es por ello que el estado tiene un rol fundamental en la intervención social, generando, a través de políticas públicas condiciones de igualdad y equidad social para evitar situaciones de explotación y/o discriminación entre los ciudadanos.

En principio entendemos una prohibición que tenga efectos sobre el vínculo filial, no permitiendo que la gestadora sea privada de su carácter de madre, por otro lado debe mantenerse férrea la prohibición de la adopción directa sin la cual podría entregarse al niño a los comitentes aunque no existiera vínculo biológico. Sin perjuicio de ello,

entendemos que en el presente trabajo nos abocamos a fijar una toma de decisión sobre una postura legislativa determinada. Una vez zanjada esta cuestión queda por dilucidar la forma que debe adoptar la legislación para la prohibición, que configura otro debate complejo y amerita un estudio específico, que escapa del análisis de este trabajo y que será la base de futuras investigaciones.

Se dirá entonces, que lograda esta etapa de análisis vemos confirmada la hipótesis planteada “la prohibición de la gestación por sustitución tiende a proteger los derechos humanos impidiendo que la falta de regulación o una regulación positiva al respecto posibilite la realización de actos vejatorios de la persona humana”.

REFERENCIAS

Doctrina

Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética* , 177-197.

Andorno, R. (agosto de 2011). *Boletín del consejo académico de ética en medicina*. Recuperado el 15 de junio de 2018, de <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaeem/issue/view/70>

Andorno, R. (2014). Una aproximación a la Bioética. En O. Garay, *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica*. Buenos Aires: La Ley.

Baffone, C. (2013). La maternidad surogada: Una confrontación entre Italia y México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* , 441-470.

Baring, A., & Cashford, J. (2014). *El mito de la diosa*. Madrid: Siruela.

Bastida, F. (1998). *La soberanía borrosa: La Democracia*. Recuperado el 16 de mayo de 2018, de Repositorio Institucional Universidad de Oviedo: <http://hdl.handle.net/10651/28280>

Benach, J. (2014). La salud de todos y sus causas. La salud pública, la equidad y sus causas: ¿de que depende nuestra salud? En P. y. Española, *Comprendiendo el Derecho humano a la Salud* (pág. 20). España.

Brena, I. (5 de mayo de 2010). *¿Autonomía en la maternidad subrogada?* Recuperado el 20 de mayo de 2018, de Colegio de Bioética, A. C.: <http://colegiodebioetica.org.mx/publicaciones/>

Caminal Badia, M. (2005). *Manual de Ciencia Política* (Segunda edición ed.). (M. Caminal Abadía, Ed.) Madrid: Tecnos.

Cano, M. (2007). *Maternidad Subrogada*. Buenos Aires: Astrea.

Chiapero, S. (2012). *Maternidad Subrogada*. Buenos Aires: Astrea.

Codigo de Hamurabi. (s.f.). *Historia Clasica*. Recuperado el 13 de 3 de 2018, de <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-cdigo-de-hammurabi.html>

Curreo Lugo, V. (2005). *La salud como derecho humano. Cuadernos Deusto de Derechos humanos (32)*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto.

Facio, A. (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San Jose de Costa Rica: Instituto Interamericano de derechos Humanos.

Fernandez, A. (1992). *Dioses prehispanicos de Mexico*. Mexico d.f: panorama.

Gil Dominguez, A. (2015). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Buenos Aires: Ediar.

Herrera, M., & Lamm, E. (2014). Filiación. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014* (Vol. 2). Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

Ibarra Arellano, J. (2016). *De la cultura de la legalidad a la cultura de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: CNDH.

Igareda González, N. (2011). *El hipotético derecho a la reproducción*. Recuperado el 2 de junio de 2018, de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/717>

Informe del Comite de Bioética de España. (2017). *Los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*.

Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., & Herrera, M. (2013). Gestación por sustitucion en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. *Revista juridica argentina. La Ley* , 195-206.

La Biblia Latinoamericana. (Buenos Aires). Paulinas.

Lamm, E. (2008). *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Recuperado el 2018 de Marzo de 23, de Dipòsit Digital de la Universitat de Barcelona: <http://hdl.handle.net/2445/11381>

Lamm, E. (2013). *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona.

Lamm, E. (2012). Gestacion por sustitucion. realidad y Derecho. *InDret. revista para el analisis del derecho* , 1-49.

Lopez Moratalla, N. (2012). *El precio del "milagro" de ls nacimientos por las tecnicas de fecundacion asistida*. Recuperado el 20 de marzo de 2018, de Cuadernos de Bioetica: <http://www.redalyc.org/html/875/87524464008/>

Losada, R., & Casas Casas, A. (2008). *Enfoques para el analisis político. Historia, epistemología y perspectivas de la ciencia politica*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

MaAcklin, R. (2003). *Dignity is a useless concept*.

Marchal Escalona, N. (2017). *El derecho comparado en la docencia y la investigación*. Madrid: Dykinson.

Marrades Puig, A. (2002). *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*. Saragossa: Universitat de València.

Montero, E. (2015). La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas. *Persona y derecho. Revista de fundamentacion de las instituciones juridicas y de los derechos humanos* , 223-236.

Nelken, D. *Repensando el concepto de cultura juridica*.

Nikken, P. (1997). Sobre el concepto de Derechos Humanos. En *Seminario sobre Derechos Humanos* (págs. 17-ss). San José de Costa Rica: IIDH.

Nowak, M. (2005). *Derechos Humanos: Manual para parlamentarios*. Francia: Union Interparlamentaria.

Observatorio de Derechos Humanos. H Senado de la Nación. (2016). *Derecho a la Identidad Biológica*. Buenos Aires.

Palomar Vereá, C. (2005). Maternidad: Historia y Cultura. *Revista de Estudios de Género. La ventana* , 35-67.

Pateman, C., & Romero, M. (1995). *El contrato sexual*. México: Anthropos.

Peréz Duarte, A., & Soberanes Fernández, J. (1991). La Filiación. En A. Peréz Duarte, & J. Soberanes Fernández, *El derecho en México : una visión de conjunto* (págs. 297-303). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Pomeroy, S. (1999). *Diosas, ramerás, esposas y esclavas* (3 ed.). madrid: akal.

Prosalus y Cruz Roja Española. (2014). *Comprendiendo el Derecho humano a la salud*. España.

Puleo, A. (2017). Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de uteros como extractivismo. *Revista europea de derechos fundamentales* , 165-184.

Rodriguez Diaz, R. (2018). Subrogacion uterina: aspectos medicos. *Iemata. Revista internacional de eticas aplicadas* , 26.

Salgado, S. (2016). *La gestación subrogada en California: el destino más demandado en USA*. Recuperado el 5 de 22 de 2018, de Babygest: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california>

Salvat, P. (2005). *Pensamiento critico latinoamericano. Conceptos fundamentales*. (R. Salas Astrain, Ed.) Santiago de Chile: UCSH.

Santander, C. (2012). *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legitimo deñ derecho a procrear o atentado a la dignidad?* Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.

Toribio, J. (1992). *Historia Universal*. Barcelona: Oceano.

Torres Acosta, R. (2011). *Glosario de bioetica*. La Habana: Ecimed.

Tubert, S. (1996). *Figuras de la madre*. (S. Tubert, Ed.) Madrid: Ediciones Catedra.

Tubert, S. (1991). *Mujeres sin sombra: maternidad y tecnologia*. Madrid: Siglo XXI.

Zannoni, E. (1978). *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

Juz Nac. 1°inst. Civ. N° 86 de de la Capital Federal, “*NN O D G M B M s/ inscripción de nacimiento*” (2013).

Juz. de Flia. de Gualaguay, “*BMA c/ FCCR s/ ordinario*” (2013).

Juz. Nac. 1° inst. Civ N° 102 de la Capital Federal, “*C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad*” (2015).

Juz. de Flia. n° 7 de Lomas de Zamora, “*H.M y otro s / medida precautoria*” (2015).

Juz de Flia n° 7 Viedma, “*Reservado s/ autorización judicial (f)*” (2017).

Juz de Flia. Segunda Nominación Ciudad de Cordoba, “R., L. S. y Otros – Solicita Homologación” (2017).

Tribunal Colegiado de Familia Juz. n°7 Rosario “H. M. E. y otros s/ venias y dispensas”. (2017).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos Strasbourg “Paradiso et Campanelli C/ Italie” (2015).Corte Europea dei diritti dell’uomo grande camera Strasbourg. (2017).

Tribunal Europeo de derechos Humanos Strasbourg “Menesson c. France” (2011)

Tribunal Europeo de derechos Humanos Strasbourg “Labassee c. France” (2014)

Legislación

Código Civil de Chile.

Código Civil y Comercial de la Nación

Código de familia de la Federación Rusa.1995 mod. Ley federal n°317, 2013.

Constitución de la Nación Argentina

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.

Ley 14/2006 Jefatura de Estado, España. Técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 19167 Uruguay Técnicas de reproducción humana asistida.2013.

Ley 23179 Aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer.1985.

Ley 23313 Apruébese los pactos Internacionales de Derechos económicos sociales y culturales y civiles y políticos y su protocolo facultativo.1986.

Ley 24.632. Apruébase la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". 1996

Ley 25763 Aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 2003.

Ley 26061.Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. 2005.

Ley 745/90 Alemania. De protección del embrión.

Ley N° 23054 Aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos.1984.

Ley N° 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño. 1990.