



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

2015

“Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional”

Tutora: Marengo, Zulma

Alumna: Guerrero Noelia

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: 30 de Marzo de 2015

1. Dedicatorias y agradecimientos.

Dedico esta tesis a mis padres, en especial a mi madre por haber creído en mi vocación y apoyar mi sueño.

A mi novio por acompañarme incondicionalmente durante este camino.

Y a todas aquellas personas que incidieron en el ámbito académico, profesional y crecimiento personal, especialmente a la Dra. Zulma Marengo porque su dedicación fue fundamental en la realización de mi tesis que me ha permitido conocer distintas formas de investigación sobre el tema en cuestión.

2. -Resumen.

Esta tesis trata sobre la maternidad subrogada, en la cual, la finalidad que voy a abordar consiste en establecer la problemática del reconocimiento de la maternidad subrogada con énfasis en la situación del derecho argentino, haciendo hincapié en la necesidad de una regulación normativa que brinde respuestas jurídicas a esta nueva realidad. Respuestas, que deberán ser adaptadas a una sociedad globalizada en la que conviven nuevos paradigmas, entre ellos nuevos modelos de familia, que brinden garantías y seguridad jurídica a individuos, fundamentalmente respetar el derecho de los mismos.

Los temas que trato de abordar son: en el Capítulo I: trataré la problemática de la maternidad subrogada definiendo conceptos en general, plantearé antagonismos que pueden presentarse entre los intereses, causales, aspectos psicosociales y variantes en general. En el Capítulo II: haré referencia a la regulación legal en el derecho comparado y trataré la realidad actual señalando las diferencias de la normativa vigente con el nuevo Código Civil y Comercial. Luego en el Capítulo III: menciono los derechos que se encuentran afectados por esta problemática y en la conclusión intentó demostrar la necesidad de una regulación legal inmediata de la cuestión a nivel Nacional y Provincial. El Capítulo IV la jurisprudencia de dos casos que tuvieron trascendencia en el país. El Capítulo V transcribo una escueta entrevista a una familiar que vivió el proceso de una Técnica de Fertilización Asistida, (actualmente de maternidad subrogada hay pocas experiencias), donde remarco puntualmente su situación a los fines de tomarlo como ejemplo en la práctica. Por último en el Capítulo VI conclusión final, propuestas finales y bibliografía general y particular.

3. Estado de la cuestión.

El tema de la maternidad subrogada en Argentina, actualmente tiene un gran vacío legal, es por eso que me avoque a tratarlo en profundidad de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial a punto de ponerse en vigencia, ya que hoy en día no hay disposición alguna que lo trate, teniendo en cuenta que en tiempos de Vélez Sarsfield este no se hubiera imaginado esta posibilidad. Las reformas que se efectuaron omitieron el tema también y se siguió con la idea imperante del art. 242 del Código Civil que fuera reformado por la ley nro. 24.540...”La maternidad quedara establecida, aún sin reconocimiento expreso por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”...

En términos del derecho romano “el parto sigue al vientre”.

No hay tampoco normas de fuente convencional al respecto, ya que si bien los tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 poseen solo reglas de conflicto en materia de filiación, estas no contemplan la problemática que me ocupa, sino que son solo normas que atrasan la realidad social y brindan soluciones más bien aplicables a un contexto signado a la filiación matrimonial y extramatrimonial.

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

Con respecto al ámbito internacional contractual, los contratos de maternidad subrogada podrían verse conculcados por los principios de orden público interno y fraude a la ley.

En nuestro país los casos de maternidad subrogada van en creciente aumento, el amparo de estas decisiones radica en que, si bien no está legislado, tampoco se encuentra prohibido, pero sí, se ve, en forma GENERAL y no ESPECÍFICA en el Código Civil y Comercial proyectado para agosto de este año o para el próximo 2016.

En cuanto al derecho comparado se verifica que en la mayoría de los Estados europeos, PROHIBEN la maternidad subrogada (Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suiza, entre otros), aunque hay un caso particular en España que si bien el Estado prohíbe la maternidad subrogada¹, en el año 2010, se reguló el supuesto de inscripción en el Registro Civil Nacional sobre la filiación proveniente de una “gestación subrogada”, realizada en países permisivos.²

En cuanto a Latinoamérica son escasos los países que poseen una normativa sobre el tema, por ejemplo Uruguay hace referencia en su art. 135 del Código de la Niñez y Adolescencia, estableciendo que: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación de un hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de nacido”. México tiene una legislación permisiva pero atenuada porque cuenta con la creación de un Registro de mujeres que ofrecen sus vientres para gestar un hijo al que luego entregaran, proceso este que debe ser autorizado y supervisado por la dependencia ministerial encargada de la salud poblacional.

¹ Ley nro. 14/2006 del 26 de Mayo, arts. 10,27y28. Art.10:”Sera nulo de pleno derecho el contrato por medio del cual se ha convenido la gestación a título oneroso o gratuito, de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del co-contratante o de un 3ero”. La filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución se determinara por el parto. El padre biológico puede reivindicar la paternidad conforme a las reglas del derecho común.

² RAPALLINI, Liliana “La maternidad subrogada en el derecho internacional Privado Argentino. Reconocimiento Filiatorio”. Ed. Colegio de Abogados de La Plata- Octubre 2012. Pág. 7

En EEUU algunos estatutos y propuestas de legislación uniforme tienen un esquema similar al de la adopción, para brindar eficacia a los acuerdos de maternidad subrogada. Así en el Estado de California se posee una normativa más favorable sobre el tema, (más adelante cito un caso emblemático a modo de ejemplo, el caso Baby. M. de Melisa Smeth).

Las leyes de la India tienen una característica en particular, de no otorgar la nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio, donde a los niños de esta modalidad se les otorga un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogante o madre sin estado”, el certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad tiene el status de “apátrida”.³

En Inglaterra, hay convenios de maternidad y son homologables judicialmente con los requisitos que no persigan fines de lucro, no se publiciten ni halla intermediarios.

Australia permite la maternidad subrogada en forma altruista, es decir, sin remuneración alguna, haciéndose cargo los concomitantes de los gastos médicos y hospitalarios.⁴

Este tema ha sido tratado vagamente por diferentes autores en la materia, acerca de la necesidad de reformular pautas que venían desde hace tiempo y que ya resultan poco felices y desfavorables, como también fue tratado y recogido por la Jurisprudencia a nivel Provincial y Nacional.

³ SCOTTI, Luciana, “El reconocimiento de la maternidad subrogada, una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. Pensar en Derecho- Pag.282

⁴ *Ibíd.* Pág. 282.

3)- Marco Teórico.

Nociones y conceptos:

FAMILIA: se la define como el núcleo central de toda una sociedad. Actualmente podemos hablar de varios modelos de familia, matrimonios heterosexuales, homosexuales, uniones de hecho, matrimonios poligámicos, familias mono-parentales, etc, sin abandonar a pesar de la diversidad el concepto de familia.

La familia en sus diversos modelos es considerada como elemento de estabilidad social mereciendo el establecimiento de políticas de protección de todos los estados.⁵

PARENTESCO: Históricamente el hombre en sus inicios no relacionó el acto sexual con el nacimiento ignorando el papel del padre en la fecundación, se acudían a las más insólitas explicaciones sobre fecundación y el papel de las relaciones sexuales al espíritu de los antepasados o dioses. En cambio, en la actualidad se verifica un fenómeno de disociación, hallándose en crisis el derecho filial tradicional surgiendo nuevas maneras para alcanzar este vínculo que se suma a la filiación por naturaleza y a la adoptiva, que consiste en la utilización de Técnicas de Reproducción Asistida, con una causa fuente independiente, llamada voluntad pro-creacional.⁶

MATERNIDAD: La Real Academia Española la define “Estado o cualidad de madre”.⁷

Por ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y los hijos, pues por madre se entiende “la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos,

⁵ DUTTO, Ricardo. “Reforma al régimen matrimonial” - Pag.841 a 843- Revista 16, Tomo114.

⁶ SCOTTI, Luciana, “El reconocimiento...”, Pag.269.

⁷ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española- 1992- Pag.1337

alimentarlos, etc. ⁸ Por lo cual bajo este concepto una madre no es solo la que pare al bebe, sino la que lo cría, cuida y educa.

Podemos definir la maternidad desde cuatro puntos de vista:

- 1- Etimológico
- 2- Gramatical
- 3- Biológico
- 4- Jurídico

1)- Etimológicamente proviene del latín “mater-matriz”, que a su vez deriva del griego “mater-matros”, cuyo significado es el de madre.

2)- Gramatical: El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define Maternidad como el: “Estado o cualidad de madre” y Madre como: “hembra que ha parido”, “hembra respecto de sus hijos o hijo”, “Mujer casada o viuda cabeza de su casa”.

3)- Biológico: Antecede a la paternidad, biológica y jurídicamente, la que se sustenta en una maternidad cierta, presentada por el hecho del parto y la identidad del descendiente.

4)-Jurídico: Forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley(adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.⁹

⁸ *Ibidem.*

⁹ ARAMBULA REYES, Alma. Maternidad Subrogada-Agosto 2008. Pag.11.

A)- DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD:

La maternidad subrogada dio lugar a formas de maternidad compartida que fueron clasificadas por doctrina según la intervención de cada una de las mujeres, así podemos distinguir entre:

a)- Maternidad Plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

b)- Maternidad Genética: es la de quien se convierte en donante de óvulos.

C)-Maternidad Gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

d)-Maternidad Legal: la de quien asumen frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.¹⁰

*Esto deriva de lo que hasta hace poco era una certeza, dada la importancia que se daba al hecho del parto ahora se ve modificado por la aparición de otros criterios.

PATERNIDAD: Se afirma en la actualidad que debido a la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida nos encontramos ante un nuevo sentido de la paternidad o un nuevo tipo que revoluciona los principios preexistentes al respecto, implicando la necesidad de reforma del actual derecho de filiación de los Estados.

En su concepción tradicional referíamos al concepto de padre como aquel progenitor que aportaba sus gametos, su dotación genética a través de las relaciones sexuales, fundamentando la filiación por naturaleza. Era por lo tanto impensable que existiera otra forma de filiación que esta o la adoptiva.

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 22 y 23.

Actualmente con las nuevas técnicas trastocan esta seguridad permitiendo que no siempre quien da a luz coincida con quien aporta su material genético, como no siempre el marido o compañero de quien gesta el hijo sea el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo. Se consagran auténticas ficciones. Es necesario entonces una redefinición del concepto de paternidad.

Stayanovitch hace referencia a la posibilidad de una multi-paternidad que no es posible que quede establecida legalmente en nuestro sistema, debiendo elegirse en la confluencia a quien se considera como padre. Este autor considera que el concepto de padre estaría dado por tres grandes patologías: 1)- Padre Moral (marido), 2)-Padre Instrumental (medico) y 3)- Padre Biológico (donante).

MATERNIDAD SUBROGADA: La maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, también llamado “vientre de alquiler”,” maternidad intervenida”, disociada”,” gestación por contrato”,” madre sustituta” o “madre de alquiler” es el compromiso entre una mujer llamada “mujer gestante”, a través del cual esta acepta someterse a Técnicas de Reproducción Asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente, llamados “el” o “los subrogantes”, a quien o quienes se comprometen a entregar al niño que pueda nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes. ¹¹

BIODERECHO: Surge en el mundo académico como la respuesta a los cuestionamientos planteados por la Bioética. Ante la problemática que surge de la maternidad subrogada todavía no se ha legislado de manera seria y responsable pese a que no es nuevo en nuestra sociedad. Ello genera que no se pueda hablar en sentido estricto de una protección jurídica del no nacido. ¹²

¹¹ SCOTTI Luciana, “El reconocimiento...” Pág. 274.

¹² CAMPILLO VELEZ, Beatriz,”Realidad y reflexión de las técnicas de reproducción asistida”.

En los últimos años la biomedicina nos viene sorprendiendo con sus continuos y notables avances tecnológicos que llevan a descubrimientos incesantes, gracias a los cuales se ha llegado a inmiscuirse en el proceso de la maternidad subrogada convirtiéndolo en un acto de Técnica de Reproducción Asistida.

La Dra. Krasnow define a estas TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN como “procedimientos que en mayor o menor medida pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción haciendo posible lograr la fecundación fuera del seno materno”.¹³

Estas técnicas se vienen realizando desde la década de los ochenta, y desde entonces los poderes públicos comenzaron a inquietarse por los problemas tanto de órdenes morales como jurídicos planteados por las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho de las personas, del derecho de familia y sucesiones, cuyos principios estructurales se han visto afectados por diferentes avances.

En este contexto se crearon Comités Nacionales de Ética, literatura jurídica, se realizaron congresos, jornadas y debates, convenciones internacionales y finalmente algunos Estados, comenzaron a sancionar leyes tendientes a encuadrar legalmente la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida y Reproductiva. Pero la realidad es que en muchos otros, se carece de un marco legal y se mantiene encendido el debate sobre la forma de encarar la regulación legal de estas técnicas, tal es el caso de nuestro país, en el cual al no tener una regulación específica como en estos últimos años se recurre a la justicia para que solucione los diferentes casos concretos que se plantean en la realidad con respecto a estas nuevas técnicas, mientras que lo que se necesita es una ley que regule a la misma y quede encuadrado dentro de nuestro sistema jurídico legal.

¹³ KRASNOW, Adriana Noemí, Filiación “Determinación de la maternidad y paternidad” Bs .As. La Ley-2005.

Ahora bien, ante la falta de legislación específica del tema, el nuevo Código Civil y Comercial que aun no está vigente, establece por primera vez las Técnicas de Reproducción Humanas Asistida (TRHA), pero la mirada se efectúa hacia la fecundación y no así a la maternidad subrogada. La realidad nos muestra que estas técnicas se realizan de manera habitual en la sociedad, teniendo como único límite la conciencia de quienes la llevan a cabo.

Es importante entonces para mi modo de ver, que se sancione una verdadera ley que determine la protección jurídica de estas técnicas en forma **específica** para cada una de ellas y poder llevarlas a la práctica correctamente. En base a esto propongo diferentes alternativas para poder conceptualizar bien la cuestión, a los fines de respetar los principios constitucionales de cada uno de los ciudadanos, que se puedan nutrir de los derechos bioéticos y se adecuen a la realidad que se vive en la actualidad.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: En doctrina ha sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que a través de la unión de gametos, ya sea por la extracción quirúrgica de los óvulos de los ovarios de la mujer y su combinación con el espermatozoide, conducen a facilitar o sustituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana.¹⁴

4. Introducción

Área: Derecho Privado, Derecho Civil.

Se estructura en base a un diseño de tipo empírico cualitativo, en el que realizo una investigación descriptiva y señalo como base un tema de la actualidad.

Motivaciones personales: Como todo trabajo de investigación surge de una inquietud, la que me motiva a abarcar la problemática de cómo disminuir el efecto

¹⁴ Enciclopedia de Derecho de Familia TIII, Ed. Universidad de Buenos Aires.

negativo que causan los avances de la ciencia a la dignidad humana, que surgen fundamentalmente de la consecuencia de una realidad social imperante y que ante la carencia de una legislación ESPECÍFICA, tienen como único límite la conciencia de los que lo llevan a cabo.

Problema e Hipótesis: este vacío legal implica la demora del derecho en adecuarse frente a los avances científicos y tecnológicos. Dentro de este contexto trató de señalar que en el ordenamiento jurídico interno, si bien existen normas sobre el tema en la que se respetan los derechos de cada uno de los ciudadanos no son suficientes para abordar esta problemática social pues hace falta que nuestros legisladores trabajen sobre una ley específica a los fines de proteger de manera íntegra la vida humana.

El sentido de llevar a cabo este trabajo es poder precisar algunos conceptos específicos sobre maternidad subrogada y esencialmente hacer una comparación de como se trata el tema en el país y que cambios se comienzan a ver con el nuevo Código Civil y Comercial sancionado para 2016.

También trató de brindar desde este ángulo una fundamentación, que en pos de lo positivo será necesario remarcar aquellas posturas de la ley en un campo acotado que involucra el campo de lo jurídico. El tema cobra relevancia frente a todos los parámetros que hay que observar y tener presente tanto para el juzgador como para los efectores de la salud. Como es un fenómeno de la realidad se observa en gran medida la realización permanente de contratos de maternidad subrogada, sin respuestas suficientes por parte del Estado para asegurar por ejemplo, el status del recién nacido.

Objetivos:

OBJETIVOS GENERALES:

- Conceptualizar el reconocimiento de la maternidad subrogada.

- Describir su tratamiento jurídico actual y la naturaleza de la problemática.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Analizar la problemática de la regulación normativa y sus falencias.
- Identificar la normatividad legal vigente en Argentina y en otros países en cuanto a la maternidad subrogada.
- Analizar la situación actual, las distintas posturas al respecto y hacer un análisis comparado.
- Analizar el impacto social del tema abordado
- Efectuar un análisis crítico de la importancia de la regulación específica y no general.

Capítulo I

“RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA”

**SUMARIO: 1. Introducción 2. Conceptos básicos y evolución
3. Causas y Variantes 4. Naturaleza jurídica 5. Aspectos psicosociales
6. Conclusión.**

1. Introducción

Inicio este capítulo con el recorrido que tuvo el tema en cuanto a antecedentes, conceptos, documentos en los que se apoyo, planteos, derechos y causales en general que los detallo a continuación, y, por ser éste, el primer capítulo del trabajo aclaro que si bien es estrictamente jurídico, es primordial explicar conceptos antes de comenzar con el análisis concreto de la problemática que implica la falta de una ley sobre maternidad subrogada en Argentina, la cual va a garantizar el respeto del derecho sobre la dignidad humana.

Consecuentemente, la importancia de analizar a la maternidad subrogada en general, radica que si vamos a reclamar la sanción de una ley ESPECÍFICA es necesario conocer y saber de la misma.

2. Concepto, antecedentes de evolución y referencias históricas sobre maternidad subrogada.

Para poder ingresar al tema de análisis he considerado referenciar las nociones básicas desde la concepción misma para definir de lleno a la maternidad subrogada que la diferencia de la concepción natural.

La única maternidad por sustitución era aquella que no derivaba de una realidad biológica sino por medio de la costumbre, según la cual si una mujer era estéril o por si el transcurso del tiempo o por cualquier causa dejaba de ser fértil le daba a su marido a una esclava para poder ser fecundada.

La nueva realidad es que la maternidad se encuentra cuestionada por su falta hoy de certeza y es por eso que las legislaciones de los diferentes países donde se trata están ocupando esfuerzos para legislarla y reglamentarla.

Maternidad: la ciencia médica la define como: “relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”. A través de la evolución histórica, la nueva noción de maternidad presenta una evolución en diversas transformaciones por los avances tecnológicos, estos avances han producido un alto impacto en las bases de la institución familiar y específicamente en la procreación.

La madre biológica es aquella en la cual recae la etapa gestacional, donde puede coincidir o no con la madre genética o la madre legal. Mientras que la madre genética es aquella que proporciona el material genético que al ser fecundado con el espermatozoide genera un cigoto del cual se desarrolla un nuevo ser.¹⁵

La maternidad subrogada es aquella por la cual una mujer distinta a la madre genética lleva implantado dentro de su útero un embrión hasta el momento del nacimiento para que otra mujer o pareja pueda gozar de todo aquello que conlleva la maternidad. Vulgarmente se la conoce como “alquiler de vientre”, pues es una práctica que consiste en contratar los servicios de una mujer para que esta lleve adelante el embarazo con la intención y compromiso de entregar al niño al nacer a la persona quien se lo ha encargado.

La evolución de la figura y la distinción entre las distintas situaciones ha permitido advertir que la expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobarlas a todas. Según el diccionario de la Real Academia Española subrogar es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se lo identifica con aquellos supuestos en lo que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y también material genético. Actualmente se utiliza el término “sustitución”, para especificar que se gesta (y solo se gesta) para otro y por otro que no pueda hacerlo.¹⁶

En los ordenamientos en los que la maternidad subrogada se recepta de manera más generalizada se instrumenta mediante acuerdos comerciales, por los cuales el

¹⁵ ZANONI, Eduardo- El derecho de familia II, 2 Edición.

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española - Madrid-1992.

individuo o pareja paga a la madre subrogada una suma dineraria dirigida a compensar los gastos básicos derivados de la gestación, más una suma adicional a la agencia que actúa muchas veces de intermediaria, encargada de buscar la candidata idónea y formalizar el acuerdo entre las partes.

La Dra. Naranjo define al “contrato de maternidad subrogada” como un contrato de derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria a dejar que se le implante un óvulo fecundado de otra mujer o, un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante inseminación con el espermatozoides del hombre, ya sea su marido o compañero permanente (si lo tiene), con la obligación de entregar la criatura después del nacimiento a las otras partes contratantes. Según la autora es un contrato cuyos caracteres son: bilateral o unilateral, dependiendo de que haya o no una remuneración, consensual o solemne según la legislación de cada país, oneroso o gratuito, será oneroso aleatorio en cuanto a que las dos partes se beneficien, pero las prestaciones no son equivalentes dándose un riesgo de tener pérdidas o ganancias, sino hay remuneración es gratuito, es principal dado que no necesita de un acto anterior y de ningún acto jurídico, es innominado en los países que no definen este tipo de contratos, es de tracto sucesivo ya que las prestaciones se cumplen en el tiempo (nueve meses de embarazo) y con autonomía de la voluntad ya que las partes son libres y están en paridad de definir las cláusulas del contrato. Asimismo, señala también como requisitos la capacidad, el consentimiento, el objeto (que para algunos países es el bebé y para otros el óvulo), la causa y forma. ¹⁷

En la maternidad subrogada se plantea la existencia de un nuevo tipo de parentesco, que será parentesco genético, si los hijos son concebidos por gametos pertenecientes a la pareja recurrente, si los hijos son adquiridos en algún banco de

¹⁷ NARANJO RAMIREZ, Gisela. “La maternidad delegada, sustituta o por encargo” – 1994. Pag.22

semén y/o de óvulos deberían ser considerados como hijos adoptivos de la pareja recurrente e igual situación si es el óvulo de la madre delegada.

Zannoni agrega un componente más al concepto de maternidad subrogada diciendo que “la maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevara a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja”, la diferencia radica en que no solo el óvulo de la mujer que solicita el bebé o el semén de su esposo se encuentra, sino que ambos dan origen a un embrión que se implanta en la madre subrogada.

La subrogación va planteando numerosos problemas y dificultades éticos aún no resueltos y es indispensable cambiar los tradicionales esquemas de pensamiento, éticos, morales, sociales y jurídicos para abordar todo este tipo de cuestiones, donde la pregunta sería...Argentina está preparada para ello?

3. Variantes, opciones para realizarlo y causas que contempla la maternidad subrogada.

Casos de opción para realizar esta práctica:

- Histerectomía de la mujer (extirpación de su útero)
- Deformación congénita del útero
- Si se ha sometido a numerosos procedimientos y no ha obtenido resultados

Posibles variantes:

- Vientre de alquiler completo
- Vientre de alquiler gestacional empleando óvulos de futura madre
- Vientre de alquiler gestacional empleando óvulos de donante y esperma del esposo

Posibles variantes en Argentina:

- Maternidad subrogada con gametos propios de la pareja que son padres pro-creacionales
- Maternidad subrogada donde el embrión se conformo con un óvulo donado
- Maternidad subrogada donde el embrión se conformó con un espermatozoides donado
- Caso en que ninguno de los padres pro-creacionales pueda aportar gametos y la mujer no pueda llevar a cabo el embarazo.

Posibles Causales:

- Mujeres que prorrogan la edad para ser madres con la eventual dificultad de infertilidad para después poder lograrlo.
- Mujeres sin parejas que quieren ser madres
- Esterilidad de la mujer por diferentes problemas médicos
- Incremento de deseos de paternidad en las parejas homosexuales de hombres gays de ser padres. En estas circunstancias la única alternativa es gestarlo en el cuerpo de otra paciente.

Posibles problemas que se presentan:

- Se disocia voluntariamente la maternidad con prescindir del interés del niño.
- Contraria al orden publico
- Derecho de la madre gestante a no entregar el niño
- El derecho a repetir lo pagado cuando la madre portadora se niega a entregar el niño
- La revocabilidad del acto
- Necesidad del consentimiento expreso del marido de la madre portadora

- Posibles derechos hereditarios del niño cuando sus padres biológicos mueren durante la gestación.

4. Naturaleza Jurídica del contrato de maternidad subrogada.

Naturaleza privada: es la declaración de voluntad entre partes de una relación jurídica que se expresa en un documento privado.

Encuadre Jurídico: En la maternidad subrogada por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, la madre sustituta da su útero para que en él sea implantado un embrión. Este acto no puede ser nunca calificado como un contrato, ya que para Argentina el cuerpo humano está fuera del comercio. Por regla general en este tipo de contratos el consentimiento del sujeto priva de ilicitud el acto, siempre que con ese acto no se vulnere ni la ley ni la moral.

5. Aspectos psico-sociales de la maternidad subrogada.

Considero que es indispensable indagar sobre ideas y cuestiones relativas al derecho de familia ya que se advierte a la maternidad subrogada como un hecho y puede ser observada desde otras disciplinas para lograr un mayor entendimiento.

El progreso del derecho solo puede ser el resultado de un trabajo colectivo de las ciencias sociales. La maternidad subrogada en sus diferentes modalidades puede ser abordada por: la psicología, la antropología y la sociología entre otras.

Las personas que nacen a través de estas técnicas de Reproducción Humana Asistida se les dificulta el proceso de subjetivización desde la mirada del psicoanálisis y no pueden ejercer el derecho a la identidad ya que se vulnera el acceso a la verdadera genética desde el punto de vista del derecho.

La ciencia nos coloca en el lugar de tener que pensar lo impensable, lo inédito, aquello que no tiene precedente en la historia y se profundiza el problema del origen, se reemplaza a la sexualidad, el circuito generacional y es de difícil tramitación tanto para el psiquismo como para el derecho en general, ya que la respuesta será ficcional mientras no haya nada que lo regule. Si bien por ejemplo la adopción es una ficción, no se la puede confundir con estas prácticas, ya que es necesario hacer diferencias y concordancias con el alquiler de vientres e inseminación con semen de donantes y las madres excluidas, en ambas hay un punto de linaje genético y gestacional al social, pero en ambos hay alguien que queda en la sombra, la madre biológica en la adopción, la portadora y el donante de semen en los casos de alquiler de vientre. En cuanto a las diferencias, la adopción es un acontecimiento en la historia familiar del sujeto, pero no en lo social, que es una institución tradicional, en el que si se conserva el paradigma de la escena primaria (relación sexual) y el cuerpo de la madre como sustrato de la contigüidad biológica, es difícil inscribir lo radicalmente nuevo.

En cuanto al “Derecho del hijo”, el discurso de la ciencia tiene una respuesta amplia sin límite alguno, alejado fuera de toda ética, donde el éxito está en la medida que se produzca el embarazo. El discurso de las personas que desean sin límite ser padres justifica el acceso a un embarazo sin miramientos a los medios utilizados, posicionándose como víctimas de enfermedades o discriminaciones sociales, inscribiéndose en la necesidad de ser padres como un genuino deseo de tener un hijo. El derecho al hijo es en tanto portador de la genética, de los cromosomas de sus padres o adoptarlo en el sentido tradicional del término y con las dificultades propias por las que se tiene que atravesar.

6. Conclusión.

Si bien es cierto que esta técnica o práctica no es nueva, no es un surgimiento de esta época, también es verdad que es a partir de la última década que las mismas han tenido auge, esto no solo se debe al avance vertiginoso de la ciencia en comparación con esta práctica sino también que en la actualidad, las mujeres están más dedicadas a la profesión, razón por la cual cambian el orden de prioridades y comienzan más tarde a buscar un hijo y formar su familia dejando pasar la edad biológica normal, es allí cuando aparecen los problemas de esterilidad e infertilidad, entonces, es la ciencia que brinda a estas parejas la posibilidad de tener hijos aún cuando por los medios naturales les sea imposible.

Los problemas que se presentan con este tipo de prácticas giran solamente alrededor de sus protagonistas, por un lado los padres genéticos (con su deseo de concretar su voluntad pro creacional), la madre gestante (quien podrá tener un interés económico, o por el contrario, un interés altruista) y trascendiendo a estas realidades el embrión que reclama su respeto a la vida, identidad y un desarrollo digno.

En Argentina debemos hablar solo de maternidad subrogada altruista, es decir no se admite como en California o Florida el alquiler de vientres propiamente dicho.

Es por eso que quise plantear en qué consiste este tipo de maternidad, sus características principales y cómo se regula en nuestro país y en otros países del mundo, ya que, he considerado que por ser una cuestión de familia deba ser tratado de forma interdisciplinaria, lo cual dará lugar a verlo de manera específica, dando respuesta hoy, a todos por igual la posibilidad de tener un hijo.

Capítulo II

“REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA”

SUMARIO: 1. Introducción 2. Fallo relevante para el reconocimiento en Argentina 3. Maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado 4. Maternidad subrogada en el Nuevo Código Civil y Comercial 5. Conclusión.

1. **Introducción.**

En este capítulo hago referencia a uno de los temas más importantes que quiero remarcar de este trabajo, el cual es la incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial sobre el tema de manera general. Hice un camino que refleja el primer caso más relevante, cambios y reconocimientos en el país, también menciono y vinculo a la maternidad subrogada con el Derecho Internacional para poder llegar a través de este recorrido a un ordenamiento que nos permita encontrarnos con el formato actual y su aplicación para el año 2016.

2. **Jurisprudencia Argentina.**

En el contexto de la Jurisprudencia Nacional, el primer precedente se presentó en Julio de 2012, ya que un niño hijo de dos varones argentinos y nacido en la India por la práctica de la maternidad subrogada fue inscripto en el Registro Civil de la ciudad de Buenos Aires como hijo de dos varones, donde se considero como el primer reconocimiento en Argentina de una inscripción de copaternidad igualitaria. Es muy importante este precedente dado que habitualmente en el caso de dos varones se reconoce solo la paternidad de quien aportó el material genético, debiendo el otro recurrir a la práctica de la adopción del hijo del conyugue o del concubino. Los sustentos jurídicos que invocaban esa decisión eran: el art. 16 de la Constitución Nacional Argentina y leyes 26.618, 26.061, 23.592 y 23.054. Por el art. 16 de la CN se consagra el Principio de Igualdad Formal, por la que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. Por la Ley de Matrimonio Igualitario existente desde el año 2010 los matrimonios pueden ser formados por personas del mismo sexo cuyos derechos y deberes deben ser amparados en igualdad de condiciones.

La ley 26.618 plantea en su Art. 14 la prohibición de interpretar y /o aplicar la misma como obstáculo al ejercicio del goce o derechos por parte de parejas de igual o diferente sexo convirtiéndose en una de las principales normas que habilitan la copaternidad con el fin de garantizar la igualdad de derechos a los niños nacidos en estas familias.

La ley 26.061 “Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes” que en su Art. 3 define el interés superior del niño, sintetiza lo referente a obligaciones paterno-filiales, derecho de alimentos, etc.

También el precedente se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la ley 23.054 en 1984 pautando la no discriminación ya que en el caso de no reconocerse la partida de nacimiento otorgada en la India a nombre de dos progenitores varones, se discriminaría al menor con respecto a otros niños cuya partida extranjera es aceptada en nuestro país.¹⁸

3. Maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado.

Teniendo en cuenta que el Derecho Internacional Privado es la rama del Derecho Privado que se ocupa de aquellas relaciones jurídicas extra nacionales bien sea por contener elementos extranjeros a través de los sujetos que la componen, del objeto que las ocupa o de la forma que revisten, se puede analizar que ésta debe hacerse cargo de nuevas relaciones jurídicas y efectos, tal como la filiación internacional derivada de la maternidad subrogada viéndose directamente involucrada.

Es común hoy en día verificar la realización de contratos onerosos de maternidad subrogada con total facilidad, donde se reconoce como un negocio global, siendo admitida esta situación inclusive por la Conferencia de La Haya.

¹⁸ MAICA Y JUAN “Primera inscripción de una niña nacida por maternidad subrogada”- Buenos Aires, Jueves 15 de Agosto de 2012.

Fundamentalmente hay tres cuestiones propias del Derecho Internacional Privado que se hallan involucradas:

- Determinación del derecho aplicable a la relación jurídica
- Reconocimiento y ejecución de sentencias
- Competencia judicial internacional.

En principio ante la carencia de jueces internacionales la competencia recae en jueces nacionales.

Siguiendo la opinión de Beatriz Campillo si se plantea un conflicto de jurisdicción (dos jueces competentes) ella sostiene que es recomendable escoger el foro en el que se pueda ejercer la coacción de las personas y los casos, o en caso negativo poder acudir para que se permita la competencia del juez donde se pueda hacer la coacción.

Es muy común ver contrataciones por internet sobre maternidad subrogada donde se realizan con suma facilidad, a través de este medio o agencias en lo que las partes pueden elegir, siendo necesario que el juez demuestre enfáticamente que el foro resulta inconveniente para las partes.¹⁹

En cuanto al derecho aplicable podemos tomar dos caminos, el derecho del foro o el derecho extranjero. Frente a la maternidad subrogada algunos autores consideran que negarse a aplicar el derecho extranjero es excluirse de la comunidad internacional.

Con respecto a la calificación no se puede hablar en la maternidad subrogada de una calificación en sentido estricto porque las mismas se basan en un procedimiento de las Técnicas de Procreación Humana Asistida, si se permitiera calificarlas estrictamente se entenderá que son iguales que estas técnicas con algunas variantes respecto a derechos y obligaciones de los contratantes.

¹⁹ “CAMPILLO VELEZ, Beatriz,” Realidad y reflexión de las técnicas de reproducción asistida”.

En caso de presentarse un conflicto móvil siendo sumamente difícil de determinar el derecho aplicable se podría solucionar a través de la interpretación, con un criterio flexible en la que el juez resuelva de acuerdo a la que tenga la conexión más razonable con el conflicto.

Tomando de referencia un caso que tuvo relevancia a nivel internacional, en EE.UU tuvo gran repercusión pública, por el cual la madre biológica de Melisa Stern, nacida en 1985, rehusó ceder la custodia a la pareja con la que había contratado la maternidad. El tribunal de Nueva Jersey otorgó la custodia a los padres biológicos. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato aunque mantuvo la tendencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para Melisa. Diez años más tarde la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visitas. Las críticas que se plantean es si la madre de alquiler trasciende de un negocio concreto para convertirse en una profesión.²⁰ De acuerdo a lo citado y expresado por el mismo, la Corte tomó en consideración la posición estricta primariamente y años más tarde aplicó la posición flexible interpretando la mejor solución para la madre biológica.

4. Maternidad subrogada en el Nuevo Código Civil y Comercial.

Como lo expuse anteriormente, en el Código Civil Argentino no hay disposición alguna en que se recepcione a la maternidad subrogada, menos aún la posibilidad de adquirir la filiación por las Técnicas de Reproducción Asistida, solo se encuentran contempladas la filiación biológica y la adoptiva (art. 240), teniendo en cuenta la época en que Vélez Sarsfield redacta el mismo donde los avances tecnológicos no son los

²⁰ Case Baby M. - Melissa Stern. EE.UU.

mismos que en la actualidad. Asimismo nuestro Código Civil guarda silencio en base a la filiación internacional no hallándose ni siquiera mención del tema.

Donde puedo soslayar que ante una realidad ya consumada solo podría hallarse la filiación mediante la figura de la adopción, siendo el padre comitente biológico o adoptivo según haya aportado sus gametos o no y su pareja adoptante.

Con el proyecto presentado y unificado en lo que hoy es el nuevo Código Civil y Comercial en el que entrará en vigencia en el 2016, cubriría en parte el vacío normativo que hay hasta este momento en cuanto a la problemática. El mismo cuenta con normas sobre filiación por Técnicas de Reproducción Asistida y además incluye una gran novedad que son las normas de Derecho Internacional Privado sobre filiación por naturaleza y Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En cuanto al ámbito interno, el Nuevo Código legisla la maternidad subrogada en el Libro Segundo “De las relaciones de Familia”, Título V “Filiación”, Capítulo 2 “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida “.

*En primer lugar se incorpora la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), como forma para adquirir la filiación, con los mismos efectos que las existentes (por naturaleza y por adopción plena), estableciendo como límite que ninguna persona pueda tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

*En cuanto a los certificados de nacimiento serán redactados de tal forma que de ellos no surja distinción alguna sobre la fuente de adquisición de la filiación.

*Se pauta además la necesidad del consentimiento previo que debe ser informado (es definido como la aceptación de una propuesta y la autorización para proceder de conformidad) y libre, de todas las partes, ajustándose a lo que establece el Código y por alguna ley especial existente.

* La filiación quedara establecida entre el nacido y el o los comitentes mediante:

- Prueba del nacimiento
- Identidad del o los comitentes
- Consentimiento homologado por autoridad judicial:

A)-Por una parte que un profesional médico capacitado actué sobre el cuerpo de otra como manifestación que va actuar y disponer como si fuera su propio cuerpo.

B)-Por otra, un elemento volitivo que define a la aceptación de las consecuencias propias de la manipulación médica.

*En cuanto a la voluntad pro-creacional para mi modo de ver es el elemento más importante para la determinación de la filiación cuando se ha producido a través de TRHA, con total independencia si el material genético pertenece a las personas que efectivamente tienen la voluntad de ser padres o madres o de un tercero ajeno a ellos. De modo que el dato genético no es el definitivo para la creación del vinculo jurídico entre una persona y un niño nacido mediante estas técnicas, sino quien o quienes han prestado el consentimiento para el sometimiento de ellas.

*El niño nacido por aplicación de TRHA, no se verá impedido de conocer sus orígenes ya que el art. 564 pauta puntualmente el derecho a la información del mismo.

*Se va a proteger al embrión considerándolo PERSONA desde el mismo momento del implante.

*También se establece que para que un juez homologue el acuerdo gestacional se prevee un proceso judicial con reglas propias que finaliza con una autorización judicial, que deberán respetarse ciertos requisitos, entre ellos:

- Qué se tenga en cuenta el interés superior del niño.
- Qué la gestante tenga plena capacidad, buena salud psíquica y física.
- Qué al menos uno de los comitentes haya aportado sus gametos.

- Qué el o los comitentes posean imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.

- Qué la gestante no aporte sus gametos, no reciba retribución y no se halla sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces, y que no haya dado a luz por lo menos a un hijo propio.

Todos estos requisitos contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su propio cuerpo lo haga libremente y que este recurso tan debatido no sea usado como un mero capricho sino como una alternativa

*Los médicos no pueden proceder a la realización del implante sin una autorización judicial previa, que en caso de no existir, esta filiación por TRHA se determinara por las reglas de filiación por naturaleza.

*También se incluyen normas de Derecho Internacional Privado que versan sobre la ‘Filiación por naturaleza y TRHA’, están establecidas en los art. 2631 a 2634, a modo de ejemplo el Código establece=

***Jurisdicción:**

-Con respecto a las acciones referidas a la determinación e impugnación de la filiación, se interpondrán a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor.

-En las acciones de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento.

***Derecho Aplicable:**

-Acá se recepcionan los derechos fundamentales del hijo permitiéndole al juez escoger entre el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo de nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de la celebración del matrimonio.

Determinando el derecho aplicable se llega a la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, requisitos y efectos de la posesión de estado.

-En cuanto a las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor bajo las mismas situaciones. La capacidad del autor del reconocimiento se regirá por el derecho de su domicilio y la forma por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo según el art. 2633.

-Se incluye el art. 2634 que es el reconocimiento del emplazamiento filial en el extranjero con la condición que no se afecte el orden público y el interés superior del niño, permitiéndole al juez el control del orden público internacional que apreciara en el caso concreto.

5. **Conclusión.**

En esta sociedad globalizada, internacional e intercultural de nuestros días somos parte de vertiginosos cambios de todos los componentes, específicamente de la célula madre que es la familia.

La ciencia crece de manera exponencial desarrollándose entre otras cosas las TRHA, la maternidad subrogada o GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN como ahora lo va a llamar este nuevo Código Civil y Comercial. Se pierden las certezas, ahora la madre no es siempre cierta, disociándose un poco más la maternidad y se construyen de a poco paradójicamente otras, como por ejemplo que el padre cuyos gametos se utilizan adquiere una certeza absoluta. Considero que es necesaria una mayor celeridad en las normas que den respuestas satisfactorias a estos interrogantes jurídicos de estas realidades que nos afectan en la actualidad.

Así es que Argentina en su nueva normativa asume un cambio respecto de estas técnicas y con un acierto destacable al incorporar normas de Derecho Internacional Privado referidas a la filiación, poniendo al orden público como límite y admitiendo por primera vez la maternidad subrogada, tema este desconocido y desactualizado.

Son importantísimos los cambios venideros ya que la nueva figura estará regulada con los límites claramente establecidos. Si bien existen opiniones controvertidas a favor y en contra donde no es mi intención detenerme en ellas, pues estas TRHA bien reguladas configuran un gran avance para aquellas personas que tienen la necesidad y quieren ser padres, dándole respuestas no solo a estos, sino al avance de la tecnología.

Capítulo III

“DERECHOS COMPROMETIDOS EN LA PROBLEMÁTICA”

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derechos 3. Conclusión.

1. **Introducción.**

En este capítulo ya que nos enfrentamos a diferentes cambios en el país de acuerdo a la regulación, quiero mencionar algunos de los derechos que se pueden ver afectados por el uso de estas técnicas, ya sea por omisión o por mala interpretación de la nueva ley pronta a ponerse en vigencia.

2. **Derechos fundamentales comprometidos con la realización.**

Cuando me refiero a derechos fundamentales se entiende que son derechos inherentes a la persona humana.

Dentro del tratamiento de lo que es persona para el derecho argentino estamos en presencia de una evolución de leyes, donde se comenzó a tratar a la persona más dignamente y como un sujeto de derecho conforme al respeto de los derechos humanos consagrado por la Constitución Nacional, reformada en el año 1994, incorporándose el Art. 75 inc. 22 en el que otorga raigambre constitucional a tratados internacionales que en él mismo se mencionan.

El derecho se sirve como pilar de tres valores fundamentales para garantizar el derecho a la vida: dignidad, autonomía y e inviolabilidad de la persona.

Siguiendo a la Dra. Krasnow ²¹ el derecho a la vida unido al de dignidad es el derecho que tiene todo hombre de ser considerado y respetado como ser humano con el conjunto de atributos que le corresponden por su condición. Donde mediante la utilización de estas técnicas que conllevan la maternidad subrogada hay derechos fundamentales del nasciturus que se encuentran comprendidos y que pueden llevar a perjudicar el embrión.

²¹ KRASNOW, Adriana Noemí, Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad 1era Ed. Bs As La Ley 2005.

-Entre ellos se pueden mencionar:

- **DERECHO A LA VIDA:** se debe tener en cuenta la situación especial del embrión humano cuya creación y destino depende de la decisión de sus progenitores o de un equipo de salud, etc.

Cabe destacar que en nuestra legislación la protección del embrión humano se efectúa desde el momento que es implantado.

- **DERECHO A LA DIGNIDAD:** impone tratar al embrión humano como sujeto de derecho portador de derechos fundamentales en igualdad de condiciones con el resto de los protagonistas implicados

- **DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA:** guarda relación con el valor inviolabilidad.

- **DERECHO A TENER UNA FAMILIA:** tiene el derecho a desarrollarse dentro de una estructura familiar no importando como esté formada la misma.

- **DERECHO DE IDENTIDAD:** entendiendo la misma como un proceso que nace con el individuo y se extiende durante toda su vida.

*Un equipo de investigadores de la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora estudiaron el fenómeno de la maternidad subrogada y leyes que rigen a nivel nacional e internacional y advirtieron que si bien el instituto se encuentra legislado en una gran diversidad de estados, el objeto principal es la reglamentación o prohibición de su celebración por lo cual la ausencia de ello conlleva a descuidar los derechos del niño involucrado recayendo en una gran desprotección.

3. Conclusión.

A partir de la reforma de 1994 tanto los derechos de los niños y la dignidad humana tienen raigambre constitucional, donde considero que es labor del Estado y los legisladores proteger de manera absoluta estos derechos por encima de cualquier interés particular. Es por ello que al regular esta figura el Estado no debe perder de vista estos derechos que son pilares fundamentales que pueden llegar a perjudicar al embrión.

Capítulo IV

“EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN ARGENTINA”

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Fallos relevantes. 3. Conclusión.

1. **Introducción.**

Cuando hablamos de que la justicia va a fallar sobre un caso de maternidad subrogada o Técnicas de Reproducción Asistida es lógico hoy en día que se manejen conceptos poco claros, vagos, propios de las ciencias biológicas o que miremos sentencias de otros estados, por eso es que quiero reflejar en un capítulo y no plasmarlo en un anexo, sino contar, narrar lo que vivieron esas personas en cuanto a la repercusión que tuvo en el país, ya que fue una novedad cuando se inscribió por primera vez niños provenientes de una gestación sustituta. Solo dos casos sellaron un cambio, pues a través de la confianza de esas personas que fueron protagonistas hoy en día se puede analizar este tema y por primera vez deja de ser prohibido para estar reglamentado.

También existe un caso simbólico en la Provincia de Santa Fe, en la que una mujer por primera vez se ofreció como madre sustituta en la ciudad de San Lorenzo para ayudar a ser padres a una pareja de la ciudad de Santo Tome.

1. **Fallos relevantes.**

A)- Primer fallo sobre maternidad subrogada.²²

Una pareja heterosexual contrae matrimonio en noviembre de 2006, desde ese momento comenzaron con la búsqueda en pos de concebir un hijo.

Tras ello, las posibilidades de la mujer de acceder a un embarazo se tornaron nulas siendo la única alternativa posible el acudir a la Fertilización in Vitro con subrogación uterina.

Aparece en escena una amiga de la mujer del matrimonio que se ofrece voluntariamente a prestar su vientre para la implantación de un embrión de la pareja, esta mujer ya es madre de cuatro hijos, y es la primera vez que presta conformidad para

²² <http://www.lanacion.com.ar/1595818-fallo-inedito-en-el-pais-sobre-vientres-de-alquiler>

dicha práctica médica y lo hace con un fin altruista sin compensación económica alguna.

- El encuadre legal actual que permitió la resolución:

Al momento del parto, de conformidad con la ley 24.540 mediante la cual se crea un régimen de identificación de los recién nacidos, se relevan todos los datos tanto de la madre como del recién nacido, sin perjuicio de ello, esto no significa que el recién nacido ya tenga una partida de nacimiento, y con ello que haya acto de emplazamiento en el plano jurídico. Legalmente el niño no tiene ni maternidad ni paternidad acreditada.

Se expide sí, un certificado de nacimiento, que luego deberá ser presentado ante las autoridades del Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas para inscribir el nacimiento. De esta manera tenemos una realidad biológica, ocurrió un parto, sin embargo, no hay vínculo jurídico aún, ya que no hay acto de emplazamiento desde la óptica técnico-legal.

Como este hecho ha sido coordinado por los padres biológicos y la madre gestante, al momento de la presentación del pedido judicial de inscripción de nacimiento, nunca se había pasado por el Registro Civil a gestionar la partida de nacimiento del recién nacido, ni su correspondiente documento nacional de identidad.

La mujer gestante que intervino en el caso que hoy traemos a colación tenía hijos. Prestó su consentimiento en el mismo ítem de la acción inicial y declaró no haber recibido remuneración alguna más allá de prestaciones médicas. La mujer también afirmó que su decisión de asumir la gestación de un embrión ajeno se basó en que era la única manera para que su amiga tuviera su hija.

Para que el fallo fuera posible la acción judicial debería estar apuntada a desvirtuar la presunción de maternidad que establece el art. 242 del Código Civil, y por otro lado a acreditar la realidad biológica, y esto fue lo ocurrido.

Resulta necesario destacar que lo trascendente del fallo está dado no solo por ser el primero a nivel nacional en resolver cuestiones de filiación a través de estas técnicas de maternidad sustituta, sino en que no resultó necesario la declaración de inconstitucionalidad de norma alguna.

B)- Voces: **FERTILIZACIÓN ASISTIDA - PARTIDAS - FILIACIÓN – PERSONA RECIÉN NACIDA**
 Partes: N.N. | **inscripción de nacimiento**
 Tribunal: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil**
 Sala/Juzgado: 86
 Fecha: 18-jun-2013
 Cita: MJ-JU-M-79552-AR | MJJ7955

Se ordeno la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores, quienes ante la imposibilidad biológica de concebir, recurrieron a la técnica denominada 'gestación por sustitución'.

Es el primer fallo judicial sobre “maternidad subrogada” en la Argentina, antes de que esta figura se incorpore al nuevo Código Civil y Comercial que asimismo por primera vez inscriben a una nena resultante de ello. Sucede que B.M fue concebida en el vientre de una amiga de la mamá que, desinteresadamente, se ofreció para gestar el embrión, fruto de la pareja.

Nunca antes la Justicia había intervenido en el caso de un bebé concebido en un vientre sustituto en el país. Y mucho menos, ordenado la inscripción del niño como hijo de sus padres biológicos (porque el óvulo y el espermatozoides son de la pareja). Hasta ahora se conocían casos de vientres alquilados en países que tienen legislación específica.

La beba nunca tuvo partida de nacimiento. Sólo el certificado de nacimiento, la jueza Carmen Bacigalupo, del juzgado civil 86 de Mendoza, le otorgó al matrimonio la

maternidad subrogada. A la beba le hicieron un examen de ADN y se confirmó la filiación biológica de los padres. Ahora la beba tendrá su partida de nacimiento y su DNI.

Juan De Gregorio (44) y Maica Morales (40) se casaron en 2006. Desde entonces buscaron cumplir el sueño de ser padres. Ella perdió dos embarazos; el segundo alcanzó los seis meses de gestación y en una delicada intervención perdió el útero, aunque pudo conservar los ovarios. Pero sus posibilidades de quedar embarazada se tornaron nulas. Pensaron en adoptar. Se anotaron. Les dijeron: “Los podemos llamar en meses, años o nunca”. La única alternativa que les quedaba era acudir a fertilización in vitro: unir sus óvulos con el espermatozoide de su marido y transferir ese embrión a un vientre prestado. Consultaron para alquilar un vientre en el exterior, pero desistieron por los altos costos.

Hasta que un día llegó la propuesta altruista de la amiga de Maica, una señora que era masajista y que vivió todo los procedimientos anteriores y que voluntariamente al ver la enorme frustración que significó para su amiga se ofreció gestarlo en su vientre ya que era una mujer de unos 40 años, separada y con hijos adolescentes que se negaban a que su mamá ayudara a Maica. De tal modo que cuando Maica comenzó su tratamiento terapéutico, su amiga resultó embarazada en el primer intento.

- El encuadre legal actual que permitió la resolución:

En palabras de Herrera, Lamm y Kamelmajer gracias a esas utilidades se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales en tanto si bien podremos hablar de utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica.

La presentación para que los autorizaran a inscribir a la niña se basó en el Art. 19 de la Constitución Nacional, en la Convención de los Derechos del Niño, en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial.

B.M. nació por cesárea en un sanatorio porteño en abril de 2012. Pesó 3 kilos. Maica y Juan presenciaron el parto.

Donde pese a lo expuesto no se rechazó la petición de inscripción de los autores cuando se solicitó, ya que se entendió que no reportaba un beneficio a ninguno de los interesados sino que el elemento más relevante fue el interés superior del menor. El concepto e interés superior del niño no está claramente determinado, pero el niño si no fuera por estas técnicas no estaría en este mundo.

* Por su lado, la Sra. Fiscal en su dictamen y el Defensor de Menores entendieron que corresponde la inscripción de nacimiento de la niña e imponer a los peticionantes hacer conocer a su hija su realidad gestacional. y que es lo que más responde al interés superior de la nacida en tanto, este principio ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del niño.

*Díaz de Guijarro sostiene que la procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados:

- A)-Voluntad Pro- creacional
- B)-Voluntad de la unión sexual
- C)-Responsabilidad Pro- creacional

La responsabilidad pro-creacional deriva de hecho de la procreación y de las consecuencias que esa produce de modo que si la unión sexual genera la fecundación nace la responsabilidad directa de los progenitores respecto de la persona por nacer.

La voluntad pro- creacional es el deseo de crear una nueva vida, querer engendrar un hijo, darle afecto, asumir la responsabilidad de su educación y crianza, donde

contiene en miras adquirir derechos, obligaciones emergentes de la relación paterno filial que es la típica fuente de la creación del vínculo.

*Considero interesante la postura de este autor ya que da un concepto claro y preciso de la cuestión, que puede tenerse en cuenta para poder entenderlo y trasladarlo a asuntos como los citados. Por el cual esas formas de concebir la familia requieren que lo más importante es que sean reconocidos sus derechos filiatorios.

En el país ya se han reconocido, registrado e inscripto a niños, antes de estos dos casos que expuse, por acontecimientos sucedidos en el exterior en el que se utilizó la técnica, pero siempre en el exterior y nunca en el país.

C)- Este caso lo quise plasmar dentro de este capítulo ya que no hay un fallo en consideración y es la primera vez que dentro de la Provincia de Santa Fe además del Proyecto presentado por el Dr. Monti se habla del tema.²³

Elisa dialogo con un canal radial conocido de la ciudad de Rosario y contó su historia. Elisa es una joven de San Lorenzo, tiene 25 años, tres hijos, vive con su pareja de 33 años. En el último embarazo, Elisa fue despedida de su trabajo, donde quedó con un bebe recién nacido y dos chiquitos de cinco y tres años donde fue en ese momento de desesperación que se entera que una pareja de la ciudad de Santo Tome, provincia también de Santa Fe buscaban una madre sustituta, por el cual surgió la idea de llevar adelante ese embarazo y poder conseguir trabajo o un hogar para su familia. Elisa era consciente de los riesgos que corría, no solo por su salud, sino que se pudieran arrepentir cualquier de los cuatro o que por cualquier motivo no quieran al bebe posteriormente, después de hablar tanto con su marido decidió comunicarse con la pareja de la ciudad de Santo Tome, ya que ellos sabían lo hermoso que era tener a un bebé y pensaban de esas parejas que lo deseaban y nunca lo podían concretar, lo veían

²³ www.unosantafe.com.ar/santafe/maternidadsubrogada.

como una ayuda mutua entre las familias, hablaron, les comentaron e insistieron que el aporte que ellos les hacían era totalmente sano, donde Elisa insistió que se cuidaría muchísimo, era sana, tuvo hijos sanos y por otra parte estaba desempleada y no haría esfuerzos mayores, pero todo era con una condición, a cambio de una casa donde vivir, ya que la pareja tendría su bebé y ellos un hogar donde vivir.

Las condiciones del acuerdo tendrían que acordarlos entre las dos familias, donde ya se había arreglado que se compraba la casa cuando el bebé nacía, se la daban pasando la propiedad a nombre de Elisa y quedaba solo resolver respecto al desarrollo del embarazo donde la pareja tenía que decidirse todo lo que se podía involucrar y en cuanto acompañaba el proceso.

Finalmente no se pudo llevar adelante, se rechazó por la decisión de la pareja de la ciudad de Santo Tome ya que consultaron con letrados y llegaron a la conclusión misma que el niño no se negocia, no es un negocio en sí, por el cual el Art. nro. 562, sobre las reglas relativas a la filiación por THRA del nuevo Código Civil y Comercial establece que quien desee tener un hijo y se vea impedido de hacerlo por las vías convencionales, prohíbe el pago para la mujer gestante de cualquier forma, salvo gastos o ayuda para cubrir el embarazo y posterior parto, pero la regla es que no reciba retribución alguna la mujer. Igualmente se planteó en cuanto a quien iba ser la madre, ya que en el momento que surgió la idea solo había un Anteproyecto presentado, y por tal vacío legal la mamá del bebé que nacía era la que lo paría.

2. Conclusión.

Tomando como referencia los fallos comentados se hace evidente que las soluciones a casos concretos que nos ofrece nuestra jurisprudencia son escasas actualmente y sumándole a esa cuestión el problema de que son enormemente

cuestionables, dudosos y que causa problema para aquellos que se ven ante la posibilidad de someterse a estas técnicas y cumplir el sueño de ser padres, pero careciendo de un marco legal que llene expectativas o los protejan de posibles abusos.

Capítulo V

“ENTREVISTA”

SUMARIO: 1. Introducción 2. Entrevista 3. Conclusión.

1. **Introducción.**

En este capítulo me propongo narrar la historia de una persona allegada, por el cual viví de cerca todo su recorrido para ser mamá, conforme a ello no es una persona que marchó por la maternidad subrogada (actualmente como ya mencione hay escasos casos en la Argentina), porque en este caso es una fecundación in vitro, fecundación que entra dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) junto con la maternidad subrogada.

Por el cual realizo esta entrevista libre, en la que quiero remarcar todo lo que siente, vive y transcurre una persona hasta llegar al resultado deseado, no solo por los propios protagonistas sino también sus allegados, conociendo causas y consecuencias que trae este fenómeno en las mujeres que se someten a estos tipos de tratamientos.

2. **Entrevista:**

Juliana, rufinense, santafesina de 39 años es una sobreviviente de un cáncer que le arrebató una mama, pero el deseo de completar su familia fue más fuerte y la fecundación in vitro le dio la oportunidad que necesitaba. Para ella y su marido el poder tener a Emilia fue un sueño hecho realidad donde no fue fácil y es por eso que quiero transcribir su experiencia y plasmarla para casos equivalentes que utilicen estas técnicas.

- Porqué aceptaste contar tu historia cuando te lo propuse? Para ilusionar aquellas parejas que llevan mucho tiempo en algún proceso de adopción o previenen que los trámites se alarguen durante años y no ven otra salida posible, aquella gente que tiene miedo, miedo que nos los ampare la ley, miedo que les quiten a sus hijos, miedo en cuanto a su cuerpo, miedo en cuanto a clínicas o médicos que lo practican o personas que económicamente no son muy solventes y no pueden pagar estos tipos de procedimientos. Al principio nosotros te soy franca

pensábamos que estos procedimientos eran para gente rica, pero fuimos investigando, buscando precios, preguntando formas de pagos, porque lo intentamos tres veces y después de tantas veces cada vez aprendíamos mas como por ejemplo luchar con el banco para que nos de un crédito un poco más alto del que podíamos solventar.

- Qué es lo que los llevo a tomar esta opción en vez de la adopción? Fue a raíz de una reunión que tuvimos juntos con mi marido y la psicóloga por el cual ese día nosotros estábamos convencidos de adoptar, pero una vez que salimos del consultorio nos desanimamos muchísimo. Queríamos adoptar en el país y por lo que habíamos averiguado el proceso podía alargarse demasiado, la adopción en la mayoría de los casos está pensada para cubrir las necesidades del niño y no la de los padres, además ya llevamos años buscando naturalmente y no quedábamos y para nosotros era una tortura seguir esperando tiempo porque pensábamos que era tiempo perdido.
- Crees que las parejas que deciden empezar con un proceso de adopción o reproducción asistida tras no conseguir un embarazo llegan a superar algún día el duelo por no poder ser padres naturales? Hay parejas que sí, he visto muchas parejas en las reuniones que nos juntábamos en Rosario o Venado Tuerto en unas charlas que íbamos de un centro que nos habíamos anotado para adoptar y muchas de ellas estaban dispuestas a adoptar chicos con alguna discapacidad y es sorprendente la calidad de esas personas, la gente tan buena que hay en el mundo pero la gran mayoría se cansa, se cansa de las entrevistas, de los trámites, de las evaluaciones psicológicas que te hacen, haciéndote ver que lo tienen superado y en realidad no es tan así.
- Hasta qué punto puede llegar a desgastar psicológicamente el sufrimiento que provoca la infertilidad? Cuando quieres tener hijos y no puedes, no te sientes

completo, no te sientes que completaste tu familia, es como que la vida te machacara y no te permitiera ser feliz. Ese sufrimiento provoca ansiedad.

- Cómo se inicio tu experiencia con la fecundación in vitro? Después del cáncer, después de la gran depresión que tuve y que pude salir adelante lo que me anhelaba era ser madre, y empezamos a buscar donde naturalmente por un problema genético de mi marido no podíamos y es por eso que recurrimos a informarnos sobre el tema y después a buscar el sitio correcto.
- Qué tuvieron? Una nena hermosa, bella, sana que se llama Emilia. Nació en Rosario en el mes de agosto ya hace dos años.
- Durante la búsqueda y el embarazo como han alcanzado el estado emocional y psíquico necesario para esta experiencia? DIOS! , Dios ha sido para mí y mi marido parte de todo este proceso en todo momento, yo soy muy católica y sabía que tarde o temprano me iba recompensar y que hay que esperar, no bajar los brazos y que todo pasa por algo, creo que este algo fue un aprendizaje incesante. También fue de mucha ayuda una psicóloga que tenemos de pareja ya que nos saco adelante después de mis quimioterapias, de mis malos estados de ánimo cuando intentaba fecundaciones y las perdía, que siempre nos decía que teníamos una gran capacidad de lidiar con estas situaciones, que sigamos siendo fuertes.
- Tienes algún consejo para aquellas parejas que quieren tener su bebe por medio de estas Técnicas de Reproducción Asistida? Siempre que me lo preguntan les cuento nuestra situación, lo que nosotros vivimos, es muy difícil porque muchas veces hay que intentar más de una vez, pero si es lo que quieres entonces hay que luchar por ese sueño y hacer lo que sientes, no lo que le parezca mejor a tu familia o a la sociedad, sino lo que vos y tu pareja quieren realmente. También tratar de ver todas las posibilidades, pues quizás para algunos es mejor la

adopción o para otros que se cansan de esperar o ven todo negativo seguir informándose, conocer todas las opciones, nuevos lugares, intentarlo nuevamente.

- Consideras que cualquier pareja con un problema de fertilidad grave está preparada para estos procesos? No, no todos. Tienen que tener capacidad para gestionar porque hay que esperar, realizar trámites, coincidir con los médicos correctos, pero con un poco de mentalización se puede. Meses antes de hacerte la fecundación lo único que haces es leer artículos, leyes, cláusulas para interiorizarte cada vez mejor pero todo se acaba con lo que cada uno se propone como pareja y después de hacerte mil preguntas sin respuestas llegas a la conclusión y decís podremos con esto? y se puede!
- Se arrepintieron en algún momento de haber escogido la fecundación in vitro? No, tuvimos mucho miedo con el dinero porque la última vez fuimos muy justos, lo que en esa única vez nos hizo plantearnos si seguíamos o no adelante.
- Cual ha sido el factor que ha determinado el poder cumplir su sueño de ser mamá? La valentía, el vencerle al miedo, el decir voy a intentarlo, puedo fracasar, y muchas veces fracase pero como mínimo haberlo intentado o probado una vez más. Y además la ilusión, que es lo que te hace superar todo.
- Porqué la reproducción asistida es tan cara? La ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida garantiza el acceso a estos procedimientos de fecundación a través de la Seguridad Social, sin embargo en la práctica los lapsos de espera en el sistema de Sanidad Pública son demasiado largos, mucho tiempo sobre todo si se tiene en cuenta que la principal causa de los problemas de fertilidad es el aumento de la edad de las mujeres que deciden ser madres. El tratamiento más básico y más barato de reproducción asistida es la inseminación artificial (unión del ovulo y espermatozoide en el útero), esta es la primera

alternativa y por lo tanto el más utilizado, su costo ronda para cada ciclo y es un tratamiento idóneo para ciertos casos porque cuando no se produce a través de la inseminación artificial el paso siguiente es la inseminación in vitro (unión del ovulo y espermatozoide en el laboratorio de reproducción), aun más caro. Es por eso que la mayoría elige centros habilitados cercanos a su domicilio y privados.

- Qué aspectos negativos se pueden plantear en estas prácticas? Entre un 10 o 15% de los ciclos son cancelados por una mala respuesta a la estimulación ovárica de la mujer cuyas causas pueden ser, la escasa aparición de folículos o niveles hormonales bajos, donde pueden afectar a la calidad de los ovocitos impidiendo determinar el momento de la ovulación. También pasa mucho que un cierto número de ovocitos son fecundados por varios espermatozoides y estos embriones que presentan varios pronúcleos no son viables, muchos con el consentimiento de la pareja los sobrantes los congelan.

3. Conclusión.

El clásico dicho “lo lleva en la sangre” que históricamente solíamos o solemos escuchar dio paso entiendo a un cambio hacia la frase “lo lleva en el ADN”. Estos factores que inciden sobre nuestra identidad, las experiencias cotidianas van haciendo que la sociedad cambie, y vayamos modificando nuestras costumbres, nuestra legislación.

La infertilidad cada vez afecta a más parejas en nuestra sociedad, un problema que en muchas ocasiones provoca un sufrimiento profundo y desestabilizador. Un gran número de padres y madres consiguen hacer realidad su sueño gracias a las avanzadas técnicas que existen hoy en día, pero a menudo esos tratamientos muchas veces fracasan y solo queda la opción de la adopción.

La fertilización in vitro se desarrollo por primera vez en Inglaterra, con el nacimiento de Louise Brown en el año 1978, desde entonces se han producido miles de gestaciones alrededor del mundo. En Argentina en el año 20 se sanciono la ley, hoy vigente, donde engloba las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), entre otras esta la fecundación in vitro.

Juliana y su marido Martin descubrieron que tras la imposibilidad natural que se les presentaba para ser padres descubrieron una nueva técnica y desde ese momento depositaron toda la confianza y esperanza en esa vía y ganaron la apuesta. Actualmente son padres de Emilia, una nena de casi 3 años de edad, viven en Rufino, ciudad al sur de la Provincia de Santa Fe, Argentina.

Capítulo VI

“CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS”

SUMARIO: 1. Conclusiones finales 2. Propuestas finales.

1. Conclusiones finales.

La experiencia en estos años ha demostrado la importancia de contar con una ley para fortalecer las acciones tendientes a lograr el mejoramiento de la salud en las personas particularmente si provienen de grandes cambios y avances tecnológicos o de la ciencia en sí misma.

Es razonable recoger aquellas normas dictadas en los diferentes instrumentos internacionales que han sabido generar aportes de gran significación al armado de un sistema que realmente pueda contener a la problemática.

En este trabajo he expresado el concepto y mirada que se registraba en nuestro ordenamiento de la problemática. Y poder lograr hoy, con el gran aporte establecido por el nuevo código que se pondrá en vigencia para el año próximo, que comience a quedar lejos la idea de ser una problemática, sino que a través de esta regulación podamos ver realmente el cambio que nos avecina y aceptarlo, poder comprenderlo tomando el compromiso que ante esta necesidad como sociedad no podamos hacer oídos sordos.

Es importante terminar esta conclusión expresando que a lo largo de este trabajo he tratado de demostrar la necesidad de que se sancione una ley **específica** sobre maternidad subrogada y no como lo plantea nuestro próximo Código en cuanto a las Técnicas de Reproducción Asistida englobándolo en algunos artículos, sino específica. Es decir específica y única que pueda dar respuesta inmediata dando lugar a nutrirse de un trabajo interdisciplinario entre lo interno e internacional, que se pueda aggiornar con la bioética y así lograr una unión entre la realidad científica, la moral y la necesidad social para poder hacer efectivo el control jurídico.

Finalmente es mi intención haber planteado en el lector una inquietud que al menos siembre en él la reflexión sobre la problemática expuesta y el deseo que en un futuro a través de la actividad del Poder Legislativo se logre disminuir la brecha entre el derecho y la realidad social.

2. **Propuestas finales.**

- En primer lugar sacar la idea de que sea un tema TABU para la sociedad y para que las parejas que se sometan o para las propias gestantes no tengan ningún tipo de prejuicios.
- La reforma del Código Civil Argentino prevé que la maternidad subrogada sea altruista, es decir que quien preste su vientre para gestar al bebé de una pareja, no reciba ninguna compensación económica a cambio, tal como sucede en Gran Bretaña o Grecia. Donde no lo cuestiono del todo, pero en el caso, en la práctica, de que se cobre remuneración de qué manera se regularía?
- Por la complejidad de estas técnicas necesitan las parejas que se someten a este tipo de tratamientos no solo tener acceso a todos los tratamientos de fertilidad sino además a un asesoramiento legal y psicológico.
- La creación de alguna agencia o entidad habilitada con personal y asignación de presupuesto de manera de poder instrumentar a la maternidad subrogada a través de un registro donde poder elegirlo libremente, tener disponibilidad, los requisitos de la mujer gestante, como por ejemplo, ser capaz, mayor de edad y otros requisitos legales de tipo médico, del subrogante o subrogantes, como por ejemplo solventar gastos del

procedimiento médico, los médicos intervinientes, las donaciones de óvulos o espermatozoides, y principalmente las prohibiciones, etc.

*Tomando como referencia hay dos antecedentes en las provincias en Argentina (Buenos Aires y Santa Fe). Uno es por el diputado Alberto Monti por el Partido Justicialista de Santa Fe citándolo a modo de ejemplo, el año 2012 propuso para la provincia un sistema de “maternidad subrogada” que consistía en un extenso estudio por parte de un equipo técnico, comparando legislaciones y antecedentes de diversos países, contemplando un procedimiento ágil, que no preveía la creación de una autoridad competente ni registro alguno, el proceso se basaba sobre un acuerdo entre privados patrocinados por abogados. También contaba con un pago para la mujer sustituta gestacional que el mismo debería ser depositado en un banco oficial, entre otras cosas.

* Argentina es un país federal y como tal necesita que cada jurisdicción adhiera a la ley.

* Considero apropiado la elaboración de tratados internacionales con pautas sumamente claras y delimitantes para este fenómeno. Esto disminuiría este negocio global que se hace y que de no tener un límite preciso desde el comienzo se expande como tantos otros que aqueja nuestra sociedad internacional y lleva a la corrupción, a los malos manejos de recursos, tráfico, etc.

* Fundamentalmente me avoco a que se realice una **ley** del tema por el cual provenga:

- Donde ese ser genético nacerá
- Qué condiciones deba cumplir la maternidad subrogada y que prácticas son prohibidas.

- Qué rol cumpla cada una de las partes, principalmente en el caso que se formen parte de las gestaciones donantes de gametos (espermatozoide u óvulos)

-Qué pasa específicamente con la actuación médica, que profesionales intervienen, que establecimientos autorizados lo pueden realizar y las exigencias éticas de cada uno de los profesionales a cargo.

-Qué las personas que se sometan deben ser previa y debidamente informados sobre ello para que acepten libre y conscientemente, por ende tienen que ser capaces y mayores de edad.

-En ningún caso pueden tener como finalidad afectar la dignidad humana, producir algún efecto de degradación de la persona, atentar contra la dignidad de la pareja, o motivaciones que no sean superar la esterilidad y reproducir seres humanos.

-Que haya una autoridad de aplicación que lo regule, controle su cumplimiento, otorgue habilitaciones para el funcionamiento de establecimientos médicos especializados, llevar registros de médicos y sobre todo aplicar sanciones o infracciones ante incumplimientos, violaciones, etc.

Muchos planteos, pocas soluciones aún y una realidad que nos comprende a todos a la que no podemos dejar de permanecer indiferentes.

Por la “gestación por sustitución” nacen muchos niños que claman por su seguridad jurídica y delimitada y es uno de los nuevos paradigmas que nuestro ordenamiento debe darle una respuesta inmediata.

ANEXO

- Una abogada mendocina logro el primer fallo sobre la gestación sustituta en el país [en línea] [citado jueves 27 de junio de 2013] [Disponible en internet www.diariouno.com.ar/mendoza] [Última consulta 14-10-2014]
- Proponen dar un amparo legal al alquiler de vientres en la provincia [en línea] [citado 4 de Noviembre de 2011] [Disponible en internet www.lacapital.com.ar] [Última consulta 08-01-2015]
- Futura ley de maternidad subrogada en Argentina? [en línea] [Disponible en internet www.unhijosposible.com] [Última consulta 14-10-2014]
- En la argentina va a ser una realidad [en línea] [Citado 17 de mayo de 2012] [Disponible en internet www.página12.com.ar/diario/sociedad] [Última consulta 14-10-2014]
- Ya hay alquileres de vientres en el país [en línea] [Citado 07 de Julio de 2012] [Disponible en internet www.lanacion.com.ar] [Última consulta 14-10-2014]
- Primera vez en el país: La justicia inscribió a una nena gestada en un vientre prestado. [en línea] [Citado 26 de junio de 2013] [Disponible en internet www.clarin.com] [Última consulta 14-10-2014]

- La culpa que conspira contra la fertilidad [en línea] [Citado Viernes 26 de Diciembre de 1997] [Disponible en internet www.lanacion.com, sección información general] [Ultima consulta 24-12-2014]
- La legislación sobre la maternidad subrogada descuida los derechos del niño [en línea] [Citado 28 de mayo de 2014] [Disponible en internet www.argentinainvestiga.edu.ar/noticia] [Ultima consulta 20-12-2014]
- Regular lo existente [en línea] [Citado 5 de Octubre de 2014] [Disponible en internet www.pagina12.com.ar/diario/suplementos] [Ultima consulta 28 de Enero 2015]
- Varios proyectos acunan a la maternidad subrogada. Argentina será pionera en Latinoamérica [en línea] [disponible en internet www.elciudadanoweb.com/varioproyectosacunanyalamaternidadsubrogada/] [Ultima consulta 28 de Enero 2015]
- Maternidad subrogada: Sería una ayuda mutua para la familia [en línea] [Citado 04 de Julio de 2014] [Disponible en internet www.unosantafe.com.ar/santafe] [Ultima consulta 28 de Enero 2015]

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, 1 era ed. 2014, Ed. DED
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires. 2006
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ed. Fundación Ross. Rosario 1995.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1997, Suplemento La Ley, Compendio de legislación de familia. 3era Ed. Buenos Aires. La Ley 2008.
- LEY REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA N 26.862, Suplemento La Ley. Compendio de legislación. 3era ed.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española-1992

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

- DUTTO: “Reforma al régimen matrimonial. Legitimación e inconstitucionalidad” por Ricardo, J. Dutto [en línea] Colección Zeus. Revista n 16. Tomo 114.
- DUTTO, J Ricardo, “Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia” 1era ed. 2005, Ed. Rosario Juris.
- KRASNOW, Adriana Noemí, Filiación; Determinación de la maternidad y Paternidad. Acciones de Filiación; Procreación Asistida. 1era Ed., Buenos Aires, La Ley 2005.
- LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS N 13. 298, Suplemento La Ley, Compendio de legislación de familia, 3era Ed. Buenos Aires, La ley 2008.
- LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES N 26.061. Suplemento La Ley, Compendio de legislación de familia, 3era Ed. Buenos Aires, La Ley 2008.
- RAPALLINI, Liliana Etel, La maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado Argentino. Reconocimiento Filiatorio. Ed. Colegio de Abogados de La Plata- Octubre 2012.

- VIDAL MARTINEZ, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humana, 1era Ed. Madrid: Civitas.
- ZANONI, Eduardo A, Derecho de Familia Tomo 2, 2Ed.

INDICE

1.	Dedicatorias y agradecimientos.....	2
2.	Resumen.....	3
3.	Estado de la Cuestión.....	4
4.	Marco Teórico.....	7
5.	Introducción.....	13

Capítulo I

RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

1.	Introducción.....	16
2.	Conceptos básicos y evolución.....	16
3.	Causales y variantes.....	19
4.	Aspectos Psicosociales.....	21
5.	Naturaleza Jurídica.....	21
6.	Conclusión.....	23

Capítulo II

REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

1.	Introducción.....	25
2.	Fallo relevante para el reconocimiento en el país.....	25
3.	Maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado.....	26
4.	Maternidad subrogada en el Nuevo Código Civil y Comercial.....	28
5.	Conclusión.....	32

Capítulo III

DERECHOS COMPROMETIDOS POR LA PROBLEMÁTICA

1.	Introducción.....	35
2.	Derechos.....	35
3.	Conclusión.....	37

Capítulo IV

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1.	Introducción.....	39
2.	Fallos relevantes.....	39
3.	Conclusión.....	45

Capítulo V

ENTREVISTA

1.	Introducción.....	48
2.	Entrevista.....	48
3.	Conclusión.....	52

Capítulo VI

CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS FINALES

1.	Conclusiones finales.....	55
2.	Propuestas finales.....	56

Anexo	59
Bibliografía	61
Índice	64