



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera Abogacía

Maternidad Subrogada: De una realidad
silenciada hacia un marco legal

N° 1058

Mariana Virginia Picasso

Tutora: María Del Carmen Staropoli

Departamento de Investigaciones

Fecha defensa de tesina: 7 de septiembre de 2016

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

Índice

Introducción	5
Concepto	6
Historia	7
Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada	8
Situación en el Mundo	10
• Prohibición de la Maternidad Subrogada	10
• Admisión de la Maternidad Subrogada.	11
• Países que no cuentan con una regulación expresa	16
Tendencias en el derecho comparado.....	16
El turismo reproductivo.....	18
• Incapacidad de los comitentes y del niño de volver a su país debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño.	18
• El Estado de los comitentes no reconoce la filiación reconocida en el otro Estado en que tuvo lugar el acuerdo de gestación por sustitución por razones de orden público.....	19
La situación en nuestro país.....	20
Proyectos legislativos	27
Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de Argentina.....	28
• Análisis del artículo	29
¿Cómo regular la M.S.?	31
1) Admisión parcial	31
2) Admisión amplia.	31
3) Prohibición.....	33
Implicancias morales	33
Posturas en contra y a favor de la M.S.	34
Conclusión.....	37
Bibliografía	39

Introducción

Desde los inicios de la humanidad el hombre tuvo la necesidad de tener descendencia propia. Sin embargo este deseo se puede ver opacado por varios motivos, podemos señalar la infertilidad y esterilidad de la pareja para procrear; el deseo de paternidad por parte de hombres solos o parejas homosexuales, entre otros.

Hoy gracias a los avances de la ciencia y de las nuevas tecnologías se han ido desarrollando las denominadas técnicas de reproducción humana asistida, que son un conjunto de métodos biomédicos que facilitan o sustituyen a los procesos naturales que se dan durante la reproducción, otorgando la posibilidad de concebir un hijo y así cumplir el sueño de ser padres y formar una familia.

A pesar de los avances, en muchos casos, la infertilidad no pudo ser solucionada. Se estima que en nuestro país 1 de cada 6 personas padecen esta enfermedad y existiendo mujeres frustradas en su intento de ser madre e incapaces de gestar, han optado por recurrir a un procedimiento que se ha dado en llamar, entre otras denominaciones, "Maternidad subrogada, sustituta, gestante o portadora, madres suplentes o alquiler de vientre", consistente en la realización de un convenio mediante el cual se acuerda con la mujer, habitualmente mediante el pago en dinero, la gestación de un niño con semen de un tercero, por lo general del esposo de la mujer que lo encargó, para luego entregarle al recién nacido a ésta o al marido de la madre requirente, aportante del semen.¹

Este sentimiento de frustración, también es experimentado por parejas homosexuales, en pos del deseo de ser padres, viéndose imposibilitados de concretarlo, ante la falta de un útero.

La figura antes descripta se ha convertido, en los últimos años, en una opción para solucionar los problemas que sobrellevan las personas que no pueden concebir naturalmente hijos ya que permite tener descendencia con genes propios y es la opción preferida antes de recurrir al instituto de la adopción.

En nuestro país, si bien no hay una ley que regule expresamente esta práctica, tampoco hay ninguna que lo prohíba, por lo tanto, no hay protección. El mayor avance que tuvimos sobre este tema fue el anteproyecto del código civil y comercial de la Nación del 2011 en donde se contempló esta figura pero se decidió, por diferentes motivos, eliminarla.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la definición de maternidad subrogada y su significado y el origen del problema, realizar un estudio comparativo, teniendo en cuenta la legislación de los países en donde se lleva a cabo dicha práctica y en aquellos países donde no se permite, presentar la problemática legal y brindar una la solución de cómo debería regularse, establecer los argumentos a favor y en contra, ya que solo conociendo dichos argumentos se puede comprender la naturaleza y fundamento de la Maternidad Subrogada.

¹ Eduardo, A. Sambrizzi, "la filiación en la procreación asistida", Buenos Aires 2004, el Derecho, pág. 156.

Concepto

La maternidad subrogada es el compromiso entre una mujer, denominada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes.²

Es importante diferenciar al respecto los siguientes términos:

- Subrogar: Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.
- Gestar: Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto.
- Maternidad: Estado o cualidad de madre.

López Faugier considera que la acepción más correcta de esta TRHA es la de madre gestante, dado que “gestar” significa: “llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto.”³

La evolución de la figura ha permitido advertir que la expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no contemplar a todas. Como vimos según el diccionario de la Real Academia Española subrogar es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que se lo identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, esto no sucede en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término sustitución para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo.

El anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial ha utilizado la expresión “gestación por sustitución” por dos razones: en primer lugar, la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada; en segundo lugar porque la normativa sólo aceptaba la figura de la mujer puramente gestante.⁴

Según la Dra. Gloria Naranjo “la maternidad delegada, sustituta o por encargo consiste en el hecho de que una mujer dé a luz y no asuma los efectos jurídicos propios de la maternidad porque esta los ha delegado a otra mujer. La situación puede darse:

- Por implante en el útero de un óvulo fecundado de otra mujer.
- Por el implante de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de su propio óvulo fecundado mediante inseminación artificial o fecundación in vitro.
- Por fecundación directa y natural”.⁵

La Dra. Naranjo define al contrato de maternidad delegada como “ un contrato de derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria, o por un sentimiento altruista, 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 esperma de un hombre diverso de su marido o compañero permanente (si lo tiene) con la obligación de entregar la criatura después de su nacimiento a la(s) otra(s) parte(s) contratante(s)”(...)⁶

Zannoni sostiene que “La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja”.⁷

² Scotti, Luciana B., El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en Derecho*. Pág. 274

³ Real Academia Española.

⁴ Kemelmajer Aida De Carlucci, Herrera Marisa y Lamm Eleonora, Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida, pág. 32, disponible en: http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/2012-RevistaInfojusFinal.pdf (compulsado el 27-03-2016).

⁵ Naranjo Ramirez, Gisela Patricia. La maternidad sustituta, delegada o por encargo. Tesis. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín 1994 pág.22

⁶ Naranjo Ramirez, Gisela Patricia. La maternidad sustituta, delegada o por encargo. Tesis. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín 1994 pág. 22

⁷ Zannoni, A. Eduardo, El derecho de familia, T II 2 edición.

Historia

Si bien la Maternidad Subrogada se nos presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes se encuentran en el antiguo Testamento. Se considera que el primer caso tuvo lugar en Canaán, fue Sarai, la esposa de Abram, quien era estéril y para darle descendencia a su esposo le ofreció a su esclava Agar. Sarai dijo a Abram: “Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos”. Y Abram accedió al deseo de Sarai y así en 1910 A.C, Agar dio a luz un hijo al que llamaron Ismael. Éste fue el primer niño nacido por medio de un programa de “gestación subrogada tradicional”⁸.

El segundo programa de gestación subrogada se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII A. C. Hay que destacar que en el reino de los sumerios la subrogación gestacional fue una práctica corriente y se encontraba consolidada legalmente. El Código del Rey Hammurabi⁹ disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía “garantías sociales” para que dichas mujeres no puedan ser vendidas y se mantengan cerca de sus hijos.

En Egipto los faraones descendientes del Dios Ra, para que su sangre no se mezclase, celebraban matrimonios incestuosos, lo cual ocasionaba hijos con mala salud. Por ejemplo, el faraón Amemhotep I, casado con su hermana no pudo tener descendencia de ésta, por lo que tuvo que procrear un hijo (Tutmosis I) en una esposa secundaria¹⁰. Dichos herederos eran de menor jerarquía que los legítimos, por lo que ostentaban el poder a falta de éstos.

Se considerará que el primer paso para la genética y ciencia médica fue en 1677, con el inventor del microscopio Antoni Van Leeuwenhoek, quien con su invento fue el primero en observar espermatozoides. Posteriormente en 1790, John Hunter recogió semen y realizó la primera inseminación artificial. En el año de 1890 se realizó la primera FIV (Fecundación In Vitro) de embriones de conejos, insertados en una coneja subrogada gestacional.

A fines del siglo XIX el obstetra Victorin Gruzdev realizó el esbozo general de la transferencia simultánea de gametos a la trompa de falopio, después de haberla probado en conejos. Basados en dichos estudios y con el avance de la tecnología, en la Universidad de Harvard se fecundó dentro de un laboratorio un óvulo humano, cuyo desarrollo llegó hasta el embrión bicelular. Se atribuye la paternidad de la fecundación in vitro humana a dos científicos: Robert Edwards y Patrick Steptoe, quienes lograron fecundar exitosamente un óvulo humano, después de 600 experimentos. En 1977 dichos científicos transfieren el óvulo fecundado a un útero de forma exitosa, de quien nace Louise Brown, la primera niña probeta.¹¹

En 1980 nace el segundo niño probeta en Australia, en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata. En la Unión Soviética el Dr. Boris Leonov logra la procreación extracorpórea, de lo cual nacen Lena y Cirilo, los primeros niños probetas de nacionalidad rusa. En 1976 se abre una de las primeras clínicas de fertilidad a cargo del abogado Noel Keane, a quien se le atribuye haber adoptado el término Maternidad Subrogada. En el año 1986 nace en Michigan, Estados Unidos, la primera niña producto de la maternidad subrogada gestacional, el Dr. Wolf Utian concibe in vitro, con el óvulo de una mujer de 37 años (extirpada el útero) y el semen de su esposo, para luego implantarlo en el vientre de una mujer de 22 años, que gestó el feto y dio a luz a una niña.

⁸ Consistente en un proceso de inseminación artificial. Dicha técnica se realiza con el semen del futuro padre. La madre portadora es quien aporta el material genético. Por lo tanto, en caso de que se produzca el embarazo y llegue a término, él bebe tendrá vínculos biológicos con ella.

⁹ En los artículos 144, 145, 146, 170 y 171 del Código de Hammurabi se reglamentan los derechos de las esclavas, concubinas e hijos. el artículo 170 establecía: “ si uno tuvo una primera esposa que le dio hijos y si su esclava le dio hijos, si el padre en vida dice a los hijos de la esclava: “ vosotros sois mis hijos” se les contara con los hijos de la esposa; cuando el padre haya ido a su destino, los hijos de la primera esposa y los hijos de la esclava repartirán por partes iguales, el hijo heredero de la primera esposa, elegirá y tomara”

¹⁰ Reino durante 13 años y bajo su mando se conquistó la mitad de mundo. Una vez muerto y destronado por los sacerdotes asumió el poder su hija Hatshepsut, como la primera reina del mundo. Citado de History of Surrogacy. Disponible en la dirección: <http://www.information-on-surrogacy.com/history-of-surrogacy.html>.

¹¹ Traducción del artículo: Robert Edwards y Patrick Steptoe. Birth after the implantation of human embryo. Revista. The Lancet. 1978.

El primer caso jurídico se produjo en Sudáfrica en 1987. Karen y Alcimo padres de un hijo, deciden tener tres hijos más (David, José y Paula), que fueron gestados por Pat Anthony, madre de Karen a la cual le habían extirpado el útero. Este hecho fue cubierto por una cadena británica de noticias. La ley sudafricana (Child Status Bill) concedió el ejercicio de la patria potestad a la madre subrogada, misma que la cedió a su hija y yerno, quienes tuvieron que adoptar a sus hijos consanguíneos.

No son pocos los casos en que familiares han actuado como madres subrogadas. En el estado norteamericano de Carolina del Norte una mujer prestó el útero a su hermana que durante seis años siguió un tratamiento contra la infertilidad, y en mayo de 1994 dio a luz un hijo. A Edith Jones, una británica de 51 años, fueron implantados dos embriones formados con óvulos de su hija que no podía gestar debido a una malformación congénita.

Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida¹², la cual por su mecánica han dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Posteriormente, surgieron otras causas para que se produjera la maternidad subrogada:

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé;
4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro; o
6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que geste y dé a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales.

Las principales causas por las cuales las personas deciden recurrir a esta práctica son la esterilidad y la infertilidad.

La esterilidad es una cualidad atribuible a aquellos organismos biológicos que no se pueden reproducir, bien sea debido al mal funcionamiento de sus órganos sexuales o a que sus gametos son defectuosos. Las causas de la esterilidad son diversas y varían en función del sexo.

Según la ESHRE (Europea Sofista oro Human Reproduction and Embryology), la esterilidad o incapacidad de embarazo de una pareja tras un año expuesto al coito puede ser de dos tipos:

- Esterilidad primaria: La pareja nunca ha conseguido un embarazo de las maneras naturales.
- Esterilidad secundaria: Tras un primer embarazo, la pareja no consigue tener otro embarazo. Tienen que transcurrir al menos doce meses desde el embarazo para que se considere esterilidad secundaria.

¹² Conjunto de técnicas y de tratamientos médicos o quirúrgicos destinados a conseguir un embarazo en los casos en que por vías naturales no es posible. Entre las técnicas más habituales destaca la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la inducción a la ovulación

Existen varios factores que causan infertilidad o esterilidad en la mujer. La mayoría son irreversibles, pero los relacionados con alteraciones de la anatomía pueden ser solucionados tras una intervención quirúrgica. Se conoce cada vez más que la calidad del óvulo es de importancia crítica y que ésta se relaciona con la edad de la mujer. Las mujeres de edad avanzada tienen óvulos de capacidad reducida para la fertilización por varios motivos:

- Factor ovárico: Incluye todos aquellos casos en que no se produce la ovulación. Suelen deberse a fallos hormonales ya sea por defecto, o por exceso de alguna de los reguladores de la función endocrina: síndrome de ovario poliquístico (SOP), anovulación, insuficiencia ovárica, menopausia precoz.
- Factor uterino: son alteraciones de la anatomía interna del útero que pueden ser congénitas o adquiridas y que pueden provocar abortos repetidos: malformaciones uterinas (duplicación parcial o completa del útero, septos); causas adquiridas (pólipo; mioma; sinequia; endometritis)
- Factor tubárico: se incluyen todas aquellas anomalías de las trompas de Falopio que dificultan el encuentro del óvulo y el espermatozoide: ausencia, impermeabilidad u obstrucción de las trompas, salpingitis.
- Factor cervical: en este caso, la causa proviene de alteraciones anatómicas y/o funcionales del cuello del útero que interfieren con la correcta migración de los espermatozoides hacia el útero y las trompas de Falopio en su intento de aproximación al óvulo: impermeabilidad del cuello del útero (pólipos, quistes), cirugía previa (conización).
- Factor genético: anomalías cromosómicas que causan abortos espontáneos.

Algunos de los factores relacionados con la esterilidad masculina son:

- Factor genético: la mayoría se asocian con anomalías del espermatozoide, ya sea directa o indirectamente: fibrosis quística, anomalías del cariotipo como el síndrome de Klinefelter, translocaciones.
- Factor anatómico: las obstrucciones de los conductos por donde pasa el espermatozoide pueden causar esterilidad al bloquear parcial o totalmente la salida del líquido seminal. Algunas de estas anomalías pueden ser de origen congénito (presentes al nacer) o adquiridas (infecciones, cicatrices tras intervenciones quirúrgicas del tracto urogenital).
- Factor ambiental: el estilo de vida puede reducir la cantidad y la calidad espermática (tabaco, alcohol, otras drogas).
- Otros tipos de enfermedades: hay enfermedades que pueden aparecer después del nacimiento y pueden influir en la esterilidad masculina: infección por el virus de la parotiditis (paperas), disfunciones hormonales.

Según la definición dada por la Organización Mundial de la Salud estamos frente a una posible infertilidad: “cuando no se ha podido concebir un hijo después de un año de relaciones sexuales sin mediar métodos anticonceptivos”.¹³

Es un problema que afecta a más de 48.5 millones de parejas en el mundo¹⁴, del cual Argentina no es ajeno. En nuestro país se estima que en 1 de cada 6 personas padecen esta enfermedad.

La infertilidad puede ser causada por muchos factores físicos y emocionales. Puede deberse a problemas en el hombre, la mujer o en ambos. La infertilidad puede ocurrir por defectos congénitos que afectan el tracto reproductor, cáncer o tumor, consumo excesivo de alcohol, uso de ciertos medicamentos, como por ejemplo fármacos quimioterapéuticos, obesidad, edad avanzada, desequilibrios hormonales, trastornos alimentarios o desnutrición, tabaquismo, disminución de la cantidad de espermatozoides, un bloqueo que impide que los espermatozoides sean liberados, impotencia, entre otros factores.

Una mujer alcanza su mayor fertilidad entre los 20 y los 25 años de edad. Las probabilidades de que una mujer quede embarazada disminuyen considerablemente después de los 35 años (y especialmente después de los 40). La edad en la que la fertilidad comienza a declinar varía de una mujer a otra.

La diferencia entre la esterilidad y la infertilidad radica en que la primera consiste en la incapacidad para concebir y la segunda es la imposibilidad para finalizar la gestación con el nacimiento de un niño sano.

¹³ Ver: <http://www.who.int/topics/es/> (compulsado el 20-11-2015)

¹⁴ Ver: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESES%201.pdf?sequence=1> (compulsado el 20-11-2015)

Situación en el Mundo

Siguiendo el análisis de la especialista en la materia, la Dra. Eleonora Lamm¹⁵, se realizará una aproximación hacia las distintas posturas que han tomado los Estados respecto a la maternidad subrogada. Para ello se tomarán a modo ejemplificativo algunas legislaciones.

En el derecho comparado se encuentran 3 posturas:

- a) Países que prohíben la gestación por sustitución;
- b) Países que la admiten;
- c) Países que no la regulan.

• Prohibición de la Maternidad Subrogada

En muchos ordenamientos, tales como Francia¹⁶, Alemania, Suecia, Suiza, Italia¹⁷, Austria¹⁸ o España, la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

El Comité Consultatif National d'Ethique de Francia en su Opinión número 3 del 23 de Octubre de 1984, se ha manifestado en contra de la gestación por sustitución ya que ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura negativa se reitera en la opinión número 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre "Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación" y en su opinión número 110, de mayo de 2010, sobre "Problemes ethiques soulevés para la gestation pour autrui (gpa)". En esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

La ley alemana de protección del embrión 745, en su art. 1 referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: "Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
- 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
- 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;
- 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria más de tres óvulos en un mismo ciclo;
- 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;
- 6) Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;
- 7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

Como se puede observar la legislación alemana tiene una estricta prohibición a realizar técnicas de inseminación artificial con la finalidad de concertar una maternidad subrogada, aunque a la madre subrogada no se la castigue, a los profesionales que la practiquen se les impone una pena.

El Congreso Médico Alemán estableció que la maternidad sustituta debe rechazarse por los peligros que entraña para el niño y porque eventualmente podría estimular la comercialización de la fertilización in vitro y de la transferencia de embriones.

¹⁵ Lamm, Eleonora, Gestational Surrogacy - Reality and Law (July 2012). InDret, Vol. 3, 2012, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2147769> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2147769>, (compulsado el 26-03-2016).

¹⁶ Hay que tener en cuenta que si bien el art. 16-7 Cod. Civ., dispone que "Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo", la madre biológica tiene derecho a mantener su anonimato.

¹⁷ El art. 4.3 de la ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo. No hay duda que también está prohibida la gestación por sustitución.

¹⁸ Conforme al artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida, del 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden. De esta manera, ni la donación de ovocitos ni la gestación por sustitución son opciones posibles en Austria.

En 1985 la Subcomisión de Representantes Jurídicos elaboró un primer informe sobre el tema. El referido informe estima madre de alquiler, de préstamo, nodriza, sucedánea, según la costumbre de designación de tal fenómeno, aquella que se produce en aquellos casos que:

- Una mujer (la llamada madre sustituta) se somete a una inseminación heteróloga con el espermatozoides de un hombre que desea adoptar posteriormente el niño juntamente con su esposa.
- Una mujer da a luz su propio hijo genético, in vitro con espermatozoides de un hombre que desea posteriormente adoptar el niño juntamente con su esposa.
- Una llamada "madre sustituta" se muestra conforme con llevar para los padres genéticos un embrión genético.

En Suiza la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal: "La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas" y por el artículo 4 de la ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito).

• Admisión de la Maternidad Subrogada

Entre estos países encontramos a aquellos que sólo la admiten con fines altruistas y bajo ciertos requisitos y condiciones.

Tal es el caso del Reino Unido, Canadá, Brasil,¹⁹ Israel, Grecia, México DF,²⁰ Australia, (Australian Capital Territory ACT), Queensland, New South Wales, South Australia (SA), Victoria (VIC), Western Australia (WA), Sudáfrica y Nueva Zelanda.

En Israel, la ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, exige los siguientes requisitos:

1. Los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre
2. La comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación
3. Los embriones deben haberse creado "in vitro" con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermatozoides del padre comitente.
4. La gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente.
5. La gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera.
6. La gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado.

El acuerdo debe ser aprobado por un comité. La Ley establece que la paternidad legal de un niño nacido por gestación por sustitución tiene que ser autorizada por orden judicial. Sin embargo la ley establece que los comitentes deberán ser los padres legales del niño (art. 11). La Ley dispone que, la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y sólo si se prueba ante el tribunal que es en el mejor interés del niño (art. 13, a). Tras la concesión de una orden de paternidad la gestante no podrá rescindir el contrato (art. 13, b).

La Ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de subrogación realizados en Israel. La posición adoptada tanto por el Ministerio de Justicia, representado por el Procurador General y los tribunales, ha sido que la ley israelí no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. En consecuencia, la subrogación transnacional ha sido utilizada por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos bajo la Ley 5746. Ahora bien, la Ley 5746 no se aplica a la subrogación que se lleva a cabo en el extranjero.

¹⁹ En Brasil la resolución núm. 1957, de 15 de diciembre de 2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM), establece: "Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial"

²⁰ Aprobada el 30 de noviembre de 2010 pero no publicada y aún pendiente de nuevo tratamiento en comisión como consecuencia de la "moción de censura" aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 20 de diciembre de 2011.

En Grecia la gestación por sustitución está regulada por dos leyes: la ley 3089 del 2002 y la ley 3305 del 2005. Conforme esta legislación, los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos. Así, el artículo 1458 de la ley 3089 establece que: “La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que ésta está casada, de su esposo también). La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”.

De esta manera, la gestación por sustitución sólo se permite después de una resolución judicial dictada por el tribunal de distrito donde residen los comitentes y la gestante.

El tribunal autoriza la subrogación si se presentan las siguientes condiciones:

- a) La madre comitente debe probar que ella es incapaz de llevar el embarazo a término;
- b) La madre comitente no debe exceder de la edad de cincuenta años;
- c) La gestante debe probar al tribunal que está sana médica y mentalmente;
- d) Las partes deben presentar ante el tribunal su acuerdo por escrito;
- e) El acuerdo podría permitir la compensación de los gastos (el pago de los servicios o cualquier otro beneficio económico está prohibido);
- f) Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento por escrito.
- g) Los óvulos fertilizados no deben pertenecer a la gestante;
- h) La gestante y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes.

Los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos. De acuerdo con el art. 1464 del Código Civil griego, “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”²¹.

Dentro de los seis meses posteriores al nacimiento, la gestante o la madre comitente pueden impugnar la maternidad legal si prueban que se trata de una subrogación tradicional, es decir, que la gestante aportó sus óvulos. En estos casos la gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento. El hospital sigue el procedimiento típico para la expedición del certificado de nacimiento, dejando constancia de que se trata de un caso de subrogación y los comitentes deberán presentar el certificado al Registro Civil y declarar el nacimiento de “su” niño en diez días. No obstante, también deberán presentar en el registro una copia de la resolución judicial.

En el Reino Unido, en 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución.

Esta normativa prohíbe iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad subrogada, ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos, o recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución. Como se puede advertir, en Gran Bretaña la gestación por sustitución gratuita no puede reputarse ilegal.

En otras palabras, el Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial de la gestación por sustitución, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad), pero admite la gestación por sustitución a título benévolo²² y sin intermediarios. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere, pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante, a los padres intencionales si

²¹ En definitiva, la ley griega renuncia al principio según el cual es el parto el que hace la madre, y confiere la calidad de madre legal a la genética y de intención.

²² Se admite el pago a la gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma entendiéndose que esa prestación no priva al contrato de su gratuidad.

éstos lo solicitan ante los tribunales. En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una parental order²³ que transfiere la filiación inicialmente establecida, con respecto a la madre gestante, a los comitentes. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales. Esta regulación se vio reforzada, desde el 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor de la ley de fecundación y embriología humana que mantiene los mismos principios pero extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.

Otro de los países que admite la Maternidad Subrogada solo con fines altruistas es México. El artículo cuarto de su Constitución dispone que toda persona deba decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos que desea tener, pero debe ser de manera libre e informada. Se refiere a la libertad de decidir si se tiene o no descendencia, número de hijos y acerca de la planificación de la familia.

Sin embargo sólo en los Estados de Sinaloa y de Tabasco se permite esta práctica.

En Tabasco la M.S es legal desde 1997. El 13 de enero del 2016, el Congreso Local realizó reformas en el Código Civil. Entre las modificaciones se destaca el artículo 380 bis que dispone que la "Secretaría de Salud del Gobierno de Tabasco determinará el perfil clínico, psicológico y social de la "madre gestante" previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el desarrollo de la gestación"

Asimismo ninguna mujer que padece alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía puede ser contratada como gestante.

La reforma brinda una definición de reproducción humana asistida, estableciendo que se entiende por estas al "conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrando mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno u ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril".

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga, es decir, que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubino.

Aclara que solo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que el código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

²³ Artículo 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Órdenes parentales. (1) En un recurso presentado por dos personas ("los demandantes"), el tribunal podrá dictar una orden para que un niño sea legalmente tratado como hijo de los demandantes, si: (A) el niño ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión o esperma y óvulos o de inseminación artificial, (B) los gametos de al menos uno de los demandantes han sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión, y (C) se han cumplido las condiciones de las subsecciones (2) a (8). (2) Los demandantes deben ser: (A) marido y mujer, (B) constituir una unión civil, o (C) dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco. (3) Salvo en el caso previsto en el inciso 11, los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de 6 meses a partir del día en que nace el niño. (4) En el momento de solicitud y realización de la orden: (A) el hogar del niño debe ser con los demandantes, y (B) uno o ambos demandantes deberán estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o la Isla del Hombre. (5) En el momento de la presentación de la solicitud ambos demandantes tendrán que haber alcanzado la edad de 18 años. (6) El tribunal deberá asegurarse de que ambos –(A) la mujer que ha gestado al niño, y (B) cualquier otra persona que sea padre del niño, pero no sea uno de los demandantes (incluyendo cualquier hombre en virtud de los artículos 35 o 36, o cualquier mujer en virtud de los artículos 42 o 43)– han consentido libre, incondicionalmente y con pleno conocimiento a la realización de la orden. (7) La subsección sexta no requiere el consentimiento de la persona que no puede ser hallada o es incapaz de darlo. El consentimiento de la mujer que gestó el niño no es eficaz con el fin de esa subsección si lo otorga en un plazo inferior a seis semanas después del nacimiento del niño. (8) El tribunal deberá asegurarse de que ningún dinero u otros beneficios (que no sean para los gastos razonables en que incurra) se ha dado o recibido por cualquiera de los demandantes para o en consideración de: (A) la confección de la orden, (B) cualquier acuerdo requerido por la subsección sexta, (C) la entrega del niño a los demandantes o (D) la realización de acuerdos con vistas a la adopción de la orden, a menos que sea autorizado por el tribunal.

Pueden ser contratadas como gestantes solo las mujeres entre 25 y hasta 35 años que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

En noviembre de 2010, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la Ley de Gestación Subrogada, sin embargo, la normativa no está vigente ya que no ha sido publicada. Esta iniciativa expone una definición de Maternidad estableciendo que es: “la relación que se establece con la procedencia del ovulo a partir de la madre” y en relación con la M.S dispone que es “la práctica médica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre el producto de la concepción de otra”.²⁴

El artículo 10 establece que la Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos en matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicaciones médicas para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Hay que tener en cuenta que en el Distrito Federal, por una reforma reciente, se permite el matrimonio igualitario, pero en este caso la ley no permite que tales parejas puedan recurrir al método de la Maternidad Subrogada, por lo que hay un vacío legal, es decir, no se prevé que pasaría si una pareja homosexual, por deseos de paternidad o maternidad que tuvieran, desean tener un hijo por medio de esta figura y en su caso las implicaciones médicas y jurídicas que resultarías de ello.

El art. 20 de la presente iniciativa, establece, que este procedimiento se realizará sin fines de lucro para los padres y la mujer gestante, con ello se plantea que no se trate de una renta de útero, sino de un procedimiento que busca que una pareja pueda tener descendencia. En mi opinión esto es muy subjetivo, ya que si bien el objeto no es que la madre gestante obtenga un lucro, se podría dar el paso para que de manera ilegal las partes realicen un contrato oneroso; además es muy difícil pensar que la mujer gestante pueda mantenerse sola durante el embarazo; por otra parte, se está legislando bajo una presunción de buena fe, ya que si el embarazo implica un riesgo, cabría varias circunstancias por las cuales se podría pedir una contraprestación, ya que se deben tener todos los cuidados necesarios para resguardar al feto y al futuro bebé.

El art. 60 dispone que el profesional o personal médico tendrá la responsabilidad de informar sobre las consecuencias médicas, además deberá solicitar documentos que acrediten que se cumplen con las formalidades y requisitos legales.

El título tercero especifica los requisitos que deberá contener el instrumento de la Maternidad Subrogada:

- Deberá ser suscrito por el padre, madre subrogada y la gestante;
- Ser habitante de D.F;
- Poseer capacidad de goce y ejercicio;
- La madre subrogada debe acreditar mediante certificado médico su incapacidad para llevar a cabo la gestación;
- La mujer gestante debe otorgar su consentimiento para llevar a cabo la implantación y la obligación de procurar el bienestar y desarrollo del feto durante el período gestacional.

En cuanto a las formalidades que debe cumplir, se pueden mencionar las siguientes:

- Debe suscribirse por todas las partes, estampando su nombre y firma;
- Suscribirse ante notario público;
- Contener la manifestación de las partes de que el instrumento se suscribe sin ningún fin de lucro;
- Constar que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de Maternidad Subrogada.

²⁴ Iniciativa del proyecto de decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/36185692/12-Iniciativa-Maternidad-Subrogada>, (compulsado el 1-01-2016.)

El artículo 16 da la posibilidad a la mujer gestante de decidir libremente respecto de la interrupción del embarazo hasta la decimosegunda semana²⁵. Resultaría una contradicción, ya que el propósito es dar vida a un nuevo ser y se establece que la madre gestante deberá aceptar la obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto.

El instrumento para la Maternidad Subrogada deberá ser notificado a la Secretaria de salud y Registro Civil para contemplar la filiación como hijo/a desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir de la madre y padre subrogados. Además se llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada y los nacimientos que se han efectuado, que deberá contener el nombre de las personas que participaron, edad, estado civil, fecha de inscripción, nombre y número de notario público, nombre del médico e institución médica.

La voluntad debe ser indubitable y expresa, establece que será nulo el instrumento cuando exista algún vicio de la voluntad pero esta nulidad no exime de las responsabilidades adquiridas.

El instrumento no tendrá validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres, quedando a salvo sus derechos para demandar por daños y perjuicios y las denuncia penales.

Sin embargo, el Senado de México analiza la posibilidad de que desaparezca la Maternidad Subrogada. Con esta medida se busca evitar delitos como explotación de mujeres, tráfico de menores, de órganos y problemas legales. La reforma presentada por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) tiene como objetivo imponer una sanción privativa de la libertad y una multa económica a las personas que la promuevan o participen en ella. Se sostuvo que dicha práctica es violatoria de los derechos fundamentales de las mujeres y los niños involucrados; es una forma de explotación, que trae consigo conflictos como la explotación de mujeres; el tráfico de niñas, niños y órganos; y problemas legales.

La senadora Mely Romero Celis ha manifestado que esta actividad ha propiciado que el país “sea considerado como parte de un modelo de negocio global de alquiler de vientres”. Argumenta que en “México la renta de vientres es 70% más barata que en Estados Unidos, además se ofrecen paquetes que incluyen un viaje turístico y recreativo para los solicitantes por las playas de Cancún, mientras que las mujeres de Tabasco que subrogan padecen riesgos de salud, aislamiento de sus familias y en ocasiones explotación cruel y despiadada”.²⁶

Dentro de esta categoría podemos encontrar países que admiten en forma amplia la Maternidad Subrogada.

Tal es el caso de Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros.

La gestación por sustitución es absolutamente legal en Ucrania. Así lo permiten el Código de Familia y la Orden número 771 del Ministerio de Salud. En este sentido, el Código de Familia, en su artículo 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de TRHA, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes.

En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia²⁷ y la ley federal de salud (Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health,

²⁵ En México en Distrito Federal a partir del 2007 se ha despenalizado el aborto a petición de la mujer hasta las 12 semanas de embarazo. Algunas de las razones por las cuales se admite el aborto son: cuando el embarazo es resultado de una violación, cuando es provocado accidentalmente, cuando según el médico el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer, cuando se detecta que el feto tiene malformaciones genéticas graves, cuando de continuar el embarazo se provocaría un grave daño a la salud de la mujer, cuando es producto de una inseminación no desea, cuando la mujer tiene razones económicas para interrumpir el embarazo. De todas estas razones solo la primera, por violación, es legal en todo el territorio nacional. 29 estados permiten el aborto imprudencial y 28 cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer. Asimismo es importante aclarar que solo el aborto es legal en las mujeres mayores de 18 años, en caso de ser menor se debe presentar el consentimiento escrito de los padres.

²⁶ Ver: <http://www.vertigopolitico.com/articulo/38294/Crimen-organizado-se-infiltra-en-maternidad-subrogada>. (compulsada el 20-03-2016)

El Código de Familia (art. 51, punto 4) establece: “Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)”

núm. 323-FZ) aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993. La parte médica de la gestación por sustitución se encuentra regulada por la Orden número 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003. En Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática. Sólo se admite la gestación por sustitución gestacional.

- **Países que no cuentan con una regulación expresa**

Entre los cuales encontramos Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, entre otros.

En Chile la Maternidad Subrogada no está regulada. Existen varios vacíos legales que la permitirían ejecutar sin que exista una violación a la ley. En el artículo “¿es posible arrendar a una madre?”, publicado en Terra el 31 de agosto del 2008, se afirma que “la legislación chilena permite que las personas puedan suscribir todos los contratos que quieran, siempre y cuando no esté vetado y como el arriendo del útero no está prohibido por ley, podría efectuarse un acuerdo contractual de ese tipo sin caer en un delito”.

Colombia, al igual que en Argentina, sigue sin tener una ley que contemple la Maternidad Subrogada. No obstante, se han presentado proyectos legislativos fallidos.

Sin embargo, a pesar de que no exista una regulación específica aplicable a esta figura, la Corte Constitucional ha reconocido que esta práctica no se encuentra expresamente prohibida. Inclusive puede estar legitimada en el art 42 de la Constitución Política que establece: “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tiene iguales derechos y deberes”

En conclusión, en Colombia, el contrato de Maternidad Subrogada ha sido reconocido como válido, pero a falta de regulación, carece de fuerza jurídica.

Tendencias en el derecho comparado

Hoy, la tendencia en el derecho comparado es hacia la regulación y la flexibilización.

Como se pudo advertir, muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente y, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo.

Además, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando: tal es el caso de Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil o España.

En Rusia la “gestación por sustitución” consistía en la gestación de un niño genéticamente “ajeno” a la gestante para una pareja conyugal, de conformidad con la ley para la protección de la salud de los ciudadanos. Es decir, en principio debía tratarse de un matrimonio. No obstante, en los casos presentados ante la justicia, los Juzgados han obligado a los órganos del Registro Civil a inscribir a los niños nacidos mediante gestación por sustitución a favor de personas solas o de parejas no casadas y esto ha sido admitido por la Ley federal de salud aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993.

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

Aunque la ley expresamente menciona a las mujeres solas, nada dice respecto de la posibilidad de que un hombre solo pueda acudir a la gestación por sustitución.

En el caso del Reino Unido y de Grecia, si bien estos ordenamientos prohíben la gestación por sustitución cuando es de carácter lucrativo, en la práctica la situación está modificada.

En este sentido se puede mencionar el caso X & Y (Foreign Surrogacy del 2008), que fue el primer caso que otorgó una orden parental en un supuesto de gestación por sustitución internacional comercial. Luego de este caso se sucedieron muchos otros, como L (A Minor) en 2010. Se trata de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Illinois, EE.UU. El acuerdo era totalmente legal en esa jurisdicción, pero era ilegal en el Reino Unido, porque los pagos efectuados por los demandantes iban más allá de lo que se entiende por gastos razonables. No obstante, el juez tuvo en cuenta el interés superior del niño y sostuvo que el bienestar del menor no es sólo la primera cuestión a considerar por el tribunal, sino la principal cuestión. De este modo, cuando éste entra en conflicto con una política pública (como es la prohibición de pagar un monto que exceda lo que se entiende por "gastos razonables") debe prevalecer el bienestar del menor, que en este caso se satisface si la filiación del menor se establece respecto de los comitentes.

En Grecia el artículo 26 de la ley 3305 del 2005 impone una pena de prisión de hasta 2 años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, u ofrezca estos servicios por un precio, y no distinga entre la gestante, los intermediarios y los comitentes, y nada prevé para el niño nacido de un contrato de gestación por sustitución ilegal por su carácter comercial. Ante esta situación surge la pregunta ¿qué pasaría con el niño si comitentes y gestante fueran condenados a dos años de prisión? El interés superior del niño hace que esta sanción carezca de fuerza legal.

En Israel la gestación por sustitución está bastante aceptada. Tal es así, que en febrero del 2012 se conoció un caso en el que una mujer que había dado a luz a un niño, reclamó el subsidio que otorga el estado a las madres de trillizos, en virtud de que una gestante, 29 horas después de ese nacimiento, dio a luz a sus mellizos.²⁸

Además, como la Ley de Israel no se aplica a la subrogación que se lleva a cabo en el extranjero, en estos casos, la pareja comitente debe solicitar una orden judicial de adopción. No obstante, en marzo de 2012, la justicia de familia de Tel Aviv autorizó que la comitente que había aportado sus gametos, sea inscrita como la madre legal de los gemelos nacidos mediante gestación por sustitución en Georgia, sin necesidad de acudir a la adopción.²⁹

En Brasil el 29 de enero de 2012 nació la primera niña inscrita como hija de dos padres. La gestante fue una prima de uno de ellos que actuó de manera altruista y con óvulo donado y semen de uno de los padres. El juez de 1ª Vara de Familia de Recife, Clécio Bezerr, autorizó la inscripción.³⁰ Se trata del mismo juez que en agosto de 2011 autorizó el casamiento de la pareja.

En España, aunque la gestación por sustitución está prohibida y es nulo todo acuerdo (art. 10, Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida), la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre "régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", de 5 de octubre de 2010 (BOE, de 7 de julio de 2010)³¹, permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Es decir, permite el acceso al registro de los casos "extranjeros".

²⁸ Ver: www.haaretz.com, (compulsado el 25-08-2015.)

²⁹ Ver: Judge: Biological mom of surrogate twins born abroad doesn't have to adopt them. Tel Aviv court rules mother can undergo DNA testing to prove maternity. Cfr. Joanna Paraszczuk: Jerusalem Post [Jerusalem], (compulsado el 25-08-2015)

³⁰ Caso por "Processo de Indicação de Paternidade", Requirientes "M.A.A." y "W.A.A.", de 28 de febrero de 2012. Juízo de direito da 1ª vara de família e Registro Civil da Comarca do Recife.

³¹ Para algunos autores esta normativa es nula por infringir el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, en cuanto que, el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias pueden emplearse arbitrariamente en contra del Derecho vigente, vulnerando gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado, ya que el art. 9.3 de la norma suprema establece que la "Constitución garantiza [...] la jerarquía normativa"; como ya hacía el art. 1.2 CC: "Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior".

El turismo reproductivo

El turismo reproductivo se puede definir como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las TRHA. El fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRHA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla.

El “turismo reproductivo” es preocupante por varios motivos: es sólo una opción para las personas que tienen la posibilidad económica de realizar estos viajes; es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos. Además, desde que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas.

El turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos “Baby business” (“negocio de los bebés”) o “industria reproductiva” también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio. Algunos autores creen que las leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en ilegal. Otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible y luego volver a casa.

Este tipo de turismo da lugar a diferentes problemas que se presentan cuando los comitentes desean llevar al niño a “casa”, es decir a su Estado de residencia, una vez que el niño está en el Estado de residencia de los padres y se procura la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o se demanda una acción judicial/administrativa para reconocer el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño.

Siguiendo el análisis de las Dras. Herrera y Lahm³², se presentan especialmente dos situaciones:

- **Incapacidad de los comitentes y del niño de volver a su país debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño.**

Esta situación se produce respecto de los niños nacidos en países como India, Rusia³³ y Ucrania. Estos países, conforme a sus leyes, consideran padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte (u otros documentos de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones, y por diversas razones³⁴ están denegados.

Como consecuencia de esta situación, el niño es apátrida y con filiación incierta. El niño se encuentra en un limbo jurídico y “atrapado” en estos Estados (Ucrania, India, etc.) y los comitentes, no pueden permanecer allí indefinidamente debido a los controles de inmigración.

En el derecho comparado un caso muy conocido fue X & Y (Foreign Surrogacy) del 2009.

Se trata de matrimonio inglés que celebró un acuerdo de gestación por sustitución con una mujer casada de Ucrania, utilizando óvulos de donante y esperma del comitente. De conformidad con la Ley de Ucrania padres son los comitentes y ellos constan en el certificado de nacimiento. Según la Ley inglesa los chicos eran hijos de la mujer que dio a luz y su marido, debido a que la filiación se transmite una vez tramitada la orden parental. Este conflicto entre la ley ucraniana y la inglesa condujo a que los niños se queden sin filiación legal y sin nacionalidad, debido a que conforme las leyes de Ucrania, no se permitió

³² Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución, 19/09/2012, Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971.

³³ La Federal Law on Citizenship of RF 2002, establece que si un niño nace en Rusia y es hijo de padres extranjeros, sólo adquiere la nacionalidad rusa si los padres tienen residencia permanente en Rusia y el país de la nacionalidad de los padres no le otorgaría su nacionalidad al niño nacido en Rusia.

³⁴ Entre estas razones, se suele argumentar especialmente la violación del orden público y el fraude a la ley. La consecuencia es que no se reconoce el acuerdo de gestación por sustitución, entonces, como los comitentes no son los padres (sino la gestante y en su caso su marido) no pueden pasarle su nacionalidad.

a los niños obtener la nacionalidad ni la residencia ucraniana. Mediante un certificado de ADN (en el que se probó que el material genético correspondía al comitente) fueron autorizados a entrar en el Reino Unido para que los comitentes soliciten ante los tribunales ingleses la parental order, que estableciera la filiación en su favor. La orden parental finalmente se les concedió sobre la base del interés superior del niño. Se tuvo en cuenta que la negativa a otorgar esa orden conduciría a que los niños no sólo no tengan padres legales, sino que además serían apátridas.

▪ **El Estado de los comitentes no reconoce la filiación reconocida en el otro Estado en que tuvo lugar el acuerdo de gestación por sustitución por razones de orden público.**

Esto sucede, en general, en los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución se hizo en los EE.UU. (en un Estado que lo permite). Conforme las normas de ciudadanía de EE.UU., el niño que nace allí adquiere la ciudadanía de EE.UU. y por lo tanto, podría viajar de regreso a su país con un pasaporte estadounidense. Las dificultades comienzan cuando regresan a su país de origen³⁵ y los comitentes procuran la inscripción del certificado de nacimiento extranjero de donde surge la filiación o mediante una acción judicial/administrativa procuran que se reconozca el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño y esto es denegado, principalmente, por razones de orden público.

Como consecuencia de esta situación, el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como sus padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la filiación, a adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad, la obligación de los Estados de asegurar que los niños no sean apátridas con todas sus consecuencias prácticas.³⁶

Es el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja, de 6 de septiembre de 2010.

Se trata de un matrimonio de varones casados en Bélgica que tiene gemelos en California mediante un contrato de Maternidad Subrogada. En Bélgica solicitaron la transcripción de los certificados de nacimiento. El Tribunal de Primera Instancia de Huy, en marzo de 2010, denegó la transcripción en los registros belgas sosteniendo que, como son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, su transcripción violaría el orden público interno. Se sostuvo que este tipo de contratos violan la dignidad humana. Esta sentencia fue parcialmente revocada por la de la Corte de Apelación de Lieja, 1ª Ch., de 6 de septiembre de 2010. La Corte distinguió entre el que era el padre biológico de las gemelas y el que no lo era. Conforme la legislación belga, como la gestante no estaba casada, el padre biológico podría haber reconocido a los niños y por lo tanto convertirse legalmente en su padre. Para el otro, en la legislación belga, no había ninguna posibilidad de establecer un parentesco legal entre un niño y dos personas del mismo sexo, fuera de la adopción por parejas del mismo sexo. Entonces, aunque reconoció que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público, sostuvo que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si los niños son privados del vínculo jurídico con su padre biológico. En otras palabras, para la corte, la negativa de reconocimiento de los certificados de nacimiento, impide el establecimiento de la filiación legal con el padre biológico, por lo que reconoció los certificados de nacimiento expedidos en California sólo respecto del padre biológico en la medida en que constituyen la base del vínculo legal de filiación.

Otro caso conocido tuvo lugar en Francia. El matrimonio francés Mennesson se va en el año 2000 a California y celebra con una norteamericana el contrato de "gestación por sustitución" por el que dará a luz al hijo de la pareja, concebido con los gametos del padre y un óvulo donado. La Corte Suprema de California el 14 de julio de 2000 le otorga la calidad de padres a los esposos franceses y cuando nacen las gemelas Z y A, se las inscribe como hijas del Sr. X y la Sra. Y en las respectivas partidas. El Sr. X solicita al consulado de Francia en Los Ángeles, la transcripción de las actas, pedido que es denegado al sospecharse que las gemelas habían nacido por medio de una gestación por sustitución. El matrimonio nada dice sobre su proceder y no aporta prueba física del parto de la esposa y las actas son transcritas

³⁵ A veces esto se produce ante la representación consular del país de origen en el Estado en el que se llevó a cabo el acuerdo de gestación por sustitución. En muchos casos se permite optar entre la inscripción del nacido ante la representación consular o ante el Registro Civil una vez de vuelta en su país.

³⁶ Por ejemplo, si los comitentes se separan y se disputan la custodia del niño, si se reconoce la filiación legal de sólo uno de los comitentes y este muere o, si muere el que no fue reconocido (en términos de herencia), etc.

sobre los registros de estado civil de Nantes el 25 de noviembre de 2002. El Ministerio Fiscal pide su anulación basándose en razones de orden público. El 25 de octubre de 2007, la Corte de Apelación de París, rechaza la acción de nulidad interpuesta por el Ministerio Fiscal. Se invoca entre otras cosas, el interés superior del niño, sobre la base del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 (CDN). La decisión fue recurrida ante la Corte de Casación. El 18 de marzo de 2010, el tribunal estimó que la transcripción de las actas de nacimiento viola el orden público francés, por lo que se ordena su anulación. Ante esta resolución, el matrimonio Mennesson aduce que la decisión que reconoce la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución como hijo de una pareja no es contraria al Orden Público Internacional (OPI) francés. Afirman que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño en los términos de la CDN, desde que lo decidido ocasionaría el efecto de privar a los niños de la posibilidad de establecer su filiación en Francia, donde tienen su residencia y se violaría el art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) al no permitir el desarrollo del vínculo familiar y el art. 14, al tratarlos de manera diferente a la de otros infantes sólo por haber nacido por gestación por sustitución, privándoles de la nacionalidad de sus padres, en razón de hechos que no se les pueden imputar.

La Corte de Casación confirmó la sentencia de 2010, mediante la Sent. Cas. Civ., núm. 370, de 6 de abril de 2011. Justifica el rechazo de la transcripción del acta de nacimiento en la vulneración del OPI francés al chocar contra el principio esencial de la indisponibilidad sobre el estado de las personas. Se considera que la anulación no priva a los niños de su filiación materna y paterna reconocida por el derecho californiano ni les impide vivir con los esposos X en Francia, por lo que no atenta contra el respeto de la vida privada y familiar de los menores ni es violatorio del principio por el cual está jerárquicamente ubicado el interés superior del niño, garantizado convencionalmente.

La situación en nuestro país

Hoy ser padre o madre tiene tres vías factibles. El código Civil y Comercial de la Nación establece en el artículo 558: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción (...)”

La primera opción es la forma natural de concebir, un hombre y una mujer se unen con el fin de procrear, siempre que tengan la posibilidad biológica de llevar a cabo un embarazo. Es la forma de reproducción con menos problemas jurídicos.

El Código en su artículo 565 establece que “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, obstétrico o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido (...)”.

El Código mantiene el principio rector en materia de determinación de la maternidad, siguiendo los antiguos preceptos romanos *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta). Por lo tanto, el vínculo materno queda establecido con la prueba del nacimiento y la identidad del recién nacido.

Es decir que en nuestro ordenamiento madre es quien puja y tiene al bebé por el canal de parto.

La segunda alternativa consiste en recurrir a la adopción³⁷. Pero lo que sucede es que pocas personas tienen la posibilidad de transitar un trámite tan burocrático.

La tercera alternativa, que no es “fuente por naturaleza” ni “por adopción”, sino que es fuente de filiación por técnicas de reproducción humana asistida, contempladas a partir del artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación y en la ley 26.862.

³⁷ Institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niño y adolescente a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Aunque nuestro país carezca de ley que regule la gestación por sustitución, en la práctica esta se realiza mediante varias estrategias como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos y por lo tanto, esta persona no incurriría en un reconocimiento al ser el padre biológico y procediendo después su esposa a solicitar la adopción de integración.

Si la gestante es soltera se la implanta o insemina con semen del comitente. Nacido el niño, el comitente lo reconoce. Luego la esposa del comitente peticiona la adopción de integración del hijo del cónyuge. Si la gestante es casada, también se recurre a la adopción de integración, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad, alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa del reconociente, peticiona la adopción de integración.

Ambos casos importan una burla a los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley. Pero, además, puede suceder que los comitentes no aporten material genético. Nacido el niño, el matrimonio solicita la adopción conjunta después que el niño ya ha forjado con ellos un fuerte vínculo afectivo, en tanto quien lo gestó y parió se lo entregó en forma directa.

También, en algunos casos, se falsifican las partidas de nacimiento a los efectos de que la comitente figure como madre, en lugar de la gestante que dio a luz. En Argentina esto configura un delito tipificado en los arts. 139 y ss. del Código Penal.

Además, Argentina cuenta con casos jurisprudenciales. En julio de 2012 se registró un novedoso precedente 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. Se considera el caso como el primer reconocimiento en Argentina de una inscripción de copaternidad igualitaria. Es muy importante este precedente dado que habitualmente en el caso de varones se reconoce sólo la paternidad de quién aportó el material genético, debiendo el otro recurrir a la adopción del hijo del cónyuge o del concubino, por otra parte, por imperativo biológico, se ha debido necesariamente recurrir a la práctica de la maternidad subrogada. El problema es que la India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. Según la normativa de la India, a los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento donde figura el nombre del padre, quien aportó el gameto masculino, y como nombre de la madre, la leyenda "madre subrogante o madre sin estado". El certificado no reconoce la nacionalidad india de la criatura, por lo que si al niño no se le confiere la nacionalidad argentina, adquiere el status de "apátrida". El 28 de junio de 2011, el jefe de la Sección Consular de la embajada Argentina en India, le comunicó al matrimonio lo dictaminado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos respecto de los nacimientos realizados bajo la figura de M.S. Para la Representación Consular Argentina no es posible dar curso a la inscripción de una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre, dado que ello no se ajusta al artículo 36 inciso c de la Ley 26.413, que impone que dicha inscripción debe contener el nombre y apellido de ambos padres (del padre y de la madre), salvo que se trate de un hijo extramatrimonial (hijo de madre soltera), situación en la que no se hará mención del padre.

El cónsul general adjunto del Consulado de Mumbai, sostuvo que la única vía posible era una autorización judicial específica, esto es, una resolución judicial expedida por un juez competente de la República Argentina que ordenara la inscripción en los registros del Estado argentino del niño nacido en India, a efectos de otorgarle la nacionalidad Argentina por opción desconociendo el nombre y la nacionalidad de la madre aun cuando el padre sea de nacionalidad argentina.

Consecuentemente, se presentó un recurso de amparo el 15 de diciembre de 2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores (a través de la Embajada de Argentina en la India) les confiera la documentación (certificado de nacimiento, pasaporte y documento de identidad) que reconozca la paternidad legal del matrimonio (sobre la base de la voluntad procreacional) y que el niño requiera para poder salir de la India.

--El amparo judicial dio lugar a una negociación con el Ministerio de Relaciones exteriores quien manifestó que no existían obstáculos para la expedición de la documentación solicitada, pero que como el consulado ejerce funciones delegadas por el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, se requería una autorización expresa de dicho organismo. Ante esta respuesta, se solicitó una Declaración de certeza administrativa. El 6 de marzo de 2012, el Registro Civil, informó que el Ministerio de Relaciones Exte-

rios tiene facultades propias para inscribir nacimientos, defunciones y matrimonios en sus consulados requeridos por argentinos nativos o naturalizados, por lo que no corresponde autorizar a dicho Ministerio a efectuar los actos peticionados.³⁸ Esta respuesta habilitaría que el niño sea inscripto sin dificultades como hijo de ambos padres. Es decir, permitiría la coparentalidad legal.

El 22 de marzo de 2012 se concedió el amparo.³⁹ Sobre la base del derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual y el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares se autorizó a las autoridades del Registro del Estado Civil y capacidad de las personas de la Ciudad de Buenos Aires a proceder a la inscripción del nacimiento del/a niño/a de los actores ante la solicitud de inscripción de nacimiento que formule la embajada de la República Argentina en la India, estableciendo en dicho momento la copaternidad de ambos padres, según lo establece la Resolución 38/12.

Los sustentos jurídicos de esta decisión son el art. 16 de la Constitución de la Nación Argentina y las leyes 26.618, 26061, 23592 y 23.054.

Por el art. 16 de la CN se consagra el principio de la igualdad por la que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. Por ley de matrimonio igualitario desde el 2010 los matrimonios pueden ser formados por personas del mismo sexo cuyos derechos y deberes deberán ser amparados en igualdad de condiciones. Esta ley 26.618 en su art. 14 pauta 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 jurídicas que habilitan la copaternidad (y comaternidad), con el fin de garantizar la igualdad de derechos a los niños nacidos en estas familias. También es importante la ley 26.061 “de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” que en su art. 3 define el “interés superior del niño” sintetizando lo referente a obligaciones paterno-filiales, normas que rigen la patria potestad, derecho de alimentos, etc. Su último fundamento se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por ley 23.054 en 1984 pautando la no discriminación, ya que en caso de no reconocerse la partida de nacimiento otorgada en la India a nombre de dos progenitores varones, se discriminaría a Tobías con respecto a otros niños cuya partida de nacimiento extranjera es aceptada en nuestro país.⁴⁰

También se debe mencionar el caso ocurrido en la Provincia de Mendoza caratulado “O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. por medida autosatisfactiva”, con fecha 29 de julio del 2015, en el cual una pareja porteña viajó para encontrarse con la Sra. OAV que se ofreció a ayudarlos a tener un hijo, en forma gratuita y altruista. Si bien ella tenía ya dos hijos y él uno (todos de matrimonios anteriores), la mujer había sido sometida a una histerectomía -le extirparon gran parte del útero tras una infección y hemorragia-, por lo que quedó imposibilitada de volver a tener hijos. La pareja había planificado el nacimiento con la agencia “Argentina Maternity” (ONG, que se dedica a asesorar a los interesados en maternidad subrogada).

La Sra. OAV se sometió a numerosos estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso en la función de mujer gestante.

Asimismo las partes suscribieron un convenio estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación.

El 9 de enero de 2015 se produjo el nacimiento del bebé al que llamaron JC en el Hospital Español de Mendoza.

El médico interviniente extendió el certificado de nacimiento de JC a nombre de quien dio a luz (OAV) y el día 12 de enero la Sra. OAV y el niño fueron dados de alta. Sin embargo, funcionarios del hospital presentaron una denuncia que culminó en la imputación de la madre gestante por “tornar incierto el estado civil del niño”, que conlleva una pena de entre uno y cuatro años de prisión.

³⁸ Informe núm. 0.836, DGRC -2012, Motivo: S/declaración de certeza administrativa, (compulsado el 15-01-2016)

³⁹ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, de 22 de marzo de 2012, D. C. G. y G. A. M. c G. C. B. A., s/Amparo, disponible en https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjAqLWPg7bKAhUGIJA KHa_9AZkQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ccalvocosta.com.ar%2Fadmin%2Fnovedad%2FFallo%2520Maternidad%2520Subrogada.docx&usq=AFQjCNHG5NQo-Juotfg-qPpQkENrAa45og, (compulsado el 26-08-2015)

⁴⁰ Ver: <http://www.dab.com.ar/articles/123/la-copaternidad-en-los-casos-de-maternidad-subroga.aspx>, (compulsado el -18-03-2016)

El hospital pidió la intervención de la Justicia de Familia y previo a la sentencia del Dr. Neorotti, el pequeño fue sometido a un examen de ADN y el resultado genético determinó que es hijo de la pareja bonaerense.

El abogado solicitó, como medida de no innovar, que se le ordene al Registro de Estado Civil la no inscripción de oficio del menor.

La asesora Nancy Ferrer planteó la nulidad del convenio celebrado entre las partes, conforme el art. 1047 del C.C resulta legitimada para plantear la nulidad absoluta todos los que tengan interés en hacerlo. El Ministerio Público ejerce un doble rol: de representación y asistencia y contralor según el art. 59 del Código Civil, debe intervenir como parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial en que las personas menores de edad o declaradas incapaces demanden o sean demandadas, cuando se trate de sus bienes.

El juez sostuvo que era necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, ya que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación.

También ha manifestado en la sentencia que existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y de altruismo, por eso se plantea el interrogante si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente transforman la contratación en onerosa o si sólo se trata de una indemnización por los gastos producidos por la gestación y el alumbramiento. El Dr. Neorotti se ha inclinado por la remuneración del servicio de gestación.

En cuanto al instituto en cuestión y la pretendida nulidad del contrato, hay posturas que entienden que en la maternidad por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que la madre sustituta “da” su útero para que en él sea implantado un embrión. Este acto no puede nunca ser calificado como contrato ya que el cuerpo humano está fuera del comercio. Por lo tanto, el acto extrapatrimonial que importa la “dación” del útero, debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere la ley o la moral.

El Juez analiza el artículo 953 del Código Civil referido a que puede ser objeto de los actos jurídicos. Este artículo dispone 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 o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”. Al analizar esta norma llega a la conclusión de que la persona no es objeto del negocio jurídico ni aún en estos casos.

Expresa que lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional, por lo cual entiende que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado.

Sostiene que no corresponde decretar la nulidad del convenio. Sin embargo aclara que ciertas cláusulas si serían nulas conforme al artículo art. 531 que dispone que están prohibidas las siguientes condiciones: “habitar siempre en un lugar determinado, o sujetar la elección del domicilio a la voluntad de un tercero; mudar o no mudar de religión; casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo, o en cierto lugar, o no casarse; vivir célibe perpetua o temporalmente; o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente”. Ya que se trata de un enunciado de conductas o de obligaciones de hacer o de no hacer que afectan la libertad de las personas, por lo que entiende que deben ser declaradas nulas de nulidad absoluta por afectar el art. 953 del C.C. en concordancia con el art. 14 de la C.N.

En cuanto a la Maternidad Subrogada ha dicho que la determinación de la maternidad encuentra su fundamento en los preceptos romanos *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), que importan suponer que la maternidad se acredita por el parto de la mujer. También se hace referencia al artículo 241 que dispone que “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido.”

En la sentencia se hace mención a la ley sancionada por el Congreso de la Nación sobre las Técnicas de Reproducción Asistida (Ley N° 26.862), conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. En dicha ley quedan comprendidos los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo y las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos o embriones.

Pero en este caso el material genético fue implantado en un vientre que no era el de quien aquí reclama la maternidad utilizando la técnica de “gestación por sustitución”. En este supuesto, el elemento determinante de la filiación es la denominada “voluntad procreacional”, es decir, la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

Ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes a este medio de acceder a la maternidad correspondería aplicar la normativa de fondo. Así, y de acuerdo con una interpretación literal del texto del art. 242, Código Civil, es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada.

El magistrado sostuvo que hay que tener en cuenta voluntad procreacional de la pareja, consistente en el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial, así como también, no dudar de lo que surge de la correspondencia genética del nacido con la pareja que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica. Ha expresado que “el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante TRHA, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera”

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

Prosigue diciendo que “la regulación de la gestación por sustitución favorece el avance y evolución del derecho. Si el Derecho se retirara o estableciera prohibiciones cada vez que existen dificultades de aceptación por parte de la moral social dominante en determinado momento histórico, los avances a favor de la igualdad y de la libertad serían tremendamente lentos y todo seguiría igual a través de los siglos”.

Finalmente sostiene que hay que hacer lugar a la demanda entablada en tanto, si se valora fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad de la pareja de convertirse en padres del niño, la correspondencia biológica del nacido respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN e impone la obligación a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hijo su realidad gestacional.

Entiende que lo resuelto es lo que más responde al interés superior del niño, definido por el artículo 3 de la ley 26.061 como “la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, debiéndose respetar su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y su centro de vida o lugar donde hubiera transcurrido la mayor parte de su existencia”

Resumiendo lo dicho se decide otorgar a la pareja de portefios la filiación del bebé nacido por esta técnica, argumentando que “el evento fundante de esta sentencia es justamente la voluntad procreacional, que significa el deseo de ser padres que tuvo la pareja de Buenos Aires. Esta voluntad quedó manifestada en un contrato que firmaron tanto ellos como la mujer mendocina, quien manifestó haber gestado y tenido al hijo para la pareja. En este caso da la casualidad que el material genético donado era de los dos padres, pero puede ocurrir también que sea ajeno.”

Por lo tanto, el Juez no hizo lugar al pedido de nulidad del convenio que había solicitado la asesora de Menores en su momento y que buscaba dejar sin efecto el contrato que había suscripto las dos partes.

Otro caso público fue el ocurrido el 30 de diciembre del 2015 cuando el juzgado de familia de Lomas de Zamora N° 7, sostuvo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial, que dispone “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, con independencia de quién haya aportado los gametos”, ya que 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, y en consecuencia declarar la obligación de emplazar a la niña por nacer y realizar su respectiva inscripción como hija de los donantes de los gametos, en el marco de un caso en el que una señora que tenía la imposibilidad de tener un bebé, fue ayudada por su hermana a gestarlo con el tratamiento de fecundación in vitro, en tanto de no declararse inconstitucional la norma, la niña por nacer sería inscrita como hija de su tía, hermana de sus primos, y sobrina de sus padres, lo que resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, máxime cuando la gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para la misma la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia, y de ejercer una maternidad responsable y en igualdad de condiciones que los demás. Como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la Constitución Nacional).

Como se puede observar la Maternidad Subrogada no se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación se expondrán las consideraciones contractuales que dificultan su incorporación al mismo.

- Autonomía de la voluntad

Por un lado para que exista un acto jurídico es necesaria la voluntad exteriorizada de las partes que intervienen en el mismo. La autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho, de fuente constitucional.

Por otro lado, el Estado limita la Autonomía de la voluntad cuando los actos son contrarios al orden público, la moral y las buenas costumbres. Lo hace con el fin de proteger el interés de la sociedad pero, en este sentido, la Maternidad Subrogada, depende del consentimiento. Es decir, el consentimiento de las partes es indispensable para la procreación asistida.

Para que exista consentimiento valido debe ser expresado por persona capaz. Aunque la capacidad no es suficiente por si sola para que la persona pueda disponer del objeto del contrato; para ello debe poseer también legitimación en sentido estricto, o sea el poder de disposición respecto de dicho objeto.⁴¹ Por lo tanto que para que el contrato sea válido debe reunir el consentimiento de las partes, es decir, otorgado por persona capaz y no debe contener vicios del consentimiento.

Al aplicar lo explicado anteriormente a la práctica de M.S, pareciera que no existe ningún problema. Sin embargo, la dificultad se presenta cuando una persona desea realizar un acto jurídico (contratar) sobre el cuerpo de otra persona con el fin de llevar a cabo un embarazo.

⁴¹ Alterini, Atilio A. 2009. “Contratos Civiles. Comerciales. De Consumo. Teoría General.” Buenos Aires: AbeledoPerrot. segunda edición actualizada., pág. 210.

Otro inconveniente es otorgar el consentimiento y manifestar la voluntad de entregar al bebe nacido a los padres solicitantes. Es decir, ceder los derechos de madre, renunciar a ellos y entregar un bebe como objeto del acto jurídico.

- Postura institucionalista y postura contractualista

Por una parte nuestro país mantiene una postura institucionalista respecto a la adopción, es decir, no contractual. Lo dicho se observa en el artículo 594 que establece: "(...) La adopción se otorga sólo por sentencia judicial (...)".

Sin embargo, respecto a las TRHA, la ley parece adoptar una postura más contractual, ya que en su artículo 7, bajo el título "beneficiarios", dispone "Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer". Siguiendo lo dicho, la ley N° 26.529 en el artículo 5 entiende por consentimiento informado "a declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con 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 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."

En resumen la donación de gametos debe realizarse formalmente con consentimiento previo, informado⁴² y libre de todas las partes intervinientes.

Por lo tanto se puede decir que si consideramos a la M.S como una TRHA, el contrato entre voluntades que desean una inseminación artificial con el objetivo de ser padres a través de una madre inseminada con material genético de un tercero, no parece ir por un camino antagónico al de la ley de Fertilización Asistida⁴³. Es decir, la inseminación de la mujer que presta su vientre, hasta acá no parece presentar complicaciones en la ley argentina dado que se compatibiliza con la formalización que se utiliza en las TRHA. Contrariamente, lo que si provoca dificultades es la moralidad de contratar sobre el vientre de una mujer, quien gestará y dará a luz, renunciará a sus derechos como madre y entregara al nacido. Pero ante esto hay que decir que la moralidad es una costumbre inserta en la sociedad por la cual se juzga bien o mal cierta acción, conducta o acto. Y en el mismo orden de ideas, ser madre no lo determina el canal de parto, madre es una relación que se construye y se desarrolla, es cuidar y dar amor.

Por lo expuesto se concluye que en nuestro país la M.S es legal. Los fundamentos jurídicos para sostener su legalidad y legitimidad son:

- Los principios de Igualdad, Reserva y Legalidad de la Constitución Argentina, aplicable a todos los habitantes y a extranjeros.(Arts. 16,19 y 20 de la C.N)
- Los tratados de Derechos Humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica, y la DUDH.
- La voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRHA, incorporada desde el 01/08/2015 por el nuevo Código Civil Argentino.(Arts.558 al 575 del CCCON)

⁴² Artículo 6 de la ley 26.529: "Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente."

⁴³ Aprobada el 5 de junio del 2013. Mediante la presente ley queda garantizado el acceso integral a los procedimientos y TRHA, de forma igualitaria y no restrictiva. Entendiendo la infertilidad como una enfermedad que puede afectar la vida psicofísica de la persona, no norma obliga al sistema público de salud, las obras sociales y prepagas a incorporar como prestación obligatoria y atender a sus afiliados la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnostico y tratamiento de las TRHA.

- Leyes nacionales, como la 26.862 de acceso integral a las TRHA; la ley 23.592 contra actos discriminatorios; la legislación sobre matrimonio igualitario (Arts.401 al 508 del CCCON) y unión convivencial igualitaria (Arts.509 al 528 del CCCON)
- La Jurisprudencia existente sobre maternidad subrogada en Argentina, en donde los jueces siempre han reconocido la legalidad y legitimidad de la misma, y han reconocido sus efectos jurídicos.

Si observamos los fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios se puede decir que la maternidad subrogada, no sólo está permitida, sino que debe ser protegida y garantizada por el Estado, por tratarse del ejercicio de Derechos Humanos Reproductivos.

Proyectos legislativos

El presidente del Bloque de la Concertación, Hugo Prieto, fue el primero en presentar un proyecto de ley a nivel nacional sobre maternidad subrogada con el objetivo de que ésta sea una práctica que permita superar la imposibilidad de procrear. El diputado nacional de Neuquén señala en su proyecto que “la ciencia brinda la oportunidad de encontrar soluciones al problema de la infertilidad y la frustración de las personas que han deseado por años ser padres o madres, y no lo han conseguido”. El proyecto incluía a heterosexuales, parejas homosexuales y personas solas. El proyecto previa la creación de una Agencia Pública de la Maternidad Subrogada” (APMS), que funcionaría como entidad descentralizada bajo la órbita del Ministerio de Salud nacional. La o las personas que alquilen un vientre y la mujer que accede a hacerlo deberían firmar un compromiso homologado por la autoridad competente, y que volvería legal todo el procedimiento. La maternidad subrogada, que podría realizarse a cambio de una compensación económica, se considera como plena sin revocación alguna y sólo podrían ejercerla mujeres de hasta 35 años con al menos cinco años de residencia en la Argentina y que se encuentren inscriptas en el Registro de la APMS. Las mujeres que alquilen su vientre no pueden participar en más de dos procedimientos de maternidad subrogada, ni padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía, ni enfermedades susceptibles de contagiar al feto. Los padres y madres subrogantes deben ser mayores de edad y por lo menos uno de ellos deberá tener no más de 50 años, límite que se aplicará a las personas solas. Con respecto a la filiación se sostuvo que la inscripción deberá contener el nombre y el apellido del o los subrogante, no de quien llevó adelante la gestación.

Otro antecedente de proyecto de legislación sobre Maternidad Subrogada que se puede mencionar es el proyecto presentado por la legislatura de la provincia de Santa Fe por el diputado Alberto Monti en el año 2011⁴⁴. El proceso se basaba en un acuerdo entre privados patrocinados por abogados. Si en el instrumento de subrogación gestacional se contemplaba el pago de una compensación a la madre sustituta gestacional, la misma debía depositarse en un banco oficial a su nombre antes del comienzo de cualquier procedimiento médico; la paternidad y maternidad de quienes subrogaren debían demostrarse con el contrato firmado por todas las partes y notificado al Registro Nacional de las Personas para registrar la filiación. La madre gestacional sustituta tenía que haber dado a luz al menos un hijo antes de consentir este acuerdo y en caso de estar casada debía quedar asentado el consentimiento de su cónyuge; ella también debía ser evaluada clínica y psicológicamente. El o los padres subrogantes debían contribuir con al menos uno de los gametos resultantes en un pre-embrión que la sustituta gestacional tenía que intentar llevar a término.

Otro proyecto que cabe citar es el presentado por el Dr. Pascual para la provincia de Mendoza el 28 de mayo del 2015.⁴⁵ El mismo definía a la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana médicamente asistida mediante la cual, una mujer recibe la transferencia de un embrión y lo gesta hasta el nacimiento, supliendo la incapacidad de gestar y/o llevar un embarazo a término de una persona o una pareja y con el fin de que el niño nacido tenga vínculos de filiación con el/los comitente/s.

Las partes intervinientes en un proceso de gestación por sustitución deberán otorgar ante el Centro de Salud interviniente, el consentimiento informado en forma individual, libre y previa a iniciar cualquier

⁴⁴ http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/la_maternidad_subrogada_en_el_proyecto_de_reforma_al_codigo_civil_y_comercial.pdf (compulsada el 20-06-2016)

⁴⁵ <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/36-anteproyecto-de-ley-sobre-maternidad-subrogada> (compulsada el 20-06-1026)

tipo de tratamiento médico. Ambas partes deberán solicitar de mutuo acuerdo, ante el Tribunal de Familia competente, la homologación del consentimiento informado. El proyecto también establecía que el patrocinio letrado era obligatorio.

La homologación judicial del consentimiento informado acredita con fuerza de cosa juzgada, la voluntad procreacional de el/los comitente/s y la voluntad gestacional de la mujer gestante. La inscripción del nacimiento del menor en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, se realizará mediante sentencia judicial de filiación posterior a su nacimiento, producido el nacimiento con vida del bebé, dado a luz por la mujer gestante, el/los comitente/s deberá/n interponer acción de filiación ante el mismo Juez que homologó el consentimiento informado. La sentencia de filiación deberá ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la inscripción del recién nacido como hijo de el/los comitente/s. Finalmente se dispone que la realización de un tratamiento de gestación por sustitución sin haber cumplido previamente los requisitos de esta ley, no será fundamento para rechazar la filiación entre el menor nacido y el/los comitente/s.

Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de Argentina

El 23 de febrero de 2011 la Presidente Fernández De Kirchner, mediante el Decreto 191/2011 creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Esta Comisión se encontraba integrada por los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Doctores Ricardo Luís Lorenzetti, Elena Highton De Nolasco y Aída Kemelmajer De Carlucci, quienes elevaron al poder ejecutivo nacional un proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación que finalmente entro en vigencia el 1 de agosto del 2015.

En los Fundamentos del Anteproyecto del CCCoN se explica que: “El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El proyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como turismo reproductivo); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/ madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición”.

Como se puede advertir el Anteproyecto contenía un artículo relacionado con esta figura, el mismo se encontraba redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 562: “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”.

▪ **Análisis del artículo**

a) Sistema:

Se regula un sistema que requiere una intervención judicial previa, disponiéndose que los médicos no puedan proceder a la transferencia sin autorización judicial. De esta manera, se asegura el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo.

b) Filiación:

En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. De allí que el artículo proyectado exigiría el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, que debe ajustarse a lo previsto por el Código y la ley especial.

Este consentimiento debe homologarse por autoridad judicial y reemplaza al consentimiento protocolizado que se exige en los otros supuestos de TRHA, es decir, aquí, por las especiales características y por la mayor complejidad de la figura, se exige que en lugar de protocolizarse, se homologue a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales. Entonces, si se cumplen los requisitos previstos legalmente, el juez procederá a la homologación y podrá procederse a la implantación en la gestante.

Este consentimiento debidamente homologado (la autorización judicial), junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes deberán presentarse al registro civil para la correspondiente inscripción del nacido.

Si el juez no homologa (y a pesar de esto las partes continúan con el proceso de gestación por sustitución), o las partes no solicitan la autorización judicial, el proyecto de ley establecía que la madre legal es la mujer que dio a luz al niño.

c) Comitentes:

Permite acudir a la gestación por sustitución tanto a las parejas casadas como a las no casadas, heterosexuales y homosexuales. También las personas solas.

d) Requisitos para la homologación judicial:

Sin perjuicio de los demás requisitos a preverse en la ley especial que debe dictarse para reglamentar y complementar lo dispuesto en el anteproyecto, el juez solo puede proceder a la homologación si se cumplen los siguientes requisitos:

- (i) Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer
El interés superior del niño es la cuestión principal a tener en cuenta a efectos de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución. El juez siempre podría denegar la autorización si considera que no redundará en el mejor interés del niño por nacer.
- (ii) La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica⁴⁶
Este requisito se exige a los efectos de garantizar que el consentimiento emana de una mujer competente y que la gestación por sustitución no redundará en perjuicio de la salud de la gestante.

⁴⁶ Este requisito también se demanda en Australia (la gestante debe haber sido evaluada médica y psicológicamente), Grecia (la gestante debe haberse sometido a un examen médico y a una evaluación psicológica), Israel (las evaluaciones médicas y psicológicas de la gestante se presentan ante el comité), etc

- (iii) Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético⁴⁷
La posibilidad de recurrir a la gestación por sustitución debería estar condicionada a que el origen de los gametos, o al menos uno (semén u óvulo), provenga de la pareja comitente. Esto es así, porque la gestación por sustitución se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden llegar a concebir un embarazo y no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio. De no ser así, la pareja podría acudir a la adopción, que no genera los cuestionamientos y planteamientos morales, jurídicos, y éticos que sí genera la gestación por sustitución.
- (iv) El o los comitentes deben poseer incapacidad de concebir o de llevar a término un embarazo⁴⁸
Este requisito restringe las posibilidades de recurrir a la gestación por sustitución a aquellas mujeres que son médicamente incapaces de tener un hijo sin recurrir a las TRHA. De esta manera, se previene que aquellas mujeres que médicamente son capaces de tener hijos, depositen o deleguen las barreras e incomodidades del embarazo en otra mujer por su propio confort.
- (v) Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional.
La gestante sólo debe aportar la gestación y no sus óvulos. Se considera que la posterior entrega es más fácil para la gestante que no está relacionada genéticamente con el niño, siendo esta la tendencia en el derecho comparado, a los efectos de evitar conflictos.
- (vi) El contrato, en principio, debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista
La gestante no puede recibir retribución, lo que no impide que sí pueda ser compensada. La ley especial deberá determinar el contenido de esta compensación luego de un debate ético y responsable, que contemple todos los aspectos en juego.

En el derecho comparado se encuentran distintas respuestas. En algunos casos, el monto o los rubros que comprende esta compensación están indefinidos (por ejemplo, en el Reino Unido); en otros, expresamente se incluyen, por ejemplo, gastos médicos, asesoramiento y/o gastos legales (por ejemplo, en Australia, Grecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica); y, en unos pocos Estados también se comprende “la pérdida de ingresos” (por ejemplo, en Grecia). La legislación de Israel permite que el comité que aprueba los pre-acuerdos de subrogación autorice pagos mensuales a la gestante en compensación por el “dolor y sufrimiento”, así como el reembolso de sus gastos. La Ley no especificaba montos mínimos o máximos, dejándolo a la discrecionalidad de las partes y, en última instancia, a la del comité.

- (vii) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces
Este requisito fue copiado de la ley de México DF, a los efectos de evitar abusos y que mujeres se conviertan en “máquinas productoras de hijos ajenos”.
- (viii) La gestante debe tener al menos un hijo previo propio.
Este requisito asegura que la gestante comprende la gravedad de su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño. Además, este requisito alivia las preocupaciones que implican privar a una madre primeriza de su primer hijo.

e) Revelación del origen:

Así como sucede en la adopción, los comitentes deben comprometerse a que revelarán a su hijo que éste ha sido concebido gracias a la ayuda de la gestación por sustitución.

Además, y para el supuesto que los comitentes no cumplan con este compromiso una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, podrá acceder al expediente que deberá conservarse por el organismo judicial.

⁴⁷ Este requisito también se exige, entre otros ordenamientos en el Reino Unido, Israel (el padre comitente debe aportar su semén, pero el óvulo puede ser de una donante), Sudáfrica (se deben utilizar los gametos de los comitentes a menos que esto es imposible, como resultado de razones médicas o de otro tipo, en cuyo caso al menos uno de los comitentes debe estar genéticamente relacionado con el niño), etc.

⁴⁸ Este requisito también se exige, entre otros ordenamientos en Grecia, Israel, Nueva Zelanda, Sudáfrica, etc.

¿Cómo regular la M.S?

En función de lo establecido en las legislaciones extranjeras la M.S se puede regular de tres maneras:

- 1) Admisión parcial.
- 2) Admisión amplia.
- 3) Prohibición.

1) Admisión parcial

Es decir en forma altruista y bajo ciertas circunstancias de hecho.

La palabra altruismo hace referencia al comportamiento de procurar el bien de las personas de manera desinteresada, incluso a costa del interés propio.

La relación, en este tipo de regulación, que une a la madre gestora y al padre o a los padres y madres biológicos, es de tipo contractual. Por lo tanto se puede diferenciar entre maternidad con fines comerciales (contrato oneroso) y la relacionada con el altruismo (contrato gratuito). Cuando se hace referencia a la maternidad por sustitución solidaria o altruista significa que una persona presta su útero sin mediar contraprestación con el fin de llevar a cabo un embarazo y luego, renuncia a los derechos como madre y se los cede a la persona que tiene la voluntad de ser padre y/o madre.

Lo normal en nuestra sociedad son las relaciones de reciprocidad. El hombre es un ser social que depende de los demás y por lo tanto se encuentra obligado a intercambiar por algo lo que ofrece como servicio o producto. Se puede decir que el trueque es lo que regula la sociedad pero, en realidad, no se debe utilizar dicho término dado que no contempla el intercambio dinerario sino solo el intercambio en especie.

En la actualidad se trabaja a cambio de una contraprestación dineraria, pero en la antigua Grecia esta clase de intercambio era inmoral ya que se creía que el trabajo remunerado era indigno del hombre libre porque se consideraba que era una forma de prostitución a la que, en todo caso, podían dedicar su tiempo las clases inferiores.

Como consecuencia de la evolución de la moralidad de recibir una contraprestación a cambio de trabajo se puede decir que el trabajo tiene un valor moral en sí mismo. Ahora bien, ¿una mujer que desea ofrecer un servicio con su cuerpo a cambio de una contraprestación económica nos parece moral o inmoral? ¿Y qué pasa si una mujer quiere ofrecer su cuerpo en forma altruista, sin contraprestación a cambio? Limitar la autonomía de la voluntad por considerar una práctica contraria a la moral y las buenas costumbres es una percepción subjetiva.

2) Admisión amplia

La M.S necesita la aceptación y el respeto por parte de las personas que desean recurrir a ella. Esta figura trae dificultades al momento de su regulación. Uno de los principales conflictos que conlleva esta práctica es el contrato en sí mismo.

El contrato es un acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Los contratos pueden ser bilaterales o unilaterales. Y a su vez estos pueden ser gratuitos u onerosos.

El contrato de M.S ha sido definido como “el acuerdo por el cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebe, lo entregue al donante de esperma (renunciando para ello a los derechos

que la ley le confiere sobre el recién nacido) y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consiste en una suma de dinero”.⁴⁹

Entonces ¿Cuál es el tipo de contrato que más se adecua a nuestro ordenamiento?

Para ello es necesario definir los dos tipos de contratos a estudiar.

En cuanto a la primera clasificación, expresada en el artículo 966 del Código Civil y Comercial de la Nación, son contratos unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada y son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. El contrato de Maternidad Subrogada estaría comprendido en esta última especie de contratos.

Estamos enfrente de un contrato a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo y en contraposición, se trata de un contrato oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra.

A su vez los contratos se dividen en nominados (típicos) e innominados (atípicos)⁵⁰. En el caso de la Maternidad Subrogada, el contrato tiene el carácter de innominado porque no tiene asignada por ley una estructura jurídica propia.

Regular la M.S mediante un contrato requiere de ciertos requisitos. Se necesita:

- 1) Declaración de la voluntad, es decir que las partes brinden su consentimiento. Es un elemento esencial del contrato, ya que no puede faltar, no hay contrato si no hay consentimiento. Es el primer elemento o requisito que se debe cumplir para celebrar un contrato.
- 2) Forma: Todo acto jurídico, y por lo tanto todo contrato, requiere una forma. La forma es la manera o medio por el cual el sujeto manifiesta exteriormente su voluntad.
- 3) Objeto: Alterini establece que toda relación jurídica requiere la existencia de un objeto. Al ser el contrato una especie del género acto jurídico, hay que remitirse a la regulación del objeto de este, con relación al que, en el art. 279 CCyC establece que puede estar constituido por hechos o por bienes; precisándose que el objeto de un acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, ni contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana, ni un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.
- 4) Finalidad o causa: el artículo 1013 establece la Necesidad, disponiendo que “La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.”

Por lo tanto, el contrato de M.S tiene como objeto gestar en un vientre ajeno, la mujer que presta el vientre le proveerá a otra persona el bebé cuando el embarazo haya concluido. Y la finalidad del contrato es gestar y dar luz mediante un vientre ajeno a cambio de que la persona que lo lleva en su vientre renuncia a los derechos que le corresponden y entregue al recién nacido a los padres solicitantes. La regulación de la M.S se debe considerar en ambos casos, es decir, ya sea con o sin intención de remuneración a cambio.

Considero que un contrato sirve para brindar mayor seguridad jurídica a las partes. Se necesita que lo prometido quede escrito, que no se dé lugar a la especulación y que por medio de un contrato, tanto la madre prestadora como los padres comitentes expresen su voluntad. Así cuanto más quede escrito, más seguridad jurídica existirá para las partes del acto jurídico llevado a cabo. Lo mismo debe suceder con la ley que regule la figura de la M.S, esta debe ser clara, completa y precisa con el fin de evitar controversias entre las partes.⁵¹

⁴⁹ Gallee, C. L., “Surrogate Mother Contracts: A View of Recent Legislative Approaches”, en Journal of Health Law, American Health Law Associations, Vol. 6, Núm. 24, 1992, pp. 175-176; Cohen, B., “Surrogate Mothers: Whose Baby Is It?”, en American Journal of Law & Medicine, Boston University School of Law, Vol. 3, Núm. 10, 1984, p. 243.

⁵⁰ Artículo 970 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

⁵¹ Hoy al no tener una ley que regule y respalde la practica en cuestión hay que judicializar todo y depende del juez reconocer o no el derecho.

3) Prohibición

Cualquier acto jurídico hecho entre privados es nulo. Es decir, no resulta posible la formalización mediante instrumentos privados que establezcan pautas contractuales que regulen, a partir de la autonomía de la voluntad, dicha práctica.

Esta manera de regulación nos aleja de los avances que nos ofrece la ciencia y da menos alternativas a las personas que desean ser padres o madres y padecen la imposibilidad de serlo por medio de la reproducción natural.

Prohibir dicha práctica en mi opinión, exacerbaría las cargas que normalmente tienen las parejas infértiles para procrear, ya que las pondría en la posición de buscar alternativas fuera de su país, con el impacto económico, familiar y emocional que ello implica. Asimismo crearía una desigualdad entre aquellas parejas que poseen los medios materiales para viajar al exterior y someterse a esta técnica en otros países y por último la prohibición recaería sobre la autonomía de la mujer respecto de su propio cuerpo. Es ella a la que se le prohíbe decidir sobre un tratamiento que se concentra en su cuerpo.

Por lo tanto prohibir la M.S va contra la libertad de la persona, se limita la autonomía. En cambio permitiría, ayudaría a poner límites a la práctica pero no a la autonomía.

Implicancias morales

La Real Academia Española define moral como “la ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia”, es decir, aquella facultad que nos permite distinguir el bien del mal.

En la sociedad actual, libre y llena de opiniones y diferentes pensamientos, distinguir lo aceptable de lo inaceptable es complicado ya que las posturas pueden ser igualmente respetables y éticamente correctas.

Las nuevas tecnologías en materia reproductiva plantean conflictos éticos que deben ser resueltos respetando la seguridad de todos o la mayor parte de los participantes y garantizando siempre el interés general de la sociedad.

En el año 2005, la UNESCO aprobó la Declaración Universal sobre Bioética⁵² y Derechos Humanos, cuyos principales objetivos son:

- Promover el respeto a la dignidad humana y proteger los derechos humanos
- Orientar la acción de individuos
- Promover un acceso equitativo a los adelantos médicos, científicos y tecnológicos
- Destacar la importancia de la biodiversidad
- Salvaguardar los intereses de generaciones presentes y futuras

Es decir que aunque los países tengan sus propias leyes que afectan a su territorio es importante contar con acuerdos generales, especialmente en temas delicados como el caso de la gestación subrogada.

La subrogación gestacional plantea muchos problemas ético-morales, lo cual hace que cuente tanto con defensores como detractores, cada uno con sus propios argumentos, igualmente razonables.

Proteger los derechos humanos es la idea básica del razonamiento moral. En maternidad subrogada serían varios los derechos que entrarían en conflicto:

- Derecho a la libertad humana
- Derecho a la igualdad
- Derecho a procrear y formar una familia
- Derecho al conocimiento de la filiación biológica

⁵² Según la Real Academia Española se define bioética: “aplicación de la ética a las ciencias de la vida”

Teniendo en cuenta los derechos citados y la moralidad de los actos humanos, son muchas las cuestiones que plantea la gestación subrogada. Muchas de ellas sin una respuesta única.

En cuanto al derecho a la libertad humana, ¿Dónde están los límites? ¿Tiene la gestante derecho a dar cualquier uso de su cuerpo o por el contrario hay usos no permitidos puesto que convierten al ser humano en objeto? La gestación subrogada, ¿resta dignidad humana a la mujer?

Si los padres deben revelar el origen biológico al niño, ¿cuándo y cómo deben hacerlo? ¿Debe conocer el niño a la donante y a la gestante? ¿Tiene derecho a ello?

Todas estas preguntas sin aparente respuesta única deben ser resueltas en base a valores éticos y morales y han de tenerse en cuenta a la hora de tomar un camino legislativo adecuado.

Muchas veces se rechaza lo nuevo por considerarlo fuera de lo moral cuando únicamente está fuera del entendimiento actual de la mayor parte de la sociedad. Sin embargo, con el paso del tiempo, el escándalo abre paso a la aceptación.

Una claro ejemplo de ello es la fecundación in vitro. En sus inicios fue tachado de algo completamente inaceptable, que atacan contra la dignidad humana y la bioética. Hoy en día son muchos los niños nacidos gracias a diferentes técnicas de reproducción asistida.

La ciencia, la medicina y la tecnología avanzan en beneficio de la sociedad. Es bueno aprovechar estos adelantos sin olvidar los problemas éticos que plantean muchos de ellos en sus inicios. En este sentido, se debería hacer reflexión y permitir únicamente aquellos que no atentan contra la vida humana.

La gestación subrogada debería contemplarse como el camino a los nuevos modelos de familia surgidos del avance de las sociedades actuales y como una forma de solucionar un problema cada día mayor, la infertilidad.

Siempre que se realice bajo una adecuada legislación que garantice los derechos y obligaciones de cada una de las partes y prestando el requerido respeto al interés superior del niño, personalmente creo que la maternidad subrogada es una práctica moralmente aceptable.

Posturas en contra y a favor de la M.S.

Encontramos una corriente doctrinaria (Kelmelmajer de Carlucci, Sambrizzi, Lamm y Herrera, entre otros) que sostiene que esta práctica es inmoral, que atenta contra la dignidad de las personas, no existiendo duda de que en nuestro ordenamiento se decretaría su nulidad ya que se considera nulo por ser de objeto ilícito al acto contrario a las buenas costumbres o que recayera sobre cosas que no se hallan en el comercio y ninguna duda existe sobre que las personas están fueran del comercio. Por lo tanto la imposibilidad del contrato de Maternidad Subrogada deviene de la ilicitud del objeto.

Por ser la capacidad generativa indispensable, intransferible y personalísima, se ha sostenido la ilicitud del contrato celebrado entre quien encarga un hijo y la madre portadora. Así como que un pacto de esa naturaleza se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender arrendar un útero durante nueve meses de gestación atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral.

El sacerdote Bochaty ha dicho: "Acá no se está curando un riñón, un hígado, sino que se manipulan seres humanos para implantarlos a embriones extraños con finalidades no siempre médicas. Se está privando al embrión de un desarrollo, de un progreso natural, ordinario, para pasar a un método sumamente extraordinario. Yo puedo técnicamente concebir un embrión, con un óvulo de una persona con el espermatozoide de un segundo, al vientre de un tercero, para que después la madre legal sea una cuarta. ¿Pero es ético? El alquiler de vientres tiene un índice de fracasos muy alto que es del 95%."⁵³

⁵³ A. Bochaty, Director del Instituto de Bioética de la Universidad Católica Argentina, en entrevista al diario Clarín, Buenos Aires, 22 de junio de 2008.

Asimismo el Doctor Zannoni⁵⁴ sostiene “ que desde la perspectiva de las madres sustitutas, se trata de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación, existiendo todavía bastante incertidumbre respecto de las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y largo plazo provocan estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas y desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino. Los contratos de maternidad subrogada provocan, al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante, y por último señala que en este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la madre portadora y los padres con intenciones de procrear. Al igual que la madre portadora, recibe el tratamiento de cosa. En efecto, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer (no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). El hijo se convierte, entonces, en la cosa debida.”

La organización Panamericana de la Salud afirma “la mujer que actúa como madre subrogada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por lo contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su único atributo valorado en su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así este tipo de situaciones contienen todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humana y madre.”⁵⁵

Por otro lado el argumento que señaló la Iglesia Católica⁵⁶ cuando se contempló la figura de la M.S en el anteproyecto del Código Civil y Comercial, fue que dicha práctica no solo colabora con la degradación de la mujer gestante sino que es posible que sean fuente de más desigualdad por la explotación para estos fines de mujeres pobres.

No obstante, un sector de la doctrina se pronuncia por la aceptación de los convenios de Maternidad Subrogada.

Un argumento a favor viene dado por la noción de la autonomía de la voluntad en tanto manifestación concreta de la libertad de las personas, que inspira la Constitución Nacional y el Código Civil de la Nación. En tanto las personas sean mayores de edad, capaces, y, en definitiva, tengan pleno conocimiento de sus actos (para el derecho civil: obren con discernimiento, intención y libertad), pueden hacer cuanto deseen en la medida en que no afecten a terceros.

Considero que se debe respetar la decisión de una persona que desea disponer de su cuerpo ya sea porque quiere cobrar un dinero por ello o porque, simplemente, quiere brindar la posibilidad de ser padres/madres a otras personas. No respetar el deseo individual de una persona no resulta coherente con la doctrina del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía como máxima expresión de la dignidad humana.

Otro argumento resulta lo que se ha dado en llamar “derecho al hijo”, entendido éste como una prerrogativa de todo ser humano a concretar la profunda aspiración de ser padre o madre proyectándose en un hijo.

Se ha dicho que “el interés de una pareja infértil en la continuidad genética, en gestar y dar a luz, y en la crianza de una criatura, es idéntico al interés de una pareja fértil (...) aun cuando uno de los miembros de la pareja infértil no está capacitado para realizar todas las funciones de la procreación”.⁵⁷ Debido a que las personas casadas fértiles tienen derecho a incorporar niños a la familia, de igual manera deben tenerlo las personas casadas infértiles: no sería razonable establecer un perjuicio basado en la lotería natural de las dotes físicas. “Una interpretación que extienda el derecho a procrear, a la reproducción asistida

⁵⁴ Zannoni, E. A., Derecho civil. Derecho de familia, t. 2, pág. 533 y ss.

⁵⁵ Cindy, Arteta Acosta. Maternidad Subrogada. Rev. Ciencias Biomédicas, v. 2, pág. 91-97, 2011. Disponible en: <http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciabiomed/article/view/65/60>. (compulsado el 10 -03-2016).

⁵⁶ La exposición estuvo a cargo del presidente de Episcopado, monseñor José María Arancedo. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/Iglesia-alquiler-vientres-fomenta-explotacion_0_761323967.html (compulsado el 20-03-2016).

⁵⁷ Arson de Glinberg, G. H. y Silva Ruiz, P. F., “La libertad de procreación”, pág. 1199

(no coital) dará a las personas casadas infértiles el derecho legal (sujeto, naturalmente, a reglamentaciones) de hacer de la reproducción una empresa de colaboración. Este derecho incluirá la posibilidad de obtener arreglos con terceros para el suministro de espermatozoides, huevos, servicios de gestación o cualquier combinación necesaria para procrear una criatura, para que la pareja la críe".⁵⁸

En cuanto a las críticas relacionadas con la explotación de la mujer, Arteta dice que "al ser un acuerdo voluntario y libre, no se puede hablar de explotación. Todos los participantes se benefician de la subrogación".⁵⁹

Fábregas Ruiz no ve inconveniente jurídico o moral al respecto siempre que se cumplan con determinadas condiciones, como que el contrato se celebre en documentos públicos, que la pareja requirente se comprometa a aceptar al niño, careciendo la madre biológica de responsabilidad en el supuesto de que naciera con alguna discapacidad, la posibilidad de que la madre sustituta elija quedarse con el niño una vez nacido y que la prestación del útero sea voluntaria y gratuita, sin perjuicio del pago de gastos.⁶⁰

Permitir la M.S debería ser el camino. Los fundamentos residen en que en otros países esta práctica es reconocida y utilizada, hay niños nacidos gracias a ella. Se necesita seguridad jurídica, hay que atender a los intereses de la sociedad, protegiéndola lo máximo posible.

⁵⁸ Ibidem, p: 2000.

⁵⁹ Arteta Acosta, Cindy. 2011. "maternidad subrogada". Revista ciencias biomédicas. 2,1:91-97. Disponible en:

<http://revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciabiomed/article/viewFile/65/60> (compulsado el 24-01-2016)

⁶⁰ Fabregas Ruis, Cristobal Francisco. 1999 "Biología y Filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida", Granada. Pág.118

Conclusión

El presente trabajo sobre la Maternidad Subrogada ha demostrado la importancia e interés no solo en el ámbito jurídico sino también social. Esto se debe a la importancia que ha adquirido en la actualidad dicha figura.

La Maternidad Subrogada es una práctica por medio de la cual, una mujer accede a gestar nueve meses un bebé de una pareja que no puede hacerlo, a cambio de una remuneración económica en la mayoría de los casos o de un beneficio personal en otros. Esta práctica nació como una Técnica de Reproducción Asistida, mediante la fecundación in vitro, para brindar una solución a los problemas vinculados con la infertilidad.

No se discute sobre el avance de la ciencia sino sobre el uso que se le da en determinados casos como el que me ocupa, ya que su práctica podría contrariar la moral, el orden Público y las buenas costumbres.

La Maternidad Subrogada no está sujeta a una regulación universal, como se pudo observar a lo largo del presente trabajo, los Estados asumen diferentes posiciones con respecto a la admisión de la Maternidad Subrogada y la recepción en sus ordenamientos. Hay Estados permisivos, en forma irrestricta o con limitaciones, en estos casos tienen normas al respecto en sus ordenamientos. Algunos como Australia ponen limitaciones (aceptación de la forma altruista de convenios de maternidad subrogada) configurándose en el caso contrario un tipo penal. Otros Estados carecen de normativa al respecto debiendo adoptarse en este caso un criterio flexible para determinar la norma aplicable en favor del "interés superior del niño" para solucionar casos que se plantean. Por último están aquellos Estados que prohíben esta práctica. Sin embargo, países como España, que tienen una legislación prohibitiva, ante la realidad planteada, y bajo ciertos requisitos, tutela el "interés del menor" recepta la inscripción con relación a hijos de españoles nacidos por maternidad subrogada.

Con respecto al derecho argentino no existe en nuestro Código Civil y Comercial norma alguna referida a la Maternidad Subrogada. Hubo un intento fallido de regular esta práctica en el Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del 2011. No obstante ello y a pesar del silencio de nuestro ordenamiento, la jurisprudencia en un novedoso precedente en el año 2012, aceptó la inscripción de un niño en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, nacido en la India, como hijo de dos hombres, siendo este caso de copaternidad el primer caso de admisión de nacimiento por maternidad subrogada.

Ante la ausencia de una regulación surgen varios interrogantes que son muy difíciles de responder ¿qué sucede si una mujer decide quedarse con el hijo que ha gestado? ¿Podría llevar a juicio a un padre biológico ante una situación económica desventajosa para ese niño? ¿Qué sucede si los padres se divorcian en el medio del proceso de gestación o uno de ellos muriera? ¿Qué sucede si nace un niño con alguna alteración estructural invalidante?

Muchas son las cuestiones a analizar y por la complejidad de las mismas hace inviable que todas puedan encontrarse enmarcadas en una normativa. Sin embargo nos encontramos en la disyuntiva de permitir dicha práctica de manera clandestina o bien crear un marco jurídico para las personas que decidan realizarla.

Por lo tanto se podría decir que toda persona que lo desee, sin discriminación de sexo u orientación sexual, posee el derecho a acceder a la Maternidad Subrogada, siempre que posea los recursos económicos para hacerlo, dado que tendría que hacerlo en otro Estado.

Considero que prohibir dicha práctica significaría desperdiciar los avances que ofrece la ciencia.

Existe una creciente concienciación de que en una sociedad liberal la gente debería elegir dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por elegir alternativas al formato de familia tradicional, a no ser que esto implique un peligro claro y serio para la sociedad o para el niño recién nacido de tales formas alternativas de procreación.

Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla.

Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Sin perjuicio de que estas estrategias, en muchos casos, conllevan una intrínseca violación de derechos.

Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa. La explotación de las mujeres sólo puede evitarse con una regulación que controle y limite esta práctica.

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades.

Bibliografía

Documental

- Alterini, Atilio A. 2009. "Contratos Civiles. Comerciales. De Consumo. Teoría General." Buenos Aires: AbeledoPerrot. Segunda edición actualizada.
- Arson de Glinberg, Gloria H. y Silva Ruiz, Pedro F., "La libertad de procreación", LL 1991-B-1198.
- Berger, Sabrina. M. 2010. "Maternidad Subrogada: un contrato de objeto ilícito", Buenos Aires: La Ley.
- Borda, Guillermo. 1999. "Manual de contratos". Buenos Aires: Perrot. Undécima edición actualizada.
- Fabregas Ruis, Cristobal Francisco. 1999 "Biología y Filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida", Granada.
- Herrera, Marisa y otros .2012 "Técnicas de reproducción Humana Asistida. En teoría y práctica del derecho de familia Hoy". Buenos Aires: Eudeba
- Sambrizzi, Eduardo A.2004. "La filiación en la procreación asistida", Buenos Aires: El Derecho.
- Scotti, Luciana B., El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Pensar en Derecho.
- Zannoni, Eduardo A.2008. " Manual de Derecho de Familia" ,Buenos Aires: Astrea

Jurisprudencia citada

- Mary Beth and Richard Whitehead v William and Elizabeth Stern, New Jersey Supreme Court, 03.02.1988
- Huddleston v Infertility Clinic of America Inc., Superior Court of Pennsylvania, 20.08.1997
- G (Surrogacy: Foreign Domicile), High Court of Justice (Family Division), 28.11.2007
- Baby Manji Yamada v Union of India & ANR, Supreme Court of India, 29.09.2008
- X & Y (Foreign Surrogacy), High Court of Justice (Family Division), 09.12.2008
- Cittadini inglesi c Comune di Bari, Corte App. Bari, 19.02.2009
- Jan Balaz v Anand Municipality, High Court of Gujarat At Ahmedabad, 11.11.2009
- K (Minors) (Foreign Surrogacy), High Court of Justice (Family Division), 28.05.2010
- CW v NT & Anor, Court of Appeal - Family Division, Birmingham District, 21.01.2011
- Twins M&M, Court of Appeal, Liege, 06.09.2010
- Mennesson, Cour de cassation - Première chambre civile, 06.04.2011
- A and A v P, P and B, High Court of Justice (Family Division), 08.07.2011
- X and Y (Children), High Court of Justice (Family Division), 06.12.2011
- Nahmani c Nahmani, Supreme Court of Israel
- M.A.A. y W.A.A., 1ª vara de familia e Registro Civil da Comarca do Recife, 28.02.2012
- D. C. G. y G. A. M. c G. C. B. A., s/Amparo, Tribunal Contencioso administrativo de CABA, 22.03.2012
- O.A.V. por medida autosatisfactiva, Juzgado de Familia de Mendoza, 1.08.2015

Normativa

- Código civil y comercial de la Nación.
- Código civil y comercial comentado. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastian Picasso.
- Constitución Nacional Argentina.
- Ley 26.862.
- Ley 26.529.

Sitios web

- <http://www.barcelo.edu.ar/greenstone/collect/tesis/index/assoc/HASH0138.dir/Tesina%20Abajo%20Maria%20Liliana.pdf>
- <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>
- http://4legal.blogspot.com.ar/2012/09/la-maternidad-subrogada-o-de-alquiler_22.html

- <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6952/13.J01.001390.pdf?sequence=4>
- <http://dle.rae.es/>
- <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1>
- <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>
- <http://www.infojus.gob.ar/1er-juzgado-familia-local-mendoza-avo-acg-jjf-medida-autosatisfactiva-accion-declarativa-filiacion-fa15190015-2015-07-29/123456789-510-0915-1ots-eupmocsollaf>
- <http://www.lanacion.com.ar/1820910-polemica-en-mendoza-por-un-caso-de-alquiler-de-vientre>
- <http://www.aztecanoticias.com.mx/notas/mexico/247652/aprobado-dictamen-que-acota-maternidad-subrogada>
- <http://www.subrogalia.com/es/gestacion-subrogada-que-es.php>
- <http://www.information-on-surrogacy.com/history-ofsurrogacy.html>
- <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- http://www.fertilab.net/ginecopedi/fertilidad/conceptos_sobre_fertilidad/que_es_la_infertilidad_y_cuales_son_sus_causas_1
- <http://www.invitroTV.com/diccionario/infertilidad/>
- http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf120032-kemelmajer_de_carlucci-ampliando_campo_derecho_filial.htm
- <http://diariovox.com.ar/argentina-cuenta-con-dos-casos-de-maternidad-subrogada/>
- <https://www.institutobernabeu.com/es/faq/diferencias-entre-esterilidad-e-infertilidad-primarias-y-secundarias/>
- <http://www.telam.com.ar/notas/201305/19061-bautista-es-el-primer-bebe-inscripto-como-hijo-de-dos-papas-del-mismo-sexo-que-no-están-casados.html>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/12/10/esconder-o-enfrentar-otro-argumento-a-favor-de-la-regulacion-de-la-gestacion-por-sustitucion/>
- <http://rojaspascual.com.ar/blog/64-alquilerdevientres-argentina.html>
- <http://valeriabartfai.fullblog.com.ar/maternidad-subrogadadeterminacion-del-vinculo-filial-voluntad-procre.html>
- <http://noticias.terra.com.ar/argentina/maternidad-subrogada-una-cuenta-pendiente-en-la-argentina,8879d3f70e3fbeb824ca8b71e75a5b517yppapcb.html>
- <http://www.subrogalia.com/es/ultimas-noticias.php>
- <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/11/03/1054976>
- http://www.clarin.com/sociedad/Iglesia-alquiler-vientres-fomenta-explotacion_0_761323967.html
- http://www.clarin.com/sociedad/Iglesia-alquiler-vientres-fomenta-explotacion_0_761323967.html
- <http://www.universidad.com.ar/gestacion-por-sustitucion-la-imperiosa-necesidad-de-regular>
- <http://www.who.int/topics/es/>
- <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1>
- <https://es.scribd.com/doc/36185692/12-Iniciativa-Maternidad-Subrogada>
- <http://www.vertigopolitico.com/articulo/38294/Crimen-organizado-se-infiltra-en-maternidad-subrogada>
- <http://www.dab.com.ar/articles/123/la-copaternidad-en-los-casos-de-maternidad-subroga.aspx>
- www.haaretz.com, https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjAqLWPg7bKAhUGlJAKHa_9AZkQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ccalvocosta.com.ar%2Fadmin%2Fnovedad%2FFallo%2520Maternidad%2520Subrogada.docx&usg=AFQjCNHG5NQo-Juotfg-qPpQkENrAa45og,
- <http://www.dab.com.ar/articles/123/la-copaternidad-en-los-casos-de-maternidad-subroga.aspx>,
- <http://www.babygest.es/estados-unidos/>
- <http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciabiomed/article/view/65/60>.
- <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/36-anteproyecto-de-ley-sobre-maternidad-subrogada>
- <http://www.infojudicial.com.ar/alquiler-de-vientres-filiacion-persona-por-nacer/>
- http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/2012-RevistaInfojusFinal.pdf
- <http://ssrn.com/abstract=2147769> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2147769>
- <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/36-anteproyecto-de-ley-sobre-maternidad-subrogada>
- <http://www.lanacion.com.ar/1403864-ya-no-habra-que-viajar-al-exterior-para-alquilar-un-vientre>