



Universidad Abierta Interamericana
Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de Rosario

Carrera Abogacía

“Subrogación de vientre entre parientes y afectos”

2022

Tutor: Dra. Verónica, Castro

Alumna: Godoy, Gisela Paola

Título al que aspira: Abogada

Carrera: Derecho

Fecha de presentación: mayo 2022

Dedicatoria y Agradecimientos

Dedico este trabajo final a:

Mi MAMÁ, mi más hermoso ángel, que me ilumina desde el cielo, y que sin dudas me ha enviado las fuerzas para llegar a concluir esta etapa de mi vida.

Mi Papá, mi ejemplo de persona, de lucha y perseverancia. El que siempre creyó en mí y me impulsó a seguir sin bajar los brazos.

Mis Hermanos, la luz de mis ojos. Incondicionales. Únicos. Romina, un poco distraída con las fechas, los horarios, pero siempre enviándome su energía positiva, cuidándome.

Maxi, incondicional hasta los huesos, el primero en escucharme, sostenerme, siempre con las palabras justas, esas que te llegan al corazón y te dan la fortaleza para seguir.

Mis Abuelitos, que han recorrido este largo camino a mi lado, apoyándome de una manera indescriptible y hace poquito, también se fueron al cielo.

Fernando, mi compañero de vida, mi motor, el que siempre organizaba todo para que yo pudiera estudiar tranquila.

Mi querida tía Bety, siempre presente a la distancia, brindándome amor y seguridad.

Edith, mi guía espiritual, mi valor, mi coraje, la llamada a tiempo, ella es la dulzura en persona, y la rigidez justa para que yo siga en pie y crea en mí.

Mis amigas incondicionales, que han respetado mis ausencias, que celebran mis alegrías y comparten mis tristezas.

Mis amigos de la facu, mis cómplices en esta aventura.

Mi profe adorada, Verónica Castro, que admiré desde que ingresé a la Universidad y con el correr de los años, he confirmado la gran persona y profesional que es. Siempre dispuesta a ayudarme, y desde que retomé la facultad, junto con el profesor Gerónimo Martínez me han aconsejado para que este recorrido sea lo más agradable posible (y que no sea una carrera, no hay que correr, hay que ir a paso firme y disfrutar.).

¡GRACIAS!

SUBROGACIÓN DE VIENTRE ENTRE PARIENTES Y AFECTOS

ÁREA TEMÁTICA:

Derecho de Familia.

FORMULACIÓN DEL TEMA.

¿Qué son las TRHA?

¿Cuál es su regulación normativa?

Dentro de las TRHA. ¿Qué es la maternidad subrogada?

¿Cómo funciona la maternidad subrogada?

¿La maternidad por subrogación, está regulada?

¿Es legal en Argentina?

¿Cómo se resuelve el vacío legal?

Maternidad subrogada en vientre de un familiar.

¿A quién se le atribuye la filiación por maternidad?

JUSTIFICACIÓN – RESUMEN

Este trabajo es consecuencia de reconocer la importancia de la subrogación de vientre entre familiares y afectos.

Existen distintas causas que pueden originar que no se llegue a lograr un embarazo deseado, entre las que se encuentran la esterilidad y la infertilidad. Este es un problema que data del comienzo de la humanidad.

Actualmente con el avance de la ciencia médica y de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el modelo tradicional de familia ha cambiado, y cada vez más personas eligen la maternidad subrogada como opción, y la misma es llevada a cabo por una pulsión altruista y no comercial o económica.

Antes de comenzar a desarrollar este trabajo final, considero oportuno, debido a la tecnicidad del derecho de familia, a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y más específicamente al tema a desarrollar: “Subrogación de vientre”, muñirnos de conceptos para facilitar su entendimiento y comprensión.

El trabajo se desarrolla seis capítulos con el fin de facilitar la lectura y comprensión de la investigación.

En el primer capítulo se profundizará el desarrollo del tema de la subrogación de vientre.

En el siguiente capítulo se tratará de darle un marco legal a la subrogación de vientre, ya que en nuestro país no hay legislación al respecto.

En el tercer capítulo vamos a enfocarnos en la determinación de la maternidad, por las normas de nuestro CCyCN.

En el cuarto capítulo se tratará el tema en el derecho comparado, presenta una mirada comparativa contemplando la regulación en países donde la práctica se realiza y países dónde la práctica no se permite.

En el penúltimo capítulo se verá cómo se resuelve el tema del vacío legal, en el ámbito tribunalicio aportando jurisprudencia la cual servirá para retratar la situación y también se introdujo doctrina para explicar dicho comportamiento judicial respecto de la misma.

En el sexto y último capítulo se desarrollará la conclusión.

OBJETIVO GENERAL

El objetivo general de este trabajo es analizar desde un enfoque jurídico y moral. Argumentar sintéticamente sobre esta técnica de reproducción humana asistida, enfocándonos precisamente en la Subrogación de vientre, pero no en general sino aquella que se produce entre parientes y afectos.

OBJETIVO ESPECÍFICO

Como objetivo específico es estudiar los diferentes casos en donde se concreta la subrogación de vientre en un pariente o afecto, y cuáles serían los motivos por los cuales no se aconseja hacerlo, los pros y contras que se plantearan a lo largo del trabajo.

Expondré casos en donde se ve reflejada esta Técnica de Reproducción Humana Asistida.

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

En nuestro país podemos observar la inexistencia de legislación acerca de la subrogación de vientre, por lo cual las problemáticas que surgen se enmarcan en el Art. 19 de la Constitución Nacional, que en su última parte dice que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Y demás derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional y Tratados internacionales. La justicia debe velar por el cumplimiento efectivo de los mismos y de los principios constitucionales.

“Las normas de los valores plasmados en las leyes son más estables que los progresos de la ciencia aplicada; esta progresa más de prisa, y periódicamente surgen las diferencias y el desconcierto por el progreso de la técnica. Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al derecho. El derecho nace de las realidades humanas. Primero existen las realidades, y después se plasman en el derecho”. (Nuncigo Aguado, 1989).

Teniendo en cuenta que en varias oportunidades nuestro ordenamiento ha permitido inscribir a un niño gestado por sustitución en el extranjero es porque considera que esa filiación (relación del derecho privado constituida en el extranjero) no violenta nuestro Orden Público Interno, por lo tanto, no permitirlo en un caso idéntico, si la gestación hubiera sido en nuestro país, sería vulnerar un principio constitucional básico: la igualdad ante la ley (art. 16 CN). Además, podemos agregar que no existe ningún inconveniente para inscribir a un hijo nacido en el extranjero como propio en nuestro país, y en ese sentido el artículo 2634 del nuevo Código Civil y Comercial, impone la obligación de reconocer en la República todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

En la Argentina si bien hay un proyecto de ley para regular la Gestación por Sustitución y su proceso judicial a efectos de garantizar el interés superior del niño que nace bajo este tipo de procedimientos, aún no se encuentra aprobado.

No se menciona la Gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida ni en la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida N.º 26.862, ni en el nuevo Código Civil y Comercial.

El vacío legal fue cubierto, antes y ahora por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia.

DEFINICIONES

Para lograr una comprensión del tema, es menester explicar brevemente algunos conceptos fundamentales:

FAMILIA:

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

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

PARENTESCO:

Vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta.

Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral.

MATERNIDAD:

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

Madre: 1. f. Mujer que ha concebido o ha parido uno o más hijos.

2. f. Mujer en relación con sus hijos.

3. f. Mujer con cualidades atribuidas a una madre, especialmente su carácter protector y afectivo. Era su madre en los asuntos del corazón.

4. f. Mujer que ejerce de madre.

Maternidad es un concepto que proviene del vocablo latino maternitas, a su vez derivado de *maternus*. El término puede hacer referencia a la condición de madre: la mujer que concibió y parió uno o más hijos o que ejerce un rol de cuidado con afecto y responsabilidad similar al que suelen desarrollar las mamás.

Puede entenderse la maternidad, por lo tanto, en sentido biológico y en sentido cultural. Centrándonos en la biología, la maternidad se produce cuando una persona de sexo femenino tiene descendencia. El proceso natural requiere una relación sexual entre un hombre y una mujer para que se produzca la fecundación del óvulo por parte de un espermatozoide, de manera tal que el embrión pueda crecer en el vientre materno para convertirse en feto y finalmente se concrete el nacimiento del nuevo individuo ya desarrollado.

Existen, sin embargo, muchas otras formas de maternidad. Culturalmente se puede considerar madre a la mujer que cría, protege y brinda amor a un niño tal como una madre biológica. Esa relación entre la mujer y el pequeño puede quedar establecida por vía legal cuando se formaliza la adopción, fijando así el vínculo madre-hijo.

Y según nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, en su Art. 242 establece que “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”. La prueba a la que hace referencia el art. 242 es el certificado del obstetra, médico, partero que entendió en el parto, instrumento necesario y suficiente para la inscripción del menor en el Registro del estado civil y capacidad de las personas, estableciendo así su status jurídico.

TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:

Son todas aquellas técnicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculina (espermatozoide) con el objeto de favorecer el embarazo.

Las técnicas de reproducción asistida pueden ser:

Homólogas, cuando el material genético utilizado pertenece a los integrantes de la pareja que quiere concebir, o heterólogas, cuando se utiliza material cedido por terceras personas. También se distinguen las técnicas intracorpóreas, o de baja complejidad, que tiene por objeto la unión entre el óvulo y el espermatozoide en el interior del cuerpo de la mujer, lo que se logra por medio de la inducción a la ovulación, estimulación ovárica

controlada, desencadenamiento de ovulación e inseminación intrauterina intracervical lo intravaginal con material genético de la pareja o no. En cambio, las técnicas extracorpóreas o de alta complejidad son aquellas en la que la unión del ovulo y el espermatozoide acontece fuera del aparato reproductor femenino: fecundación citro intracitoplasmática de espermatozoide, crio conservación de ovocitos y embriones, etc.

Los tratamientos más conocidos y utilizados son:

- La inseminación artificial: tratamiento de baja complejidad en el cual luego de una inducción de la ovulación se introduce una muestra de semen capacitada dentro del útero de la mujer.
- La fecundación in vitro: tratamiento de alta complejidad que consiste en la unión del óvulo con el espermatozoide en el laboratorio. Se trata de conseguir el mayor número posible de embriones aptos para luego poder transferirlos al útero materno.
- La ovo donación: es uno de los tratamientos de alta complejidad de mayor aplicación en el campo de la reproducción asistida. Los óvulos de la donante se unirán a los espermatozoides de la pareja receptora para obtener embriones; éstos se transferirán a la receptora para conseguir el embarazo tan deseado.

Las TRHA son herramientas para lograr tener hijos y así conformar una familia.

Según la Ley N ° 26.862, ART. 2 “se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.

INFERTILIDAD:

Según la OMS (Organización Mundial de la Salud) se trata de una enfermedad del sistema reproductivo masculino o femenino consistente en la imposibilidad de conseguir un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin protección.

SUBROGACION DE LA MATERNIDAD:

La gestación subrogada o por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) caracterizada porque la mujer que gesta al bebé no será finalmente la madre que tendrá lazo jurídico con el mismo. Una de las definiciones más amplias, conceptualmente, es la señalada por Brazier, que establece que es “la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer”.

En términos médicos, dicha técnica implica que una mujer, conocida como gestante, accede a gestar al hijo de otra persona o pareja, llamados comitentes, según la técnica de fertilización elegida.

BIOÉTICA:

Para la OMS es la disciplina que estudia los problemas éticos que surgen en relación con la salud, por ejemplo, al hacer investigación con seres humanos, diseñar una política de salud, o brindar atención de salud.

Todas las definiciones de la bioética propuestas hasta el momento incluyen la idea de que la bioética es: “un estudio interdisciplinar de los problemas suscitados por el conocimiento científico y por el poder tecnológico que tenemos sobre la vida”. Y se le reconoce siempre la finalidad práctica de servir para orientar las decisiones importantes.

BIOTECNOLOGÍA MÉDICA:

Tecnología basada en un enfoque multidisciplinario que involucra varias ciencias y disciplinas como biología, bioquímica, genética, virología y química, en convergencia con la nanotecnología, tecnología de la información y el escalamiento de procesos, entre otras, con meta en la predicción, prevención y tratamiento personalizado de enfermedades, a nivel celular y molecular.

ALTRUISTA:

De acuerdo con la Real Academia Española, el altruismo proviene del francés *altruisme* y designa la «diligencia en procurar el bien ajeno aún a costa del propio». El término se refiere a conducta humana y se define como la preocupación o atención desinteresada por otras personas, al contrario del egoísmo.

GESTANTE:

De acuerdo con la Real Academia Española: Que gesta. 2. adj. Embarazada.

Según Gil-Domínguez el término gestante adquiere un significado determinado cuando se vincula con una mujer que adoptó la decisión libre e informada de gestar a un niño o niña con quien no tiene ninguna clase de vínculo afectivo ni genético. La gestación se sostiene en el desarrollo de una biografía altruista o lucrativa basada en la libertad de intimidad exenta de vulnerabilidad que persigue desarrollar un proceso en pos de satisfacer el amor filial de un otro. La decisión de ser gestante elude conscientemente los derechos y obligaciones emergentes de la responsabilidad parental. No hay en la mujer gestante voluntad procreacional, vínculo genético o amor filial. Intentar confundir o fundir dichos términos no es una equivocación conceptual, sino por el contrario, responde a una estrategia ideológica de obturación de la gestación por sustitución que se traduce en la imposición moral de que siempre debe haber una madre, aunque una mujer solo desee ser una gestante.

FILIACIÓN:

Nuestro Código Civil y Comercial reconoce tres tipos de filiación: 1. Por Naturaleza, 2- Por Adopción, 3- Por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Las dos primeras ya estaban reguladas en el Código Civil de Vélez Sarsfield. La filiación por naturaleza desde 1871 y la filiación adoptiva desde 1948. La tercera es la novedad del CCCN.

-Filiación por naturaleza: es aquella que deriva del acto sexual y donde la filiación coincide con la realidad biológica. Se funda en la realidad biológica, con independencia de si se quiere ser padre o madre.

-Filiación por adopción: que deriva de la voluntad de una o dos personas con respecto a una tercera, que se manifiesta luego del nacimiento de esta última. No hay vínculo biológico ni genético entre adoptante y adoptado, sino un vínculo jurídico que nace a partir de la sentencia que concede la adopción.

-Filiación por TRHA: en la que el vínculo filial deriva de la voluntad procreacional. Es decir, se funda en el elemento volitivo: querer ser padre o madre, independientemente del elemento genético y/o biológico. Se encuentra regulada a partir del art. 560 del CCCN.

Cabe aclarar que, los tres tipos de filiación surten los mismos efectos. Es decir, no puede haber discriminación de derechos y deberes que se sustenten en la especie de filiación que le da origen (cfr. art. 558,2 parte, CCCN). Ello en virtud del respeto debido a las directivas impuestas por la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (art. 17) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2).

VOLUNTAD PROCREACIONAL:

Esta constituye el elemento relevante para la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA. Es la voluntad o decisión de una persona de que un ser nazca y sea su hijo; la causa eficiente e insustituible de esa existencia. En definitiva: “es el elemento central para la determinación de la filiación cuando se ha producido por TRHA, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente tienen la voluntad de ser padres o madres o de un tercero ajeno a ellos.

La voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y en nuestro país se traduce en la exteriorización del consentimiento previo, informado y libre (S.P., B.B. c/ S.P., R. F. s/ materia a categorizar, Juzgado de Familia n° 2 de Moreno, 4/7/2016, La Ley online cita online: AR/JUR/42506/2016), de la forma prevista por los art. 560 y 561 del CCyCN, de las personas que pretenden ser padre o madre a través de técnicas de reproducción asistida. El propio código define la voluntad procreacional en el art. 562 CCyCN.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

La ley 26.061 “Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes” que en su Art. 3 define el interés superior del niño. “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio regía en materia de patria potestad en el Código de Vélez, pautas a las que debían ajustarse el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Dicho principio impone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño. Es un mandato que obliga, frente a situaciones conflictivas que puedan restringir o limitar derechos individuales, a privilegiar determinados derechos de los niños. Es decir, el derecho de los niños es de un interés superior a otros derechos individuales o colectivos. Ahora, el CCyCN también lo incluye expresamente como pauta

interpretativa en todo proceso en el que estén involucrados niños, niñas y adolescentes (art. 706 inc.”c”). En materia de gestación por sustitución, en Argentina, numerosos casos han llegado a la justicia y han tenido resolución favorable.

MARCO TEÓRICO

En primer lugar, para poder abordar este tema, es menester comprender de qué se trata la Subrogación de vientre, o también llamada Gestación por sustitución. Si bien dicha práctica, no se encuentra dentro de las TRHA en el CCyCN, la misma se lleva a cabo y se reconoce como tal, y ha ido tomando relevancia a nivel mundial.

Aquí nos centraremos, en la persona que será elegida gestante, aquella a quien se le implantará el embrión y llevará adelante el embarazo, y que en los casos jurisprudenciales que analizaremos, esta persona se refiere a un familiar o afecto. Es decir, que la pareja que tiene la voluntad procreacional, concreta su sueño, su fuerte deseo de convertirse en padres, con la ayuda de un pariente o amiga. Esto no siempre se ha podido realizar de esta manera, ya que se pretendía o aconsejaba que la gestante fuera una persona ajena al vínculo, para que luego no se generen conflictos de filiación, u otros, como veremos más adelante. Y aquí surgen las cuestiones que se consideran como eje temático de esta propuesta a estudiar, el fin totalmente altruista, la intención únicamente de ayudar al otro, poniendo en riesgo su vida quizá, pero solo con el objetivo claro de hacer el bien, de poder colaborar con aquel ser querido que no pueda concebir por medios naturales ni por otras TRHA, un hijo, y eligen esta vía para poder lograrlo.

CAPÍTULO 1

“SUBROGACIÓN DE VIENTRE”

SUMARIO:

- 1- Introducción. 2- Denominaciones. 3- Destinatarios del tratamiento. 4- Naturaleza jurídica.**

1- INTRODUCCIÓN:

Indefectiblemente al tratar el tema de la Subrogación de vientre entre parientes y afectos, tenemos que desarrollar en primer lugar de qué se trata esta técnica que ha tomado relevancia en los últimos tiempos.

Podemos decir que esta TRHA, es un proceso por el cual una mujer lleva a cabo un embarazo como consecuencia de la transferencia de un embrión, o más, de parte de los padres pro- creacionales/comitentes, para dar a luz e inmediatamente entregar el, o los, niño/s así nacidos a sus padres procreacionales/comitentes.

Presupone una mujer miembro de una pareja (integrada por quienes solicitan los servicios de gestación) o sola, que no puede llevar a cabo un embarazo, por lo que conviene/n con una tercera persona (gestante) la implantación de un embrión en la matriz de esta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente, previa renuncia de la filiación materna lo entregue a la pareja o mujer comitente. Cabe agregar que también pueden ser comitentes los integrantes de una pareja masculina o un hombre solo, que deseen ser padres.

Este tipo de procedimiento, desde el punto de vista médico, son casos de FIV (Fertilización In Vitro), pero la incorporación de una tercera persona trae consigo una mayor complejidad en diversos aspectos, entre ellos, el jurídico a la luz del principio filial para la determinación de la maternidad que receptan los ordenamientos jurídicos conocido por el adagio “*Mater semper certa est*” (“madre siempre cierta es”).

Dicha pareja o dicha persona, aporta sus propios gametos (espermatozoides y óvulos) o recurre a donantes de gametos, y mediante fecundación in vitro u otra técnica, el médico realiza la fecundación del óvulo, y la consiguiente formación de un embrión.

En estos casos en donde los comitentes aportan sus propios gametos, el bebé nacido mediante subrogación, no tiene vínculos genéticos con la mujer que lo gestó (mujer gestante), porque ella no aporta sus óvulos.

Pero en cambio, sí tiene vinculación genética con la pareja o persona que recurrió al procedimiento (padre/s genético/s), cuando ellos aportaron sus gametos.

Luego del nacimiento, se debe reconocer la verdadera identidad y filiación de ese bebé, como hijo de los padres que realizaron el tratamiento de reproducción. Dicha filiación se encuentra fundada en la identidad genética y/o en la voluntad procreacional (es decir, la voluntad de procrear).

En el proceso de maternidad subrogada o gestación solidaria participan dos partes: los padres del bebé y la mujer que gestará ese bebé.

La mujer que accede a gestar el bebé de otra persona en su propio útero, se denomina "mujer gestante" o "gestante". La mujer gestante es la que brinda su capacidad de gestar a la pareja infértil, quien recibirá la transferencia de embriones en su útero, gestará al bebé y lo dará a luz.

A la pareja infértil que necesita de la maternidad subrogada para tener a su hijo se los denomina "comitentes", "progenitores" o "padres intencionales". Si uno se refiere a uno de los dos, puede designárselo como "padre comitente o progenitor", o "madre comitente o progenitora".

2- **DENOMINACIONES**

Existen distintas denominaciones para este procedimiento, aunque todas refieren a lo mismo. La denominación más extendida coloquialmente es “Maternidad Subrogada”. Actualmente se está utilizando también el término "Gestación Solidaria", que es muy precisa y correcta. Pero también se la denomina más técnicamente “Gestación por Sustitución” o “Gestación Subrogada”. O simplemente “Subrogación”.

Vulgarmente es conocida como “Alquiler de Vientres”, aunque esta denominación es inapropiada e inexacta.

3- ¿A QUIÉNES ESTA DESTINADO ESTE TRATAMIENTO?

La gestación solidaria (como todas las TRHA) es una técnica de reproducción asistida indicada para parejas o personas que no pueden tener hijos en forma natural, y que tampoco pueden mediante otras técnicas de menor complejidad.

Está destinada a parejas heterosexuales, en las cuales la mujer no puede gestar un bebé. Puede haber numerosas patologías que lo impidan: malformaciones uterinas, histerectomía parcial o total, falta de útero congénita o adquirida, y otras patologías en el útero. También se requiere cuando la mujer sufre alguna insuficiencia renal, cardíaca, hepática, etc. que pondría en riesgo su vida o la del bebé al quedar embarazada.

También está destinada a parejas del mismo sexo. En caso de parejas de varones, obviamente no podrán tener hijos en forma natural por ausencia de órganos reproductivos femeninos, y en caso de parejas de mujeres, también puede suceder que ninguna de las dos pueda gestar un bebé.

Como así también a personas solteras, que no podrán tener hijos en forma natural, sobre todo en caso de varones solteros.

4- NATURALEZA JURÍDICA

La subrogación de vientres es de naturaleza privada, se basa en la manifestación de su consentimiento, la declaración de voluntad.

Como encuadre jurídico, podemos destacar que en la legislación argentina no está expresamente consagrada esta técnica de reproducción humana asistida, pero mediante los principios generales del derecho, los articulados de nuestro Código Civil y Comercial, los tratados internacionales de derechos humanos, la doctrina y la jurisprudencia se resuelven las cuestiones suscitadas acerca de estas técnicas, que dan nacimiento a una nueva manera de formar una familia.

Existen diferentes posturas acerca de que, en la maternidad subrogada 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, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio.

En consecuencia, el acto extra patrimonial que importa la "dación" del útero, debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales -por regla general- el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere la ley o la moral".

Entonces, debemos determinar si ese acto de disposición del propio cuerpo es conforme o contrario a la moral.

En esta investigación se dejaría de lado lo netamente contractual, ya que nos estamos refiriendo a la subrogación de vientre entre parientes y afectos, donde redunda el altruismo y el hecho de hacerlo para ayudar a un familiar/amigo. Claramente la figura del contrato queda completamente anulada.

CAPÍTULO 2

“MARCO LEGAL”

SUMARIO:

- 1- Regulación en Argentina.**

1- REGULACIÓN EN ARGENTINA

En este capítulo vamos a desarrollar la respuesta al interrogante:

¿ES LEGAL EN ARGENTINA?

Y la respuesta es afirmativa. La subrogación de vientre o gestación por sustitución es legal en Argentina y de hecho hay innumerables casos realizados aquí. Y podríamos decir que esta técnica va en aumento en los últimos años.

No obstante, hay que aclarar que, en la Argentina, no existe una ley que reconozca expresamente la gestación por sustitución, como tampoco la previó el Código de Vélez.

En principio podríamos hacer referencia al anteproyecto de Reforma al Código Civil que fue presentado al Poder Ejecutivo el 27 de marzo de 2012, este regulaba la "gestación por sustitución". Pero finalmente fue excluido del articulado que aprobó el Congreso de la Nación.

Su exclusión se debió a múltiples factores que acarrear debates éticos y morales, hubo falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas que implica una técnica por la cual una mujer puede ser la madre genética, o la simple gestante del feto concebido in vitro, ya sea con gametos de la pareja requirente o bien por aquellos de un padre de un tercer donante.

Para reforzar esta supresión, se afirmó que el instituto posee escaso reconocimiento legal en el derecho comparado, optando la mayoría de las legislaciones por no regular este instituto o bien prohibirlo en forma expresa, siendo escasas las legislaciones que regulan esta posibilidad de establecer vínculos filiales en sentido positivo. A su vez, dentro de los países que la admiten encontramos: por un lado, aquellas legislaciones que autorizan la gestación por sustitución comercial, es decir aquella en la cual se admite que la mujer gestante reciba retribución económica, en contraposición a otro grupo que solo admite el desarrollo de estas prácticas cuando se realizan sin fines de lucro.

Sin embargo, al adoptar una postura abstencionista, se crea un vacío normativo (sin prohibición expresa, ni regulación concreta) y es allí donde entra en escena el valor doctrinario del aludido Proyecto de Reforma, el derecho comparado, la doctrina autoral y la jurisprudencia nacional e internacional que se desarrollará más adelante.

Entonces como anteriormente se menciona, la gestación por sustitución (maternidad subrogada, gestación por otro, maternidad disociada, gestación solidaria, etc.) no cuenta

con previsión legal expresa, pero si ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional No. 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (sancionada el 5 de junio de 2013). En su artículo 2 dispone, “se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”, determinando la extensión de los beneficiarios en el artículo 7, el que reza: “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”. Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1 y 2 Ley 26.529). De ello se deduce, que abarca “el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente –de distinto o igual sexo –que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo”

Por consiguiente, y atento la evidente falta de previsión legislativa, es de aplicación obligada el principio de reserva o de legalidad fijado en el artículo 19 de la CN, con lo que todo lo que no está prohibido se encuentra permitido, no siendo necesario entonces invalidar la norma tal como frecuentemente proponen.

CAPITULO 3

“MATERNIDAD Y FILIACIÓN”.

SUMARIO: 1- Determinación de la maternidad.

DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Al no encontrarse regulada la maternidad subrogada en el CCyCN, surgen varios interrogantes a la hora de determinar la filiación e inscripción del recién nacido en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este resulta ser el puntapié inicial por parte de la doctrina y la jurisprudencia a la hora de efectuar críticas sobre la falta de regulación la figura.

Para poder determinar la maternidad en principio vamos a hacer referencia a lo que dispone antiguamente nuestro Código civil, que la misma queda determinada por el nacimiento en su Art. 242 (Ley 23.264) “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”. El concepto de parto como hecho irrefutable, físico y comprobable que encarna el principio “*Mater Semper Certa Est*” (“madre siempre cierta es”), cuya certeza entra hoy en crisis ante el avance de las técnicas de reproducción humana asistida.

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en consonancia con el antiguo código lo establece en el Artículo 565: “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido”.

En diversos casos que han llegado a nuestros tribunales sobre gestación por sustitución se ha declarado en muchos la inconstitucionalidad del artículo precedente, con el fin de habilitar la maternidad o paternidad según la voluntad procreacional del o los comitentes.

Por lo tanto, es factible asegurar que el precepto que aseguraba la “certeza” de la identidad de la madre –por asociación al parto–, se torna ineficaz, debido a los avances de la ciencia y las TRHA, se ha ido complejizando la determinación de la misma, ya que los niños no son necesariamente concebidos o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Estas técnicas han venido a disgregar el título de maternidad tal cual lo conocemos para distinguir a la madre biológica de la gestacional, y teniendo que establecer que parámetros utilizar para atribuir la maternidad y resolver cuál es la verdadera realidad biológica del niño.

Luego de lo anteriormente expuesto podemos decir que, en la gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional,

independientemente que el material genético pertenezca a las personas que efectivamente tienen la voluntad de ser padres o madres o de un tercero ajeno a ellos, como mencioné anteriormente. De modo que el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y un niño nacido mediante estas técnicas, sino quien o quienes han prestado el consentimiento para el sometimiento de ellas. Por ello, en el anteproyecto del CCyCN, al tratar sobre la maternidad subrogada, exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso, el cual debía ser homologado por autoridad judicial.

Es en este sentido que el artículo 562 del CCyCN, titulado “Voluntad procreacional” expresa: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

En los fundamentos del anteproyecto se expresa que “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas”.

Herrera diferencia las tres fuentes filiatorias, señalando que en la proveniente de la naturaleza se unifican la identidad genética, biológica y volitiva en las personas que mantienen una relación sexual. En el caso de la filiación adoptiva, la identidad genética y biológica está en cabeza de la familia de origen y, por el contrario, la identidad voluntaria en la familia adoptiva. En las TRHA, la cuestión se complejiza, especialmente en los casos denominados de fertilización heteróloga, que es cuando se utiliza el material genético de un tercero (caso que se observa en parejas de igual sexo, así como también en parejas heterosexuales en el que uno o ambos integrantes presentan alguna imposibilidad de prestar su propio material genético, como aquellos supuestos de proyectos parentales de carácter monoparental).

Asimismo, encontramos los distintos modos de determinación de la filiación, que son las distintas formas que establece la ley para lograr que esa fuente filiatoria derive en el efectivo emplazamiento filial. Los modos de determinación son también tres:

a) Legal: la filiación queda determinada por la ley conforme a determinados supuestos, como son el parto y las presunciones. Por ejemplo, la maternidad queda determinada por el hecho del parto (art. 565 CCyCN), y si se trata de mujer casada, se presume que su cónyuge es el otro progenitor (art. 566 CCyCN).

b) Voluntaria: cuando proviene del hecho del reconocimiento de acuerdo a alguna de las formas establecidas en el art. 571 CCyCN (aplicable a la filiación extramatrimonial) o de la voluntad procreacional en el caso de las TRHA.

c) Judicial: opera a falta de los dos modos anteriores. Cuando no exista una presunción legal ni la intención de reconocer espontáneamente a un hijo, será necesario el reclamo judicial en este sentido. La sentencia dictada en las acciones de reclamación de filiación (arts. 582/587 CCyCN) constituirá el modo para lograr el efectivo emplazamiento filial en estos casos.

El objetivo jurídico del proceso de gestación por sustitución es que el o los comitentes sean reconocidos por la ley como progenitores legales del mismo, es decir que obtengan la filiación del niño o niña (filiación materna y filiación paterna), debido a que son quienes efectivamente portan la voluntad procreacional y, por lo tanto, la mujer gestante no debería tener ningún vínculo filiatorio con el recién nacido, ya que no sería la madre del niño o niña.

En los distintos países donde se realiza dicha técnica, pueden existir distintos fundamentos legales para determinar la filiación a favor de los comitentes, fundándose en el vínculo biológico y aporte de ADN, en la voluntad procreacional, en un vínculo contractual, etc.

La voluntad procreacional presupone entender la identidad ya no como un concepto de contenido biológico o genético, sino en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico. Se entiende así que “la identidad del ser humano presupone, además de su genética y biología, un complejo de elementos de carácter espiritual, psicológico, social, cultural, político, etc. que no son innatos, sino que se van formando a lo largo de la vida a raíz de distintas circunstancias, no hay duda de que uno de estos elementos es la familia que se ha formado y la que se

integra; y ello pese a que no exista entre todos o algunos de sus miembros vínculo genético o biológico alguno”.

En el art. 562 se establece: Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Como anteriormente mencionamos Herrera (2015), en los comentarios al CCCN, más precisamente al artículo en cuestión, sostiene que la voluntad procreacional es el eje de la determinación de la filiación en los de TRHA. Tal es así que, no existiendo dicha voluntad, la cual debe estar expresamente exteriorizada a través de un consentimiento formal, informado y libre, no podría establecerse el vínculo filial por TRHA.

Lo más importante en las TRHA es el lugar secundario que toma el dato genético, primando siempre la voluntad procreacional, es decir haber expresado la intención de ser padre/madre ante la determinación del vínculo filial. Dicha normativa es fundamental ya que permite determinar el vínculo de filiación con toda persona que preste el debido consentimiento con las condiciones requeridas por el CCCN.

Con la sanción de este artículo se resuelven algunas problemáticas generadas en la normativa argentina, como por ejemplo los derivados de la sanción de la ley 26.618, en materia de determinación de la filiación de la pareja casada y no casada de la persona que dio a luz. Cuando la pareja era del mismo sexo (ambas mujeres), la cuestión de la determinación filial era muy compleja ya que, en principio, algunos registros civiles eran reacios a aplicar la presunción de filiación derivada del matrimonio integrado por dos mujeres. Este conflicto es resuelto por el CCyC, por aplicación de la normativa en análisis.

Igualmente surge otra problemática con dicho artículo, ya que el mismo dispone que es madre quien da a luz, y como analizamos anteriormente en la maternidad por subrogación, la madre que aporta los gametos no es la misma que gesta al niño, por lo cual tampoco será la que dé a luz, pero si es la persona que ha manifestado su voluntad procreacional, inclusive sus óvulos (en la mayoría de los casos y en estos casos en análisis fundamentalmente). Sin embargo, aunque se hablara de una maternidad subrogada parcial, donde la mujer que da a luz aporta sus gametos a más de su vientre, no tendría tampoco vínculo filial con el recién nacido.

Ante los nuevos paradigmas de familia bajo la denominada gestación por sustitución, se determina que PADRE Y/O MADRE serán los que decidan serlo prestando su voluntad procreacional, lo que la mayoría de las veces no condice con la persona que gestará al bebé, debiendo declararse en estos casos la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

CAPÍTULO 4

DERECHO COMPARADO

DERECHO COMPARADO

En este capítulo nos enfocaremos en analizar la subrogación de vientre en el derecho comparado.

Sin motivos de querer desarrollar en profundidad, a continuación, trataré de hacer una breve mención y aproximación del régimen que cada país emplea. Pero antes haré una división acerca de las tres posiciones que existen frente a la gestación por subrogación en el derecho comparado:

- 1) Abstención,
- 2) Prohibición o
- 3) Regulación.

Dentro del proyecto de reforma de nuestro código civil se 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”. En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. Por ello, el artículo exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso. Este consentimiento debería ser homologado por autoridad judicial. Como ya se ha dicho anteriormente”

ESTADOS EUROPEOS

En la mayoría de los Estados europeos, se prohíbe la maternidad subrogada (Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suiza, entre otros). La causa más frecuente de tales restricciones es la Iglesia Católica, que tiene una gran influencia en la opinión pública y la legislación. Aunque hay un caso particular en España que, si bien el Estado prohíbe la maternidad subrogada¹, en el año 2010, se reguló el supuesto de inscripción en el Registro Civil Nacional sobre la filiación proveniente de una “gestación subrogada”, realizada en países permisivos.

PORTUGAL

Se legalizó la subrogación altruista, sólo a matrimonios o parejas de hecho, heterosexuales, cuyas mujeres carezcan de útero o que por alguna razón médica no tuvieran posibilidad de gestación.

LATINONAMÉRICA

MÉXICO

La maternidad sustituta sólo se permite de forma gratuita. Ventajas: Los programas están accesibles a las parejas heterosexuales mexicanas por razones médicas. Pero trae aparejados inconvenientes ya que no existe una ley federal única que regule el ámbito de la gestación subrogada en todos los estados.

Estos programas no están disponibles para parejas homosexuales y extranjeros, y es muy difícil encontrar una gestante, dispuesta de participar en el programa sin recompensa económica, porque la ley prohíbe el cobro económico a las gestantes.

ASIA

En Asia la subrogación no está permitida en todas partes, en algunos estados no existe una normatividad clara que regule el campo de las tecnologías de reproducción asistida.

GEORGIA

En Georgia, el vientre de alquiler ha sido permitido por ley desde 1997. En 2014, el gobierno quería hacer algunas correcciones en las leyes. Planearon prohibir la compensación financiera a las gestantes subrogadas por sus servicios debido a la rápida comercialización del vientre de alquiler. Pero hasta el momento no lograron introducir dichas enmiendas, por esto hoy el formato comercial para la subrogación en Georgia es legal.

Las relaciones entre una madre subrogada y una pareja casada están reguladas por las disposiciones del contrato. El proceso del registro de un recién nacido dura solo un día y no presenta dificultades especiales. La gestante no tiene derechos sobre el recién nacido. Para elaborar documentos para un niño, una pareja casada debe proporcionar un acuerdo, un certificado de FIV y un extracto de la clínica donde tuvo lugar el nacimiento.

INDIA

Se legalizó la maternidad subrogada comercial en 2002, pero su gobierno anunció en septiembre de 2016 su propósito de prohibir la maternidad subrogada con fines comerciales, a la que desde ese momento sólo podrán recurrir de forma altruista las parejas heterosexuales indias legalmente casadas al menos durante cinco años, que justifiquen medicamente su infertilidad y que exista un vínculo de parentesco entre la gestante y los comitentes. No pudiendo acceder a la maternidad subrogada, por tanto, las parejas extranjeras, las parejas homosexuales y los solteros, tampoco las parejas que tengan ya algún hijo biológico o adoptado.

TAILANDIA

En Tailandia estaba legalizada todo tipo de maternidad subrogada, pero en agosto de 2015 entró en vigor una ley prohibiendo la comercial, admitiéndola solamente en el caso de que la madre gestante fuese hermana de uno de los padres contratantes. En el caso de que los componentes de la pareja fuesen hijos únicos o no tengan hermanas, se permite recurrir a una madre subrogada ajena a la familia. Además, la ley de aquel país permite las madres de alquiler solamente para parejas heterosexuales nacionalizadas (las parejas compuestas por una tailandés/a y un extranjero/a deberán esperar tres años a partir de la

boda para ser candidatos a la maternidad subrogada). La ley prohíbe la maternidad subrogada a parejas no casadas y homosexuales.

CHINA

En China, no existe una legislación clara que regule el uso de la subrogación para el tratamiento de la infertilidad. La ley no prohíbe la maternidad subrogada, pero el gobierno está tratando de impedir la comercialización de esta esfera de la medicina y no permite que las instituciones sin licencia participen en este tipo de tratamiento. Resumen en pocas palabras sobre el desarrollo de la subrogación en China:

Los últimos avances de la tecnología de reproducción asistida han hecho posibles sus resultados para los matrimonios sin hijos.

La legislación de infertilidad en China no está bien establecida, una gran cantidad de agencias ilegales operan en el país que ofrecen servicios de tratamiento de infertilidad.

Las madres sustitutas en China suelen ser las mujeres del medio rural. Las razones por las que aparecen son triviales: el desempleo. A pesar de la prohibición condicional del uso de la subrogación, esta área de la tecnología de reproducción asistida en China se está desarrollando rápidamente.

KAZAJSTÁN

La Ley de matrimonio y familia, aprobada en 1998, convirtió la subrogación en un tratamiento legal de la infertilidad. El gobierno de Kazajstán asigna anualmente recursos a los programas de FIV para las parejas infértiles. Imponen los requisitos más estrictos a las gestantes subrogadas: la buena salud, el consentimiento del cónyuge, el certificado de un psicólogo sobre la preparación para participar en el programa, un hijo. Según la ley los derechos parentales sobre un recién nacido pertenecen a la pareja de sus padres biológicos, la madre sustituta puede quedarse con este bebé en 2 casos:

*los padres biológicos abandonaron al bebé,

*la muerte de los padres biológicos del bebé.

El Instituto de Medicina Reproductiva de Kazajstán ha creado su propia base de las gestantes subrogadas. Recurrir a sus servicios pueden las parejas casadas con indicaciones

médicas.

El 30% de los contratos de subrogación en el país son gratuitos.

AMÉRICA DEL NORTE

En América del Norte la situación con la maternidad subrogada es ambigua, así como en todo el mundo.

CANADÁ

En Canadá la subrogación es legal, pero no puede ser comercial con fines de lucro. La legislación prohíbe que la madre sustituta cobre por sus servicios. Solo la gestación subrogada altruista es legal en el país. Una madre sustituta tiene derecho al reembolso del costo de la ropa para mujeres embarazadas, viajes, compensación por discapacidad temporal después del parto. También se le paga los exámenes médicos, la FIV, el monitoreo del embarazo y el parto. La ley impone una sanción por incumplimiento de esta obligación una multa de hasta \$ 500,000 (pesos quinientos mil) o la prisión por hasta 10 (diez) años.

UCRANIA

A día de hoy, Ucrania está entre los países, donde maternidad subrogada está regulada por una serie de actos jurídicos. Como aspectos positivos podemos encontrar alto grado de asistencia sanitaria en centros ucranianos, dedicados en ámbito de tecnologías reproductivas, estricta selección de candidatas para ser madre subrogada, legislación defiende los derechos de los padres biológicos, del recién nacido y de la gestante, en Ucrania hay un gran espectro de establecimientos de salud reproductiva, que funcionan de forma contractual, y los derechos parentales pertenecen a los padres biológicos, la madre de alquiler no tiene derechos legales sobre el recién nacido, el coste asequible de los programas, posibilidad de combinar unos con otros diferentes métodos de medicina reproductiva asistida.

Entre las desventajas debemos mencionar una: las parejas homosexuales no pueden participar en el programa.

USA

Los Estados Unidos es uno de los primeros países del mundo donde se comenzó a utilizar la maternidad subrogada.

En los estados de Arizona, Michigan, Nueva Jersey la subrogación está estrictamente prohibida. En el estado de Nueva York este método de tecnologías de reproducción asistida solo se permite de forma altruista. Los más leales a este sentido son Florida y California. Allí prácticamente no hay restricciones y cualquier persona puede recurrir a los servicios de una gestante subrogada, independientemente de su sexo, orientación sexual y estado civil. A pesar del alto costo de tales servicios, gran cantidad de las parejas infértiles de todo el mundo vienen a California y Florida cada año. Señalemos las ventajas: alto nivel de sanidad en los Estados Unidos, mejores indicadores de logro en el protocolo de FIV del mundo, las agencias funcionan a base de un contrato, gestante que llevaba el embarazo, no tiene ningún derecho a quedarse con bebé, el recién nacido automáticamente obtiene la ciudadanía americana, en el certificado de nacimiento se inscriben de forma inmediata los nombres de los padres, sin necesidad de un proceso de adopción.

Desventajas: no existe una sola ley en los Estados Unidos, que regule la tecnología reproductiva, el alquiler de vientres es legal en ciertos estados, y la legislación en cada uno de los estados, es diferente, a las personas que van violar la ley en este ámbito, se impone la responsabilidad penal.

OTROS PAÍSES

SUDÁFRICA

La ley sobre la maternidad subrogada en la República de Sudáfrica se aprobó en 2010. Este método de tecnologías de reproducción asistida está permitido exclusivamente de forma gratuita. En cierto momento la madre sustituta tiene derecho a rescindir el contrato e interrumpir el embarazo, pero solo por razones médicas. En este caso, la mujer debe compensar a la pareja por todos los gastos. Los servicios de madres sustitutas también pueden usar parejas del mismo sexo y mujeres solteras. La patria potestad a un recién nacido será ejercida en forma plena por la pareja casada,

excepto cuando la madre sustituta también es donante de óvulos. Esta mujer tiene un período de 60 días para pensar y quedarse con el bebé. Dado que solo se permite la maternidad subrogada altruista en Sudáfrica, cada madre subrogada solo puede recibir una compensación por discapacidad temporal. La pareja también paga a la mujer sus exámenes médicos, la FIV y todos los procedimientos y medicamentos.

GRECIA

Desde julio de 2014, se permite la gestación por subrogación sólo en su modalidad altruista a griegos y ciudadanos comunitarios, si son matrimonios heterosexuales o personas solteras. La mujer no debe tener más de 50 años; aunque la madre gestante puede recibir una compensación económica por las molestias que pueda tener, gratificación que no debe exceder de los 10.000 euros.

AUSTRALIA

El gobierno australiano no prohíbe el uso de la subrogación, sino que lo permite solo de forma gratuita. La ley excluye completamente la posibilidad de pagar una compensación monetaria a una madre sustituta. En caso de incumplimiento de la ley las responsabilidades se repartirán entre los cónyuges y la gestante sustituta. En 2014, hubo un intento de legalizar la subrogación comercial, pero la regulación legal en esta área no ha variado. Las australianas no reciben ninguna garantía legal del estado, por eso muy pocas mujeres se convierten en gestantes.

URUGUAY

En noviembre de 2013 se sancionó en la República Oriental del Uruguay, la Ley 19.167 sobre técnicas de reproducción humana asistida que en su artículo 25 establece la nulidad de los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero. Sólo exceptúa de la prohibición, la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de

segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio, entendido éste como aquél que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

Podemos observar que la mayoría de las legislaciones optan por no regular este instituto. Hay países que están de acuerdo y dentro de este grupo se encuentran los que solo lo admiten con fines altruistas, sin fines de lucro, bajo ciertos requisitos y están aquellos países que la admiten en forma amplia. Del otro lado del debate están los detractores de esta técnica que lo prohíben en forma expresa. Igualmente, como también sucede en nuestro país, esto va variando en función de las modificaciones que se produzcan en sus normativas y en los casos que requieren un análisis y resolución distinta a lo normado, de acuerdo a las características propias de la sociedad y la fluctuación de la misma.

Resumidamente entre los países que integran este primer grupo que prohíben la gestación por sustitución, se encuentran Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España, en donde la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución. Las principales motivaciones de aquellos, radica en la necesidad de evitar la explotación material y psicológica de las mujeres gestantes, así como impedir que estas técnicas persigan intereses comerciales contrarios a la dignidad humana.

Dentro del grupo de países que la admiten solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones se encuentran el Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Holanda, Bélgica, Portugal, Tailandia, India, Luxemburgo, Dinamarca, Grecia, México DF, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda y algunos estados de Estados Unidos. Mientras que, en un tercer grupo, que la admiten en forma amplia se encuentran Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros.

Explica la autora Eleonora Lamm, que entre los países que la admiten con fines altruistas y bajo ciertas condiciones y requisitos, existen a su vez, quienes regulan un proceso de «pre-aprobación» de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico; y aquellos cuya regulación refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*.

CAPÍTULO 5

“FALLOS JURISPRUDENCIALES”

SUMARIO:

1-Introducción. 2- Evolución jurisprudencial del tema. 3- Artículos jurisprudenciales. 4- Conclusión jurisprudencial. 5- Doctrina. 6- Opiniones a favor y en contra.

1- INTRODUCCIÓN

En este capítulo, próximo a vislumbrar las conclusiones generales, se desarrollaran principalmente fallos referidos a la Subrogación de vientre entre parientes y afectos, en Argentina y en el marco internacional, como así también opiniones doctrinarias de profesionales de alto prestigio y reconocida trayectoria, con el fin de dar en el ámbito del derecho de familia un panorama integral sobre criterios, planteos judiciales sobre la autorización de esta TRHA, se analizarán algunas normas y cuestiones particulares que ocurren en su entorno.

2- EVOLUCIÓN JURÍSPRUDENCIAL DEL TEMA.

Cada uno de los fallos van creando antecedentes en donde lo que se tiene en cuenta principalmente es la voluntad procreacional, el consentimiento informado de todos los que participan en este “acuerdo”, la prioridad al interés superior del niño

3- ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

En principio vamos a referirnos al primer caso jurisprudencial de subrogación de vientre entre afectos realizado en Argentina.

JURISPRUDENCIA

La subrogación de útero "se trata de una manifestación de voluntades donde una mujer lleva adelante un embarazo para otra persona o pareja. Se aplica como terapia para toda persona/s que deseen tener un hijo y que no tengan posibilidad de llevar adelante el embarazo, por ejemplo, un hombre, dos hombres, o en mujeres por ausencia del útero, por estar afectado o por riesgo de vida para llevar adelante un embarazo"

FALLO SIN PRECEDENTES, CONCEDE VENIA JUDICIAL A UNA MUJER PARA GESTAR EN SU VIENTRE A SU NIETO Y SE ORDENA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS, AL NIÑO O LA NIÑA QUE FUERA CONCEBIDO COMO HIJO O HIJA DE LOS PADRES INTENCIONALES.

EL FALLO:

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia Nro. 4 de Rosario Nro. 4.

Fecha: 01/11/2021

Partes: L. L. L. y otros s/ venias y dispensas

Publicado en: La Ley Online;

Cita: TR LALEY AR/JUR/202008/2021

RELATO DE LOS HECHOS:

La Sra. L. L. L. y el Sr. Z. Z. Z., en su calidad de padres intencionales, y la Sra. W. W. W. como gestante, comparecen y solicitan se les otorgue autorización judicial para la

realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución. Asimismo, y para el caso en que se hiciera lugar a su petición, requieren se ordene inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al niño o la niña que fuera concebido como hijo o hija de los nombrados en primer término.

En su demanda la Sra. L. (26 años) efectúa un detenido detalle acerca de cómo se enteró que padecía del “Síndrome de Rokitansky” o carencia de útero. Cuenta cómo fueron sus primeros años tras enterarse de su situación, en particular en lo concerniente a su anhelo de ser madre, deseo que parecía de imposible cumplimiento. Sin embargo, a posteriori enterada sobre la existencia de la técnica de subrogación de vientre sus expectativas resurgieron, en concreto luego de que su madre le propusiera ser gestante.

Tras ello, la Sra. W. (mamá de L, 50 años) cuenta brevemente acerca del desarrollo de su grupo familiar y de cómo se vivió en el mismo el padecimiento de su hija L. Explica lo ilusionada que se encuentra al poder ayudarla a cumplir su sueño, a lo que agrega el marco de armonía y alegría familiar que se vive al ser esta una chance real y concreta.

Tanto L. como Z. se practicaron diversos estudios, los que determinan que se encuentran aptos física y psicológicamente para llevar adelante el tratamiento de gestación por sustitución.

Va a ser fundamental el acompañamiento psicológico, porque habrá que trabajar en el vínculo de la gestante con el bebé, y también trabajar en lo emocional con el otro hijo que tiene Graciela, ya que tiene tres años de edad, para que no lo vea como un hermano sino su sobrino”.

Se expalan acerca del principio de legalidad, invocan lo normado en la Ley 26.682, con detalle respecto a que la voluntad procreacional como fuente de filiación y postulan la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 562 del CCyCN en tanto dispone: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien da a luz...”, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino de la mujer que da luz. Y manifiestan que optan por la vía de la venia judicial en seguimiento de jurisprudencia local afín.

De esta manera indican que signaron junto a la Sra. W. un acuerdo de gestación por sustitución que adjuntan en autos “...meramente como prueba de la voluntad de las partes, conjuntamente con los consentimientos informados, de su cabal comprensión sobre las consecuencias médico legales del procedimiento y de los compromisos y deberes que

cada uno de ellos asumirá a lo largo del procedimiento una vez que sea autorizada la práctica”. En lo esencial, se ve que brindan su consentimiento informado, que los comitentes cuentan con incapacidad de concebir o de llevar un embarazo a término y que al menos uno de ellos aportará sus gametos; por el contrario, la mujer gestante no lo aportará siendo esta la primera vez que se somete a un proceso de esta naturaleza; consta a su vez que la persona por nacer será hija o hijo de los padres intencionales.

Entre sus cláusulas se destacan las siguientes: a) Que las partes reconocen haberse sometido a estudios físicos y psicológicos bajo la supervisión de profesionales indicados a tales fines de donde surge su aptitud para realizar el tratamiento en cuestión; b) La asunción de una serie de obligaciones a cargo de la gestante, quien deberá seguir todas y cada una de las indicaciones médicas allí pautadas; por su parte los padres intencionales asumen íntegramente todo costo médico que genere el período gestacional, siempre y cuando estos no sean cubiertos por la entidad de cobertura médica de la gestante; c) Elegir el nombre del nacido es derecho de los padres intencionales; d) Las partes acuerdan que en caso de riesgo para la gestante, se procederá al aborto del feto si no existe otro método que pudiera evitarlo; e) Pactan también como causas de extinción del acuerdo su cumplimiento, el aborto o muerte del feto, y la imposibilidad sobreviniente de la gestante en proseguir con el procedimiento de inseminación artificial o la gestación; y f) Los padres intencionales se comprometen a informar al niño durante su desarrollo y crecimiento, tomando en cuenta su grado de madurez, que el mismo fue concebido por Gestación por sustitución.

Remarcan que no hubo ni habrá ninguna clase de remuneración.

En cuanto al análisis de la declaración de inconstitucionalidad del art 562 CCyCN en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino de la mujer que da luz, lo que mediante una aplicación aislada y literal, sin la adecuada armonización con varios derechos de raigambre constitucional, puede constituir una discriminación hacia la mujer que por carecer de capacidad gestacional, mas no genética, sea vedada de su maternidad a pesar de existir vínculo biológico, y conformar su proyecto de familia.

W. juega un rol fundamental en este devenir, ya que, al brindar su expreso acuerdo en calidad de mujer gestante, colabora de manera vital para la realización de un derecho humano fundamental que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio.

Para dar una respuesta acabada al planteo de autos (Arts. 1, 2 y 3 del CCyCN), se efectúa un análisis de todo nuestro ordenamiento, Constitución Nacional, Tratados de Derechos Humanos de igual jerarquía, ley 26.862 y decreto reglamentario N° 956/2013.

La Ley 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1). Quedan comprendidas la técnica de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

En cuanto a los beneficiarios previstos en la misma, el artículo 7 dice “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”. Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1 y 2 ley 26.529).

Es importante el decreto reglamentario N° 956/2013, dispone “Que en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

En primer término, porque el derecho a la vida privada y familiar encuentra amparo en lo normado en los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, formando parte de este derecho el vedar toda invasión o agresión abusiva o arbitrarias, fuera de terceros o de la autoridad pública. Íntimamente vinculado a este derecho se encuentra el de fundar una familia, derecho que se encuentra tutelado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17, cuando dispone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, reconociendo asimismo el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, con especial referencia a evitar todo tipo de

discriminación (artículo 24 del mismo cuerpo legal). En similares términos se encuentra redactado en artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo VI de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre, y el artículo 15 del Protocolo de San Salvador.

Estrechamente asociados a los derechos ya enunciados, es el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral, pautado en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no siendo sobreabundante anclar la cuestión con el derecho a la libertad y a la seguridad personales, artículo 7.1.

La autonomía reproductiva es otro derecho en juego en autos, y cuenta con claro respaldo supraconstitucional (se encuentra reconocido en la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer art. 10, 11 y 16), conlleva el de decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo de los nacimientos y tener acceso a la información, a la educación y a los medios que le permitan ejercer estos derechos. Los derechos reproductivos abarcan derechos humanos reconocidos tanto en leyes nacionales -Ley 25.673, 26.862- como en instrumentos internacionales de derechos humanos y se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y de disponer de la información y de los medios para ellos y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; abarcando el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para satisfacer ese derecho (art. 15 P.I.D.E.S.C). **consagrar un derecho y no asegurar los recursos para garantizar el efectivo disfrute del mismo, equivale a la no existencia del derecho.**

En base a la probanza rendida, y derivado del cuadro normativo y jurisprudencial reseñados, con clara atención a los requisitos fijados en el Anteproyecto del Cód. Civil y Comercial, se estima ajustado a derecho hacer lugar al pedido de autorización para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución, formulado por la Sra. L. L. L. y Z. Z. Z. en su calidad de padres intencionales, mientras que la Sra. W. lo hace como gestante.

Además, de producirse el nacimiento del niño, o la niña, que fuera concebido mediante este sistema se deberá acompañar en autos el Certificado de nacido vivo realizado por la autoridad médica respectiva, en el que constarán también los datos de la madre gestante, para proceder entonces a remitir el oficio en cuestión al Registro del Estado Civil y de la

Capacidad de las Personas, ordenando su inscripción como hijo o hija de los padres intencionales.

Por lo expuesto, de conformidad a los argumentos expuestos y normas citadas, se resuelve: I. Autorizar a L. L. L y Z. Z. Z., ambos como progenitores intencionales, y a W. W. W., como gestante, a realizar la técnica médica de reproducción asistida de gestación por sustitución, mediante la transferencia de embriones tal como consta en esta resolución y en los términos del art. 560 del CCyCN. II. Ordenar que el niño/niña que naciere de esa práctica sea inscripto por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda como hijo o hija de L. L. L., y a Z. Z. Z., Determinar que el niño/niña que naciere de esa práctica no tendrá vínculo jurídico con la señora W. W. W. IV. Imponer a los progenitores, en caso de producirse el nacimiento, la obligación de informarle al niño/niña sobre su origen gestacional cuando adquiriera la edad y grado de madurez suficientes.

Matías Colabianchi, Médico Ginecólogo y especialista en Medicina Reproductiva, es el responsable de llevar adelante este procedimiento, que es el primero en realizarse en toda la provincia.

Por otra parte, el Embriólogo Ignacio Moreno está a cargo del proceso de implante embrionario y dijo que en un momento tan especial como éste “hay que cambiar la ansiedad por emoción ya que el objetivo es alegre”.

Aunque en todos los medios de comunicación se anuncia como un fallo sin precedentes en la ciudad de Rosario, esto no es así ya que en el año 2017 se produjo un fallo similar de subrogación.

JUEZA ROSARINA AUTORIZA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ENTRE HERMANAS

El 5 de diciembre de 2017 Andrea Brunetti, jueza del Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, mediante Resolución: T.82, F.380. N°3923 autorizó la implantación de embriones de una pareja en el vientre de la hermana de quien será la madre del bebé.

EL FALLO:

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario.

Fecha: 05 de diciembre de 2017.

Partes: “H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS”

Publicado en: Editorial Juris.

RELATO DE LOS HECHOS:

Comparecen la Sra. M.E. H. y el Sr. I. O., con patrocinio letrado y solicitan autorización para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución por parte de la Sra. A. H., en adelante “gestante” y subsidiariamente, para el caso de prosperar la autorización, solicitan que se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas al niño/niña/s, concebido/s, a su nombre. Exponen a través de un relato pormenorizado respecto de cada uno de ellos en primera persona, sobre el arduo y doloroso camino que atravesaron en búsqueda de su paternidad, intentando representar la lucha por ser padres, incansable, deseosos de formar una familia por lo que recurren a estos estrados. En primer lugar, la Sra. M. E. H. relata con precisión los momentos de felicidad, tristeza, angustia, dolor, ilusión que debieron vivir junto a su pareja en la búsqueda y deseo de tener un hijo con I., a quien llama “su socio en todo”, su amigo, su compañero, a quien conoce desde hace veinticuatro años, trabajan juntos y conviven desde hace diez.

En cuanto a su situación médica, Sra. M.E.H. presenta un cuadro de “Trombofilia severa con mutaciones en el gen del FVL, en el gen PAI y en el gen MTHFR en estado de heterocigota, síndrome de Hellp”, por lo que la misma se encuentra en “gravedad del cuadro obstétrico”, imposibilitada de llevar un embarazo a término. Antecedentes de tres gestas: año 2010 detenido semana 15, bebé morfológicamente normal, pero placenta con

múltiples infartos; años 2011, embarazo gemelar semana 18 se detiene un bebé, semana 25 SINDROME DE HELLP, se realiza cesárea lográndose nacimiento con vida del otro bebé que fallece a la semana; año 2014, gesta normal, semana 26 se constata retardo en crecimiento y en semana 27 se detiene. Del estudio inmunológico se detectó además incompatibilidad de pareja.

Describe días de mucho dolor y desconcierto, y también de mucho amor de la familia y amigos. No existe tratamiento que les permita revertir tal situación. Les prohibieron por completo un nuevo embarazo porque pondría en riesgo su salud. Refiere que es muy difícil enfrentarse a la resignación de los sueños, de los proyectos de una familia con hijos, que trabajaron mucho en ello, evaluaron distintas opciones, pensaron que tal vez debían aceptar lo que les tocaba, que serían una familia de dos. Muy difícil de imaginar para ella que cuenta con cuatro hermanos y una familia muy unida. Reflexiona que fueron muchos años de intentar, de mucha energía puesta en ello y de mucho dolor. Que si bien siempre fueron muy positivos los hechos fueron determinantes.

Luego, poco más de un año, su hermana A. les propuso prestarles su vientre. Su hermana mujer, su compañera en la vida, su mejor amiga. No les sorprendió su generosidad y corazón grande pero sí todo lo que implicaba: su propia familia, sus sobrinos, su trabajo, su tiempo, su cuerpo. Un acto de entrega de amor tan grande. Concluye que quien más que ella puede amar y cuidar a su bebé tanto como ella misma. Su cuñado y sus sobrinos la apoyan, y fueron los niños quienes terminaron de convencerlos quitándoles los miedos y prejuicios, haciéndoles ver todo más simple, más natural, más fluido. Toda la familia los apoya y alienta, porque saben por lo que pasaron y porque los quieren, porque el dolor es un poco de todos y las alegrías también. La noticia dada por su cuñada A., fue idea de sus sobrinos J. y M.. Cuenta que ellos le dijeron a A. “...mamá, porque vos no les prestas tu panza a los tíos para que puedan tener un bebé”.

Respecto a ello advierte que “prestar la panza” (término utilizado por sus sobrinos, hijos de quien se ofrece como gestante), es el mayor acto de amor que una hermana puede tener hacia la otra. Adjunta un relato escrito de A., que dejó en el árbol de navidad ese día. Concluye que, M. E. jamás podrá concebir naturalmente y su hermana le está dando una “chance” con el más sincero acto de amor. Por lo que, después de mucho pensar y madurar el tema, han decidido de mutuo acuerdo, efectuar esta autorización y llevar adelante la subrogación de vientre.

Fundan su pedido en el concepto de familia en los nuevos paradigmas reconocido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, citan el Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 23.1 e Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 art. 10.1, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 16.3, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 art. 6 y el Pacto de San José de Costa Rica, art. 17.1, con rango constitucional en nuestro país.

Finalmente fundan la procedencia de la autorización judicial en las derogadas normas del código civil; Ley No. 26.682; No. 26.529; No. 23.592; art. 19 y 75 inc. 22 CN; art. 11, 5.1; 7.1, 24 CADH; y jurisprudencia aplicable. Ofrecen prueba. Acompañan copia certificada de la declaración de consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado -formulario para la madre genética y formulario para la gestante subrogada, acta de matrimonio de S.H.P. y A. C. H., partidas de nacimiento de todos los involucrados, copia de libreta de matrimonio, informe de médicos, copia nota enviada por A. H.. Solicitan intervención de la Junta Interdisciplinaria, y se practique Informe Ambiental.

Se fijó audiencia a los fines de ser escuchados el hijo e hija de la gestante por la suscrita y con asistencia de la Psiquiatra Infanto Juvenil de este Tribunal, dándose intervención a la Defensoría General correspondiente. Asimismo, se convocó a audiencia a los comparecientes, la gestante y su esposo, con patrocinio letrado; ordenadas las medidas que el caso requiere, todo se encuentra en condiciones para que el tratamiento sea viable.

En este caso, el material genético utilizado para la formación de embriones proviene de los padres genéticos (los óvulos corresponden a la Sra. M.E. H. y los espermatozoides al Sr. I. O.).

Por último, la gestante A. H., ha manifestado a la suscripta los motivos fundados en el amor a su hermana, que la decidieron llevar a cabo la técnica cuya autorización se solicita. Ha expresado querer ayudar a su hermana, y sentir que es la única persona que puede hacerlo, ha descrito la impotencia sentida ante la situación dolorosa que le tocó vivir a su hermana, entendiendo que a través de la gestación por ella podía hacer lo más importante para su hermana, y eso la hace sentirse muy bien, muy feliz.

Se ha podido comprobar a través de las audiencias realizadas, e informe ambiental de la Trabajadora, que se encontraban frente a una familia consolidada en el afecto y el apoyo mutuo con cada uno de sus integrantes.

En consecuencia, habiéndose comprobado en autos la existencia de las condiciones aptas para la procedencia de la autorización, los argumentos expuestos por los actores, la entrevista con la gestante, su esposo, y la escucha de la niña y el niño, han sido la razón de la convicción absoluta, por lo que, con fundamento en las normas precedentemente invocadas, corresponde hacer lugar a la autorización judicial para la respectiva transferencia embrionaria, en la forma, modo y circunstancias que se han constatado.

Luego se analiza la pretensión de inscribir oportunamente en el Registro de Estado Civil y capacidad de las personas.

Así dispone en la norma del artículo 558: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. Y en el art. 561 establece cómo se define el vínculo en la hipótesis, a través del otorgamiento del consentimiento informado y libre, con prescindencia de quien haya aportado el material genético: “Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado el material genético”. A su turno, el art. 569 CCyCN dispone que, en la filiación matrimonial, c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la filiación se determina por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Sentado ello, no caben dudas que siendo la gestación por sustitución una de las técnicas de reproducción humana asistida, previstas éstas por el código civil y comercial como una de las tres fuentes filiatorias (art. 558 CCyCN) a todo evento, la filiación en aquella hipótesis quedará determinada inexorablemente del mismo modo, esto es, a través de la definición del vínculo volitivo, con total independencia de la existencia o no del vínculo biológico. *“Madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva”* [Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad...", op. cit., pág. 111].

En consecuencia, la voluntad procreacional existente y manifestada por los actores, plasmada de conformidad a lo estipulado por el art. 560 y s.s., como así también la falta de dicha voluntad procreacional en la gestante, constatado del mismo modo, establecen la fuente de la filiación (art. 558 CCyCN). De manera tal que, el niño/niña/niños/niñas que como consecuencia de la realización de la técnica que mediante la presente se autoriza

nazca/n, será hijo/a/s de los actores, M.E. H. e I. O... En tutela del derecho humano fundamental a la identidad (art. 7 y 8 CDN; art. 11 Ley Nacional N° 26.061; Ley Provincial N° 12.967), se ordenará además a los actores, hacer conocer al hijo/hija/s que en consecuencia nazca/n, su realidad gestacional de origen de conformidad a las normas de protección integral de la niñez.

Este fallo, se convirtió en el primer caso de subrogación de vientre entre parientes, de la ciudad de Rosario.

FILIACIÓN/REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Tribunal: Juzgado de Familia n° 7 de Lomas de Zamora (Buenos Aires)

Fecha: 30/11/2016 (Sentencia firme)

Partes: “B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar”

Publicado en: elDial.com

RELATO DE LOS HECHOS: Fallo ordenó que un niño gestado en el vientre de su abuela, fuera inscripto, ni bien naciera, como hijo del matrimonio integrado por la hija y el yerno de la señora gestante, quienes habían expresado su voluntad procreacional. También otorgó licencia por paternidad -en este caso solo el hombre trabajaba en relación de dependencia- para cuidar al niño en las mismas condiciones que aquellos no nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida.

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario (Santa Fe)

Fecha: 27/05/2016 (Sentencia Firme). RICARDO J. DUTTO (Juez).

Adelaida Etchevers (Secretaria)

Partes: “OTROS S/ FILIACIÓN”

Publicado en: elDial.com - AA97AC

RELATO DE LOS HECHOS:

Se presentan G G S y J G G y V P ambos con patrocinio letrado y peticionan la rectificación del acta de nacimiento de E S nacido el 11 noviembre de 2015 en esta ciudad en la cual consta que es hijo de G G S y de V P debiéndose desplazar la filiación extramatrimonial de esta última y emplazar al pequeño como hijo del matrimonio S-G.

Siendo un matrimonio unisexual inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva, luego de varios años de espera sin resultado positivo, recurren a una clínica de Buenos Aires para realizar la gestación con material genético del matrimonio y en el caso con un óvulo donado por una mujer diferente a la que gestaría a la persona por nacer, debiendo dicha gestación ser con fines altruista y no oneroso. A tal fin requieren a una amiga en común, quien luego de analizar la cuestión con su marido y anotar a sus dos hijos, con ayuda psicológica, se ofrece a ser la gestante. firmando el consentimiento previo, libre, informado y debidamente asesorado en fecha 12 de marzo de 2015. Se recurre a esta técnica como última alternativa por los peticionantes ante la infructuosa espera en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva.

En la audiencia la amiga gestante manifiesta su objetivo de tener un hijo para sus amigos, el marido explica que tenían dos hijos de su unión y que si bien fue una sorpresa entendieron que era un acto de amor y ejemplaridad para sus hijos y siempre tuvieron en claro que fue una búsqueda para el hijo de aquellos. Agregan que sus hijos llaman "primo" al bebé y la hija le dijo que van a "prestar nuestra panza"

Anotan al niño en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a fin de evitar que quede sin documentación que además le informaron que era imposible la inscripción a nombre de ellos sin la autorización judicial atento la falta de legislación expresa. Así habiendo nacido el niño concebido mediante el procedimiento de fertilización in vitro y posterior gestación por sustitución sin tener ningún vínculo biológico con P, siendo el matrimonio S G los padres procreacionales, y teniendo uno de ellos vinculación genética con el niño, soliciten que se desplace a P como madre extramatrimonial y se emplace como hijo matrimonial de J G G y G G S en analogía a lo que dispone la ley 26.413 para la adopción plena y cumplir con lo ordenado por el art. 563 del CCyC acompañan la historia clínica. Brindan los fundamentos legales y doctrinarios y citan jurisprudencia nacional que admite la acción intentada. Ofrecen prueba documental, testimonial e informativa.

Peticionan la rectificación del acta de nacimiento del niño donde consta que es hijo de uno de los integrantes del matrimonio y de la gestante y a su vez impugnan maternidad de esta última para emplazar al niño como hijo de aquellos.

Que de acuerdo al relato y constancias de autos el niño fue concebido mientras regía el Código Civil y su nacimiento se produce luego de la entrada en vigencia el Código Civil y Comercial.

El nuevo ordenamiento legal incorporó un tercer tipo de filiación: la filiación por reproducción humana asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional, a su vez La ley 26994 dispuso en el art. 9, cláusula tercera: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.” También este ordenamiento sistematiza específicamente la filiación por TRHA donde “La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable...” (art 561 y 562 Código Civil y Comercial).

De las constancias de autos emerge que todas las personas involucradas han tenido como prioridad el interés superior del niño, que la gestante tiene plena capacidad y contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica. Se aclara que la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo y ha prestado su vientre en forma libre.

Esta mujer, “ser luminoso” (en siete artículos el Código Civil y Comercial designa como sinónimo de parir la que da a luz) que llevó adelante el embarazo, fue suficiente y plenamente informada sobre la situación que libremente aceptó, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos, no sufrió ningún tipo de explotación, posibilitó el tratamiento y control necesarios para la transferencia embrionaria de los progenitores procreacionales.

En síntesis, el Dr. Dutto Ricardo, juez de la causa, manifiesta que la mujer gestante obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su marido, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos, fines que son acordes a los requisitos que exigía el proyecto.

El Código Civil y Comercial incorpora definitivamente la legislación que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y expresamente indica que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (Art. 402)

Ello supone el acceso para las personas del mismo sexo, a los beneficios asociados al matrimonio: de asistencia, alimentos, solidaridad, beneficios sucesorios, a la vivienda familiar, en la toma de decisiones médicas, etc., pero cuando el matrimonio está compuesto por dos hombres sus derechos a la progenitura está circunscripto a la adopción, lo cual restringe por discriminación indirecta, esto es por un comportamiento legal aparentemente neutro pero con resultado desfavorable en comparación con los derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos respecto del matrimonio unisexual de dos mujeres.

Como resolución, se admite la demanda y en consecuencia se impugna la maternidad de V P respecto de E S y por tanto declarar el emplazamiento de E S como hijo G G S y de J G G, oficiándose al Registro Civil y Capacidad de las Personas a fin de que proceda a su modificación y se impone a los progenitores procreacionales, la obligación de hacerle saber a su hijo mediante la ayuda psicológica pertinente la manera en que fue concebido y gestado.

AMOR INFINITO: UNA MUJER DE 54 AÑOS DIO A LUZ A SU PROPIO NIETO

EL CASO DE SUBROGACIÓN DE VIENTRE QUE CONMUEVE EN TODO EL MUNDO

En plena búsqueda de jurisprudencia, me topé con este caso con las mismas características que el fallo jurisprudencial de la ciudad de Rosario y me pareció interesante tenerlo en consideración.

RELATO DE LOS HECHOS: A los 17 años, Meagan White, del estado australiano de Tasmania, fue diagnosticada con el síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser, una rara condición congénita que solo presenta 1 de cada 5.000 mujeres.

Esta situación implica la falta de desarrollo del útero y la vagina. Su manifestación más contundente es la imposibilidad de llevar adelante un embarazo. Ante lo cual, la subrogación de vientre es una opción viable.

Además, el síndrome tiene algunas variantes. En su caso, sus ovarios no presentan anomalías.

Así fue como Meagan en 2020 decidió cumplir su sueño de convertirse en madre. Pero, cuenta la nota del sitio Mag de El Comercio de Perú, el embarazo que estaba en curso con una madre sustituta quedó interrumpido a las 21 semanas, por problemas en el desarrollo del feto.

La situación fue demoledora anímicamente para Meagan y su pareja, Clyde. Con este panorama, comenzaron a perder la esperanza de convertirse en padres.

Además, las imposibilidades para viajar que trajo la pandemia llevaron a limitar al extremo las posibilidades de concretar otro embarazo de esta forma.

Al tener en cuenta esta realidad, Maree, la mamá de Meagan, decidió ayudarla. Investigó las opciones y supo que podía ser la madre subrogada de su propio nieto.

El proceso, incluyó una gran cantidad de exámenes médicos, evaluaciones psicológicas y trámites legales. Finalmente obtuvo la autorización para seguir adelante.

Por otra parte, debido a su edad, tuvo que someterse a un tratamiento para fortalecer su útero y revertir momentáneamente la menopausia.

Una vez logradas esta instancia, realizaron una transferencia de cuatro embriones. Uno de ellos continuó su curso.

Para el nacimiento, los médicos planearon con anticipación una cesárea. Todo salió como estaba previsto y el 13 de enero pasado nació el pequeño Winston.

Maree, quien es madre de cinco hijos y trabaja en su propia granja, dijo que el parto fue “perfecto” y que estuvo encantada de poder tener a su nieto en el vientre. “Solo espero que nuestra historia anime a alguien más a emprender el mismo viaje que nosotros. Definitivamente lo haría todo de nuevo”, concluyó la reciente abuela.

Para Winston, seguramente sea más que especial saber que su abuela lo trajo al mundo.

4- CONCLUSIÓN JURISPRUDENCIAL

En todos los casos la justicia admitió la práctica, reconociendo el vínculo filial con las personas que han emitido su voluntad procreacional –para la autora Lamm Eleonora¹, esto es, asumir la responsabilidad procreacional plasmándola al emitir el consentimiento libre e informado”, ya sea antes de comenzar el tratamiento, solicitando autorización o luego de producirse el nacimiento y posterior anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas en el caso de nuestro país.

La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre “Relaciones de Familia” que más voces encontradas ha generado ya que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario.

¹ Lamm Eleonora. “La autonomía de la voluntad y aplicabilidad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de regulación legal”

5- DOCTRINA

Al avanzar en el análisis de la subrogación de vientre surge doctrinariamente lo que se identifica como “... el compromiso, acuerdo, convenio gratuito u oneroso, entre una mujer, llamada “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 nacer”.

Como he mencionado al comenzar a desarrollar este trabajo, en nuestro país no existe regulación específica. Cabe mencionar que cuando se realizó la quita por parte de la Comisión Bicameral este fue uno de los temas afectados por lo que no formó parte del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación convalidado por el Senado. En el proyecto se regulaba la figura de la gestación por sustitución en el artículo 562, el cual rezaba: “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 veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un 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”.

Desde una óptica más humanista, se la describe como “...como una TRHA ... que, a más de posibilitar el ejercicio del derecho reproductivo en pos del libre desarrollo de la personalidad, conlleva un inmenso acto de amor tanto de quienes quieren ser padres como de quien presta para ello su útero. Mientras el amor de los primeros está reservado por y

para el anhelado hijo o hija, el amor de la gestante es por y para aquellos que albergan el deseo de formar una familia. Ese amor que da inicio al proyecto parental se traduce al lenguaje jurídico en lo que conocemos como ‘voluntad procreacional’.

Si bien esta norma nunca ha entrado en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido la principal fuente doctrinaria que ha establecido los requisitos formales para solicitar la autorización judicial.

Es importante agregar que este tipo de TRHA, ha sido y es ampliamente debatida en doctrina, logrando en la actualidad mayores adherentes.

Partus sequitur ventrem” (L. "Lo que nace sigue al vientre"; también “*partus*”) fue una doctrina legal aprobada en la Virginia colonial en 1662 y en otras colonias de la corona inglesa en América, que definía el estatus legal de los niños nacidos allí; la doctrina ordenaba que todos los niños heredaban el estatus legal de sus madres. Por lo tanto, los hijos de las mujeres esclavizadas nacerían en la esclavitud.

Siguiendo a Gil Domínguez, cabe reconocerla “como un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, definiéndola desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas”.

Gran parte de la doctrina jurídico-bioética ha señalado que promueve la cosificación de la mujer, alienta su explotación reproductiva y la esclaviza por dinero para alquilarle un órgano con el fin de gestar un hijo para terceros. Al mismo tiempo que desconoce el vínculo que durante nueve meses un bebé establece en el ámbito intrauterino. Asimismo, indican que los contratos previos entre padres biológicos y la gestante carecen de legitimidad jurídica, en tanto suponen un tipo de comercio que violenta la dignidad de la mujer y sus derechos humanos más fundamentales.

Ante este cuadro de situación, en doctrina se llega a ver a una verdadera laguna jurídica “...la gestación por sustitución sigue acarreando polémicas, en el derecho argentino, inexplicablemente la cuestión aun no fue zanjada. Y deambula en los tribunales el por ahora invisible y mudo instituto para la ley, bajo las sórdidas sombras de la confusión. En los bordes mismos de la legalidad”.

Cada nuevo fallo, se funda en otros, en jurisprudencia y también en interpretaciones normativas.

6- OPINIONES A FAVOR Y EN CONTRA

- Algunos opinan que ésta es una cuestión de solidaridad con las parejas infértiles, por lo que es una práctica reproductiva, que nace de la autonomía de la mujer gestante y del derecho que a todo ser humano le asiste de ser padres.
- Otros opinan que los defensores de la maternidad subrogada en cualquiera de sus dos modalidades: comercial y altruista, olvidan a los dos sujetos más importantes implicados en la misma: la mujer gestante y su bebé.
- La abogada del caso jurisprudencial tratado anteriormente, sobre la subrogación de vientre entre la mamá y su hija, para gestar a su nieto, recordó que “las clínicas de fertilidad trabajan por ley bajo un protocolo de asistencia psicológica previo al tratamiento que debe ser aprobado”, aunque sobre este caso destacó: “Desde mi experiencia, que trabajo desde hace muchos años en asistir legalmente temas de fertilidad, tengo un resquemor con que haya un parentesco o vínculo previo entre las mujeres, porque tienen más condimentos por lo que vi en la práctica. Al no conocerse el vínculo se forma a partir de esto, y por eso prefiero trabajar con desconocidos”. Sin embargo, destacó que comprende “el sueño frustrado de la maternidad de Valeria, y de cómo su madre, que al conocerla me pareció que tiene un rasgo de madrear así como le dicen ‘Susanita’ (por el personaje de Mafalda), y ella con gusto puso a disposición su cuerpo para cumplirle ese deseo a la hija”.
- Otro sector de la sociedad considera que la maternidad subrogada discrimina y cosifica al bebé y a la mujer gestante mercantilizando e instrumentalizando su cuerpo. Utiliza a la gestante y al niño, como medios al servicio del cumplimiento de los deseos de otros.

- Luego parece que con la admisión de la maternidad subrogada resulta evidente que la dignidad de la mujer y la maternidad no se contemplan como algo indisponible y digno de protección. También el bebé no tiene valor en sí mismo, sino que lo tiene únicamente si es querido, recibido, deseado. Critican diciendo que esta práctica reproductiva se admite como objetivo de ser padre o madre a cualquier precio. Manifiestan que toda forma de gestación y parto de un bebé para otras personas convierte el cuerpo de la mujer en mercancía y es, por tanto, lesiva de sus derechos. También en las formas “altruistas”. Tanto la cualidad de madre como la función reproductora son cosas *extra commercium*, y, por tanto, no se pueden someter a la lógica contractual, ni a título oneroso ni a título gratuito.
- Otros lo comparan con la donación de órganos, haciendo referencia que en esta práctica se entrega un bien muypreciado a otro. Es una acción muy relevante para ambas partes pero que no tiene efectos directos sobre terceras personas. Por el contrario, el resultado de la gestación por sustitución es el nacimiento de una nueva vida humana, alguien para quien la gestante ha tenido un papel fundamental en su desarrollo. Puesto que la mayoría de los supuestos de maternidad subrogada altruista tendrán lugar en el ámbito de las relaciones familiares o de amistad, es más que esperable que la gestante tenga relación con el niño y que ambos se encuentren ante el desafío de gestionar una doble relación: la biológica y la legal. Así, si la gestante es la madre del comitente, el niño tendrá que habérselas con una abuela legal que, a su vez, ha sido su madre gestacional.
- Mientras algunos lo ven como una manifestación de altruismo otros entienden que se trata de una forma de alienación intolerable de la mujer o de una acción que crea en el niño una confusión de las relaciones de parentesco que atenta directamente contra su buen desarrollo. Tomar en serio la opción de la gestación altruista no conduce a verla como una solución sino como una opción extraordinariamente problemática: sigue poniendo a la gestante en situación de vulnerabilidad y de explotación; crea confusión en el niño al duplicarle los lazos parentales; permite soterradamente la gestación comercial por vía de las

compensaciones resarcitorias; y aboca necesariamente a una regulación mucho más amplia, que pueda dar respuesta real a la demanda de este servicio.

- La ministra de salud de Italia Beatrice Lorenzin lo ha expresado recientemente con claridad: «El útero en alquiler es un comercio, una práctica antigua con medios nuevos. El día en que se vea a una mujer rica, blanca hacer de portadora en útero para una mujer pobre, india, estéril, entonces creeré y admitiré que pueda ser solidario.»
- Otros señalan que las clínicas no son altruistas.
- En realidad, subrogación altruista significa que una mujer atraviesa el mismo proceso que en la subrogación comercial, pero no obtiene nada a cambio. Exige a una mujer gestar a un niño durante nueve meses y luego echarlo fuera. Tiene que cambiar su comportamiento y exponerse a la infertilidad, una serie de problemas relacionados con el embarazo e incluso la muerte. Es utilizada como un recipiente, aunque se le diga que es un ángel. Lo único que obtiene es el halo del altruismo, lo que es pagarle muy poco por el esfuerzo y puede sólo resultar atrayente en una sociedad donde las mujeres son valoradas por lo mucho que se sacrifican y no por lo que obtienen.
- Quien busca la paternidad-maternidad biológica a costa de la gestación de otra no es altruista, sus motivos son como mínimo egoístas, cuando no narcisistas.
- Son muchos los autores que se oponen a esta práctica por considerar que atenta contra la dignidad de la madre gestante y del niño, pues son considerados como objeto de comercio. Además, tener en cuenta el sufrimiento del niño al separarlo de la gestante, pues éste reconoce el olor, el tacto, latidos del corazón y el sonido de la voz de aquella, con la que ha iniciado ya el proceso de apego, crucial desde el inicio de la existencia.

- Tiene la particularidad de que el proyecto parental compromete el cuerpo y la salud de una tercera persona con quien después el niño o niña no tendrá vínculo jurídico alguno, más allá de su derecho a saber que ha nacido de este modo.

Esos son algunos de los argumentos por los que un amplio sector de la sociedad cuestiona moral y éticamente que la gestación por sustitución sea una práctica reproductiva que merezca aceptación sin más.

CAPÍTULO 6

CONCLUSIÓN

CONCLUSIÓN

Luego de largas horas de investigación, he reflexionado sobre cuán importante es que se respete el derecho de las personas que buscan ser padres y no pueden o no desean serlo de otra manera. Hay que tener en cuenta que no todos tienen la misma realidad ni las mismas posibilidades pero que sí, todos tienen los mismos derechos, el derecho a formar una familia, la que constituye un pilar o institución sobre la cual se desarrollan los valores y bases de nuestro país para las generaciones venideras, que la subrogación de vientre existe y no es solo para unos pocos, o para aquellas personas con poder adquisitivo, sino que cualquier persona que tenga dificultades para procrear o que no pueda llevar un embarazo a cabo, y quieren tener hijos, esta es una posibilidad. Y que, si bien no tiene un marco legal, hoy por hoy distintas normas del derecho positivo y los diferentes tratados de derechos humanos la hacen posible.

Considero que es necesario que haya una normativa que apoye y acompañe estos procesos, empañados de sufrimiento e incertidumbre de las personas que acuden a dicha técnica, darle un marco de legalidad para que las partes puedan tener seguridad jurídica. Ya que, si realmente nuestros legisladores estuvieran en contra, o tuvieran como finalidad la prohibición, lo hubieran establecido de manera expresa, pero sin embargo se han inclinado por ignorar el tema de la maternidad subrogada, sabiendo que ya desde el año 2013 existían fallos jurisprudenciales que trataban sobre este tema.

Hay que tener en cuenta que esté regulada o no, se las acepte o no, estén a favor o en contra, y dejando de lado las opiniones personales e íntimas de cada sujeto miembro de la sociedad, en la realidad social la gestación por sustitución tanto en el orden nacional como internacional, como mencioné al comienzo, existe y cada vez más. Y con los nuevos modelos de familia, ya sea dado por las uniones unipersonales, o por aquellos que deciden ser padres o madres solteros/as. Para la Real Academia Española define a engendrar como “dar vida a un nuevo ser”. Por las formas y métodos que sea, el fin mismo es dar vida a un nuevo ser, traducido ello al deseo de tener un hijo.

Es por esto que los legisladores no pueden ser ajenos a los cambios que se producen en la sociedad. Nuestra sociedad está en continuo desarrollo, impulsada por el reconocimiento a la diversidad, una sociedad cada vez más inclusiva, que evoluciona, y que promueve sin lugar a dudas una sociedad más justa y democrática.

Que tal como señalara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la salud debe entenderse como estado completo de bienestar, mental y social, y no sólo ausencia de afecciones o enfermedades”. Dentro del concepto de salud, se encuentra incluida la salud reproductiva, definida ésta como un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de afecciones o enfermedades, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos; abarcando la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos; de procrear y la libertad de decir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Asimismo, incluye el derecho de la mujer y el hombre a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad y acceso a medios eficaces, asequibles y aceptables, derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos y den las máximas posibilidades de tener hijos sanos.”

Y este derecho a formar una familia, reconocido internacionalmente, se vuelve real, y de efectivo cumplimiento a través de estos acuerdos de gestación por sustitución de carácter altruista.

No podemos dejar de lado lo valioso que resulta el gesto de quien se ofrece a ser madre gestante, movilizadas por la solidaridad, por poder satisfacer el deseo de un familiar, amigo, o afecto, de poder tener un hijo, es el acto de amor más grande y puro que una persona puede hacer por otra. Por todo lo que implica y que se ha tratado a lo largo de este trabajo, desde lo psicológico, a lo físico.

BIBLIOGRAFIA:

- Abeledo Perrot, (2011); “*La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada*”. Buenos Aires, 2011.
- Asnal, S. D. C. (2018) “*La gestación por sustitución en el derecho y jurisprudencia argentina*”. Revista Derecho y Salud. [La gestación por sustitución en el derecho y jurisprudencia argentina - Dialnet \(unirioja.es\)](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6544444).
- Bidart Campos, G. J. (2013). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Editorial Ediar.
- Borrajo, M.E. (2015) “*La “maternidad subrogada” ¿Una técnica de reproducción asistida más?*”. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año IX, Número 14, 2015. Dialnet-LaMaternidadSubrogadaUnaTecnicaDeReproduccionAsist-7180152.pdf
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. sancionado por Ley Nacional N° 26.994 en fecha 01/10/2014 y promulgado en fecha 07/10/2014.
- Código Civil Argentino. Ley 23.264. Velez Sarfield. Promulgado el 29/09/1869, en vigor desde el 01/01/1871 y derogado el 01/08/2015.
- Constitución de la Nación Argentina. (Sancionada 15/12/1994. Promulgada en el B.O. 03/01/1995). Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Art. 16, 19 y 75 inc. 22. 1994, Argentina.

- Chavez, V. (2018) “*Una amiga les prestó el vientre y su hija fue la primera nacida por subrogación en el país inscripta como propia*”
<https://www.infobae.com/tendencias/2018/06/26/una-amiga-les-presto-el-vientre-y-su-hija-fue-la-primera-nacida-por-subrogacion-en-el-pais-inscripta-como-propia/>
- Definición de maternidad. (s.f).
<https://definicion.de/maternidad/#:~:text=Maternidad%20es%20un%20concepto%20que,que%20suelen%20desarrollar%20las%20mam%C3%A1s.>
- Floco, A. (2017). Editorial Juris - Librería Jurídica en Rosario (openathens.net).
- Gaggia, R. (2021) “*Gestación por sustitución: entre el vacío legal y la realidad*”.
[Gestación por sustitución: entre el vacío legal y la realidad \(erreius.com\)](https://www.erreius.com/gestacion-por-sustitucion-entre-el-vacio-legal-y-la-realidad/)
- Gil Domínguez, A. (2017) “*La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico*”.
<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/07/Gil-Dominguez-Civil-Bioetica-y-Derechos-Humanos-11.07.2017.pdf>
- Hagar Blau Makaroff. (2021). “*Primer caso en Rosario: un juez dio el ok y una mujer gestará a su propio nieto*”. Noticia de: El Litoral (www.ellitoral.com).
https://www.ellitoral.com/index.php/id_um/333796-primer-caso-en-rosario-un-juez-dio-el-ok-y-una-mujer-gestara-a-su-propio-nieto-subrogara-su-vientre-a-su-hija-regionales-tiene-50-anos.html

- Herrera, M. (2017). “*Técnicas de reproducción humana asistida: conceptualización general*”. [Técnicas de reproducción humana asistida: conceptualización general | DELS \(msal.gob.ar\)](https://del.s.gob.ar/)
- Kemelmajer de Carlucci, A, Herrera, M y LLOVERAS, N. (2014), “*Tratado De Derecho De Familia*”. (T 2). Editorial Rubinzal Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci A, Herrera M., Lamm E. (2012) “*Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto d las técnicas de reproducción humana asistida*”. Revista de Derecho Privado, Año 1, No 1, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, p. 6.
- Lamm, E. (2012) “*Gestación por sustitución*”. InDret. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona. [Gestación por sustitución. Realidad y Derecho \(indret.com\)](http://indret.com/)
- Lamm, E. (2012): “*La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*”, Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona, N° 24, enero de 2012 (<http://www.ub.edu/fildt/revista>)
- Leclercq, G. (2020). “*Fallo histórico: la Justicia aprobó que una mujer geste al hijo de su hermana*”. <https://noticias.perfil.com/noticias/informacion-general/fallo-historico-la-justicia-aprobo-que-una-mujer-geste-al-hijo-de-su-hermana.phtml>

- Ley 26.529. (21-10-2009). Honorable Congreso de la Nación Argentina. Salud Pública: derechos del paciente. Publicada en el boletín nacional del 20-nov-2009.

- Ley 26.862 y Decreto 956/2013. “*Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Reglamentación.*” Sancionada por el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina en fecha 05/06/2013. Promulgada en fecha 25/06/2013.

- Lorenzetti, R. L, Hihton de Nolasco, E. y Kemelmajer de Carlucci, Aida, (2011) “*PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*”. [http://www.nuevocodigocivil.com/ wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la- nacion.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf)

- Ministerio de Salud de la Nación. (2022) <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general> (fecha de consulta: 04 de febrero de 2022)

- Notrica, F., Curti, P. J. y Herrera M. (2018) “*Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”. Editorial Rubinza Culzoni, Tomo II.

- Organización Mundial de la Salud. (OMS). (2022). Bioética. [Programa Regional de Bioética - OPS/OMS | Organización Panamericana de la Salud \(paho.org\)](http://paho.org/Programa-Regional-de-Bioetica-OPS-OMS)

- Organización Mundial de la Salud. (OMS). (2022). Infertilidad. [Infertilidad \(who.int\)](http://who.int) .

- Real Academia Española (RAE). (2022) Embarazo. [embarazado, embarazada | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#)

- Romero, M. E. (2020). “*Nació Bianca, primera bebé cordobesa de un vientre subrogado autorizado*”. <https://www.perfil.com/noticias/cordoba/nacio-bianca-primera-bebe-cordobesa-de-un-vientre-subrogado-autorizado.phtml>

- Rojas Pascual, J. P. (2019) “*Maternidad Subrogada en Argentina - Qué es la Gestación Solidaria – Argentina*”. [ROJAS PASCUAL - ABOGADOS - Juan Pablo Rojas Pascual - Abogado - Biografía \(abogados-mendoza.com.ar\)](#)

- Sanders Bruletti, M. M. (2018). “*La maternidad subrogada en la legislación argentina. Una mirada bioética*”. Cita: MJ-DOC-13553-AR | MJD13553. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/11/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacion-argentina-una-mirada-bioetica-2/>

- VittoriaVita, (2020). “*La gestación subrogada en el mundo*”. [Subrogacion internacional - Países en los que es legal la gestación subrogada | VittoriaVita](#)

- VittoriaVita, (2014) “*La subrogación en Australia*” - [Gestación subrogada en Australia: costo, legalidad, comentarios | VittoriaVita](#)

- VittoriaVita, (2020) “*Gestación subrogada en Argentina: costo, legalidad, opiniones*”. [Gestación subrogada en Argentina: costo, legalidad, opiniones | VittoriaVita](#).

- Vizcaychipi, M. E. (2017). “*Técnicas de reproducción humana asistida y embrión*”. Cita: MJ-DOC-10686-AR MJD10686.
<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/04/18/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-y-embrion/>

INDICE

Dedicatoria y Agradecimientos	1
Área temática	2
Justificación- Resumen	3
Objetivo general.....	4
Objetivo específico	4
Estado actual de la Cuestión	5
Definiciones	7
Marco Teórico	15

Capítulo 1

“Subrogación de Vientre”

1.1 Introducción	17
1.2 Denominaciones	19
1.3Destinatarios del tratamiento	20
1.4 Naturaleza Jurídica.....	21

Capítulo 2

“Marco Legal”

2.1 Regulación en Argentina.....	23
---	-----------

Capítulo 3

“Maternidad y Filiación”

3.1 Determinación de la maternidad.....	26
--	-----------

Capítulo 4

“Derecho Comparado”

4.1 Derecho comparado	32
------------------------------------	-----------

Capítulo 5

“Fallos Jurisprudenciales”

5.1 Introducción	42
5.2 Evolución jurisprudencial del tema	43
5.3 Artículos jurisprudenciales.....	44
5.4 Conclusión jurisprudencial	60
5.5 Doctrina	61
5.6 Opiniones a favor y en contra.....	64

Capítulo 6

“Conclusión”

6.1 Conclusión	68
Bibliografía.....	70