

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA MATANZA
ESCUELA DE POSGRADO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

**DERECHO HUMANO A LA FILIACIÓN DEL MENOR NACIDO
MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DE VIENTRE.
PROBLEMÁTICA CONTRACTUAL Y FILIATORIA**

Doctoranda: GRACIELA INÉS ANSELMÍ CABRAL

Director: PROF. DR. FERNANDO LUJÁN ACOSTA

Co-directora: PROF. DRA. VICTORIA SANTORSOLA

-2022-

Agradecimientos

Agradezco el apoyo incondicional a mi hijo Pablo. Un luchador de la Vida y un Sabio Sobreviviente.

Agradezco a mi esposo Ricardo por su comprensión.

Agradezco a Victoria y Fernando (mis directores), por su generosidad, tiempo y comprensión. Excelentes personas y de Gran Calidad Humana.

Resumen

La tesis, tiene como eje central la filiación de los niños nacidos por medio de la Técnica de Reproducción Humana Asistida por gestación de sustitución de Vientre. Se analiza el origen, significado, clasificación de la maternidad subrogada, así como el significado y su diferenciación con la gestación por sustitución. La filiación de los niños nacidos por medio de esta técnica, y la incertidumbre que conlleva no poseer un status definitivo de hijo que le otorgue un nombre, nacionalidad y una familia, se presenta como su principal problemática.

En el análisis se tiene en cuenta el interés superior del niño, el principio de igualdad, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la persona gestante y el derecho humano de los comitentes de formar una familia con la colaboración de la ciencia y de una tercera persona ajena al vínculo familiar y el respeto del derecho humano del niño a tener una filiación con independencia de la técnica de reproducción que se emplee.

El diseño es de carácter cualitativo basado en metodologías de análisis documental y de contenidos del discurso tanto legal como jurisprudencial y de los actores involucrados en el fenómeno a estudiar.

Palabras Claves: Filiación – Gestación por Sustitución de Vientre – Ejercicio de la autonomía de la Voluntad

Summary

The thesis has as its central axis the affiliation of children born through the Assisted Human Reproduction Technique by gestation of belly substitution. The origin, meaning, classification of surrogate motherhood is analyzed, as well as the meaning and its differentiation with gestation by substitution. The affiliation of children born through this technique, and the uncertainty that comes with not having a definitive status as a child that gives them a name, nationality, and a family, is presented as their main problem.

The analysis takes into account the best interests of the child, the principle of equality, the exercise of the autonomy of the will of the pregnant person and the human right of the intending parents to form a family with the collaboration of science and a third person outside the family bond and respect for the human right of the child to have a parentage regardless of the reproduction technique used.

The design is of a qualitative nature based on methodologies of documentary analysis and content of the legal and jurisprudential discourse and of the actors involved in the phenomenon to be studied.

Keywords: Filiation – Gestation by Substitution of the Womb – Exercise of the autonomy of the Will

INDICE

INTRODUCCIÓN	9
PRIMERA PARTE: REFLEXIÓN TEÓRICA	11
CAPÍTULO 1: Gestación por sustitución	25
Origen y significación	25
Dualismo antropológico y gestación por sustitución	32
Problemática que se presenta en la sustitución de vientre	35
Conceptualizaciones y perspectivas sobre la maternidad	44
Perspectivas biológica y jurídica de la maternidad	46
Clasificación y formas de maternidad subrogada y gestación por sustitución o subrogación	50
Distintos Métodos de reproducción asistida	52
Distinción con la inseminación artificial	52
Descripción de los métodos de reproducción asistida	55
Descripción de los procedimientos	57
CAPÍTULO 2: La legislación	59
Consentimiento informado en medicina	61
Consentimiento informado en argentina	65
Noción actual de acto administrativo – diferencia con hecho administrativo	67
Definición del contrato o convenio de sustitución de vientre.	72
Aplicación en de la ley 26.413 en la ciudad autónoma de buenos aires	74
CAPÍTULO 3: El derecho argentino y la garantía del derecho a la filiación y derecho a la familia	77
Las convenciones internacionales y su recepción en la constitución argentina.	
Derecho humano a la familia	77
Padres de intención y voluntad procreacional	84
Filiación del niño nacido por la técnica de reproducción asistida por sustitución de vientre	87
Significado y efectos de la filiación	87
Filiación territorial y extraterritorial	89
Legalidad del convenio de sustitución de vientres	91
Análisis sobre su legalidad	92
CAPÍTULO 4: Metodología	99
Diseño	99
Objetivos	99
Conjetura	100
Corpus de la investigación	100
La legislación	100
La jurisprudencia	101
Discurso de los actores	103
SEGUNDA PARTE: RESULTADOS, DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	105

CAPITULO 5: Análisis de la Normativa Legal	106
Legislación vigente en la República Argentina	106
Proyectos presentados en la República Argentina	113
Legislación Comparada	122
CAPÍTULO 6: Análisis jurisprudencial	127
Jurisprudencia nacional	127
Juzgados	127
Tribunales	144
Jurisprudencia europea	150
CAPÍTULO 7: Análisis del Discurso de los Actores	163
Entrevistas de fuente primaria	163
Entrevistas de artículos periodísticos	
CAPÍTULO 8: Conclusiones	177
BIBLIOGRAFÍA	181
Doctrina	181
Legislación	183
Periódicos	184
ANEXOS	187
A.- Modelo de Convenio en California	187

Abreviaturas

Apdo. Apartado.

Art./Arts. Artículo/s.

Ib./ Ibíd. Ibídem (Lat: en el mismo lugar).

ISM. Interés superior del menor

Cap. Capítulo

CADH. Convención Americana de Derechos Humanos.

CCyC/ C.C.C. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

CEDH. Convención Europea de Derechos Humanos.

Cfr. Confrontar.

CI. Consentimiento Informado.

cit. Citada.

CN. Constitución Nacional Argentina.

DUDH. Declaración Universal de Derechos Humanos.

FIV-ET. Fertilización In Vitro y Transferencia de Embriones.

GIFT. Transferencia Tubaria de Gametos.

G.C.B.A. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

I.A.D. Inseminación artificial Heteróloga.

ICSI. Inyección de espermatozoides dentro del ovocito.

J.C. Jurisprudencia Civil.

LTRHA. Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Núm/n°. Número.

p. Página/s.

párr. párrafo

PIDESyC. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

PIDCyP. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIDESyC. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PROST. Transferencia Tubaria de Embriones.

ROPA. Recepción de óvulo de la pareja.

SJPI. Sentencia de Juzgado de Primera Instancia.

STEDH. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

T./t. Tomo.

TRHA. Técnicas de reproducción humana asistida.

TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tít. Título.

Vg. Verbigracia.

vid. Véase.

vol. Volumen.

INTRODUCCIÓN

Se propone mediante la tesis analizar la problemática en relación con la filiación de los niños nacidos por medio de la Técnica de Sustitución de Vientre. Por ello es necesario, presentar un panorama general acerca del significado de fecundación asistida desde el ángulo médico y jurídico. Se tiene en cuenta que el desarrollo de las técnicas de reproducción medicamente asistida permiten separar la procreación de la unión sexual entre el hombre y la mujer sin la participación biológica- genética de una de las partes integrante de la pareja y al mismo tiempo que otra mujer colabore con la disposición de su cuerpo (en ejercicio de la autonomía de su voluntad). La problemática de filiación citada se encuentra imbricada con el derecho humano de aquellos que, por esterilidad, infertilidad u otras causas médicas o naturales, no pueden concretar su anhelo de ser padre/madre.

Asimismo, se realiza un estudio de la complejidad de la temática de Gestación por Sustitución de Vientre y la necesidad que se establezca una legislación que otorgue seguridad jurídica tanto a los padres/madres comitentes como a la mujer portadora del material genético de éstos y, por otra parte, la protección y certeza de la filiación de los niños/as nacidos/as por medio de esta técnica de reproducción asistida (TRHA).

Con relación a la problemática se han presentado diversos proyectos de ley vinculados con el tema. Se analizarán los mismos, así como la jurisprudencia argentina desde el año 2013 hasta el año 2021. Siguiendo el orden metodológico, se analizará doctrina y jurisprudencia extranjera, presentándose por último una propuesta en pos y en defensa de la familia (cuya evolución conceptual se describe en el presente escrito).

Se desarrolla la evolución histórica del concepto de maternidad, variando el paradigma de “*mater sempre certa est*” al actual con la introducción de las técnicas de reproducción asistida, donde convive la maternidad biológica, con la genética y con la de voluntad procreacional. Asimismo, se expone la problemática del tema, el concepto y clasificación de maternidad.

Se describen los distintos métodos de reproducción asistida y su procedimiento. Del mismo modo, se explican las diferentes denominaciones para referirse a la Gestación por Sustitución de Vientre; entre ellas una de las más utilizadas en la de Maternidad Subrogada; dándose precisiones sobre el significado de Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada, y de las diferentes formas en que la doctrina la ha clasificado. Se tratará el tema del consentimiento informado y de la Voluntad Procreacional para ser padre/madre.

El tema central es la naturaleza de la filiación de los niños nacidos por medio de la técnica de gestación por sustitución de vientre.

Como tema derivado, se analiza la legalidad del convenio de sustitución de vientre en Argentina tanto en su forma gratuita o solidaria como en su forma onerosa o compensatoria.

Por último, se realiza el análisis de los proyectos presentados en Argentina, así como la legislación internacional en donde la gestación por sustitución de vientre tiene plena vigencia.

Finalmente, se presenta una propuesta, se acompañan modelos de convenio y contrato, y se hacen referencia a entrevistas y artículos periodísticos.

Debido a lo expresado el objetivo general de esta tesis es examinar los derechos a la filiación de los niños y del/la /los/las madres/padres a formar una familia y analizar la protección jurídica de las partes en Argentina en el marco del instituto de la gestación por subrogación o sustitución

La hipótesis que orienta el estudio es que el derecho argentino carece de una legislación adecuada en relación con la Gestación por Sustitución de Vientre que defienda y garantice los derechos del niño, del padre/madre/s y la mujer gestadora del material genético de los comitentes, como así también que de certeza de la filiación de los menores nacidos por esta técnica, dado que la legislación existente (hasta el momento de la realización de la presente tesis), solamente permite la inscripción filial en forma provisional hasta tanto sea legislada esta técnica de alta complejidad.

Dado la temática que se desarrolla la metodología de la tesis es de diseño cualitativo cuya técnica se corresponde con el análisis bibliográfico y documental.

Se desarrollará en este sentido, el análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, así como legislación nacional e internacional, en relación con la problemática descrita. Se indagará en tercer lugar el discurso de los actores a través de la técnica de la entrevista como fuente primaria y por artículos periodísticos como fuente secundaria.

Se estructura esta tesis en dos partes de diez capítulos. La primera parte se denomina “Reflexión Teórica”, la que consta de cuatro capítulos en base a los siguientes temas: 1) gestación por sustitución, 2) legislación, 3) el derecho argentino y la garantía del derecho a la filiación y derecho a la familia y 4) en el que se explicita la metodología para llevar a cabo la indagación de los temas expuestos. La segunda parte denominada “Resultados, Discusión y Conclusiones” se realiza en cinco capítulos contiguos a los correspondientes a la primera parte: 5) normativa legal, 6) jurisprudencia, 7) el discurso de los actores, 8) discusión y conclusiones y 9) propuesta.

PRIMERA PARTE: REFLEXIÓN TEÓRICA

Los descubrimientos científicos médicos, tecnológicos y los medios de comunicación del siglo XX se han ido consolidando y desarrollando en el siglo XXI. Dentro de estos avances en el campo de la ciencia médica, encontramos las técnicas de reproducción asistida como una alternativa a la esterilidad, comprendiendo dentro de estas técnicas la gestación por sustitución de vientre.

En la actualidad existe un amplio y abarcativo concepto de familia, que incluye desde las monoparentales hasta ensambladas, a partir del cual se fueron demarcando dos grupos de vínculos filiatorios: a) el biológico, que deriva del hecho natural de reproducción de la especie humana y b) el adoptivo, que deriva de un hecho social; añadiéndose en la actualidad un tercer grupo, c) el genético y con voluntad procreacional. Éste último caso es el que se desarrollará.

Por otra parte, las diferentes generaciones de derechos humanos no hacen referencia específica al derecho humano a la familia y a la filiación nacida del método de reproducción asistida y en especial a la técnica de gestación por sustitución de vientre. Específicamente, la generación de derechos humanos de primera generación se aseguran las libertades individuales y colectivas, los de segunda generación, es la etapa de afianzamiento de la igualdad, en los de tercera generación se consolidan los derechos fraternidad o solidaridad (entre otros el medio ambiente y derecho del consumidor) y en los de cuarta generación, derechos de tecnología, informática y comunicación (Tics) se fundamenta en especial la inclusión social mediante la alfabetización tecnológica de los seres humanos, y el uso de la ciencia y tecnología para el bienestar del ser humano.

Cada generación de derechos humanos amplía a la del derecho antecedente, en este sentido en los derechos humanos de tercera y cuarta generación se hace referencia al desarrollo de nuevas tecnologías y al derecho al uso de ellas, más no se amplía al derecho humano de tener una familia por el método de reproducción asistida por sustitución de vientre y del derecho a la filiación del menor nacido por esta técnica, siendo el mismo, un fenómeno de carácter tecnocientífico.

El trabajo parte, en consecuencia, de esa problemática¹ producida por el avance tecnocientífico, el vacío legal² sobre el convenio de sustitución de vientre en la República Argentina y sus repercusiones tanto en las familias como, en la filiación de los niños nacidos por este método de reproducción asistida³.

Las partes involucradas en esta TRHA, tanto los comitentes como la comisionada y los niños nacidos por medio de gestación por sustitución⁴, en la actualidad se encuentran en total desprotección por carecer de una legislación que los ampare y les haga valer sus derechos. Ello, representa la problemática fáctica. La correspondiente complejidad teórica consiste en torno a tres aristas, la de la doctrina, la del derecho y la de la jurisprudencia. Por tal motivo, existe el *factum* de la sustitución de vientre y la problemática legal y, consecuentemente la necesidad de proceder de manera investigativa desde las aristas precitadas. La TRHA no se encuentra prohibida más tampoco permitida expresamente, por lo que se sitúa en el ámbito de aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional.

En este sentido el Servicio de Investigación y Análisis – Subdirección de Política Exterior del gobierno de Méjico ha realizado estudios al respecto mediante el cual se ha analizado que:

Las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de fecundación artificial, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino también que ésta pueda realizarse sin la participación biológico-genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja. Este hecho cobra particular relevancia, en el caso de la mujer, puesto que la realidad biológica de la maternidad y el recurso a las técnicas de procreación asistida, hacen posible que la mujer pueda planificar su propia procreación, sin los condicionamientos a los que la naturaleza somete el deseo de una paternidad individual. De igual manera, en el caso de que la

¹ Gioberchio, G. (20-06-2015). La dificultad de tener un hijo en un vientre prestado. *Clarín*. https://www.clarin.com/sociedad/nuevas-familias-maternidad-subrogada-vientre-prestado-ovodonacion-halitus_0_B1WuOwYDXI.html

²Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>.

³Lamm, E. (2015). Gestación por sustitución. Realidad que exige legalidad. XXV Jornadas de Derecho Civil. Bahía Blanca.

⁴ Notrica, F., Cotado, F. y Curti, P. J.. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *Revista IUS*, 11(39). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008

mujer decidiera colaborar en la procreación de terceras personas, la ayuda que aquella puede brindar no se limita a la donación de su material biológico, sino que puede llegar a implicar la disposición de su integridad psico-física.⁵

En la misma dirección la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH) ha debatido el tema de la filiación desde el año 2015, nombrando una comisión que se avoque a la investigación del tema y presente un informe con una posible solución. Representantes de expertos de las diferentes nacionalidades y con heterogeneidad de pensamiento han elevado diferentes informes anuales, solicitando en marzo del año 2021 una prórroga de un año más para su última presentación. Los acuerdos sobre gestación subrogada y específicamente sobre la filiación de la paternidad han sido materia de debate:

El debate del Grupo de Expertos se centró en el alcance del posible proyecto de convención sobre la paternidad legal (proyecto de convención) y el alcance del posible proyecto de protocolo sobre la paternidad legal establecido como resultado de un arreglo (internacional) de subrogación (proyecto de protocolo). El Grupo debatió, en particular, la conveniencia y viabilidad de incluir: ▪ las adopciones nacionales en el ámbito del proyecto de Convención; ▪ la paternidad legal establecida como resultado de acuerdos de gestación subrogada en el ámbito del proyecto de convención o de protocolo; y ▪ adopciones nacionales en el contexto de un arreglo de gestación subrogada (nacional / internacional) en el ámbito del proyecto de convención o de protocolo⁶. Asimismo, en el anexo del año 2021 se indicó las dificultades que se presentan con la falta de legislación: “En una era de globalización, cuando las familias cruzan fronteras cada vez con mayor frecuencia, estas diferencias en las leyes nacionales de los Estados pueden dar lugar a complejas cuestiones de derecho internacional privado relativas al

⁵Moran de Vicenzi, C. (2005). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Universidad de Piura y Ara Editores, p.191.

⁶Hague Conference on Private International Law Conférence de La Haye de droit international privé (2015). THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT: AN UPDATING NOTE. <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

establecimiento, la impugnación y el reconocimiento de la filiación legal de los niños. Estas preguntas implican los derechos humanos fundamentales de los niños (ver, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículos 7 y 8). Esto ha creado una serie de desafíos, especialmente cuando los acuerdos de subrogación involucran a partes en diferentes países. En particular, los acuerdos internacionales de gestación subrogada a menudo pueden dar lugar a las dificultades ... en relación con el establecimiento o el reconocimiento de la filiación legal de los niños nacidos como resultado del acuerdo, lo que a veces deja al niño sin padres. Esto puede tener consecuencias legales de gran alcance para todos los involucrados: por ejemplo, puede afectar la nacionalidad del niño, el estado migratorio, la atribución de la responsabilidad parental con respecto al niño o la identidad de la (s) persona (s) bajo el deber de mantener económicamente al niño, etc. También pueden surgir dificultades porque las partes involucradas en tal arreglo son vulnerables y están en riesgo.

Por lo expresado, este tema ancla en la Constitución Nacional de la República Argentina (C.N.R.A.), en cuyo art. 75 inc. 22 incorpora los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Estos derechos que son citados tanto en jurisprudencia como en doctrina, no hacen más que corresponderse con el principio de realidad al receptar los principios de igualdad ante la ley (artículo 16), no discriminación, el derecho a la autonomía personal, derecho a la salud, derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a fundar una familia y a la vida familiar y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, el principio de no discriminación, consagrados en el artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que se refiere al derecho a la integridad personal, el artículo 7 de CADH sobre el derecho a la libertad personal, el artículo 11.2 de CADH sobre la protección a la honra y la dignidad y en art. 17.2 de CADH sobre protección a la familia, la CADH art. 17 y 24; Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) art. 7, 16 inc. 3 y 22, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESyC) art. 10.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) art. 23.1, art. 2.1 y 26, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC) art 10.1, entre otros.

Respecto de la doctrina, algunos autores analizan el tema desde el punto religioso, ético y moral. Es así que la Dra. Gladys Rebecca Cabrera (2015) concluye que:

Quienes nos definimos como creyentes, estamos conscientes de que Dios es muy superior a cualquier lenguaje que podamos utilizar pero, debemos hablar de él para reconocerle y contemplarlo como un todo, adaptando ese sentir a los signos de los tiempos y a las experiencias cotidianas, para atrevernos a saltar las barreras de la tradición eclesial...Cada expresión particular de vida emerge de allí, pero no se puede afirmar que cada una sea consecuencia directa de la voluntad divina. Decir que sí, trae problemas teológicos graves porque equivaldría a afirmar que hay que atribuir a Dios malformaciones y enfermedades congénitas, lo que convierte a Dios en un sádico. Visto así, si la fecundación in vitro en general, y el vientre en alquiler posibilitan la vida, pueden ser vistos como una bendición... El razonamiento ético de las técnicas no es por la técnica en sí misma, sino en su capacidad para la humanización y la restauración de la dignidad humana, en cuyo caso, la ética cristiana ha de afirmar la legitimidad moral de la técnica, no en vano, las familias y las mujeres en la situación de acceder a una experiencia de fecundación in vitro, a través de la técnica de vientre en alquiler, sea cual sea la decisión que tomen, deben tener un acompañamiento comunitario, que les ayude a asumir su situación y decisión con dignidad, sin complejos de culpa, y en condiciones propicias para la vida futura.

Como se observa, en esta síntesis se hace referencia a la dignidad desde el punto de vista de la religión y la moralidad, más no se tiene en cuenta a lo largo de la tesis citada el derecho humano de tener una familia mediante la técnica de reproducción humana por vientre sustituto y la filiación de los menores.

Otros autores en cambio como la Dra. Eleonora Lamm⁷, lo analiza desde el punto de vista de la bioética, relacionándolo con la libertad individual, la autonomía de la voluntad y el interés del niño y de la bioética, así expresa:

Este desafío, sin duda, requiere de un análisis de las posibles consecuencias indeseables de simplemente permitir el máximo de libertad personal. Esas consecuencias, a su vez, deben equilibrarse con la necesidad de proteger a las personas, ya que se trata de decisiones personales que son cruciales para sus planes de vida e identidades. También puede haber necesidad de considerar normas sociales o morales aceptadas por casi todo el mundo, tales como que los niños deben ser cuidados. En ningún momento, sin embargo, se debe optar por la prohibición de ciertas conductas simplemente porque son impopulares o extrañas, o incluso porque podrían tener algunas consecuencias que no se tolerarían en otros contextos. Una reconsideración de la cuestión de la gestación por sustitución muestra cómo las políticas racionales sobre cuestiones bioéticas deberían ser desarrolladas: mediante políticas para una sociedad que valora y respeta la libertad de elección y el bienestar de las personas, procurando adoptar la decisión que sea más beneficiosa y consecuentemente cause menos perjuicios.

Por su parte el Dr. Maurizio di Masi⁸ a través de un análisis de dos sentencias de los casos de la Corte Europea del Derecho del Hombre, *Labassee c/ Francia* y *Menesson c/ Francia*,

⁷Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*.

<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>.

⁸di Masi, M. (2014). Rassegna Critica Di Giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, pp. 615-646. ISSN 1123-1025. “Ed allora, quello che giuridicamente rileva è l’autodeterminazione procreativa, la quale implica l’intenzionalità di diventare responsabile per l’educazione, il mantenimento e l’istruzione di un figlio voluto e fatto nascere anche con l’ausilio biologico di terzi estranei al progetto genitoriale. Né l’autodeterminazione procreativa, oggi anche in assenza di un ‘contributo biologico minimo’, si pone davvero in contrasto con il miglior interesse del minore, giacché nella valutazione di quest’ultimo il favor veritatis non costituisce un principio assoluto, ma può ben coesistere con il favor affectionis del/la partner della coppia che non abbia potuto contribuire alla nascita del bambino in termini genetici; si tratta, in altri termini, di riconoscere nella costruzione del rapporto di filiazione un’eguale dignità del dato volitivo rispetto a quello biologico. Sicché, anche e a maggior ragione nel caso di donazione di gameti o di maternità surrogata, alle istituzioni non si chiede di ritirarsi da uno spazio «neutro», ma di «garantire agli individui la libertà di fare scelte esistenziali fondamentali nel quadro delle relazioni familiari; anzi, di più, [di] assicurare loro le condizioni per poterle compiere nella maggiore autonomia possibile”Maternità surrogata: dal contratto allo «status»”.

donde se respetó el derecho del niño a tener una familia, reflexionó sobre el nuevo modelo familiar introducido a través de las técnicas de reproducción asistida y como consecuencia de las mismas la forma que el derecho construye el nuevo rol parental. Por otro lado, hace referencia al caso *Paradiso y Campanelli c/ Italia*, en el cual se violentaron los derechos del niño dejándolo sin padres, sin nombre, al acogimiento de una familia sustituta, bajo el fundamento del respeto a la Constitución de Italia. Su crítica profunda es hacia las instituciones jurídicas y su legislación constitucional que no evolucionaron como el avance de la tecnología médica, dejando durante años en el limbo a niños sin nacionalidad o sin nombre como en el caso *Paradiso*. Resalta como elementos importantes la salud y la autodeterminación procreativa de las personas y por otro lado el mejor interés del menor, pero no lo hace desde el punto de vista del derecho humano de tener una familia por el método de reproducción asistida por vientre sustituto sino desde el derecho a la libre determinación y del interés superior del niño.

Los autores reseñados no toman la problemática abordada desde el punto de vista de los derechos humanos, sino desde la autonomía de la voluntad, de la libertad de la utilización de los avances tecnológicos en la reproducción asistida y desde el respeto al interés superior del niño.

En este punto, cabe abrir un paréntesis y ampliar el tema sobre los derechos humanos. Pedagógicamente, los doctrinarios clásicos han dividido los derechos humanos según la época a través de la denominación “Generaciones”.⁹

⁹ Fernández García, E. (2004). *Los Derechos Humanos y La Historia II*. Universidad Carlos III de Madrid. https://www.academia.edu/3356421/Los_derechos_humanos_y_la_historia. Una mirada a la historia de los derechos humanos nos tiene que mover a preguntarnos y a pensar cuáles son los motivos por los que la idea de que las personas son portadores de derechos, que traducen su dignidad o valor, ha surgido en un determinado contexto histórico y no en otro, o en una cultura y no en otras. Y una vez que surge esa idea, cómo se producen variaciones en los derechos, al mismo tiempo que van naciendo otros nuevos y todo como resultado de las transformaciones de la historia de la humanidad. Indudablemente, desde finales de la Edad Media hasta la actualidad, todos los hechos históricos de importancia, en el plano ideológico, económico, político, científico, etc., acaecidos en Occidente, han tenido claras repercusiones en los derechos humanos. Cada momento histórico ha significado un nuevo capítulo de la historia de los derechos humanos, que ha extendido su alcance a los aspectos más determinantes de la vida humana. Unas nuevas fases han complementado las ya existentes, en un proceso sin duda acumulativo y progresivo, aunque en ningún caso lineal. Estos momentos sucesivos, según ha enunciado Gregorio Peces-Barba, corresponden a las cuatro fases de positivación de los derechos, generalización de los derechos (entendida en la doble dirección de los titulares como de los derechos), proceso de internacionalización y proceso de especificación. También hay que subrayar que el paso de una fase a otra no significa que la precedente esté cerrada, sino que cada una de las cuatro fases va respondiendo a las innovaciones y cambios que tienen lugar en la historia de las sociedades. En todo caso, la historia de los derechos humanos siempre será una historia abierta pues así lo es la historia de la humanidad.

Las primeras manifestaciones sobre los derechos humanos tienen que ver con los reclamos del hombre en forma individual y su relación con los poderes públicos, vg: la libertad, la seguridad jurídica, la igualdad, la propiedad.¹⁰

En la Carta de las Naciones Unidas en San Francisco¹¹ se plasmó el interés por los derechos humanos en el preámbulo y en los artículos 1.2, 1.3¹²; 55¹³; 62.2¹⁴; 68¹⁵ y 76¹⁶, con especial énfasis en la importancia que el nuevo organismo internacional daría a la promoción de los derechos humanos de todos, sin discriminación. Sin embargo, de la Carta de las Naciones Unidas no aparece una definición de derechos humanos.

El Dr. Bailón Corres¹⁷ proporciona una definición general:

De manera muy general, se entiende por derechos humanos, aquellos derechos que el ser humano, considerado individualmente, posee por el simple hecho de ser eso: un

¹⁰Estos derechos han quedado plasmados en La Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia Norteamericana del 4 de julio de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional de la Revolución francesa el 26 de agosto de 1789 (es considerado un documento precursor de los derechos humanos).

¹¹Carta de las Naciones Unidas. Preámbulo. 26 de junio de 1945.
<http://hrlibrary.umn.edu/instree/spanish/Saunchart.html>

¹² Carta de las Naciones Unidas. Capítulo I. Propósitos y Principios. Artículo 1, inciso 2. “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de a igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; Punto 3 “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

¹³Carta de las Naciones Unidas. Capítulo IX. Cooperación Internacional Económica y Social. Artículo 55: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: ... la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”

¹⁴Carta de las Naciones Unidas. Capítulo X. El Consejo Económico y Social. Funciones y poderes. Artículo 62: “El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades”

¹⁵ Carta de las Naciones Unidas. Capítulo X. El Consejo Económico y Social. Procedimiento. Artículo 68: “El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”.

¹⁶Carta de las Naciones Unidas. Capítulo XII. Régimen Internacional de Administración Fiduciaria. Artículo 76: Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el Artículo 1 de esta Carta, serán: “3) promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo”

¹⁷ Juárez Hernández, 2001 citado por Bailón Corres, 2009 en “Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales”. *Revista Derechos Humanos México*, (12), 103-128. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos>.

miembro del género humano y que en conjunto otorgan dignidad y valor a su naturaleza humana. Su importancia radica en que por primera vez se reconocen derechos al hombre por el simple hecho de serlo, concediéndoseles el carácter de universales.

Para analizar los derechos humanos de cuarta generación es conveniente un repaso de los antecesores derechos fundamentales¹⁸.

En una primera época surgen los Derechos Humanos de Primera Generación, son los derechos de las libertades, cuyo origen se encuentra en la Revolución Francesa. Las primeras proclamaciones nacen amparadas en el movimiento cultural de la Ilustración y en las guerras de independencia. Estas proclamaciones tuvieron su centro en los derechos civiles y políticos. Aparecen los derechos civiles y sociales, como el derecho a la nacionalidad, el libre tránsito, el libre pensamiento, la libertad de religión, etc. y los derechos políticos, como el derecho al sufragio, a la libertad de expresión de las ideas, a la libre asociación, a la libertad de reunión, entre otros. Se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹⁹ y los Pactos Internacionales de 1966 sobre los Derechos Civiles y Políticos, y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los derechos humanos de segunda generación son los derechos de igualdad. Su base son los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Son de naturaleza económica y social e inciden sobre las garantías de igualdad de los individuos. Para tener acceso igualitario a los derechos de primera generación se exige la intervención activa del Estado, compensando las desigualdades sociales existentes entre los individuos desde el nacimiento. En esta generación de derechos se reclama al estado que garantice la satisfacción de las necesidades básicas. Encontramos entre otros el acceso a la educación, a la salud física y mental, al trabajo, a la seguridad social, etc. Fue receptada en los arts. 22 al 27 de la Declaración Universal de los

¹⁸ “Eusebio Fernández relaciona el carácter historicista de los derechos humanos ...al respecto cabe referir que las etapas en la evolución de los derechos humanos han estado marcadas por el papel específico que le ha correspondido en cada una de ellas al Estado. Así ha ocurrido desde su origen como un concepto político que agrupaba una serie de libertades frente al Estado, pasando por la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales que se ejercen en el seno del Estado, hasta la aparición de los derechos de solidaridad como categoría de derechos humanos distintas a las dos anteriores” cit. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> (comisión de Derechos Humanos del Estado de México – <http://www.codhem.org.mx>

¹⁹Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948. París.

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Derechos Humanos de 1948²⁰ y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹.

La Dra. Bonet de Viola²² explica que los derechos humanos de primera generación tienen carácter negativo, pues exigen la no intervención estatal en forma negativa para la realización de estos. En cambio, los de segunda generación²³ necesitan una acción positiva del estado para su realización. Da el ejemplo de la alimentación, la que supone en primer lugar una conducta de abstención por parte del estado de realizar actos negativos que puedan afectar el acceso a los alimentos; en segundo lugar, la protección del acceso a los alimentos frente a terceros que puedan afectarlo; y en tercer lugar que el estado genere las condiciones en las que cada uno pueda alimentarse a sí mismo, e incluso, en aquellos casos de imposibilidad, sea éste el que otorgue directamente alimentos.

Una tercera generación de derechos surge en el siglo XX, comprende derechos sociales, económicos y culturales. Son los derechos de la solidaridad. Son derechos que intentan responder a los nuevos desafíos de la comunidad internacional. En esta generación se incluyen derechos heterogéneos, entre ellos se encuentran el derecho a la Paz, el derecho al desarrollo tecnológico científico, derecho al medio ambiente, derecho al patrimonio común de la humanidad, derecho al uso de los avances de las ciencias y la tecnología, derechos del consumidor, entre otros²⁴

Los derechos de tercera generación tienen la particularidad de reunir las características de sus predecesores, pues por un lado implican el deber de abstención para permitir su ejercicio (primera generación) y por otro, el deber de realización para favorecer su vigencia (segunda generación). Combinan lo individual con lo colectivo. En este caso, aparece la acción de reclamos legítimos por parte de determinados colectivos discriminados por edad, minorías étnicas, religiosas, acceso a la salud, que son afectados por la discriminación económico-social,

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 22°, 23°, 24°, 25°, 26°, 27°. 10 de diciembre de 1948. París. https://www.dipublico.org/3513/declaracion-universal-de-los-derechos-humanos-1948/https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

²¹ Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966.

²² Bonet de Viola, A. M. (2016). Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia de Bolívar*, 46 (124), 17 - 32.

²³ Bidart Campos, 1996, citado por Bonet de Viola, 2016.

²⁴ Contreras Nieto, M. Á. (2003) *10 temas de derechos humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10447https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/1531>

ampliándose a la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural de la humanidad, el derecho al consumidor.

Se reivindica el derecho a la Paz, la intervención de un poder legítimo internacional en los conflictos armados, la creación de un Tribunal Internacional para actuar en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, el derecho a preservar el medio ambiente natural y al patrimonio cultural de la humanidad; el derecho a la libre circulación de personas, no sólo de dinero y mercancías, sino también del derecho de los trabajadores inmigrantes de obtener un trabajo en otros países en condiciones dignas²⁵.

A fines del siglo XX, los derechos de primera, segunda y tercera generación con el desarrollo de las nuevas tecnologías fueron tomando una nueva dimensión. En el siglo XXI aparece una nueva realidad, donde el factor productivo es el conocimiento representado por el desarrollo de la tecnología, la ciencia y la innovación.

Con la revolución tecnológica se han redimensionado las relaciones del hombre con otro de su misma especie (vg: uso del celular), del hombre con la naturaleza (Ej.: cosechadoras de alta tecnología) y las relaciones del hombre con su marco cultural de convivencia (vg: bibliotecas virtuales). Esta interrelación incidió en los derechos humanos en un carácter multidimensional.

Los derechos humanos de cuarta generación se destacan por la tecnología de la información y la comunicación (TIC).

La aplicación de las tecnologías de la información y comunicación y la característica telemática que asume la sociedad tiene la particularidad de encontrarse vinculada, conectada o socializada al uso de las redes. Se encuentran derechos como la alfabetización digital, la inclusión social, la ciudadanía cibernética, la democracia electrónica, la transmisión y difusión de la información, la utilización de la ciencia tecnológica en la vida y salud del ser humano, la generación del conocimiento, entre otros.

Bustamante Donas²⁶ expresa que:

la condición humana en la sociedad tecnológica, una consideración filosófica de los valores de razón, dignidad, libertad, igualdad, solidaridad y paz, que expresan dicha condición, debe realizarse a través de un discurso que considere los derechos humanos

²⁵ García García, E. (1999). Derechos Humanos y Calidad de Vida. Dpto. de Psicología Básica. Procesos cognitivos. Universidad Complutense.

²⁶ Bustamante Donas, J. (2001). Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. *Revista La Sociedad de la Información (I)*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r22470.pdf>

como exigencias morales de realización tanto en el nivel personal como en el comunitario. Introducir la tecnología en este contexto significa atender a la necesidad de traducir dicho discurso en términos que puedan también abarcar a la ciencia y a la tecnología como elementos que modifican el concepto de espacio o ámbito en el que se manifiestan, profundizan, y desarrollan los derechos humanos... El desarrollo social y moral del ser humano no ha sido nunca opaco al desarrollo de las realidades técnicas científicas. Dichas realidades se constituyen en condición de posibilidad para el cambio social, la emergencia de nuevos valores, la aparición de nuevos paradigmas éticos y, en definitiva, el advenimiento de nuevas formas de organización social... Resulta evidente constatar que la tecnociencia está presente como uno de los hechos configuradores de la realidad actual, y que el mundo ha cambiado de forma sustancial a partir de ese impulso.

Además, el autor destaca que uno de los aspectos más relevantes de la tecnología telemática es la libertad de expresión como defensa y desarrollo de los demás derechos, entre ellos, la libertad de pensamiento en todas sus manifestaciones, y la libertad de buscar y recibir información.

Estos derechos a la libertad ya aparecen reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se establece en su artículo 27, punto 1 que: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”²⁷.

El propósito es, en consecuencia, desarrollar la temática de la Gestación por Sustitución de Vientre, atribuyendo particular relevancia a la normativa convencional referida. A partir del respeto del interés superior del niño y el principio de igualdad de todos los niños de tener una filiación y el principio de igualdad de las personas de tener una familia, se puede establecer que dicho vínculo filiatorio da certeza al status jurídico de hijo de quienes han querido ser su madre/padre manifestándolo con su voluntad procreacional y su material genético.

²⁷Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 27°. 10 de diciembre de 1948. París. <https://www.dipublico.org/3513/declaracion-universal-de-los-derechos-humanos-1948/>

En tal sentido, la familia es un derecho humano que se encuentra consagrado en la Constitución Nacional Argentina en el art. 14 bis párrafo tercero in fine: "...la protección integral de la familia..." y en el art. 75 inc. 22 que incorpora -con la reforma del año 1994- los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Así encontramos que, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁸, con el Título "Derecho a la Constitución y a la Protección de la familia" establece: "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ello" y art. XIX "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad...". Por lo tanto, toda persona humana tiene derecho a formar una familia y todo niño que nazca tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad, ello se encuentra refrendado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Siguiendo con el análisis, dado que el tema que nos ocupa es la gestación por sustitución de vientre y la filiación del menor nacido por esta técnica de reproducción asistida, en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁹ en su preámbulo, quinto párrafo, establece la reafirmación de la fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres. Prosigue en su art. 1° en que se declara que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia...", el art. 2° se enfatiza que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la misma, a continuación el art. 3° se refiere a que todo individuo (entendiéndose como persona humana) tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad, todo ello concatenado con el art. 15 y 16.3 en los cuales declaran en el primero el derecho de toda persona a tener una nacionalidad, y en segundo es categórico: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado", y el art. 25.2 que establece que todos los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen derecho a igual protección social.

Lo expuesto nos demuestra de manera preliminar, la importancia de la familia como institución, aun a través de las mutaciones que puedan existir en el tiempo sobre el concepto

²⁸IX Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo VI. 1948. Bogotá. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americana/DADH/1948-DADH.htm>

²⁹Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Preámbulo. 10 de diciembre de 1948. París. <https://www.dipublico.org/3513/declaracion-universal-de-los-derechos-humanos-1948/>

“familia” y “maternidad” y la importancia del derecho al nombre y a la nacionalidad del ser humano como valor fundamental.

El derecho humano de formar una familia es independiente de la técnica que se utilice (ya sea esta natural o con la asistencia de los avances científicos) y a la filiación genética a la cual se le suma la con voluntad procreacional.

Capítulo 1: Gestación Por Sustitución

En este marco teórico se desarrollarán las temáticas centrales de la tesis que se presenta. En este sentido, nos ocupamos de la GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DE VIENTRE, la CUESTION LEGAL y, fundamentalmente EL DERECHO A LA FILIACIÓN Y A LA FAMILIA en el contexto de la procreación por los diversos métodos a través de los cuales se puede, de hecho, formar una familia.

ORIGEN Y SIGNIFICACIÓN

En cada tema de investigación la evolución histórica es importante para saber cómo y porqué se ha llegado a la discusión de ciertos temas (como el que se propone en la tesis).

Previo a continuar con el análisis del tema principal, es necesario precisar qué significa gestación por subrogación y por sustitución, quiénes se encuentran involucrados, para luego realizar una apreciación ético-filosófica del tema.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo Maternidad proviene de *materno*, definiéndolo como el “Estado o cualidad de madre”³⁰. Asimismo, la palabra madre proviene del latín *mater*, *-tris* dando 3 significados: 1. f. Mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie. 2. f. Mujer o animal hembra que ha concebido. Cuidan la salud del feto y de la madre. 3. f. Mujer que ejerce las funciones de madre.

De acuerdo con las definiciones señaladas, se entiende por madre no sólo la mujer que da a luz, sino madre es aquella mujer que cuida de su prole, que les enseña, les da amor y comprensión, les da una educación para que puedan desarrollarse a lo largo de su vida terrenal, los cuida en la salud, y no los abandona aún ante una enfermedad grave física o mental.

La palabra subrogación³¹, según la Real Academia Española significa Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Definiendo a la palabra sustitución³² en 3 aspecto:

³⁰ Real Academia Española (s.f.). Maternidad. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de julio de 2021 de <https://dle.rae.es/maternidad>

³¹ Real Academia Española (s.f.). Subrogar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de julio de 2021 de <https://dle.rae.es/subrogar>

³² Real Academia Española (s.f.). Sustituir. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de julio de 2021 de <https://www.rae.es/dpd/sustituir>

1) Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa; 2) Dicho de una persona o cosa: ocupa el lugar de otra; 3) Suplir a alguien o hacer sus veces.

En la actualidad se utiliza con la palabra subrogar, los casos en los cuales la gestante aporta el material genético (óvulo) y el proceso de gestación. En cambio, se usa el término sustitución, para especificar que el material genético es de por lo menos uno de los comitentes y el proceso de gestación lo lleva a cabo una persona que gesta para otra persona que se encuentra imposibilitada de gestar.

Una de las primeras definiciones que se conocieron fue la de Coleman, para quien «la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte»³³

La maternidad subrogada³⁴ es una técnica de reproducción asistida, es “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe de ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de éste.”³⁵

Algunos doctrinarios conciben que la gestación por sustitución es un acuerdo por medio del cual una mujer, la madre gestante acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete entregar el niño o niños que puedan nacer³⁶.

³³Coleman, 1982, citado por Lamm, 2013, p. 22.

³⁴ Ha sido denominada de diferentes maneras, tales como: maternidad subrogada (término más usado) ; maternidad de sustitución, gestación por sustitución, alquiler de útero, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por otro., gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad por encargo, madres de alquiler, madres gestantes, etc.

³⁵ Rodríguez López, D. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana. el útero como objeto de contrato. *Revista de Derecho Privado* (11), p. 109.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>

³⁶ Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, p. 4-5.

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225321/306632>

En este acuerdo o contrato intervienen, por un lado, el individuo o pareja comitente, quienes requieren este servicio por otro³⁷, la madre gestante³⁸, quien pone a disposición su útero para llevar a cabo la gestación y por otro el equipo médico y un cuarto interviniente que es el ser por nacer.

Históricamente a la maternidad se la concebía sobre un concepto enraizado específicamente con la descendencia. Por lo cual la esterilidad fue considerada por los pueblos antiguos como un castigo divino.

Con anterioridad a la aparición de las técnicas de reproducción asistida, el hecho que una mujer gestara un hijo para otra mujer era una actividad normal dentro de la sociedad y en la época en que vivían, como veremos casos en este trabajo.

Haciendo un ejercicio mental histórico, remontémonos a la época antes de Cristo. El concepto de fertilidad era un valor muypreciado, pues las mujeres que portaban esa condición eran quienes iban a continuar con la especie humana. Por ende, aquella mujer estéril (o que se consideraba estéril) daba en su lugar a una esclava para que su cónyuge tuviera un hijo por ella, preservando así la especie.

La primera mujer conocida en la historia cuyo vientre fue “subrogado” se remonta a 2.000 años a. C. mencionado en la Biblia “Sarai, la esposa de Abrám³⁹, no le había dado ningún hijo. Pero ella tenía una esclava egipcia llamada Agar. Sarai dijo a Abrám: ‘Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos’. Y Abrám accedió al deseo de Sarai...” Según las costumbres de la época, una mujer estéril podía dar una sirvienta a su esposo y reconocer como propios a los hijos nacidos de esa unión. Lo mismo que hace Sara lo harán más tarde Raquel (30, 1-6) y Lía (30, 9-13).⁴⁰ En el caso de Raquel, al no poder tener hijos le ofreció a Jacob “*Aquí tienes a mi esclava Bilhá. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas. Por medio de ella, también yo voy a tener hijos...*”⁴¹ En la época mencionada, el hecho de dar a luz sobre las rodillas encerraba el significado que la esposa estéril recibía al hijo de la esclava como si fuera ella misma la que hubiese parido y le ponía su nombre.

³⁷ La parte comitente es la que encarga la gestación y puede ser: una persona sola; una pareja, matrimonial o convivencial; o un comitente que actúa para un tercero (clínica médica).

³⁸ La parte gestante es una mujer, la que gesta con óvulos propios o ajenos.

³⁹ Luego de sellar la Alianza con Dios le dijo “Ya no te llamará más Abrám: en adelante tu nombre será Abraham para indicar que yo te he constituido padre de una multitud de naciones”. *El libro del Pueblo de Dios La Biblia*. Génesis 17:55. Ediciones Paulinas.

⁴⁰ *El libro del Pueblo de Dios La Biblia*. Génesis 16:54. Ediciones Paulinas.

⁴¹ *El libro del Pueblo de Dios La Biblia*. Génesis 30:76. Ediciones Paulinas.

En estos casos, los padres comitentes, recurren a otra mujer para la gestación de su hijo con óvulos aportados por la mujer gestante, quienes luego del parto pasan a ser los padres legales. Serían casos de maternidad subrogada tradicional.

El Código de Hammurabi legisla el caso de gestación por sustitución en sus Leyes 144, 145 146 y 147, estableciendo que cuando la esposa es estéril y subroga el vientre de una esclava a su marido para que tenga hijos por ella, esta conservará el derecho a no ser vendida y tratada como esposa de segunda categoría.⁴² Adviértase, que el hecho que la “suggetum⁴³” sea elevada a una categoría superior con los privilegios que ellos denotaban y la seguridad que conllevaba, nos permite apreciar que la subrogación de vientre en esta época fue “a título oneroso”. Se prestaba un servicio y como contraprestación se obtenía determinados privilegios que aseguraban su vida y la de sus hijos anteriores.

El Código de Hammurabi era muy claro al respecto, en sus artículos 144 al 147⁴⁴, de los cuales se da una serie de garantías y beneficios a las mujeres esclavas que eran “elegidas” a los fines de subrogar su vientre en el lugar de la esposa estéril.

Si pensamos el tema desde los textos mitológicos, vemos que Robert Graves⁴⁵, al analizar este tópico expresa que toda la Europa neolítica, en base a los artefactos y mitos que hasta hoy sobreviven, tenían un sistema homogéneo de ideas religiosas, basado en la adoración de la diosa Madre, la que con diferentes nombres era no sólo conocida en Egipto, sino también en Siria y Libia. La Europa antigua no tenía dioses. A la Gran Diosa se la consideraba inmortal, inmutable y omnipotente, y en el pensamiento religioso no se había introducido el concepto de paternidad.

Nos encontramos ante un estado matriarcal, en donde el embarazo de las mujeres fértiles fue atribuido a los vientos o los ríos. A partir que fue descubierta la relación entre el coito y el parto, se fue trasladando de un estado matriarcal a un estado patriarcal, en donde la mujer pasó a tener como rol principal la maternidad, por lo tanto, la infertilidad se consideraba una condena divina.

Si nos trasladamos a Egipto, las referencias se encuentran en las Visiones de Neferty, texto sobre los logros de Amenemhat I (1991-1962 a. C.), faraón del Imperio Medio. Hay una versión

⁴²Historia clásica. (28 de julio de 2007). *El Código de Hammurabi: Leyes 101 a 150*. http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-codigo-de-hammurabi-leyes-51-100_14.html

⁴³Suggetum = concubina. El Código de Hammurabi. Vocabulario. Ciudad Universitaria Virtual de San Isidoro. <http://www.cuvsu.com/2013/09/el-codigo-de-hammurabi-vocabulario.html>

⁴⁴Franco, G. (s.f.). LAS LEYES DE HAMMURABI. Versión española, introducción y anotaciones. *Revista De Ciencias Sociales*, 6 (3), 331–356. https://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf

⁴⁵Graves, R. (1997). *Los Mitos Griegos I*. Alianza Editorial.

completa del texto compuesta durante la dinastía XVIII (1570-1305 a.C.) en el papiro 1116B. Actualmente se encuentra en el Museo del Hermitage de San Petersburgo. Rusia.

El texto comenta sobre el hijo de una esclava (de la isla Elefantina) que llega a ser monarca en las visiones de Neferty, lo cual aparece en los relatos de Agar en Génesis 16,21.⁴⁶

La profecía de Neferty narra la historia profética acontecida en la corte del faraón Snefru, soberano de la dinastía IV; donde Neferty se presenta en la corte del faraón y le anuncia describiéndole con detalles la venida de un tiempo caótico, que será superado por la aparición salvadora de un rey del sur, llamado Ameny (hijo de una dama –concubina- de Ta-Sety), a quien se relaciona con la figura política de Amenemhat I, fundador de la dinastía XII. Es así como anuncia la ruina de Egipto y su posterior reconstrucción y salvación.

Como se aprecia, en el año 1570 a.C. se manifestaban con naturalidad sobre la subrogación de vientre, es decir, que una concubina (esclava) se pusiera en lugar de la esposa del rey para reproducir la prole real en caso de infertilidad (aunque en estos casos se utilizaba la cópula carnal, ya que no existían las técnicas de reproducción asistida hoy empleadas).

En la Edad Media, se destacan dos grupos de ideas en torno al tema de la concepción⁴⁷: las que hablan de la generación de la nueva vida y las que hacen referencia al momento en que esta ocurre. En lo que respecta a la generación, las fuentes expresan dos posiciones bien diferenciadas: la primera entiende que el hombre y la mujer no juegan el mismo papel en esta etapa; la segunda, por el contrario, los coloca en pie de igualdad. Ambas posiciones responden, en sus rasgos básicos, a dos teorías que circularon en Occidente, sobre todo, a partir del siglo XII. La primera es heredera de Aristóteles. Esta postura rechaza la idea según la cual el semen proviene de todo el cuerpo y postula que el líquido emitido por la mujer durante el coito no es esperma sino una secreción local. De esta manera, Aristóteles niega la existencia de un semen femenino, expresando que la mujer no contribuye a la generación más que por la sangre menstrual. Esa sangre sería el principio pasivo en tanto que el semen masculino proporciona el

⁴⁶Neferty era un sacerdote de Bastet, quien decía haber encontrado unos manuscritos antiguos de la época misma de Snefrú (padre de Kheops), al cual se remonta la historia. Bastet es una divinidad que aparece en el panteón egipcio a partir de la Dinastía II. El significado de su nombre es "la de los Bas", que es el nombre de un recipiente de piedra que se utilizaba para contener aceites. También se utilizaba en las ceremonias funerarias, de esta manera a Bastet también se la relacionaba con la protección del difunto en el Más Allá. Por otra parte, esta diosa también representa la guardiana del hogar y es símbolo de la fecundidad amorosa. También estaba relacionada con la música y la alegría de vivir, razón por la que a menudo se la representa sosteniendo un sistrum, un instrumento musical. Representaba la dulzura maternal y era guardiana del hogar y feroz defensora de sus hijos. Egipto Foro (26 de septiembre de 2010). *La Profecía de Neferty*. [https://www.egiptoforo.com/antiguo/La Profecía de Neferty](https://www.egiptoforo.com/antiguo/La%20Profecia%20de%20Neferty).

⁴⁷ Quiroga, L. C. (2007). La maternidad en las obras alfonsíes: desde la concepción hasta el nacimiento de los hijos. *Cuad. hist. Esp.* . 81 , 39-66. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0325-11952007000100002&lng=es&nrm=iso.

principio activo. Por ende, el papel activo de la fecundación lo cumple el hombre. Por su parte, la segunda posición -heredera de Hipócrates y transmitida a través de los escritos de Galeno, Rhazes y Haly Abbas- enuncia dos principios fundamentales: el espermatozoide proviene de todo el cuerpo y tanto el hombre como la mujer tienen su propio espermatozoide. Esta teoría, en franca oposición a la anterior, plantearía una participación equitativa de ambos seres en la concepción de los hijos.

De lo hasta aquí analizado se infiere que el concepto maternidad, se encuentra relacionado con aspectos más fisiológicos: procreación, gestación, parto y amamantamiento, cumpliendo la madre una función puramente nutritiva, que la naturaleza le ha asignado visiblemente. La obligación primera de la mujer consistía, respecto de la prole, en engendrar hijos de modo continuado, considerando a la esterilidad como condenación divina.

Las investigaciones en materia de fecundación artificial ya se vienen desarrollando durante siglos. En 1677 el inventor del microscopio Anthony van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides⁴⁸. Supuso que el espermatozoide era una suerte de semilla, al tiempo que el útero femenino sólo era el ambiente favorable para su germinación. En 1790 el cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadia⁴⁹ y lo inyectó directamente en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia. El experimento concluyó satisfactoriamente con el nacimiento de un niño sano ese mismo año. En 1880 se llevó a cabo el primer intento de fecundación in vitro en conejillos de Indias, cuando el científico británico Walter Haupe realizó con éxito una fecundación in vitro con transferencia de un embrión de una coneja a otra, convirtiéndola en la primera “madre sustituta”⁵⁰. En la última década del siglo XIX el obstetra ruso Victorín Gruzdev (1866-1936) elaboró la teoría sobre la importancia de la madurez del óvulo para la fecundación y la probó en conejas. La técnica diseñada por Gruzdev llegó a ser prototipo de la transferencia simultánea de gametos femeninos y masculinos a las trompas de Falopio.

⁴⁸ Garrido, B. (septiembre 2018). *Anton Van Leeuwenhoek, El Primer Cazador De Microbios*. Proyecto de la Facultad de Física de la Universitat de València. <https://www.uv.es/mabegaga/leeuwenhoek/leeuwenhoek.html>

⁴⁹ La hipospadia es una malformación congénita que se produce tanto en el hombre como en la mujer, generando un incompleto desarrollo de la uretra. Esta malformación es debida a una fusión incompleta de los pliegues uretrales, lo que da lugar a que el meato urinario no se localice al final del glande, sino en algún punto entre este y el perineo. Hospital Italiano de Buenos Aires (s.f.). *Urología. Hipospadia*. <https://www.hospitalitaliano.org.ar/#!/home/urologia/seccion/10796>

⁵⁰Subrogacy (s.f.). Maternidad Subrogada. *Historia*. https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_history.

A partir de los años 20 del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado. La primera fecundación in vitro de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard, por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular. Sin embargo, los pioneros en este campo fueron dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe, quienes en 1967 consiguieron el primer éxito en la fecundación in vitro de un óvulo humano. Pero, el primer embarazo de un niño “ajeno” fue extrauterino y se produjo en 1976. Los experimentos continuaron y el 10 de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos de FIV ya había superado la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable.

El 25 de julio de 1978 en la ciudad inglesa de Oldham (Lancashire) nació Louise Brown, la primera niña concebida in vitro. Se requirieron más de 600 intentos de FIV para que Louise Brown viniera al mundo. Al año, en 1980 en Melbourne (Australia) en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata, luego de ocho años de intenso trabajo nació el segundo “bebé probeta”, esta vez un niño. En 1981 se realizó el primer programa exitoso en Estados Unidos. En la Unión Soviética los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años 60 del siglo XX, por B. Leonoven Moscú y A. Nikitin en Leningrado. La primera “niña probeta” rusa, Lena nació en Moscú en 1986. Pasados pocos meses, en Leningrado nació su “hermano” Cirilo.

El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado, con empleo de la inseminación artificial, se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, el cual creó en Michigan la *Surrogate Family Service Inc.* Su finalidad declarada fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación. Esta iniciativa contribuyó a divulgar una imagen *solidaria* de la maternidad por subrogación: determinadas mujeres ofrecían sus úteros para que con su colaboración mujeres incapaces de gestar pudieran tener hijos biológicos. Progresivamente se fue admitiendo, que la maternidad subrogada conllevara asociada una transacción económica.

En el año 1980 la sustitución de vientres alcanzó difusión con el caso de Melissa Stern, o más conocido como el caso de Baby M.

El señor Stern⁵¹, bioquímico —ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo— convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución. A la gestante se le pagarían 10.000 dólares más gastos médicos. De conformidad con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía el niño y lo entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento. La niña nació el 27 de marzo de 1986. Los esposos Stern permitieron a la señora Whitehead permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo ella luego que no la entregaría a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de gestación por sustitución. Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, determinó que, aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante era el bienestar y el interés superior de la niña. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer de un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita.

En la actualidad, este tipo de técnica de reproducción asistida dejó de ser una opción excepcional a la que recurrían únicamente parejas heterosexuales con imposibilidad de llevar a cabo una gestación, extendiéndose a personas solas o del mismo sexo.

DUALISMO ANTROPOLÓGICO Y GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN⁵²

Platón desarrolla un dualismo antropológico en el que el ser humano se encuentra conformado por la unión accidental y transitoria de alma y cuerpo. Así explica que antes que el

⁵¹Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. p. 21. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>.

⁵²Se utiliza en forma indistinta la palabra subrogación – sustitución.

cuerpo se encarnarse en la cárcel terrenal, el alma inmortal habitó en el mundo de las Ideas, de la contemplación directa de ellas, adquirió una serie de conocimientos de modo perfecto⁵³⁵⁴.

Platón concibe tres partes o funciones en el alma: a) el alma racional, inmortal, inteligente y de naturaleza divina, que radica en la cabeza y cuya función es la de facultar al hombre para el conocimiento y la realización del bien y la justicia; b) el alma irascible, poseedora de nobles sentimientos, como la voluntad y el valor, que radica en el pecho (tórax) y sirve de auxiliar al principio racional; y c) el alma concupiscible, responsable de las bajas pasiones y amante de los placeres y deseos sensibles, la cual radica en el abdomen (vientre). Cuando cada función del alma se dedica exclusivamente a su cometido (sabiduría, voluntad y moderación, respectivamente), existiendo armonía entre todas las partes, entonces se dan las condiciones para que tal alma sea justa.

Platón con la teoría de la reminiscencia hace una separación entre cuerpo y alma ya que esta es preexistente al cuerpo. Expresa que el alma existió antes que el cuerpo, y contempló el mundo de las ideas. Es así como, en el alma de cada ser humano existen desde su nacimiento ciertos conocimientos y nociones innatas sobre las ideas, pero son conocimientos confusos que sólo pueden cobrar claridad mediante una educación adecuada que los encamine a la contemplación directa de las ideas.

San Agustín explicaba sobre la escisión del cuerpo y alma “Preguntas qué es el alma, te complaceré fácilmente; pues a mi parecer es una substancia dotada de razón destinada a regir el cuerpo” (Hipona De, trad. 1951c, XIII, 22). San Agustín mantiene que todas nuestras obras derivan de estas tres facultades, nada hacemos sin su concurso, y cuando se habla de cada una,

⁵³Para ilustrar esta imagen, en el Mito del carro alado que aparece en el diálogo Fedro. Platón realiza una analogía entre las distintas partes funcionales que conforman el alma y los integrantes de un carro celeste del que tiran dos corceles, uno noble y otro rebelde, a los que equipara respectivamente con las partes irascible y concupiscible del alma, y que conduce un auriga, alegoría de la parte racional de ésta. La tarea del alma racional, como la del auriga, consiste en guiar el conjunto entero, gobernando y sometiendo con diligencia las funciones irascible y concupiscible del alma. Y no siendo ésta una tarea sencilla, Platón indica que al auriga le fue imposible tal cometido, por lo que el carro-alma cayó desde las alturas celestes hasta encarnarse en un cuerpo. Desde entonces, unida al cuerpo, la tarea del alma racional consiste en purificarse, desprendiéndose de todas las ataduras que la vinculan al mundo sensible, y prepararse para el conocimiento de las Ideas. Fierro, M. A. (2011). El dualismo "cuerpo-alma" en Platón: "Alma encarnada - cuerpo amante" en el Fedón de Platón. https://www.academia.edu/1601678/El_dualismo_cuerpo_alma_en_Plat%C3%B3n_Alma_encarnada_cuerpo_a_mante_en_el_Fed%C3%B3n_de_Plat%C3%B3n

⁵⁴«Sea su símil el de la conjunción de fuerzas que hay entre un tronco de alados corceles y un auriga. Pues bien, [...] está en primer lugar el conductor que lleva las riendas de un tiro de dos caballos, y luego los caballos, entre los que tiene uno bello, bueno y de una raza tal, y otro que de naturaleza y raza es lo contrario que éste. De ahí que por necesidad sea difícil y adversa la conducción de nuestro carro. [...] Pues el corcel que participa de maldad es pesado, gravita hacia tierra, y entorpece a los cocheros que no estén bien entrenados»; Platón, *Fedro*, 245e-247e. Fierro op. Cit.

aunque sea solo en lo que corresponde a ella, se refiere a todas. Si hablamos de la memoria, el discurso lo hace también la inteligencia y la voluntad; cualquier cosa que diga la inteligencia, lo hace gracias al apoyo de la memoria y de la voluntad. Por último, lo que diga o escriba la voluntad de sí misma, no lo hace sin la inteligencia ni la memoria (Hipona De, trad. 1990b, 16, 9)

Respecto de la relación entre cuerpo y alma dice San Agustín en “De las costumbres de la Iglesia Católica y de las costumbres de los maniqueos”:⁵⁵

Da la preeminencia al conjunto del cuerpo y del alma o a la sola alma sobre el cuerpo: ¿Qué entendemos, pues, por hombre? ¿El alma, y el cuerpo a modo de carruaje o de centauro; o solo el cuerpo, en cuanto es usado por el alma que lo rige, como llamamos lámpara no al conjunto de la llama y el recipiente, sino solo al recipiente, ¿pero en razón de la llama?, ¿o significamos que el hombre no es otro que el alma, pero por la razón que rige al cuerpo, del mismo modo en que llamamos caballero, no al conjunto del caballo y del hombre, sino solo al hombre, pero con motivo de que es capaz de guiar al caballo? Es difícil decidir sobre esta controversia, ... sea como sea que el nombre de hombre se aplique a ambos, o solo al cuerpo o solo al alma, el bien supremo del cuerpo no es el bien supremo del hombre. Sino aquello que sea el bien supremo del conjunto del cuerpo y del alma, o de la sola alma, tal es el bien supremo del hombre (Hipona De, trad. 2011, 1, 4, 6).

Dada esta unidad en el hombre, ¿qué tipo de influencia ejercerá o debería ejercer el alma sobre el cuerpo? Tengo cuerpo y alma; ésta que gobierna, el otro que es gobernado; el cuerpo que sirve y el alma que manda. Distingo bien que el alma es algo mejor que el cuerpo, y veo que el alma es la que busca tales cosas, no el cuerpo; (...)

⁵⁵ Saeteros Pérez, T. (2013). Por mi alma subiré a Dios. El concepto de alma de San Agustín de Hipona. *Civilizar*, 13 (25), 189-210. <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v13n25/v13n25a13.pdf>

todas estas cosas que he conocido, las he conocido por medio del cuerpo (Hipona De, trad. 1950, EN 41, 7).

Por su parte, Descartes representa el paradigma del *dualismo* antropológico. Para comprender al ser humano Descartes lo divide en lo que entiende que son sus dos componentes esenciales. El sujeto aparece, así, escindido en dos realidades: una *res extensa*, sometida a la física y una *res cogitans*, o sea, una mente racional y autoconsciente, fuera del espacio y del tiempo. Su planteamiento lo conduce a afirmar que el sujeto es “una cosa que piensa” (*cogito ergo sum*), mientras que el cuerpo sólo es algo que “se tiene”, del que se puede disponer. Así expresa:

Por lo aquí expresado la gestación por subrogación tiene como fundamento el *dualismo antropológico*. En efecto, en la gestación por sustitución de vientre la persona es pura autonomía: el sujeto humano es un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es la contención corpórea de la que puede disponer ya que no le constituye sustancialmente como persona. En consecuencia, desde esta perspectiva la antropología dualista considera que la relación de la persona con su cuerpo es de ‘dominio’: el cuerpo es mío, yo lo poseo y, por tanto, puedo disponer de él.

Como ya se ha dicho, situaciones similares se encuentran previstas en el Código de Hammurabi, donde se legisló sobre la subrogación de vientre como un hecho natural frente a la infertilidad y a título oneroso. De hecho, y de acuerdo con las Leyes, quien subrogaba un vientre se le otorgaba una dignidad especial, no podía ser vendida como esclava y sus hijos anteriores gozarían de privilegios.

PROBLEMÁTICA QUE SE PRESENTA EN LA SUSTITUCIÓN DE VIENTRE

De acuerdo con lo desarrollado, encontramos que ya en la Biblia se le daba un tratamiento especial a la gestación por subrogación de vientres.

Se explica que en el antiguo Egipto al relatar las visiones de Neferty (NefertTy, o Nefertitis), pasando por los mitos griegos y la Edad Media el tema de infertilidad era tomado como un castigo divino y la subrogación de vientre como una solución natural a dicha problemática.

Se relacionaba, con lo que actualmente se conoce como un convenio de palabra, que quedaba firme -por ejemplo, con un apretón de manos al estilo de la época- entre los comitentes y la

gestante a cambio de mejoras en su calidad de vida y la de sus hijos prenacidos con anterioridad al acuerdo. Era un privilegio para la mujer y una dignificación ante la sociedad.

En la Edad Moderna al tema de infertilidad se le trató de encontrar otras soluciones, llegando a desarrollarse las técnicas de reproducción asistida. Más el pensamiento tuvo una nueva mirada hacia la mujer, ya no era un castigo divino sino un hecho vergonzante el “no poder tener hijos”. Se pensaba que la única “culpable” de esta problemática era la mujer, en cambio el hombre era quien padecía y toleraba la infertilidad de la mujer.

En la actualidad, y dada la evolución científica, encontramos que tanto hombre como mujer pueden padecer infertilidad y que existen técnicas de reproducción asistida para solucionarlas.

Sin embargo, no se acepta a la sustitución de vientre como una técnica más de reproducción en la mayoría de los países. Sólo un bajo porcentaje de países a nivel mundial acepta esta técnica, pero únicamente en forma gratuita y con personas de una misma familia o amiga cercana. Y un porcentaje aún menor acepta la sustitución de vientres a título oneroso.

Los prejuicios en contra de la sustitución de vientre rondan en temáticas tales como, la cosificación de la mujer siendo su argumentación que no ejerce la autonomía de la voluntad, que la mujer es madre por el hecho de parir, que es tráfico de vientres o peor aún tráfico de niños por nacer y hasta se habla de eugenesia.

Quienes se refieren que la mujer no ejerce la autonomía de la voluntad por ser carente de recursos, la discriminan. En efecto, una mujer ejerce su libertad de pensamiento y acción tenga o no recursos económicos, no se encuentra condicionada, ni vende su cuerpo o útero por sustituir su vientre, sólo cumple su parte de un convenio.

La maternidad es un hecho que encierra un significado mucho más que el de dar a luz, implica también resignación de libertades propias, crianza y educación, desvelo ante la enfermedad, como también aceptación de un hijo con discapacidad física o mental.

Para aquellos que se refieren al tráfico de vientres o de niños por nacer, se hace necesario preguntar: ¿por qué no permitir que se regule un convenio para evitarlo?

Para solucionar un problema, primero hay que verlo, luego analizarlo y por último resolverlo. Con declamaciones de tráfico de vientres o niños y dejar el tema sin resolver, se favorece lo mismo que se acusa. Es más, se esconde la realidad de un tema a nivel mundial y no se lo legisla.

En cada tema de investigación la evolución histórica es importante para saber cómo y porqué se ha llegado a la discusión de ciertos temas (como el que se propone en la tesis).

Previo a continuar con el análisis del tema principal, es necesario precisar qué significa gestación por subrogación y por sustitución, quiénes se encuentran involucrados, para luego realizar una apreciación ético-filosófica del tema.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo Maternidad proviene de *materno*, definiéndolo como el “Estado o cualidad de madre”⁵⁶. Asimismo, la palabra madre proviene del latín *mater*, *-tris* dando 3 significados: 1. f. Mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie. 2. f. Mujer o animal hembra que ha concebido. Cuidan la salud del feto y de la madre. 3. f. Mujer que ejerce las funciones de madre.

De acuerdo con las definiciones señaladas, se entiende por madre no sólo la mujer que da a luz, sino madre es aquella mujer que cuida de su prole, que les enseña, les da amor y comprensión, les da una educación para que puedan desarrollarse a lo largo de su vida terrenal, los cuida en la salud, y no los abandona aún ante una enfermedad grave física o mental.

La palabra subrogación⁵⁷, según la Real Academia Española significa Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Definiendo a la palabra sustitución⁵⁸ en 3 aspectos: 1) Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa; 2) Dicho de una persona o cosa: ocupa el lugar de otra; 3) Suplir a alguien o hacer sus veces.

En la actualidad se utiliza con la palabra subrogar, los casos en los cuales la gestante aporta el material genético (óvulo) y el proceso de gestación. En cambio, se usa el término sustitución, para especificar que el material genético es de por lo menos uno de los comitentes y el proceso de gestación lo lleva a cabo una persona que gesta para otra persona que se encuentra imposibilitada de gestar.

Una de las primeras definiciones que se conocieron fue la de Coleman, para quien «la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además,

⁵⁶ Real Academia Española (s.f.). Maternidad. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de julio de 2021 de <https://dle.rae.es/maternidad>

⁵⁷Real Academia Española (s.f.). Subrogación. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de julio de 2021 de <http://dle.rae.es/?id=ObhmSF0>.

⁵⁸ Real Academia Española (s.f.). Sustituir. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de julio de 2021 de <https://www.rae.es/dpd/sustituir>

termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte»⁵⁹

La maternidad subrogada⁶⁰ es una técnica de reproducción asistida, es “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe de ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de éste.”⁶¹

Algunos doctrinarios conciben que la gestación por sustitución es un acuerdo por medio del cual una mujer, la madre gestante acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete entregar el niño o niños que puedan nacer⁶².

En este acuerdo o contrato intervienen, por un lado, el individuo o pareja comitente, quienes requieren este servicio por otro⁶³, la madre gestante⁶⁴, quien pone a disposición su útero para llevar a cabo la gestación y por otro el equipo médico y un cuarto interviniente que es el ser por nacer.

Históricamente a la maternidad se la concebía sobre un concepto enraizado específicamente con la descendencia. Por lo cual la esterilidad fue considerada por los pueblos antiguos como un castigo divino.

Con anterioridad a la aparición de las técnicas de reproducción asistida, el hecho que una mujer gestara un hijo para otra mujer era una actividad normal dentro de la sociedad y en la época en que vivían, como veremos casos en este trabajo.

Haciendo un ejercicio mental histórico, remontémonos a la época antes de Cristo. El concepto de fertilidad era un valor muypreciado, pues las mujeres que portaban esa condición eran quienes iban a continuar con la especie humana. Por ende, aquella mujer estéril (o que se

⁵⁹Coleman, 1982, citado por Lamm, 2013, p. 22.

⁶⁰ Ha sido denominada de diferentes maneras, tales como: maternidad subrogada (término más usado); maternidad de sustitución, gestación por sustitución, alquiler de útero, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad por encargo, madres de alquiler, madres gestantes, etc.

⁶¹ Rodríguez López, D. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana. el útero como objeto de contrato. *Revista de Derecho Privado* (11), p. 109.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>

⁶² Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, p. 4-5. <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225321/306632>

⁶³ La parte comitente es la que encarga la gestación y puede ser: una persona sola; una pareja, matrimonial o convivencial; o un comitente que actúa para un tercero (clínica médica).

⁶⁴ La parte gestante es una mujer, la que gesta con óvulos propios o ajenos.

consideraba estéril) daba en su lugar a una esclava para que su cónyuge tuviera un hijo por ella, preservando así la especie.

La primera mujer conocida en la historia cuyo vientre fue “subrogado” se remonta a 2.000 años a. C. mencionado en la Biblia “Sarai, la esposa de Abrám⁶⁵, no le había dado ningún hijo. Pero ella tenía una esclava egipcia llamada Agar. Sarai dijo a Abrám: ‘Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos’. Y Abrám accedió al deseo de Sarai...” Según las costumbres de la época, una mujer estéril podía dar una sirvienta a su esposo y reconocer como propios a los hijos nacidos de esa unión. Lo mismo que hace Sara lo harán más tarde Raquel (30, 1-6) y Lía (30, 9-13).⁶⁶ En el caso de Raquel, al no poder tener hijos le ofreció a Jacob “*Aquí tienes a mi esclava Bilhá. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas. Por medio de ella, también yo voy a tener hijos...*”⁶⁷ En la época mencionada, el hecho de dar a luz sobre las rodillas encerraba el significado que la esposa estéril recibía al hijo de la esclava como si fuera ella misma la que hubiese parido y le ponía su nombre.

En estos casos, los padres comitentes, recurren a otra mujer para la gestación de su hijo con óvulos aportados por la mujer gestante, quienes luego del parto pasan a ser los padres legales. Serían casos de maternidad subrogada tradicional.

El Código de Hammurabi (1692 a.C.) legisla el caso de gestación por sustitución en sus Leyes 144, 145 146 y 147, estableciendo que cuando la esposa es estéril y subroga el vientre de una esclava a su marido para que tenga hijos por ella, esta conservará el derecho a no ser vendida y tratada como esposa de segunda categoría.⁶⁸ Adviértase, que el hecho que la “*suggetum*⁶⁹” sea elevada a una categoría superior con los privilegios que ellos denotaban y la seguridad que conllevaba, nos permite apreciar que la subrogación de vientre en esta época fue “a título oneroso”. Se prestaba un servicio y como contraprestación se obtenía determinados privilegios que aseguraban su vida y la de sus hijos anteriores.

⁶⁵ Luego de sellar la Alianza con Dios le dijo “Ya no te llamará más Abrám: en adelante tu nombre será Abraham para indicar que yo te he constituido padre de una multitud de naciones”. *El libro del Pueblo de Dios La Biblia*. Génesis 17:55. Ediciones Paulinas.

⁶⁶ *El libro del Pueblo de Dios La Biblia*. Génesis 16:54. Ediciones Paulinas.

⁶⁷ *El libro del Pueblo de Dios La Biblia*. Génesis 30:76.. Ediciones Paulinas.

⁶⁸ Historia clásica. (28 de julio de 2007). *El Código de Hammurabi: Leyes 101 a 150*. http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-codigo-de-hammurabi-leyes-51-100_14.html

⁶⁹Suggetum = concubina. El Código de Hammurabi. Vocabulario. Ciudad Universitaria Virtual de San Isidoro. <http://www.cuvsi.com/2013/09/el-codigo-de-hammurabi-vocabulario.html>

El Código de Hammurabi era muy claro al respecto, en sus artículos 144 al 147⁷⁰, de los cuales se da una serie de garantías y beneficios a las mujeres esclavas que eran “elegidas” a los fines de subrogar su vientre en el lugar de la esposa estéril.

Si pensamos el tema desde los textos mitológicos, vemos que Robert Graves (1997)⁷¹, al analizar este tópico expresa que toda la Europa neolítica, en base a los artefactos y mitos que hasta hoy sobreviven, tenían un sistema homogéneo de ideas religiosas, basado en la adoración de la diosa Madre, la que con diferentes nombres era no sólo conocida en Egipto, sino también en Siria y Libia. La Europa antigua no tenía dioses. A la Gran Diosa se la consideraba inmortal, inmutable y omnipotente, y en el pensamiento religioso no se había introducido el concepto de paternidad.

Nos encontramos ante un estado matriarcal, en donde el embarazo de las mujeres fértiles fue atribuido a los vientos o los ríos.⁷² A partir que fue descubierta la relación entre el coito y el parto, se fue trasladando de un estado matriarcal a un estado patriarcal, en donde la mujer pasó a tener como rol principal la maternidad, por lo tanto, la infertilidad se consideraba una condena divina.

Si nos trasladamos a Egipto, las referencias se encuentran en las Visiones de Neferty, texto sobre los logros de Amenemhat I (1991-1962 a. C.), faraón del Imperio Medio. Hay una versión completa del texto compuesta durante la dinastía XVIII (1570-1305 a.C.) en el papiro 1116B. Actualmente se encuentra en el Museo del Hermitage de San Petersburgo. Rusia.

El texto comenta sobre el hijo de una esclava (de la isla Elefantina) que llega a ser monarca en las visiones de Neferty, lo cual aparece en los relatos de Agar en Génesis 16,21.⁷³

⁷⁰Franco, G. (s.f.). LAS LEYES DE HAMMURABI. Versión española, introducción y anotaciones. *Revista De Ciencias Sociales*, 6 (3), 331–356. https://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf

⁷¹Graves, R. (1997). *Los Mitos Griegos* I. Alianza Editorial.

⁷²Idem punto 6. Véase El Mito Pelasgo de la Creación:” En *el principio Eurínome, la Diosa de Todas las Cosas, surgió desnuda del Caos...separó el mar del firmamento y danzó hacia el sur y el viento puesto pareció algo nuevo...Se dio la vuelta y se apoderó de ese viento norte, lo frotó entre sus manos y he aquí que surgió la gran serpiente Ofión*”. Según dice el mito, Ofión se enrosca alrededor de Eurínome y gracias al Viento Norte, llamado Bóreas, la diosa queda encinta, transformándose en una paloma que pone el huevo Universal de donde salió el sol, la luna, los planetas, las estrellas, la tierra con montañas y ríos, los árboles, hierbas y criaturas vivientes.

⁷³Neferty era un sacerdote de Bastet, quien decía haber encontrado unos manuscritos antiguos de la época misma de Snefrú(padre de Kheops), al cual se remonta la historia. Bastet es una divinidad que aparece en el panteón egipcio a partir de la Dinastía II. El significado de su nombre es "la de los Bas", que es el nombre de un recipiente de piedra que se utilizaba para contener aceites. También se utilizaba en las ceremonias funerarias, de esta manera a Bastet también se la relacionaba con la protección del difunto en el Más Allá. Por otra parte, esta diosa también representa la guardiana del hogar y es símbolo de la fecundidad amorosa. También estaba relacionada con la música y la alegría de vivir, razón por la que a menudo se la representa sosteniendo un sistrum, un instrumento musical. Representaba la dulzura maternal y era guardiana del hogar y feroz defensora de sus hijos. Egipto Foro (26 de septiembre de 2010). *La Profecía de Neferty*. [https://www.egiptoforo.com/antiguo/La Profecía de Neferty](https://www.egiptoforo.com/antiguo/La%20Profec%20de%20Neferty).

La profecía de Neferty narra la historia profética acontecida en la corte del faraón Snefru, soberano de la dinastía IV; donde Neferty se presenta en la corte del faraón y le anuncia describiéndole con detalles la venida de un tiempo caótico, que será superado por la aparición salvadora de un rey del sur, llamado Ameny (hijo de una dama –concubina- de Ta-Sety), a quien se relaciona con la figura política de Amenemhat I, fundador de la dinastía XII. Es así como anuncia la ruina de Egipto y su posterior reconstrucción y salvación.

Como se aprecia, en el año 1570 a.C. se manifestaban con naturalidad sobre la subrogación de vientre, es decir, que una concubina (esclava) se pusiera en lugar de la esposa del rey para reproducir la progenie real en caso de infertilidad (aunque en estos casos se utilizaba la cópula carnal, ya que no existían las técnicas de reproducción asistida hoy empleadas).

En la Edad Media, se destacan dos grupos de ideas en torno al tema de la concepción⁷⁴: las que hablan de la generación de la nueva vida y las que hacen referencia al momento en que esta ocurre. En lo que respecta a la generación, las fuentes expresan dos posiciones bien diferenciadas: la primera entiende que el hombre y la mujer no juegan el mismo papel en esta etapa; la segunda, por el contrario, los coloca en pie de igualdad. Ambas posiciones responden, en sus rasgos básicos, a dos teorías que circularon en Occidente, sobre todo, a partir del siglo XII. La primera es heredera de Aristóteles. Esta postura rechaza la idea según la cual el semen proviene de todo el cuerpo y postula que el líquido emitido por la mujer durante el coito no es esperma sino una secreción local. De esta manera, Aristóteles niega la existencia de un semen femenino, expresando que la mujer no contribuye a la generación más que por la sangre menstrual. Esa sangre sería el principio pasivo en tanto que el semen masculino proporciona el principio activo. Por ende, el papel activo de la fecundación lo cumple el hombre⁷⁵. Por su parte, la segunda posición -heredera de Hipócrates y transmitida a través de los escritos de Galeno, Rhazes y Haly Abbas- enuncia dos principios fundamentales: el esperma proviene de todo el cuerpo y tanto el hombre como la mujer tienen su propio esperma. Esta teoría, en franca oposición a la anterior, plantearía una participación equitativa de ambos seres en la concepción de los hijos.

De lo hasta aquí analizado se infiere que el concepto maternidad, se encuentra relacionado con aspectos más fisiológicos: procreación, gestación, parto y amamantamiento, cumpliendo la

⁷⁴ Quiroga, L. C. (2007). La maternidad en las obras alfonsíes: desde la concepción hasta el nacimiento de los hijos. *Cuad. hist. Esp.* . 81 , 39-66. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0325-11952007000100002&lng=es&nrm=iso.

⁷⁵Para esta teoría, a la mujer se consideraría gestadora (o contenedora) de la nueva vida generada por el hombre.

madre una función puramente nutritiva, que la naturaleza le ha asignado visiblemente. La obligación primera de la mujer consistía, respecto de la prole, en engendrar hijos de modo continuado, considerando a la esterilidad como condenación divina.

Las investigaciones en materia de fecundación artificial ya se vienen desarrollando durante siglos. En 1677 el inventor del microscopio Anthony van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides⁷⁶. Supuso que el espermatozoide era una suerte de semilla, al tiempo que el útero femenino sólo era el ambiente favorable para su germinación. En 1790 el cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadia⁷⁷ y lo inyectó directamente en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia. El experimento concluyó satisfactoriamente con el nacimiento de un niño sano ese mismo año. En 1880 se llevó a cabo el primer intento de fecundación in vitro en conejillos de Indias, cuando el científico británico Walter Haupe realizó con éxito una fecundación in vitro con transferencia de un embrión de una coneja a otra, convirtiéndola en la primera “madre sustituta”⁷⁸. En la última década del siglo XIX el obstetra ruso Victorín Gruzdev (1866-1936) elaboró la teoría sobre la importancia de la madurez del óvulo para la fecundación y la probó en conejas. La técnica diseñada por Gruzdev llegó a ser prototipo de la transferencia simultánea de gametos femeninos y masculinos a las trompas de Falopio.

A partir de los años 20 del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado. La primera fecundación in vitro de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard, por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular⁷⁹. Sin embargo, los pioneros en este campo fueron dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe, quienes en 1967 consiguieron el primer éxito en la fecundación in vitro de un óvulo humano. Pero, el primer embarazo de un niño “ajeno” fue extrauterino y se

⁷⁶Garrido, B. (septiembre 2018). Anton Van Leeuwenhoek, El Primer Cazador De Microbios. Proyecto de la Facultad de Física de la Universitat de València. <https://www.uv.es/mabegaga/leeuwenhoek/leeuwenhoek.html>

⁷⁷ La hipospadia es una malformación congénita que se produce tanto en el hombre como en la mujer, generando un incompleto desarrollo de la uretra. Esta malformación es debida a una fusión incompleta de los pliegues uretrales, lo que da lugar a que el meato urinario no se localice al final del glande, sino en algún punto entre este y el perineo. Hospital Italiano de Buenos Aires (s.f.). *Urología. Hipospadia*. <https://www.hospitalitaliano.org.ar/#!/home/urologia/seccion/10796>

⁷⁸Subrogacy (s.f.). Maternidad Subrogada. *Historia*. https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_history.

⁷⁹<http://www.vitanovaclinic.ru/es/eko/> (16//01/2015)

produjo en 1976. Los experimentos continuaron y el 10 de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos de FIV ya había superado la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable⁸⁰.

El 25 de julio de 1978 en la ciudad inglesa de Oldham (Lancashire) nació Louise Brown, la primera niña concebida in vitro. Se requirieron más de 600 intentos de FIV para que Louise Brown viniera al mundo. Al año, en 1980 en Melbourne (Australia) en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata, luego de ocho años de intenso trabajo nació el segundo “bebé probeta”, esta vez un niño. En 1981 se realizó el primer programa exitoso en Estados Unidos. En la Unión Soviética los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años 60 del siglo XX, por B. Leonoven Moscú y A. Nikitin en Leningrado. La primera “niña probeta” rusa, Lena nació en Moscú en 1986. Pasados pocos meses, en Leningrado nació su “hermano” Cirilo⁸¹

El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado, con empleo de la inseminación artificial, se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, el cual creó en Michigan la *SurrogateFamilyService Inc.* Su finalidad declarada fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación. Esta iniciativa contribuyó a divulgar una imagen *solidaria* de la maternidad por subrogación: determinadas mujeres ofrecían sus úteros para que con su colaboración mujeres incapaces de gestar pudieran tener hijos biológicos. Progresivamente se fue admitiendo, que la maternidad subrogada conllevara asociada una transacción económica.

En el año 1980 la sustitución de vientres alcanzó difusión con el caso de Melissa Stern, o más conocido como el caso de Baby M.

El señor Stern⁸², bioquímico —ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo— convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución. A la gestante se le pagarían 10.000 dólares más gastos médicos. De conformidad con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía el niño y lo entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el

⁸⁰<http://www.vitanovaclinic.ru/es/eko/> (16/01/2015)

⁸¹<http://www.vitanovaclinic.ru/es/eko/> (16/01/2015).

⁸²Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. p.21.

<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>).

certificado de nacimiento. La niña nació el 27 de marzo de 1986. Los esposos Stern permitieron a la señora Whitehead permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo ella luego que no la entregaría a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de gestación por sustitución. Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, determinó que, aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante era el bienestar y el interés superior de la niña. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer de un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita.

En la actualidad, este tipo de técnica de reproducción asistida dejó de ser una opción excepcional a la que recurrían únicamente parejas heterosexuales con imposibilidad de llevar a cabo una gestación, extendiéndose a personas solas o del mismo sexo.

CONCEPTUALIZACIONES Y PERSPECTIVAS SOBRE LA MATERNIDAD

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, a saber: a) atendiendo a la raíz latina de la que procede, su significado etimológico, b) por su significado gramatical, c) desde su perspectiva biológica, y d) por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina⁸³

Por su significado etimológico (Arámbula Reyes⁸⁴, la palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego "matér/matrós", cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta. Con posterioridad, en Roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del paterfamilias, no con el

⁸³López Faugier, C. (2005). *La prueba científica de la filiación*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Autónoma de México]. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/63479>

⁸⁴Arámbula Reyes A (2008). *Maternidad subrogada*. Centro de Documentación, Información y Análisis. Págs. 10;11;12.

objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél. La religión no coloca a la mujer en tan elevado rango. Es verdad que toma parte en los actos religiosos, pero no es la señora del hogar. Su religión no le viene del nacimiento; sólo ha sido iniciada en ella por el matrimonio; ha aprendido del marido la oración que recita. No representa a los antepasados, puesto que no desciende de ellos. Ni siquiera se convertirá en un antepasado; depositada en la tumba, no recibirá un culto especial. En la muerte y en la vida sólo figura como un miembro de su esposo. El derecho griego, el derecho romano, el derecho indio, que proceden de estas creencias religiosas, están acordes en considerar a la mujer siempre como una menor. Nunca puede poseer un hogar propio, jamás presidir el culto. En Roma recibe el título de *Materfamilias*, pero lo pierde si su marido muere. No tenía nunca un hogar que le pertenezca, carecía de autoridad en la casa. Nunca mandaba, ni nunca era libre ni señora de sí misma, *sui juris*. Siempre estaba junto al hogar de otro, repitiendo la oración de otro; para todos los actos de la vida religiosa necesitaba un jefe, y para todos los actos de la vida civil un tutor. La Ley de Manú dice: "La mujer, durante la infancia, depende de su padre; durante la juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su guisa." Las leyes griegas y romanas dicen lo mismo. Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada, está bajo la tutela del marido; muerto este, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene, o, a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido⁸⁵.

Por lo tanto, la autoridad o condición superior del hombre sobre la mujer provenía de creencias religiosas.

Por su significado gramatical⁸⁶, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa: "Estado o cualidad de madre", mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa".

⁸⁵de Coulanges, F. (2003). *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Editorial Porrúa. <https://archive.org/details/LaCiudadAntiguaFustelDeCoulanges/page/n1/mode/2up>

⁸⁶ Real Academia Española (s.f.). Maternidad. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de julio de 2021 de <https://dle.rae.es/maternidad>.

Desde la perspectiva biológica, la maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación. Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que, por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.⁸⁷

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente (en el último caso se refiere a las madres de crianza).

PERSPECTIVAS BIOLÓGICA Y JURÍDICA DE LA MATERNIDAD

Maternidad y Paternidad se encuentran directamente relacionadas con la filiación. ¿Porqué? Pues filiación es el vínculo que existe entre una madre y su hijo, o entre un padre y su hijo, o entre los padres y el hijo.

El diccionario Panhispánico define como Filiación al “Conjunto de los datos identificativos de un individuo” y, en especial, “procedencia de una persona respecto de unos determinados padres”, el diccionario de la Real Academia Española precisa por filiación “Procedencia de los hijos respecto a los padres”.

⁸⁷Arámbula Reyes A (2008). *Maternidad subrogada*. Centro de Documentación, Información y Análisis. p. 11.

Por ende, cuando se hace referencia a maternidad en el pensamiento de la persona se produce la representación mental, “se es madre porque se tiene un hijo” y en el mismo sentido “se es padre porque se tiene un hijo”. La representación puede ser desde el punto de vista biológico (con independencia que sea un embarazo natural o por medio de técnica de reproducción asistida) o jurídico (adopción).

La maternidad hasta la aparición de la TRHA no fue cuestionada, pues regía el principio “mater sempre certa est”. El debate se presentaba con la paternidad hasta tanto éste no hubiera sido reconocido por la mujer como tal por el principio “pateris est quem nuptiae demonstrant”, si bien se presumía iure et de iure que en un matrimonio el esposo es el padre del nacido-hijo.

El Dr. Martínez de Aguirre⁸⁸ hace referencia a otros elementos que no son sólo biológicos o jurídicos de la siguiente forma:

Ni el lazo biológico, ni su plasmación jurídica, con ser importantes, son suficientes para agotar el vínculo de filiación, en toda su rica complejidad: intervienen en él, junto a los factores biológicos y jurídicos, otros volitivos, afectivos, sociales y culturales, que han llevado a afirmar que padre es, verdaderamente, quien se comporta (ama, educa, cuida...) como padre, y no quien simplemente está unido por lazos biológicos o jurídicos.

El Dr. Martínez de Aguirre Aldaz (Martínez de Aguirre cit. Malaurie-Fulchiron) para referirse al tema, afirma que una paternidad no es únicamente una inseminación; una maternidad no es solamente una concepción, un embarazo y un parto; una filiación no es únicamente un patrimonio genético. Al respecto, concuerdo con el pensamiento de estos juristas, a ello se le debe adicionar elementos volitivos (voluntad de procreación, voluntad de formar una familia), elementos afectivos (a nadie se puede obligar a querer a ninguna persona, aun cuando sea su hija/o). El autor agrega que, la filiación como institución presupone la realidad biológica integrada por inseminación, concepción, embarazo, parto y patrimonio genético; esta es la base necesaria no de cada filiación jurídica concreta, pero sí de la filiación como institución; esas son las referencias a partir de las que toda filiación se desarrolla y puede ser reconocida como tal: sin ellas no podríamos hablar de esa filiación puramente legal que

⁸⁸ Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2013). La filiación, entre Biología y Derecho. *Prudentia Iuris*, 76. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/filiacion-entre-biologia-derecho.pdf>

deriva de la adopción o, en casos del empleo de técnicas de reproducción asistida. Por otro lado, ya en cuanto a cada concreta relación de filiación, salvo aquéllas que son de creación meramente legal (adopción, técnicas de reproducción asistida por sustitución de vientre), el derecho positivo presupone que en ella han concurrido inseminación, concepción, gestación, parto y patrimonio genético, es decir, la filiación biológica, y que precisamente por ello hay filiación legal. Sin embargo, especifica que el factor biológico es el punto de partida, pero pierde progresivamente importancia frente a los factores sociológicos, psicológicos y afectivos a medida que pasa el tiempo. Cabe aclarar, que el Dr. Aguirre Aldaz al referirse a la filiación biológica, lo hace específicamente a aquella nacida por relación sexual entre una mujer y un hombre de manera natural y como consecuencia de la copulación se produce el embarazo y posterior parto (la relación biológica es de tres seres: mujer-hombre-hijo).

En el Código Civil de Vélez partiendo del “principio madre siempre cierta es”, se mencionaba a los hijos naturales⁸⁹, adulterinos⁹⁰, incestuosos⁹¹, y sacrílegos⁹², quedando circunscripto únicamente a las investigaciones acerca de la maternidad y la paternidad los hijos naturales. La única excepción se encontraba en la investigación de la maternidad la cual tenía por objeto atribuir la maternidad a una mujer casada⁹³. Se privilegiaba la familia jurídica formada por la mujer a la filiación del menor.

¿Qué sucedía en el año 1869 (ley 340 en análisis) con los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos? No tenían derecho a la indagación e investigación judicial, a conocer quién era su madre o quién su padre, eran personas sin filiación. El art. 342 es terminante, “no tienen, por las leyes, padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre”. Vale decir, quedan como niños expósitos, aun si los padres quisieran asumir su responsabilidad.

⁸⁹Código Civil Vélez. 1966. Artículo 311: “Los hijos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres” (p. 76).

⁹⁰ Código Civil Vélez. 1966. Artículo 338: “El hijo adulterino es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas, o ambas estaban casadas. La buena fe del padre o de la madre que vivían en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre, no mudan la calidad de la filiación, y en uno y otro caso el hijo queda adulterino” (p.82).

⁹¹Código Civil Vélez. 1966. Artículo 339: “Hijo incestuoso es el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era dispensable según los Cánones de la Iglesia Católica”.

⁹² Código Civil Vélez. 1966. Artículo 340: “Hijo sacrílego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, o de persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica”

⁹³Código Civil Vélez. 1966. El art. 325 establece que los hijos naturales tienen acción para pedir se reconocidos por el padre o madre...cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de paternidad y maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos...” y el 326 establece “La indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada”

Con la reforma de la ley 1565 del año 1884, persiste la división entre hijos legítimos e ilegítimos. El art. 36 establece que los hijos legítimos (vale decir, nacidos dentro del matrimonio) tanto el padre como la madre deberán denunciar la declaración del nacimiento ante el jefe de la oficina del registro, por su parte el art. 37 establece sobre los hijos ilegítimos que, la persona a cuyo cuidado hubiere sido entregado es quien deberá denunciar el nacimiento. En los art. 43 y 44 se establece sobre el caso de hijos naturales a los que sólo se le adjudica la filiación del padre o madre que lo declare expresamente (vg. el nombre de aquel que lo hubiere reconocido), pero en ningún caso se podía hacer constar el nombre del padre o madre cuya filiación tuviere el vicio de ser adulterino, incestuoso o sacrílego. La ley 2393 de matrimonio civil (del año 1889) modifica al Código Civil de Vélez Sársfield y deroga en el art. 112 las disposiciones de hijos sacrílegos adjudicándoles la filiación que le correspondiere. En el capítulo XIII sobre efectos de la nulidad del matrimonio, los hijos putativos concebidos durante la nulidad del matrimonio serían considerados como legítimos y los hijos naturales concebidos antes de la celebración del matrimonio quedarían legitimados con el subsiguiente matrimonio si los impedimentos fueren dirimentes y por lo tanto, subsanables. Si bien persistió la división de categorías de hijos, sin embargo, se percibe una evolución en el pensamiento jurídico y social.

Con la ley 14.367 del año 1954 se equiparó a todos los hijos ilegítimos y cesó la subdivisión entre hijos naturales, adulterinos e incestuosos, quedando únicamente la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, estableciéndose que el reconocimiento puede ser hecho tanto por el padre como por la madre, en forma conjunta o separadamente. Se privilegia a la familia y a la filiación del nacido. Aparentemente ya no habría hijos de primera y segunda categoría, gozarían los mismos derechos los niños nacidos de una misma madre y padre, el reconocimiento del hijo es irrevocable. Sin embargo, la división persiste en cuanto a los derechos sucesorios, pues aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio solo pueden percibir la mitad de la sucesión del progenitor que le correspondería al niño nacido dentro del matrimonio. La ley 14.586 del año 1958, (del Registro Civil en la Ciudad de Buenos Aires) da un paso más, la inscripción de los hijos extramatrimoniales llevará primero el apellido paterno con independencia que haya sido reconocido el menor conjunta o separadamente por ambos padres.

La legislación siguió evolucionando, así con la ley 23.264 (sancionada en el año 1985) se produjo una importante modificación, se derogaron los artículos 338 a 343 desapareciendo fácticamente del Código Civil la categoría de hijos adulterinos e incestuosos, más persistía en la ley la mención de hijos naturales, extramatrimoniales e ilegítimos.

En agosto del año 2015 se unificó el Código Civil con el Comercial, el que en el art. 558 especifica que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida y por adopción. Claramente se mantiene la división entre hijos de padres casados dentro del matrimonio y fuera del matrimonio, más todos tienen los mismos derechos alimentarios, sucesorios, y la reclamación e investigación de la maternidad y la paternidad.

CLASIFICACIÓN Y FORMAS DE MATERNIDAD SUBROGADA Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O SUBROGACIÓN

La maternidad subrogada⁹⁴ es una técnica de reproducción asistida, es:

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe de ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de este.⁹⁵

Algunos doctrinarios conciben que la gestación por sustitución es un acuerdo por medio del cual una mujer, la madre gestante, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete entregar el niño o niños que puedan nacer.⁹⁶

En este acuerdo o contrato intervienen, por un lado, el individuo o pareja comitente, quienes requieren este servicio por otro⁹⁷, la madre gestante⁹⁸, quien pone a disposición su útero para llevar a cabo la gestación y por otro el equipo médico.

⁹⁴ Ha sido denominada de diferentes maneras, tales como: maternidad subrogada (término más usado); maternidad de sustitución, gestación por sustitución, alquiler de útero, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por otro,, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad por encargo, madres de alquiler, madres gestantes, etc. Rodríguez López, D. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana. el útero como objeto de contrato. Revista de Derecho Privado (11), p. 109.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>

⁹⁵ Rodríguez López, D. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana. el útero como objeto de contrato. Revista de Derecho Privado (11), p. 109. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>

⁹⁶ Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. InDret, Revista para el análisis del Derecho, p. 4-5.

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225321/306632>

⁹⁷ La parte comitente es la que encarga la gestación y puede ser: una persona sola; una pareja, matrimonial o convivencial; o un comitente que actúa para un tercero (clínica médica).

⁹⁸ La parte gestante es una mujer, la que gesta con óvulos propios o ajenos, la que gesta o alumbró y posteriormente renuncia a la maternidad.

Este método reproductivo pueden llevarlo a cabo⁹⁹:

- Parejas heterosexuales que no puedan tener un embarazo por problemas uterinos o fallo repetido de FIV.
- Parejas del mismo sexo, que plantean la necesidad de ser padres.
- Hombre o mujer, que manifiesta el deseo de tener un hijo biológico.

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

- Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implica la maternidad.
- Maternidad genética: es la de quien se convierte en donante de óvulo.
- Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado. (Se puede procurar en dos casos: a) mujer que realiza la gestación con óvulo y espermatozoides donados y b) espermatozoides del esposo o pareja y óvulo donado. En ambos casos, formado el embrión es implantado en el útero de la mujer que va a dar a luz).
- Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.¹⁰⁰

Se ha distinguido en doctrina dos formas dentro de la gestación por sustitución:

- Gestación por sustitución tradicional: que se caracteriza porque la aportante del óvulo es la propia gestante, y el aportante del semen puede ser del propio comitente (sin hacer distinción que éste sea casado, o viviese en pareja con una mujer u hombre, así como un hombre solo) o donante.
- Gestación por sustitución gestacional: En este caso la gestante no aporta sus óvulos, sino la propia comitente o una donante. A su vez se puede clasificar en: 1) que ambos comitentes aporten su material genético, 2) que el óvulo sea de la comitente y el semen

⁹⁹ Paraíso, B., Mata, J. C., Roig Navarro, J., Ballesteros Moffa, M. E., Gil Gimeno, M.J., Dolz Arroyo, M., Salgado, S., Azaña Gutiérrez, S., Salvador, Z. (25 de Noviembre de 2021.). *La reproducción asistida: tipos, precio y Seguridad Social*. Reproducción Asistida Org. <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>

¹⁰⁰ Moran de Vicenzi, C. (2005). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Universidad de Piura y Ara. p.191.

sea donado, 3) que el óvulo sea donado y el semen sea del comitente, 4) donación de semen y óvulo.

DISTINTOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Previo a continuar con el análisis del tema objeto de estudio, es útil y necesario mencionar cuáles son los diferentes métodos de reproducción asistida y la descripción de sus procedimientos, lo que da una idea que aquellas personas que deciden utilizar este tipo de procedimientos realmente tienen voluntad procreacional.

Se distinguen tres términos que es importante conocer para comprender mejor este tema. Ellos son: *a*) gameto es la célula germinal masculina (espermatozoide) o femenina (óvulo). El espermatozoide tiene como función fertilizar al óvulo o célula sexual femenina originada en el ovario; *b*) la fecundación o concepción se realiza cuando el espermatozoide penetra en el óvulo, sea en el seno materno o fuera de él; *c*) el producto de la concepción es el cigoto que, hasta los noventa días, que principia la vida fetal, se denomina embrión, el que tiene tres estadios: el mórulo, que termina hasta que se produce la segmentación celular; después aparece el periodo de la blástula o blastocito, que a los catorce días aproximadamente anida en el útero, comenzando la gestación, hasta los noventa días y entonces aparece la vida fetal, que termina hasta el nacimiento¹⁰¹

Los métodos de reproducción asistida pueden realizarse por vía de inseminación artificial o por fertilización in vitro.

DISTINCIÓN CON LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial en los seres humanos es “un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer”.¹⁰²

¹⁰¹Escobar Fornos, I. (2007). Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). *Cuest. Const.*, (16), pp. 137-158. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005&lng=es&nrm=iso.

¹⁰² Definición de Raoul Palmer en Aspectos Médicos de la Inseminación Artificial, “Biogenética, filiación y Delito de Miguel Ángel Soto Lamadrid.

La técnica consiste en depositar el semen en el interior de la cavidad uterina. La fecundación del óvulo se produce de forma natural en el cuerpo de la mujer. En cambio, en la fertilización in vitro se extraen los óvulos de la mujer para realizar la fecundación en el laboratorio y transferir los embriones.

La inseminación artificial es una técnica de reproducción asistida que consiste en introducir espermatozoides procedentes de una muestra de semen en el útero. El día de la ovulación se coloca los espermatozoides dentro del útero mediante una fina cánula que se introduce a través del cuello del útero y se inyectan. La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga.

La Inseminación Artificial Homóloga es una técnica mediante la cual se introducen en el útero espermatozoides de la pareja seleccionados de una muestra de semen especialmente preparada. Se utilizan los espermatozoides de mayor calidad y movilidad para que puedan llegar a fecundar el óvulo.

Se recomienda en casos de: a) esterilidad masculina: Por causas anatómicas (incapacidad para depositar el semen en la vagina), psicológicas (impotencia, por ejemplo) o si existe oligoastenoteratozoospermia leve (la concentración, la movilidad y la morfología de los espermatozoides es más baja de la necesaria para conseguir un embarazo de forma natural), b) esterilidad femenina: Ante alteraciones anatómicas y funcionales del cuello del útero (factor cervical), endometriosis (crecimiento de tejido endometrial fuera del útero) o disfunciones ovulatorias, c) esterilidad de origen desconocido y d) esterilidad inmunológica: por la acción de anticuerpos antiespermático.

En la Inseminación Artificial Heteróloga se realiza similar tratamiento, pero con semen de donante (IAD). En este caso, se introducen en el útero espermatozoides procedentes del banco de semen del centro que realiza el tratamiento.

La IAD es recomendable cuando el hombre tiene alguna enfermedad hereditaria, sus testículos no producen espermatozoides (fallo testicular) o bien si existe oligoastenoteratozoospermia severa (la concentración, movilidad o morfología de los espermatozoides del hombre son mucho más bajos que lo necesario para conseguir un embarazo de forma natural) y en los casos de mujeres sin pareja masculina.

Noruega sancionó una ley sobre procreación artificial definiéndola como inseminación artificial y fertilización extracorpórea. A su vez define a la inseminación artificial “como la introducción de espermatozoides en la zona cervical de la mujer por método distinto de la unión sexual”

y a la fertilización extracorpórea “como la fertilización de los óvulos fuera del cuerpo de la mujer”.¹⁰³

La Fecundación In Vitro (FIV) es la técnica por la cual se produce el encuentro, de los dos gametos, femenino y masculino, para dar origen a un embrión. El gameto femenino se obtiene por punción folicular, previa estimulación ovárica y el masculino se puede obtener por masturbación o biopsia testicular.

Está indicado en los siguientes casos:

1) Semen de pareja. a) Cuando fallaron más de 4 tratamientos de inseminación artificial anteriores, b) En los casos que la mujer tenga alteraciones en las trompas (factor tubárico) y en la calidad de los ovocitos, c) Cuando existe un factor masculino que imposibilita realizar una inseminación artificial (menos de 5 millones por ml en el recuperado o SWIM UP¹⁰⁴), d) En los casos de falla ovárica o baja reserva ovárica, aunque la mujer sea joven, (se considera baja respondedora a aquellas mujeres que consiguen menos de 5 ovocitos tras la estimulación ovárica) y e) Aquella en que la paciente ha preservado su fertilidad y tiene ovocitos vitrificados¹⁰⁵.

2) Semen de donante. a) Ante un factor masculino severo se recurre a un banco de semen, entre esos factores se encuentran pacientes con azoospermia¹⁰⁶ que no quieren recurrir a una biopsia testicular o ya sometido a una biopsia no se logró recuperar espermatozoides. b) Mujeres solteras. c) Repetidos fallos de fecundación con semen de pareja. d) Cuando se obtiene mala calidad embrionaria o fallo de implantación en ciclos anteriores en los que se sospeche de un factor masculino como causa principal. e) En varones portadores de una enfermedad genética.

¹⁰³ Ley N° 628/87. Arts. 1°, 7° y 11 (Noruega).

¹⁰⁴Swim-Iup, es el término asignado al método más antiguo de capacitación espermática. Es un procedimiento que permite seleccionar aquellos espermatozoides con mayor capacidad para ascender en un medio de cultivo. La muestra de semen se centrifuga para eliminar el sobrenadante obtenido donde está el plasma seminal y los restos celulares. El sedimento se suspende en un medio de cultivo específico. Se deja el tubo en posición inclinada a 37° C y los espermatozoides con movilidad progresiva van a ascender por el tubo, siendo recogidos luego de los 45 minutos aproximadamente. Reproducción Asistida Org. (s.f.). *¿Qué es el Swim-up?* <https://www.reproduccionasistida.org/swim-up/>

¹⁰⁵ Son los óvulos congelados. La vitrificación de ovocitos consiste en la congelación de estos de manera que permita posponer la capacidad reproductiva de una mujer, y mantener las mismas posibilidades de quedarse embarazada que en el momento en que realizó la vitrificación.

¹⁰⁶La azoospermia es la ausencia total de espermatozoides en el eyaculado. Según cuál sea la causa de esta ausencia de espermatozoides, distinguimos entre azoospermia obstructiva o secretora. Rodrigo, A., Sánchez Jordán, J. M., Barranquero Gómez, M., Reus, R., Rogel Cayetano, S. (04 de Noviembre de 2021). *¿Qué es la azoospermia? – Causas, diagnóstico y tratamiento.* Reproducción Asistida Org. <https://www.reproduccionasistida.org/azoospermia/>

Los óvulos obtenidos por punción folicular son fertilizados en el laboratorio con los espermatozoides provenientes de la muestra de semen. Este proceso puede realizarse mediante la técnica de FIV tradicional o por la técnica de ICSI.

DESCRIPCIÓN DE LOS MÉTODOS

Si bien esta técnica es conocida desde antaño, actualmente se pueden mencionar los siguientes métodos de reproducción asistida¹⁰⁷:

FIV-ET: Fertilización in vitro y transferencia de embriones.

GIFT: Transferencia tubaria de gametos¹⁰⁸.

PROST: Transferencia tubaria de embriones.

ICSI: Inyección de espermatozoide dentro del ovocito.

ROPA: Recepción de Ovocitos de la pareja.

Estos métodos tienen aplicación cuando la dificultad está en el encuentro o en la interacción entre las células germinales (ovocitos - mujer; espermatozoides - hombre).

Las técnicas de FIV-ET y PROST favorecen esta unión, la que se realiza “in vitro” (fuera del cuerpo de la mujer) luego de la obtención de los ovocitos (del ovario) de la mujer, y de una preparación especial de los espermatozoides del hombre. Si hubo fertilización y de ella se desarrollaron naturalmente embriones, estos se reponen en el útero o en las trompas de Falopio de la mujer.

Método FIV

En la técnica FIV, el pre-embrión se transfiere al útero de la mujer. Los pasos básicos del ciclo son: estimulación ovárica (estimular el desarrollo de más de un óvulo en un ciclo), recolección de los óvulos, fertilización, cultivo y transferencia del embrión. En sus comienzos sólo se utilizó en mujeres con ausencia de trompas de Falopio (factor tubario de esterilidad), o cuando dichas trompas se encontraban bloqueadas o dañadas. Actualmente es usada para diferentes casos entre ellos esterilidad causada por endometriosis, por factores inmunológicos o por esterilidad del hombre.

¹⁰⁷ Datos proporcionados por Fertilab; Centro de Reproducción Asistida en Argentina.

¹⁰⁸ Son las células reproductoras masculina o femenina que al fusionarse forman el cigoto.

Método GIFT

La técnica de GIFT favorece esta unión “in vivo”, en las trompas de Falopio de la paciente. Se define como la extracción de ovocitos del ovario, por laparoscopia, tras una hiperestimulación ovárica controlada, seguida de la introducción, a través de la trompa, de la mezcla de ovocitos y espermatozoides de la pareja, con la finalidad de que la fecundación se produzca dentro del cuerpo, y no *in vitro* como suele suceder en este tipo de técnicas. Actualmente, sólo el 2% de las parejas tratadas tienen un resultado positivo y se realiza por motivos concretos de moralidad y ética de la pareja.¹⁰⁹

Método PROST

El método PROST, es la transferencia de ovocitos pronucleados, es decir, cuando el óvulo ha sido fecundado y contiene tanto el pronúcleo masculino como el femenino, pero sin haber ocurrido aún el intercambio genético.¹¹⁰

El método ICSI

ICSI, se utiliza cuando el semen tiene características pobres que hacen pensar que no fertilizará in vitro. La técnica ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides) surgió para tratar los casos de infertilidad masculina severa como la oligospermia o la astenospermia, en los que otras técnicas como la inseminación artificial o la FIV no permitían lograr el embarazo.¹¹¹

El método ROPA

El método ROPA consiste en que una pareja formada por 2 mujeres que desean ser madres puedan optar por la maternidad compartida activamente. Se utilizan ovocitos de una de las mujeres y se transfiere el embrión al vientre de su pareja, ambas mujeres participan del proceso de maternidad. En estos casos se recurre a la aplicación de la técnica FIV o ICSI. Es un tratamiento de alta complejidad mediante el cual se fecundan los óvulos obtenidos con los espermatozoides de donante.

¹⁰⁹ García de Miguel, L. y Azaña Gutiérrez, S. (29 de marzo de 2022). *Transferencia intratubárica de cigotos – Ventajas e inconvenientes*. Reproducción asistida Org. <https://www.reproduccionasistida.org/transferencia-intrafalopiana-de-gametos-gift/>

¹¹⁰ Grupo Gestar (s.f). *Reproducción Asistida*. <http://grupogestar.com.ar/tratamientos.php>

¹¹¹ Rodrigo, A. y Díez, I., Tovar, J. L., Trolice, M. P., Rogel Cayetano, S., Azaña Gutiérrez, S., Montalvo Pallés, V. (11 de marzo de 2022). *Transferencia intratubárica de cigotos – Ventajas e inconvenientes*. Reproducción asistida Org. <https://www.reproduccionasistida.org/fiv-icsi/>

Los casos en los que se encuentra indicado para parejas lesbianas que desean participar activamente en el proceso reproductivo¹¹².

El método ROPA que da la posibilidad de la maternidad a parejas de mujeres -en opinión de la exponente-, es un típico caso de vientre sustituto ya que presentan las características de este, vale decir, el aporte de ovocitos de una mujer, el aporte de donación de espermatozoide del hombre y la transferencia del embrión a otro útero y por último la voluntad procreacional de ser madres. En conclusión, reviste todas las cualidades de la técnica de vientre sustituto.

DESCRIPCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

Se procede a describir el procedimiento que se utiliza en cada uno de los métodos de reproducción asistida.

PROCEDIMIENTO GIFT

Recuperación De Ovocitos Y Transferencia Tubaria De Gametos.

En este procedimiento, el esposo/pareja debe entregar la muestra de semen en el laboratorio un par de horas antes de que se inicie la recuperación.

Los folículos son aspirados mediante una aguja y se examina el fluido para detectar la presencia de óvulos y clasificarlos según su apariencia. Completada esta fase, se procede a la transferencia tubaria de los gametos. Para esto, un número de óvulos normales es mezclado con espermatozoides del esposo/pareja. Dicha mezcla es aspirada en un catéter y este se introduce en el tercio externo de la Trompa de Falopio, donde se inyectan las gametas.

PROCEDIMIENTO PROST

Este procedimiento combina algunos aspectos de los anteriores. Por una parte, se realiza la recuperación de los ovocitos y su inseminación, fertilización y cultivo de la misma manera que para el FIV. Los embriones se cultivan por 24 a 48 horas y son transferidos a las trompas de Falopio de igual manera en que se efectúa la transferencia de gametos en GIFT.

¹¹²¿En qué casos está indicado? En parejas de lesbianas que desean afrontar la maternidad de manera compartida y activamente en el proceso reproductivo, ya sea por propia elección y/o por motivos médicos de un miembro de la pareja, como puede ser: 1) Mala calidad de ovocitaria o por enfermedades hereditarias que no pueden ser detectadas por técnicas de PGT, 2) Ovarios inaccesibles para la obtención de ovocitos o ausencia de ovarios, 3) En mujeres con fallos repetidos en Fecundación in Vitro o ICSI por baja respuesta o mala calidad ovocitaria. <https://ivi.com.ar/tratamientos-reproduccion-asistida/metodo-ropa/> (visto 24-01-2021)

PROCEDIMIENTO COMBINADO

Combina el FIV y GIFT en un solo procedimiento. Requiere de una buena respuesta ovárica con 6 o más folículos. La aspiración se realiza por vía laparoscópica y parte de los óvulos junto con los espermatozoides son transferidos a las Trompas de Falopio como GIFT, mientras que otra porción se lleva al laboratorio para hacer FIV-ET.¹¹³

PROCEDIMIENTO ICSI

ICSI, significa Inyección Intracitoplasmática del Espermatozoide. Todos los pasos son idénticos a aquellos del procedimiento FIV salvo por la fertilización de los óvulos in vitro. El método consiste en seleccionar un espermatozoide por cada óvulo utilizando un micro manipulador, al que se le adaptan diminutas agujas las que servirán de apoyo al momento de hacer la microinyección.

Se realiza en los casos en que se sospecha que habrá dificultades para obtener fertilización (bajo número de espermatozoides, motilidad deficiente, mala morfología).

De lo hasta aquí explicado, nos permite inferir que aquellas parejas casadas o no, así como aquellas personas que han optado por formar una familia monoparental, que se someten a este tipo de técnicas tienen una real voluntad de ser padres. Y este deseo, no puede ser sustituido por una adopción, pues evidentemente ellos necesitan ser parte activa en este hecho biológico, y son quienes con su decisión dan nacimiento al nuevo ser.

¹¹³Es decir, recuperación de ovocitos, inseminación, recuperación y cultivos de embriones y por último transferencia de estos.

CAPÍTULO 2: LA LEGISLACIÓN

En este capítulo se analiza el consentimiento informado y la información (derecho constitucionalmente protegido) que debe recibir tanto la mujer gestante como los padres gestadores (comitentes) en esta relación particular de la sustitución de vientres (una de las técnicas de reproducción asistida), en la que intervienen además sanatorios y clínicas privadas como una tercera parte del convenio.

Previo a avanzar en el tema propiamente dicho del consentimiento informado en la sustitución de vientres, es necesario precisar los términos subrogar y embarazo subrogado, a fin de tener un cabal concepto de su significación.

Con la palabra Subrogación se entiende la delegación o reemplazo de competencias, aptitudes o capacidad de una persona (física o jurídica) hacia otra u otras personas. En la subrogación de vientres nos encontramos ante la figura de una mujer que tiene capacidad de engendrar, reemplaza con su vientre el futuro hijo de otra mujer u hombre que por diferentes motivos padece de esterilidad, infertilidad o peligró su salud y aporta sus óvulos. En cambio, en la **Sustitución** el óvulo o espermatozoide es de donante anónimo, la mujer gestante no aporta su óvulo:

En un embarazo subrogado se forma un embrión con espermatozoides donados que fecundan los óvulos de la gestante subrogada y en un embarazo por sustitución de vientre los óvulos son de una donante anónima (generalmente). El embrión se implanta en el útero de la gestante, quien continúa el embarazo hasta que nace el bebé. El embarazo subrogado o sustituto es una opción para hombres y mujeres que desean tener hijos pero que recibieron determinados tratamientos médicos, por ejemplo, quimioterapia y radioterapia, que a veces causan esterilidad¹¹⁴.

Abarca también un amplio grupo de personas cuya infertilidad se debe a que poseen el mismo sexo que su pareja, o tienen disfunciones anatómicas que impidan contener al embrión, o patologías que impidan, ya sea a la mujer o al hombre, concretar su voluntad de ser padre/madre.

¹¹⁴<https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/embarazo-de-madre-sustituta>. Instituto Nacional del Cáncer de los Institutos Nacionales de la Salud de E.E.U.U.

El consentimiento, es la exteriorización de la voluntad de por lo menos dos personas (o más) para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Plamenatz ¹¹⁵ expresa que:

El consentimiento de un hombre siempre lo es con respecto a una acción o acciones de otro hombre u hombres. Implica de su parte, la expresión de un deseo de que otro u otros hagan o se abstengan de hacer cierta acción o acciones pero al mismo tiempo, implica más que esto porque un hombre puede expresar el deseo de que otro realice cierta acción, el otro puede realizarla y sin embargo, el deseo –en opinión del hombre común–, no participa en la naturaleza del consentimiento...Tenemos consentimiento entonces, siempre que el derecho de un hombre para actuar de cierta manera es condicional de que otro hombre haya expresado el deseo de que actúe en esa forma coincidente.

La expresión consentimiento deriva del latín "*consensus*". Desglosada la misma significa "cum" **con** y "*sentiré*" **sentir** y representa por consiguiente, el acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cuestión. En sentido general el consentimiento es conformidad. En su estricto sentido jurídico, las opiniones se han dividido acerca de lo que debe entenderse por consentimiento. Algunos autores, consideran que el consentimiento es siempre un acto bilateral, consistente en el acuerdo de las voluntades de las partes. Otros autores parten de la individualidad del pensamiento humano y consideran que el consentimiento es un hecho individual, es la declaración de una voluntad en adhesión a otra, de tal modo que el consentimiento viene a ser un equivalente de asentimiento, es la conformidad de cada uno de los contratantes. (Esta posición no hace distinción entre consentimiento y asentimiento¹¹⁶). La posición ecléctica, asigna a la palabra consentimiento un doble significado: por un lado, sostiene que etimológicamente, es el acuerdo de voluntades de las partes concursus

¹¹⁵Plamenatz, J.P. (1968). *Consentimiento, Libertad y Obligación Política* (p. 182). Oxford University Press.

¹¹⁶"El artículo 456 C.C.C. – deja bien en claro que la manifestación de voluntad del cónyuge no titular constituye "asentimiento" y no "consentimiento", como establecía el derogado 1277 CC... tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido contestes en destacar que el consentimiento es un elemento esencial del contrato, atribuible a las partes del mismo, que hace a la formación y existencia del negocio contractual, en tanto que el cónyuge no titular se limita a manifestar su conformidad con relación a la voluntad negocial del disponente".

Rachid, M. y Saenz, P. F. (2014). Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentar. *Revista Notariado*, (926). <http://www.revista-notariado.org.ar/2017/03/asentimiento-conyugal-anticipado-y-poder-para-asentar>

voluntarium, y por otro, marca un sentido más restringido, ya que explicita que con la palabra “consentimiento se designa la adhesión de cada parte a las condiciones del contrato”¹¹⁷.

La doctrina ha sostenido:

Cabe acotar aquí que el uso de la expresión *consentimiento* –gramaticalmente correcta, pues consentir es permitir o autorizar, en su primera acepción– ha sido criticado porque jurídicamente puede producir confusión, ya que el consentimiento, como elemento de los contratos, es el que proviene de las partes del acto. Por ello, se prefiere el vocablo *asentimiento*, que da mejor idea de que se trata de la conformidad de un tercero que no es parte.¹¹⁸

En opinión de la ponente, el consentimiento se configura cuando dos o más personas acuerdan sobre la realización o abstención de un hecho o acto que virtualmente puede tener consecuencias jurídicas, en cambio el asentimiento es la aceptación que manifiesta un tercero sobre un acto o hecho del que él no participa directamente.¹¹⁹

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MEDICINA

Dado que en las técnicas de reproducción asistida se requiere como condición indispensable no solo que haya consentimiento, sino que este sea acabadamente informado y comprendido por la persona a la cual se le transmite la información, cabe la pregunta, ¿qué es el Consentimiento Informado?

El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos lo define como:

El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y

¹¹⁷ La Voz del Derecho. (28 de Mayo de 2015) *Diccionario Juridico: Consentimiento* <https://lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/3160-diccionario-juridico-consentimiento> (visto en fecha 26/04/2020)

¹¹⁸ Belluscio, A. C. (Dir.) (1992). Código Civil y leyes complementarias: Comentado, anotado y concordado. (p. 172). Buenos Aires: Astrea.

¹¹⁹ Asentimiento de los Niños: Por ley, los niños no pueden dar un consentimiento formal real hasta que cumplan los 18 años de edad. Por eso, antes de tomar parte en un estudio clínico, se les pide que den su asentimiento. Asentimiento quiere decir que aceptan participar. También pueden disentir, lo que quiere decir que no aceptan participar en el estudio. A diferencia del consentimiento formal, el proceso de asentimiento no es exigido por ley, pero puede ser requerido por los Consejos Institucionales de Revisión (IRB). Instituto Nacional del Cáncer (13 de noviembre de 2014). *Asentimiento de los Niños*.

<https://www.cancer.gov/espanol/cancer/tratamiento/estudios-clinicos/seguridad-paciente/asentimiento-ninos>

normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de esta y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada, la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente.¹²⁰

En el ejercicio de la medicina, el personal de la salud se rige por principios éticos básicos que deben regir toda atención médica y que fueron establecidos en el “*Belmont Report*” o “*Informe Belmont*”¹²¹

En este informe quedaron bien delimitados tres principios básicos: 1) Beneficencia; 2) Justicia; y 3) Respeto por las personas.

El principio de beneficencia consiste en procurar el mayor bien y beneficio para los pacientes. Antaño (en la actualidad persiste esta creencia en algunos sectores doctrinarios) existía la tendencia de pensar que una persona en estado de sufrimiento no era capaz de tomar libremente una decisión, pues el sufrimiento lo incapacitaba no sólo en su cuerpo sino también en su mente y alma.

El Informe Belmont rechaza la idea de beneficencia como caridad, expresa que debe entenderse en un sentido más fuerte, “como una obligación”. En ese sentido, fueron formuladas dos reglas generales como expresiones complementarias de los actos de beneficencia: 1) no hacer daño y 2) maximizar los posibles beneficios y minimizar los posibles daños.

El principio de justicia hace referencia, por un lado, a la justicia como “imparcialidad en la distribución de los riesgos y de los beneficios” y por otro lado a los criterios éticos en la “asignación y en la distribución de recursos en la salud”.

En este último caso encontramos que, en algunos sectores de la población la intervención médica se encuentra sobredimensionada, mientras que en otros la atención médica es deficitaria o nula; esto produce un desequilibrio en la distribución equitativa de la atención sanitaria.

El principio “Respeto por las Personas” asumirá la denominación “Principio de Autonomía de la voluntad”; siendo el mismo el eje principal del consentimiento informado.

¹²⁰ Vázquez Ferreira, R. (1992). *Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina*.(p. 34). Ed. Hammurabi.

¹²¹ “Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research. – Report of the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research”.-

El término autonomía viene del griego “*autos: uno mismo y nomos: regla*”; es decir, gobierno propio o autodeterminación.

El Informe Belmont sostuvo que: “respeto por las personas incorpora dos convicciones éticas: 1) Los individuos deberían ser tratados como entes autónomos y 2) Las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección”. Asimismo, precisó por ente autónomo, “a la persona capaz de deliberar sobre sus metas personales y actuar bajo la dirección de esta reflexión”.

Asimismo, en el Código de Ética para el Equipo de Salud¹²² en el Capítulo 5, de los derechos y deberes de los Pacientes, el art. 77 dice expresamente que:

El paciente tiene derecho a que se le brinde la información que permita obtener su consentimiento comprensivo del diagnóstico, pronóstico, terapéutica y cuidados preventivos primarios o secundarios correspondientes a su estado de salud. Deberá firmar él, la familia o su representante un libre “Consentimiento Informado” cuando los facultativos lo consideren necesario.

En el mismo sentido, el art. 78, se refiere a la preservación de los datos personales de salud del paciente. El paciente tiene derecho a que se guarde secreto sobre su estado de salud en relación a terceros y en forma especial en relación a los Datos Sensibles (raza y etnia, opiniones políticas, religiosas, filosóficas o morales, salud en general o vida sexual (Ley 25.326/2000, Art 2).

El Dr. Pregno¹²³ refiriéndose al trasplante de órganos sostiene que:

Si de consentir se trata, la senda adecuada, parece ser la del consentimiento informado (CI), principio fundante de la ética médica en general y de la transplantología, en particular. De ahí que el CI se revele como el procedimiento oral y jurídico más idóneo para ejercer el derecho a disponer del propio cuerpo; considerándose como un proceso de diálogo y comprensión mutua, en donde se recibe información a cambio de

¹²² Asociación Médica Argentina (2016). *Código de Ética para el Equipo de Salud*.(3a ed.). Universidad del Aconcagua.

¹²³Pregno, E. (2005). Algunas meditaciones en torno al Consentimiento Presunto y su Aplicación en la temática trasplantológica: Un posible caso de rechazo agudo (p. 595). *Derecho Práctico: Observatorio Legal*. pp 592-598.

participación activa y responsable... El CI constituye uno de los mayores logros frente al modelo verticalista de atención de la salud encarnado por la incorporación médica tradicionalista (el tradicionalismo es de temer, no las tradiciones); y como tal, conserva su plena vigencia.

Si bien, se refiere específicamente al área de trasplante de órganos, su opinión es aplicable al trabajo que nos ocupa.

En Argentina el consentimiento informado, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 26.529¹²⁴ en su art. 5° se lo define como la declaración de voluntad efectuada por el paciente o sus representantes legales con posterioridad, de recibir del profesional interviniente “una información clara, precisa y adecuada” sobre el estado de salud del paciente, el procedimiento propuesto, los beneficios de este, sus riesgos, especificación de procedimientos alternativos y sus consecuencias previsibles.

Por lo arriba mencionado se entiende por: **clara**, la información transmitida en forma sencilla, de forma tal que la persona que reciba la misma la comprenda, con independencia de su nivel cultural; **precisa**, no debe ser ambigua, ni dar a entender conceptos que pueden ser entendidos erróneamente, no se debe ocultar información a la persona que recibe el mensaje (sea la misma persona o un familiar) y **adecuada**, se entrelaza con clara, ya que debe ser dada en lenguaje adecuado a la educación del receptor de la información.

En las técnicas de reproducción humana asistida uno de los requisitos sine qua non es el consentimiento, libre (sin coacción) e informado.

¹²⁴Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ley 26.529 (modificada por ley 26.742). Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Artículo 5°.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ARGENTINA

En Argentina no hay una prohibición expresa sobre la práctica de la sustitución de vientres. Es más, como más adelante se analizará, se lo considera como un procedimiento de técnica de reproducción asistida de alta complejidad (juntamente con las demás técnicas oportunamente analizadas). El art. 565 del Código Civil y Comercial, sienta el principio general que: “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...” Por consiguiente, la maternidad se determina por el hecho del parto ya sea éste en forma natural o por cesárea y la madre gestante sería la madre legal. Lo cual se deduce que se priorizaría la filiación de gestación por sobre la filiación genética. Sin embargo, encontramos fallos con anterioridad a la reforma del Código Civil y Comercial (2015), que determinaron la prevalencia de la filiación genética en miras del interés superior del niño¹²⁵.-

Por otro lado, se prevé la filiación paterna y en su art. 566 del C.C.C. existe la presunción de la paternidad del cónyuge, salvo en los casos de técnicas de reproducción humana asistida si el cónyuge “no prestó el consentimiento previo, informado y libre”.

El consentimiento en las técnicas de reproducción asistida tiene importancia no solo como exteriorización de la autonomía de la voluntad (libertad de decidir, derecho fundamental amparado por la C.N.) de las partes, sino también en relación con la determinación de la filiación.

El art. 575 C.C.C. sobre determinación en las técnicas de reproducción humana asistida precisa: “En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial”

Se reconoce a las técnicas de reproducción humana asistida como un tercer tipo filial. En el art. 562 sobre filiación derivada por TRHA su eje central es la voluntad procreacional, la que es expresada a través del consentimiento previo, informado y libre debidamente protocolizado (arts. 560 y 561 CCyC). El vínculo filial quedará establecido en aquellos casos en que se prestó el debido consentimiento, por ser quienes tuvieron la voluntad de ser padres/madres a través del uso de las técnicas de reproducción asistida. Si bien se establece que sea “debidamente protocolizado” ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción; en opinión de la que aquí expone, en la técnica de gestación

¹²⁵Juzgado de Familia de Gualeguay 19-11-2013.

por sustitución de vientre para que el consentimiento sea fehaciente y dé garantía a las personas humanas que intervienen en el proceso, debería ser prestado ante el Juez competente que intervenga en el caso.

En las técnicas de reproducción asistida se debe diferenciar la identidad genética de la biológica cuando se utilizan gametos o embriones de terceros¹²⁶. La identidad biológica se encuentra en la persona que gesta al niño; en cambio, la identidad genética está en las personas que aportaron el material genético del cual se formó el embrión. ¿Quién o quiénes son progenitores del hijo nacido por las TRHA? Indudablemente quienes hubieron aportado el material genético y tuvieron voluntad procreacional para que el niño naciera, sin cuya voluntad nunca hubiera nacido.

El consentimiento informado debe ser realizado por ambas partes previamente a la implantación del embrión y cumplir con los requisitos que establece el C.C.C.¹²⁷. Dichos requisitos son: debe ser dado con libertad, como elemento esencial de la voluntad que se plasma a través del correspondiente consentimiento informado¹²⁸, ante establecimientos sanitarios destinados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida habilitados por autoridad competente para la realización de este tipo de técnicas¹²⁹, el

¹²⁶ Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, permite la donación tanto de gametos como de embriones

¹²⁷ Forma y requisitos del consentimiento La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Artículo 561.

¹²⁸ Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Reglamentación. Art. 7°. Beneficiarios. El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión. Ley N° 26.862 de 2013. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. 05 de Junio de 2013. Decreto 956/2013.

¹²⁹ ARTICULO 4°.- Registro. El registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones funcionará en el ámbito del REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) en la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente de la SUBSECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION Y FISCALIZACION de la SECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION E INSTITUTOS del MINISTERIO DE SALUD. Las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado.

consentimiento se transcribirá en la historia clínica y deberá renovarse con cada práctica de que se realice de reproducción asistida.

En todos los casos el consentimiento es revocable, la diferencia radica en el tipo de técnica de reproducción realizada; si se trata de técnicas de reproducción asistida de baja complejidad es revocable hasta antes del inicio de la inseminación, en cambio si la técnica es de alta complejidad es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

Ahora bien, la mujer gestante también debe dar su consentimiento libre y acabadamente informado para gestar al embrión del o los comitentes, respetando sus derechos y autonomía de la voluntad y libertad, por ello es necesaria la intervención judicial.

El principio general es que al paciente se le debe informar en forma clara, precisa y comprensible a su nivel sociocultural del tratamiento o intervención médica que se le va a suministrar y de las consecuencias posibles que éste puede producir. La toma de la decisión es exclusiva del paciente y ésta debe ser tomada libremente y sin coacción¹³⁰.-

De lo hasta aquí expuesto encontramos 2 supuestos: 1) Que previo al consentimiento sobre la gestación por sustituir el vientre, se le informe a la gestante de los inconvenientes que el tratamiento le puede acarrear a su salud (consentimiento informado) y 2) Que dicho el consentimiento deberá ser ratificado personalmente ante el Juez, no bastando que el mismo sea prestado ante escribano público.

Asimismo, está interrelacionado con la voluntad procreacional, elementos estos, que determinan la filiación del por nacer en las técnicas de reproducción asistida.

Previo a continuar con el tema de la filiación del niño/a nacido por medio de la gestación de vientre subrogado, es necesario incursionar sobre la noción actual de acto administrativo y su diferencia con el hecho administrativo. Pues la ley 26.413 se refiere a la inscripción del nombre del niño nacido por esta técnica de reproducción asistida como un hecho administrativo, al que le otorga carácter preventivo.

NOCIÓN ACTUAL DE ACTO ADMINISTRATIVO – DIFERENCIA CON HECHO ADMINISTRATIVO

¹³⁰ La “Declaración de Lisboa” (1981), en la XXXIV Asamblea Médica Mundial, en el título “Los Derechos del Paciente” establece que: “*Después de haber sido adecuadamente informado sobre el tratamiento propuesto, el paciente tiene el derecho de aceptarlo o rechazarlo*”.

A partir de la reforma de la Constitución Argentina del año 1994, el estado constitucional asumió como valor rector la dignidad del ser humano, y con ello se comprometió a proteger, garantizar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona. Prueba de ello es la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos en cuyos arts. 75 inc. 22 y 23, se les confiere jerarquía superior a las leyes, promoviéndose la legislación y promoción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y los tratados internacionales vigentes de derechos humanos.

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (ley 19.549) no brinda un concepto de acto administrativo, por lo que la doctrina es la que proporciona diversas definiciones. De acuerdo con el Dr. Sammartino¹³¹ la fuente doctrinal del Título III del cuerpo normativo ha sido inspirado por el pensamiento del Dr. Marienhoff, para quien “por acto administrativo ha de entenderse toda declaración, disposición o decisión de autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de efecto jurídico”. Explica este jurista que, cuando se refiere a “declaración”, “disposición” o “decisión” quedan comprendidos los actos administrativos individuales (decisiones), generales (disposiciones), expresos y tácitos, unilaterales y bilaterales. Añade que el vocablo “declaración” tiene un significado “genérico” que implica “exteriorización de una voluntad”. Para el Dr. Gordillo¹³² el acto jurídico es una “declaración”:

Si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad —dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento —atestación o certificación) u opinión y juicio. En efecto, al hablar de “declaración” se indica claramente que se trata de una exteriorización intelectual por oposición a material, con lo que se da la nota característica del acto y su diferenciación con el hecho; y se abarca tanto el caso en que ese intelecto persigue un efecto jurídico de cualquier tipo como aquél en que el fin se agota en la emisión del mismo.

¹³¹Sammartino, P. M. E. (2007). *La noción de acto administrativo en el estado constitucional* (p. 639). EDA.

¹³²Gordillo, A. (2012). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: primeras obras*. Fundación de Derecho Administrativo. https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/02/02-capitulo2.pdf

Por lo tanto “el concepto de acto administrativo *queda restringido a las declaraciones productoras de efectos jurídicos inmediatos*”.

El Dr. Cassagne define el acto administrativo como toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto.¹³³

El Dr. Gordillo expresa¹³⁴ que existe una diferencia en la importancia de los efectos jurídicos que emanan de un acto y de un hecho administrativo. En el caso del acto, su efecto jurídico principal y fundamental es operar una modificación en el orden jurídico, creando derechos o deberes de otros sujetos de derecho; en cambio, el hecho administrativo normalmente no produce tales consecuencias jurídicas. Sus efectos jurídicos, cuando los tiene, son más débiles “el hecho es inoperante para generar *deberes* de los individuos frente a la administración, en cuanto se trata de una mera operación material que no explicita formalmente una determinada decisión o declaración administrativa”.

En el acto administrativo rige la presunción de legalidad, por consecuencia el particular se ve obligado a cumplirlo. En cambio, en el hecho administrativo no existen normas positivas que le otorguen tal presunción ni tampoco la jurisprudencia se la ha reconocido. Razona el jurista expresando que, así como no proceden recursos contra ellos (hechos administrativos)

¹³³Se encuentran definiciones de acto administrativo en leyes de procedimiento administrativo de algunas provincias, así la ley de procedimientos administrativos de Salta - Ley 5.348, en el Título III – Acto Administrativo, art. 25 establece: “Entiéndase por Acto Administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa. El silencio, de por sí, es tan sólo una conducta inexpresiva administrativa: sólo cuando el orden normativo expresamente dispone que, ante el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considerará que la petición ha sido denegada o aceptada, el silencio vale como administrativo”. La LPA de Mendoza - Ley 9.003/17, en su Capítulo IV Intervención administrativa – Sección I – Del Acto Administrativo, en el art. 28 lo define como: “Entiéndase por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa. No lo son los meros pronunciamientos administrativos, los cuales no gozan de los caracteres de los actos administrativos; no hay en relación a los mismos carga impugnatoria, ni alteran las competencias judiciales correspondientes para accionar...”. La LPA de Neuquén Ley 1284 - Modificada por ley 2456 y 3002, en el Título III – Formas Jurídicas Administrativas – Acto Jurídico, en el art. 37 que: “El ejercicio de la función o actividad administrativa se exterioriza por alguna de las siguientes formas jurídicas: a) Acto administrativo: Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa. Por último en la LPA de La Pampa N° 951/79, en el Título 7 De los actos administrativos - Capítulo 1 Principios generales, en su art. 33 lo define como: “Acto administrativo es toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico y el art. 34.- Considerase, asimismo, acto administrativo el hecho o acción material que traduzca indubitable e inequívocamente la voluntad de la Administración Pública, en ejercicio de sus atribuciones jurídico - públicas. En tal supuesto, ese hecho o acción material se rige por las mismas reglas que gobiernan a los actos administrativos, en cuanto les sean aplicables”

¹³⁴ Gordillo, A. (s.f.). Capítulo III: La distinción entre acto y hecho administrativo. https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo3.pdf

por regla general, así tampoco empiezan a correr los términos de impugnación por algún recurso administrativo o judicial a partir del conocimiento del hecho, salvo que la norma lo diga expresamente, lo que no es común: Los términos sólo nacen con la notificación formal de un acto y en ausencia de este *no puede haber consentimiento a la conducta administrativa*. Finalmente, el hecho no tiene fecha cierta, a diferencia del acto, que sí la tiene.

Los actos reciben como sanción la nulidad o anulación, mientras que los hechos no se anulan, pero sí generan responsabilidad de la administración. Vale decir, que los actos administrativos y los hechos administrativos reciben un tratamiento diferente.

Por ello es importante diferenciar entre hecho y acto jurídico, ya que la ley 26.413 en el capítulo I - Disposiciones generales – Art. 1º establece que:

Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Y en el Considerando de la Disposición N.º 93/DGRC/17 se explicita: “Que la Ley Nacional N.º 26.413 establece que todos los hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas”.

Lo cual significa que la inscripción provisional del nombre (entiéndase prenombre más apellido) de un recién nacido por las técnicas de la gestación por sustitución de vientres es un hecho administrativo y no un acto administrativo en el sentido de exteriorización de la voluntad como uno de sus atributos, sino un hecho administrativo que sólo puede generar responsabilidad de la administración¹³⁵, dado que la inscripción de nacimiento (originariamente, acto administrativo) se da de manera provisional, con la condición resolutoria de la aprobación de la gestación por sustitución de vientre por medio de una ley.

¹³⁵ Ninguna constancia extraída de otro registro que el del estado civil y capacidad de las personas, tendrá validez en juicio para probar hechos o actos que hayan debido inscribirse en él, salvo los documentos que expida el Registro Nacional de las Personas, en ejercicio de sus facultades. Ley 26.413 de 2008. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Artículo 24. 01 de octubre de 2008.

Dentro de la problemática jurídica encontramos temas de relevancia en derecho, uno de ellos es la determinación de la filiación del niño nacido por sustitución de vientre y la legalidad del convenio que se signa entre las partes.

Por ello y como previo al tema que nos ocupa se aborda la diferencia entre contrato, convenio y pacto. La razón de la designación de convenio y no pacto o contrato en la subrogación/sustitución de vientres. Para luego considerar el tema de legalidad del convenio de gestación por sustitución de vientres.

Contrato proviene de la palabra “contractus”, cuyo significado es unir, estrechar, contraer. Es el acuerdo de voluntades entre dos más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones entre los contratantes. El mismo debe cumplir con determinadas formalidades de acuerdo con el contrato de que se trate, y son de carácter esencialmente patrimonial (creditorias y obligacionales).

El contrato es una especie dentro del género de los convenios.

El convenio (convetio) proviene de la palabra “cum venire”, que significa venir juntos. Es la decisión tomada de común acuerdo cuyo efecto es la obligatoriedad para las partes creando derechos y obligaciones. No requiere formalidad, sin embargo, la obligatoriedad nace del acto voluntario en sí mismo.

En derecho de familia los deberes carecen de contenido patrimonial, la idea de institución es concebida con la regulación imperativa y trascendente a los sujetos. Por lo tanto, se exige una conducta personal (ya sea positiva, ej: acuerdo de régimen comunicacional, o negativa, ej: restricción de acercamiento en caso de violencia).

Respecto de las sanciones son distintas en una y otra órbita, así en derecho de familia la indemnización puramente es ajena a las relaciones de familia. En los contratos, la indemnización pecuniaria es típica del contrato.

El acto familiar (matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción, etc.) pertenece a la teoría general del acto jurídico. ¿Porqué? Si bien la voluntad constituye ese acto familiar activo, también tiene un papel pasivo en cuanto al contenido. Ej: matrimonio – la voluntad de las partes es esencial, pero la regulación está fuera del libre albedrío de los contrayentes.

En el derecho romano encontramos una diferenciación entre contrato y pacto, en el primero se destacaban las formalidades entre las partes reconociéndosele eficacia jurídica sólo si se cumplían con las mismas. En cambio, en el pacto no había ningún tipo de solemnidad y la obligatoriedad se daba como un derecho natural.

Actualmente, contrato y pacto son términos equivalentes. Los pactos son cláusulas accesorias insertas dentro de un contrato, pudiendo modificar alguna cláusula de este, o anexas una reglamentación.

Si bien en el Código Civil y Comercial en el Capítulo 2 del Título III del Segundo Libro se menciona Pactos de Convivencia en la Uniones de Hechos, en realidad lo que se describe en los arts. 513 a 517 específicamente se refieren a los Acuerdos Convivenciales ya sea en las uniones de hecho como en las matrimoniales.

Por último, el contrato se perfecciona con la aceptación¹³⁶, ya sea de la oferta o por conductas realizadas por las partes que sean suficientes para demostrar la existencia de ese acuerdo, vale decir, tiene principio de ejecución una vez que se haya perfeccionado, por lo tanto, si es incumplido es pasible de extinción o resolución por la parte perjudicada. Es así como en el contrato el perjudicado puede pedir judicialmente una indemnización, y únicamente puede ser presentado ante la justicia en caso de incumplimiento; en cambio el convenio puede ser presentado judicialmente previamente a su ejecución.

DEFINICIÓN DEL CONTRATO O CONVENIO DE SUSTITUCIÓN DE VIENTRE.

Según el diccionario Panhispánico del Español Jurídico se ha definido al contrato de subrogación o sustitución como: “Mujer que previo, acuerdo o contrato, cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación in vitro, y se compromete a entregar al nacido al término del embarazo”¹³⁷

La Enciclopedia de Bioderecho y Bioética¹³⁸ da su definición jurídica como:

El procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después

¹³⁶ Art. 978 C.C.C.: “...Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta...” Art. 979 C.C.C.: “Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación...” Art. 980: “...La aceptación perfecciona el contrato: a) entre presentes, cuando es manifestada; b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta”. Código Civil y Comercial [CCC]. Ley 26.994 de 2014. Decreto 1795/2014.

¹³⁷ Diccionario panhispánico del español jurídico (2022) . Vientre de alquiler. <https://dpej.rae.es/lema/vientre-de-alquiler>

¹³⁸ Brena Sesma, I. (s.f.). *Maternidad Subrogada (Jurídico)*. Enciclopedia De Bioderecho Y Bioética. Cátedra De Derecho Y Genoma Humano. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203>

de su nacimiento...Dependiendo del punto de vista económico los contratos de maternidad subrogada pueden ser: a) Los más comunes son los onerosos. La madre gestante cobra por desarrollar en su cuerpo al niño y si, además, aporta el óvulo cobrará una cantidad superior. Muchas mujeres de baja condición económica o sin un trabajo permanente o simplemente porque quieren obtener un dinero extra, aceptan celebrar un convenio de maternidad subrogada o de alquiler de útero. b) En los contratos a título gratuito, la madre gestante permite el desarrollo del niño por un sentimiento altruista de una mujer respecto a quienes encargan el niño.

Por su parte en la Revista de Derecho de Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia¹³⁹, conceptualizó que:

El contrato de madre subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante del espermatozoide y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.

Es necesario realizar una reflexión. Las definiciones hasta aquí dadas hacen referencia a la “Maternidad Subrogada”, cuando en realidad la palabra maternidad involucra mucho más que el hecho de parir. Se es madre no sólo por dar a luz un niño, sino también por criarlo, cuidarlo en la enfermedad, enseñarle pautas sociales y culturales, acompañarlo en su vida y hasta aceptarlo con sus discapacidades físicas y/o psíquicas.

¹³⁹Rodríguez-Yong, C. A. y Martínez-Muñoz, K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho*. 25(2), 59-81 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>

Cabe recordar la diferencia entre subrogación de vientre y sustitución de vientre. En el primer caso la gestante aporta sus óvulos y su útero para entregar a la/el niña/o nacida/o después del parto a la madre o padre contratante; en cambio en la sustitución de vientre la pareja o persona contratante aporta su embrión y la gestante será la portadora de este en su vientre hasta el nacimiento de la/el niña/o.

Volviendo al tema, en cuanto al contrato o convenio de subrogación o sustitución de vientre puede clasificarse como **altruista**, cuando la mujer gestante solo recibe como contraprestación el pago de los gastos derivados del embarazo (en Canadá debe hacerse bajo recibo entregado a la autoridad de fiscalización) y **comercial u oneroso**, cuando la gestante recibe como contraprestación por las obligaciones derivadas del acuerdo o contrato, el pago de una suma de dinero o la entrega de objetos u otra cosa material que tenga valor pecuniario, aparte de los gastos propios del embarazo.

APLICACIÓN DE LA LEY 26.413 EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

¿Qué sucede cuando la inscripción es provisoria o preventiva? ¿En qué situación jurídica queda la persona?

Este es el caso de los niños nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida por sustitución de vientres.

En conformidad al art. 2º de la ley 26.413 se dispuso que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sea organizado por los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Específicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por Ley 1218, en su art. 1º establece la competencia de la Procuración General, ejerciendo la representación y el patrocinio de la Ciudad en los procesos en que controviertan sus derechos e intereses. También está encargado de defender su patrimonio, así como de dictaminar sobre la legalidad de los actos administrativos e instruir sumarios.

Ejerciendo la facultad otorgada, la Procuración solicita informes sobre el trámite de tres amparos¹⁴⁰ de filiación por la técnica de reproducción asistida “subrogación solidaria” o subrogación de vientres, los cuales no habían tenido pronunciamiento judicial.

¹⁴⁰1) "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/GCBA y otros s/amparo otros". Expte. 1861/2017; 2) "Lucca Mariana Inés c/GCBA y otros s/ Amparo". Expte. 6812/2017, en trámite ante el

Respecto del pronunciamiento de la causa "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/GCBA y otros s/amparo otros - Expte. 1861/2017", la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires resolvió:

hacer lugar al recurso de apelación y dejar sin efecto el rechazo in limine del amparo y hacer lugar a la medida cautelar solicitada con el siguiente alcance "ordenando que el Registro inscriba en términos preventivos a los menores nacidos por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizada en el país, denominada gestación solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por los progenitores con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitor a la persona gestante cuando previa y fehacientemente- hubiera expresado no tener voluntad procreacional. No obstante ... se ordena provisionalmente con sustento en el art. 184 CCA y T que los datos de la gestante sean debidamente asentados a fin de respetar el derecho a la identidad de los niños y niñas pertenecientes a dicho universo en el legajo perteneciente a cada uno de ellos.

Por disposición N.º 103/DGRC/17 modificatoria de la ley 26.413 se dispuso: "Art. 1º: Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento, a saber: 1) Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo"¹⁴¹.

Juzgado N° 5, Secretaría 10 CAYT; y 3) "Verzero, Rubén Cristian y otro c/ Registro Civil y Capacidad de las Personas y otro s/Amparo Familia" Expte. 288487/2017 en trámite ante el Juzgado Civil N° 12, Secretaría 24.-

¹⁴¹"Buenos Aires, 30 de abril de 2020. Que la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, en la causa "Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y Otros s/ Amparo - otros" Expte- 1861/2017, se resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores y dejar sin efecto el rechazo in limine del amparo, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada, con el siguiente alcance "ordenando que el Registro inscriba en términos preventivos a los menores nacidos por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizada en el país, denominada gestación solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por los progenitores con voluntad procreacional, sin emplazar

En el campo del derecho filial, el derecho a la identidad es uno de los pilares de los derechos humanos, y como tal se encuentra protegido por la Constitución Nacional y por los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (art. 75 inc. 22). Por ende, la inscripción provisoria de la filiación de un menor no da certeza jurídica ni respeta el derecho humano del niño a tener un nombre, una nacionalidad y una familia. En el caso, la inscripción provisoria o provisional se encuentra supeditada a la sanción de una ley sobre gestación por sustitución de vientre o gestación solidaria. Cabe la pregunta, ¿qué sucede si esta ley no se sanciona? La filiación del menor ¿será de los padres que dieron su material genético y tuvieron voluntad procreacional o de la mujer gestante? O peor aún, ¿quedará sin filiación y será un niño expósito?, como en el caso Paradiso e Campanelli C/ L'Italia.

como progenitor a la persona gestante cuando - previa y fehacientemente- hubiera expresado no tener voluntad procreacional. No obstante ... se ordena provisionalmente -con sustento en el art. 184 CCAyT - que los datos de la gestante sean debidamente asentados - a fin de respetar el derecho a la identidad de los niños y niñas pertenecientes a dicho universo - en el legajo perteneciente a cada uno de ellos (cf. Art. 563, CCyCom)" Disposición N° 122/DGRC/20 G.C.B.A.

CAPÍTULO 3: EL DERECHO ARGENTINO Y LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA FILIACIÓN Y A LA FAMILIA

LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES Y SU RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA. DERECHO HUMANO A LA FAMILIA

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos describe más detalladamente los derechos y garantías de las personas humanas. En su preámbulo reconoce expresamente que los derechos esenciales del hombre tienen su fundamento en los atributos de la persona humana, este hecho justifica la protección internacional que le otorga y el control convencional que deben ejercer los países firmantes. Los arts. 17, 18, 19, 20 y 24; se refieren a la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad, el derecho al nombre y el apellido imprescindible para la individualización de la persona humana dentro de la sociedad, el derecho a la protección del niño por parte de la familia, la sociedad y el estado, y el derecho a la nacionalidad, derecho éste que va concatenado con el art. 18, derecho al nombre. Todo ello se encuentra vinculado con el art. 24 que es la igualdad de todas las personas ante la ley y la protección que ésta brinda sin ningún tipo de discriminación. Principio éste que también se encuentra contenido en la Constitución Argentina en su art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”¹⁴²

En términos similares proclama el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 23 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, reconociéndoles tanto al hombre como a la mujer el derecho a fundar una familia. Por su parte el art. 24 determina que todo niño tiene derecho a que se implementen medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y del estado. De la misma forma se refiere al nombre, estableciendo que el niño debe tener un nombre inmediatamente después de su nacimiento. Con ello se protege la individualización de la persona como integrante de la sociedad, conjuntamente el derecho humano internacional del niño a una nacionalidad.

¹⁴²Vale aclarar, que la Constitución Argentina, si bien fue reformada en el año 1994, el Capítulo Primero que consta de 35 artículos no tuvo reformas, dado estamos en presencia de una constitución rígida con cláusulas semi pétéas.

Del mismo modo la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 7.1 es descriptiva cuando establece: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad...”

Cabe la pregunta, si Argentina se adhirió, ratificó e incorporó los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como ley suprema, ¿no sería una violación a los mismos el hecho de dar provisoriamente el nombre y nacionalidad a un niño nacido por medio de la técnica de reproducción asistida por vientre sustituto (o gestación solidaria, como algunos autores lo denominan)? La respuesta es afirmativa, en conformidad al desarrollo realizado.

Por último, respecto de la figura de la gestación por vientre sustituto y dado que en varios países ha sido aprobada, ya sea de modo altruista como mediante un contrato o convenio de sustitución/subrogación a título oneroso y que en Argentina no se encuentra expresamente prohibida, se podría llegar a interpretar que por medio del art. 19 de la C.N. y sin que por ahora medie un artículo o ley que la regule, la maternidad/paternidad genética es totalmente viable y los niños que nacen mediante la técnica de reproducción asistida mediante gestación por sustitución de vientre deberían ser asimilados a los hijos nacidos por parto biológico, dado que el nombre y la nacionalidad es un derecho humano, caso contrario, volveríamos a distinguir entre hijos legítimos e ilegítimos. Por otra parte, el ejercicio de la autonomía de la libertad de las partes involucradas con consentimiento, libertad y voluntad deberá ser respetado en conformidad a las convenciones y tratados de derechos humanos firmados.

En este sentido se puede concluir que las convenciones internacionales implementan medidas y declaraciones en protección de la familia, del niño y del hombre y la mujer en su conjunto y en forma universal. Por una parte trata el tema del niño con independencia de la forma en que comience su existencia en este mundo, estableciendo que tiene derecho a una familia, un nombre y una nacionalidad; por otro lado trata el tema del hombre y la mujer dándole esa proyección internacional y conjuntamente con el derecho de formar una familia, le otorga protección a la forma de concretar ese derecho sin menoscabar la dignidad del ser humano, respetando las decisiones que tomen en forma libre, autónoma y con conciencia tanto el hombre como la mujer, en forma conjunta o individualmente de acuerdo a la composición de la evolución de la nueva modalidad de familia.

Cuando se hace referencia al concepto familia, se encuentra representado en los derechos humanos de segunda, tercera y cuarta generación, dentro de los cuales se halla inserto el derecho a gozar de los beneficios de los avances tecnológicos los que están intrínsecamente relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida siendo una de ellas, la sustitución de vientres

como un hecho del avance tecnológico y de la posibilidad de concretar el anhelo de formar una familia.

Por su parte Ana Elena Badilla¹⁴³ en su análisis sobre el derecho a la formación de una familia señala que desde el punto de vista constitucional y convencional:

El derecho a la constitución de la familia también se relaciona estrechamente con el derecho al nombre y a la nacionalidad. En cuanto a lo primero, el Art. 18 de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos y agrega que la ley debe reglamentar la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. En cuanto al derecho a la nacionalidad, el Art. 20 de la Convención Americana señala que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

En el mismo sentido especifica que:

El derecho a la protección de la familia entraña también el derecho que tienen niñas y niños a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, reconocido en el Art. 19 de la Convención Americana, así como la igualdad de derechos para todos los hijos e hijas, tanto nacidos dentro como fuera de matrimonio.¹⁴⁴

Con la modificación de la Constitución Nacional Argentina de 1998 se incorporaron las convenciones y tratados de derechos humanos. Por consiguiente, se incorporó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la novena conferencia Internacional Americana en Bogotá en año 1948) que en su artículo segundo y cuarto establece

¹⁴³Badilla, A. E. (1996). *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

¹⁴⁴ Badilla, A. E. y Blanco, L. (1996). Código de la Mujer. Editorial Porvenir. Los derechos humanos. Documentos básicos. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992. Sitios web Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sección Derechos Mujer: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/DerechosMujer><https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf> - <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/DerechosMujer>

la igualdad ante la ley y el derecho a la constitución de una familia, como elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ello. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 7 se refiere a la protección contra todo tipo de discriminación, y el art. 16 al derecho de fundar una familia como un “elemento natural y fundamental de la sociedad”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el preámbulo expresa que se ha considerado los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos “y que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967), consagra en los arts. 17, 18, 19 y 20”. Reafirma la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, el derecho a fundar una familia, reconoce la igualdad de derechos tanto para los hijos nacidos fuera del matrimonio como para aquellos nacidos dentro del matrimonio, el derecho al nombre y a la nacionalidad y el art. 24 establece que todas las personas tienen igualdad ante la ley y el derecho a la protección igualitaria sin discriminación.

El principio de igualdad se concreta en la igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. La igualdad entre la filiación matrimonial y la no matrimonial se refiere básicamente al contenido y efectos de la relación paterno-filial.

El Código Civil y Comercial de la Nación (art. 582 y s.s) respecto de la reclamación de la filiación (investigación de la paternidad y la maternidad) establece que puede hacerse contra cualquiera de los progenitores, ya no se exceptúa la mujer casada. Esta regla sirve para fundamentar constitucionalmente el principio de veracidad biológica, con la genética y su vinculación entre la filiación biológica, genética y jurídica.

Es posible reconocer en diversos instrumentos de derechos humanos, regionales e internacionales, el derecho a formar una familia, los derechos de sus miembros, las obligaciones de la sociedad y los Estados de brindarle protección. Entre ellos se destacan los siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 16¹⁴⁵, Declaración Americana de los

¹⁴⁵Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio,

Derechos y Deberes del Hombre, artículos V y VI¹⁴⁶, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 10¹⁴⁷, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 23¹⁴⁸, Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 17¹⁴⁹, Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional¹⁵⁰, Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (artículo 9, 10, 20, 21, 22), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" artículo 15¹⁵¹.

durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. <https://www.un.org> universal-declaration-of-human-rights Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948. París. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

¹⁴⁶Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. (Se protege el derecho a la constitución y a la protección de la familia). IX Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.1948. Bogotá . <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#>

¹⁴⁷ Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. <https://www.ohchr.org>

148 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI). 23 de marzo de 1976. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

¹⁴⁹ Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). 7 al 22 de noviembre de 1969. Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁵⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85. Proclama los siguientes principios: A. BIENESTAR GENERAL DE LA FAMILIA Y DEL NIÑO Artículo 1 Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño. Artículo 2 El bienestar del niño depende del bienestar de la familia... Artículo 8 En todo momento el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representante legal...". Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia en la adopción y la colocación en lugares de guarda, en los planos nacional e internacional. Resolución 41/85. 3 de diciembre de 1986.

<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs=16&cod=634&page=>

¹⁵¹ Derecho a la Constitución y protección de la familia 1. 2. 3. a. b. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar los Derechos Económicos Sociales y Culturales [DESC]. 1988.

De los documentos arriba mencionados se desprende que toda persona tiene derecho a fundar una familia. Se destaca que la familia es el elemento natural y fundante de la sociedad, y merece ser respetada y protegida por la sociedad y el Estado.

En las convenciones se hace hincapié en la adopción de medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) se encarga de la protección y el derecho a la vida familiar en los artículos 5, 9, 10, 11, 18, 20 y 21 por razón de filiación (lo que incluye toda técnica de reproducción asistida, entre las que se encuentra la gestación por sustitución de vientre).

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), máximos órganos jurisdiccionales regionales en materia de derechos humanos se han pronunciado acerca de la interpretación del derecho a formar una familia, en casos de TRHA y parejas del mismo sexo.

En este sentido, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la familia, la forma de conformarla, la decisión de ser madre o padre resulta parte de la vida privada. En consecuencia:

La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.

Tanto en la Convenciones de Derechos Humanos como al explicar los derechos humanos y las diferentes generaciones de derechos se aplica el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, para ser ejercida efectivamente la autonomía reproductiva, se debe en primera instancia tener acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra, el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (derechos humanos de tercera y cuarta generación).

A su vez, y proyectándose para los supuestos de familias monoparentales o del mismo sexo, la Corte IDH estableció que “la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe

una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”.

La Corte Internacional de Derechos Humanos reconoce que en la Convención Americana se encuentra admitido un concepto amplio de familia, ya que, todas las familias deben ser protegidas y respetadas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación del art. 8¹⁵² del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, establece que se garantiza el respeto a la vida privada familiar. En el caso *Vallianatos y otros c/ Grecia*¹⁵³ ha reforzado su posicionamiento a favor del matrimonio igualitario estableciendo que “la decisión de casarse corresponde únicamente a la voluntad de compromiso mutuo de dos personas independientemente de la presión exterior o de la perspectiva de tener un niño”. A su vez, concluyó que:

dato que el Convenio es un instrumento vigente, que puede ser interpretado en las condiciones actuales, el Estado (...) necesariamente debe tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en las ideas sociales, sobre el estado civil y las cuestiones relacionales.

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General relativa a la interpretación de la noción y alcance de la familia, concluye:

que no es posible dar una definición uniforme del concepto de familia ya que ésta puede diferir de un Estado a otro, o entre diferentes culturas y regiones. Por tanto, el derecho humano a formar una familia necesita no solo de la protección y el respeto del Estado sino también de la sociedad. Para su efectivo goce requiere, a su vez, del pleno ejercicio de otros derechos como ser el derecho a la vida privada; los derechos reproductivos (que

¹⁵² *Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CEDH]. 4 de noviembre de 1950. <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/articulo8CEDH.htm>*

¹⁵³ Grecia sancionó la ley N° 3719/2008 que contemplaba un “pacto de convivencia”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Vallianatos y otros c/ Grecia*; 07 de noviembre de 2013. <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1131&RootFolder>

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 –planificación- y a disponer de la información y de los medios para ello -métodos de fecundidad, tecnologías disponibles y demás métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables; y el derecho de beneficiarse de los avances de la ciencia.

El derecho humano a fundar una familia con independencia del método reproductivo que se utilice, tal cual las disposiciones y declaraciones de los diferentes instrumentos de derechos humanos se define como: “la familia es considerada un ‘elemento natural y fundamental’ de la sociedad y, por tal motivo, constituye un principio esencial del derecho internacional de los derechos humanos que merece la más amplia protección por parte de la comunidad internacional”.

La protección debida por el Estado hacia la familia y hacia el niño se hayan íntimamente relacionadas y la desprotección hacia uno perjudica al otro y a la inversa, la protección de uno beneficia al otro.

Las T.R.H.A. promueven la fundación de una familia respecto de aquellas personas que por diferentes motivos no pueden concebir. Dentro de estas técnicas se encuentra la gestación por sustitución de vientre como una técnica de alta complejidad, que permite la constitución de una familia, la posibilidad de tener un hijo, y gracias a la voluntad procreacional de esos padres/madres nace un nuevo ser humano.

PADRES DE INTENCIÓN – VOLUNTAD PROCREACIONAL

Los padres/madres de intención, son aquellas personas que han tenido el deseo y la intención de tener un hijo aun con las dificultades médicas y/o funcionales que se lo impedían. Es la persona o pareja sin cuya voluntad y acción, con independencia de su participación biológica o genética, no se hubiera originado el nuevo ser.

En las TRHA el consentimiento previo, informado y libre es requisito imprescindible para seguir adelante el tratamiento elegido. A ello se le adicional la “Voluntad Procreacional” (art.

562), vale decir, que se lleve a cabo el tratamiento de reproducción humana asistida para tener un hijo “con independencia de quien haya aportado los gametos”

Por su parte, el art. 562, también establece que “son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo”. Da prevalencia a la maternidad gestacional.¹⁵⁴

El Dr. Enrique Díaz de Guijarro definió a la voluntad procreacional como el deseo o intención de crear una nueva vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo¹⁵⁵.

De acuerdo con el Dr. Gil Domínguez, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional es el deseo de tener un hijo sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas siendo el elemento central el amor filial, que se presenta como el acto volitivo, decisonal y autónomo.¹⁵⁶

La Dra. Kamelmajer de Carlucci en el análisis del fallo¹⁵⁷ sobre inscripción de nacimiento de un menor nacido por medio de gestación por sustitución de vientre transcribe el elemento volitivo procreacional citado en el mismo como:

El elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada voluntad procreacional ... que importa la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

Párrafos más adelante, cita a uno de los primeros autores que se ocupó en la doctrina nacional de reproducción humana asistida, Díaz de Guijarro, quien sostenía desde mediados de los años 60, que:

¹⁵⁴ La "voluntad procreacional" es el eje vertebral de la filiación en los casos derivados de TRHA, siendo indistinto quien haya aportado el material genético para el tratamiento en cuestión, pudiendo ser los progenitores los cuales poseen la voluntad procreacional y/o un tercero ajeno (donante), quien nunca tendrá vínculo jurídico con el nacido. A diferencia de lo que acontece en la filiación por naturaleza, el dato genético deja de ser un elemento determinante en la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido. (Comentario de Marisa Herrera - Código Civil y Comercial de la Nación Comentado -Ricardo Luis Lorenzetti / Rubinzal - Culzoni).

¹⁵⁵Fama, María V. “La voluntad y la responsabilidad procreacional es como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, JA, 1965-III-21

¹⁵⁶Gil Domínguez, A. (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ed. Ediar.

¹⁵⁷Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., Herrera, M. Fallo comentado: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 86 – 18/06/2013 - N.N. o DGMB M S/ Inscripción de Nacimiento. Ed. LA LEY2013-D, 195. Cita Online: AR/DOC/2573/2013http://www.colectivoderechofamilia.com

la procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados: a) la voluntad de la unión sexual; b) la voluntad procreacional; y c) la responsabilidad procreacional", entendida la segunda como "el deseo o intención de crear una nueva vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo. Como consecuencia de aquélla, la responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación y de las consecuencias que ésta produce, de modo que si la unión sexual —con voluntad procreacional o sin ella— genera la fecundación, nace la responsabilidad directa de los progenitores respecto de la persona por nacer.

Esta idea, trasladada en nuestros días a las TRHA, implica que el elemento central, determinante y base es la voluntad de ser padre y no quién o quiénes aportaron el material genético, es decir, sea que en la práctica médica se utilice material genético de la propia pareja (homóloga) o de alguien externo a quien lleva adelante el proyecto parental (heteróloga), el vínculo filial queda determinado por la voluntad procreacional, con total independencia de a quien pertenezca el material genético.

Así se ha expresado el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 86 en fecha 18/06/2013, en la causa "N.N. o DGMB M S/ Inscripción de Nacimiento":

La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental ...En este sentido, se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera...La llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación

paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida - se ha afirmado – es la típica fuente de creación del vínculo... Así se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que “el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo.¹⁵⁸

FILIACIÓN DEL NIÑO NACIDO POR LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POR SUSTITUCIÓN DE VIENTRES

El tema de la filiación del menor nacido por medio de gestación por sustitución de vientre es un tema controvertido, ya que esta técnica de reproducción asistida no es aceptada en todos los países, en muy pocos se acepta con carácter oneroso (se mencionan a modo de ejemplo: Rusia, Israel, Grecia, Armenia, India, Ucrania) y en muchos países no se encuentra regulada.

SIGNIFICADO Y EFECTOS DE LA FILIACIÓN

Filiación¹⁵⁹ es el vínculo jurídico que existe entre dos personas de la cual una descende de la otra. Puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/ o de actos jurídicos. La filiación es la relación o vínculo biológico entre los integrantes de la familia que es reconocido por el derecho y regulado en la ley. En Argentina, el vínculo puede ser biológico, jurídico, genético, por voluntad procreacional.

¹⁵⁸Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 86 – 18/06/2013 - N.N. o DGMB M S/ Inscripción de Nacimiento –“Resulta procedente acceder a la inscripción como hija de una niña concebida bajo la modalidad de maternidad subrogada, pues si bien en la República Argentina no existe aún regulación legal que habilite o prohíba, en su caso, el acceso a la maternidad mediante la subrogación de vientre utilizando material genético de la propia pareja, dicha solución es la que más responde al interés superior de la nacida y este principio ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño -que a partir de la reforma a nuestra Carta Magna de 1994 goza de jerarquía constitucional, conf. art. 75 inc. 22, CN- y por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”

¹⁵⁹www.diccionariojuridico.mx › definicion › filiación María de Montserrat Pérez Contreras – pág. 120 ISBN 978-607-7603-47-3

¿Qué efectos tiene la filiación? La adquisición de derechos y deberes que surgen de su misma naturaleza. Es así como, con cada derecho adquirido hay una correlativa obligación o deber; vg: quien es padre/madre también es hijo/hija, por lo tanto, al mismo tiempo se asumen derechos y obligaciones según el status en el que se encuentre la persona.

Para que se haga efectiva la filiación¹⁶⁰, la persona tiene que llevar un nombre, y ese nombre debe estar inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 566 CCCN), excepto en los casos de técnicas de reproducción humana asistida cuando alguno de los cónyuges no prestó su consentimiento previo libre e informado, requisito este imprescindible para la utilización de estas. En cambio, en la filiación extramatrimonial, la maternidad queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, libre e informado de las técnicas de reproducción asistida o por sentencia judicial (art. 570 CCCN).

Respecto del tema que nos ocupa, tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial en la TRHA se manifiesta a través de la voluntad procreacional, la que se traduce mediante el consentimiento previo, informado y libre.

En el primer caso, se parte de la presunción negativa, esto es, si no hay consentimiento previo no se considera que el hijo posee filiación matrimonial; por lo tanto, para tomar posesión de estado matrimonial se requiere que los padres previamente a la concepción del hijo por TRHA hayan prestado su consentimiento libre e informado y luego de su nacimiento lo hayan inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas¹⁶¹ conjuntamente con la prueba del matrimonio (partida o acta matrimonial).

En cambio, en el segundo caso, se parte de una premisa positiva, para la posesión de estado de hijo se requiere el consentimiento libre e informado de ambos padres (padre o madre si se forma una familia monoparental). El reconocimiento de la paternidad basta con la declaración jurada ante el Oficial del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.¹⁶²

¹⁶⁰ “Artículo 558. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.” . Código Civil y Comercial de la Nación [CCyCN] . Artículo 558. 8 de Octubre de 2014. (Argentina).

¹⁶¹ Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Artículo 569. 8 de octubre de 2014. (Argentina).

¹⁶² Posesión de estado, es la apariencia del estado de familia que se le da al hijo. Lo integran 3 elementos: 1) El nombre (nomen), la persona lleva el nombre correspondiente al estado que posee. 2) El trato (tractus), a la persona se lo considera por el trato de hijo que le da su familia. 3) Fama: la persona tiene públicamente la reputación y

Tanto en uno como en otro caso el elemento volitivo es fundamental en las TRHA, es decir, la voluntad procreacional con independencia del tipo de técnica de reproducción que haya sido utilizada, encontrándose dentro de ellas la técnica de gestación por sustitución de vientre.

En Argentina, desde el año 2013 se encuentran varios pronunciamientos a favor de la voluntad procreacional de los comitentes al momento de determinar el vínculo jurídico respecto de los niños nacidos mediante el método de gestación por sustitución (Juzg. Civil N°. 86, “N.N. o D.G, M.BM. s/ inscripción de nacimiento, 18/06/2013, Juzg. Civil N°. 8, “Barrios, Beatriz Mariana y otro c. González, Yanina Alicia s/ impugnación de la filiación”, 20/09/2016; Juzgado de Familia N° 1 Mendoza, “C.M.E. y J.R.M. s/ inscripción nacimiento”, 15/12/2015; Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC”; Juzgado de Familia Nro.2 de Moreno ya citado, del 4/07/2016, entre otros). En líneas generales, se ha destacado como factor determinante la voluntad procreacional para la determinación de la filiación de los niños nacidos producto de técnicas de reproducción humana asistida, apelando a los principios convencionales y constitucionales de respeto a la diversidad, a la no discriminación, la protección de la familia desde una visión amplia y el interés superior del niño de contar con una filiación acorde a la realidad volitiva.

FILIACIÓN TERRITORIAL Y EXTRATERRITORIAL

¿Se puede inscribir preventivamente la filiación de una persona? Es necesario tener presente que en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida¹⁶³, se diferencia la identidad genética de la biológica. Entonces, ¿quién o quiénes son progenitores del hijo/a que nace por gestación por sustitución? Y si esta técnica de reproducción asistida fue realizada en el exterior, ¿se le aplica la filiación y ciudadanía de Argentina?

trato de hijo ante los demás. Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. Artículo 571. 8 de octubre de 2014. (Argentina).

¹⁶³ El art. 2º, decreto 956/2013, ley 26.862 define qué son las técnicas de reproducción humana asistida, tanto las de alta como las de baja complejidad: “Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...”. Ley 26.862. Artículo 2º, decreto 956/2013. 5 Junio de 2013. (Argentina).

Lo cierto es que el nombre es un atributo de la personalidad, es la principal característica de la identificación de la persona dentro de la sociedad. No podría existir jurídicamente una persona sin nombre, sin filiación. Por ello la paternidad/maternidad en las TRHA se rige por “voluntad procreacional”¹⁶⁴ mediante el correspondiente consentimiento libre, previo e informado. A partir de ese momento nacen todos los derechos y deberes que se derivan del vínculo filial, sin embargo con el donante o con la gestante solo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de parentesco.

¿Qué sucedería si no se aprobara dentro de la legislación la técnica de gestación por sustitución de vientre, o como lo llaman en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la “gestación solidaria”? Las niñas o niños nacidos por esta técnica ¿seguirán portando el nombre de los padres genéticos o el de la madre biológica o serán expósitos? ¿De quién o quiénes serán herederos?

Los fundamentos para la modificación del art. 1° de la Disposición DI 103-2017-DGRC destaca el ejercicio de los derechos constitucionales de formar una familia, así como el derecho a la identidad, la que no puede circunscribirse a la acotación territorial de Argentina. Asimismo, resaltan que es privativo de cada familia la opción del lugar en donde se efectúa el tratamiento de la técnica de Reproducción Asistida – Gestación Solidaria, debiendo el Registro Civil, dar debida respuesta a la necesidad de registración de los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo método de gestación hubiera sido efectuado fuera Argentina. Señalan que en conformidad con la Constitución Nacional se cumplen con los principios de igualdad y reserva en ella establecidos en los artículos 16 y 19. En el mismo sentido manifiesta que, “la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849) establece, en su art. 2°, inc. 2°, que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

¹⁶⁴ El artículo 562 del C.C.C. 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”.

E impone que todas las medidas que a su respecto se adopten deben estar guiadas por el "interés superior del niño" (art. 3º, inc. 1º).

También señala, en su art. 7º, inc. 1º, que los menores deben ser inscriptos inmediatamente después de su nacimiento y que tendrán derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, respetando y preservando su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; y obligando al Estado a adoptar las medidas necesarias para restablecer rápidamente su identidad (inc. 2º, art. 8º).”

La Ley CABA 114 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes establece que la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad tienen el deber de asegurar a niñas, niños y adolescentes, con absoluta prioridad, los derechos a la vida, a la libertad, a la identidad, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a la cultura, al deporte, a la recreación, a la formación integral, a la convivencia familiar y comunitaria, y a su desarrollo integral (art. 6).

De lo arriba desarrollado, y de acuerdo con los fundamentos Disposición DI 103-2017-DGRC, actualmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se autoriza la inscripción provisoria de los niños nacidos por vientre sustituto o gestación solidaria, bajo la condición suspensiva que se regule una norma específica de gestación solidaria o gestación por sustitución de vientre.

LEGALIDAD DEL CONVENIO DE SUSTITUCIÓN DE VIENTRES

La evolución del ser humano se ha producido rápidamente a través de los siglos. Se pasó por varias etapas desde aprender a utilizar del fuego para cocinar los alimentos, la creación de vacunas, la comunicación a través de medios remotos, entre otros, hasta el desarrollo de tecnología en el campo industrial, rural, de la información y comunicación, de la ciencia médica y de la biotecnología.

Dentro del avance de la ciencia médica y biotecnológica aparece una nueva forma de reproducción sin interacción sexual para personas humanas que padecen problemas de salud, infertilidad, tienen igualdad de sexo o personas solas que desean una proyección de vida y entregar su amor a una hija/o con su propio material genético. En estas nuevas formas de

reproducción se encuentran la inseminación artificial y las técnicas de reproducción humana asistida, dentro de las que se encuentran Sustitución o Subrogación de Vientre.

Específicamente, el tema de subrogación o sustitución de vientre ha traído una serie de controversias sobre la validez o invalidez de la firma de un convenio o contrato. Aquí se encuentran posturas que afirman la afectación del orden público y la autonomía de la voluntad, siendo que para otras posturas no compromete el libre ejercicio de la autonomía de voluntad y por lo tanto no incide en el orden público siempre que esté regulado en protección de todas las partes integrantes del convenio o contrato.

En el presente trabajo se analiza la validez de convenio o contrato de sustitución de vientre en Argentina, y la problemática de ser ejecutado válidamente a título oneroso (comercial) o únicamente a título gratuito (solidario).

ANÁLISIS SOBRE SU LEGALIDAD

Dado que el contrato tiene contenido netamente patrimonial, en derecho de familia se hace referencia a los convenios; si bien en algunas partes del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.) se refieren a pacto, este último es tomado en el sentido aplicado en el derecho romano.

Las técnicas de reproducción asistidas se encuentran incorporadas al C.C.C. en el Título V – Capítulo I, art. 558 “Fuentes de la Filiación. Igualdad de Efectos. *La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción...*”

La gestación por sustitución de vientre es un tipo dentro de las técnicas de reproducción asistida; ya que como la misma lo expresa, la reproducción “es asistida”.

En efecto, encontramos tres partes inicialmente, los aportantes del material genético y la persona que sustituye o subroga el vientre. Una cuarta parte, es el niño por nacer, cuyos derechos civiles son adquiridos posteriormente a su nacimiento.

Ahora bien, ¿cómo se protege a las tres partes involucradas en el acto jurídico y al por nacer? Mediante un convenio entre: a) los padres aportantes del material genético que tuvieron la voluntad procreacional, prestaron su consentimiento libre e informado y asumen el compromiso de ejercer la responsabilidad parental del recién nacido, y b) la mujer gestante que también prestó su consentimiento libre e informado para concretar el nacimiento de la nueva vida, sin intencionalidad del ejercicio de la maternidad.

Es importante destacar en este punto la “asunción de responsabilidad parental” con el fin de la protección integral del recién nacido. Entendiéndose que dicha asunción de responsabilidad persiste aún si hubiere una modificación de la situación familiar (Ej: separación o divorcio de los padres).

Dado que el proceso de familia se rige por el Libro VIII, Capítulo Primero - Disposiciones Generales, en el cual en su art. 705 (ámbito de aplicación, procesos en materia de familia) y en especial el art. 710 (principios relativos a la prueba) del C.C.C., el convenio de sustitución de vientres no necesita de formalidades rigoristas en su redacción, más los términos que contenga deben estar ser claros y precisos en cuanto a su pretensión pues rigen los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba.-

Necesariamente, ¿este convenio debe ser altruista y gratuito para su validez?

Puede ser gratuito u oneroso y ser legal, ya que nada restringe la amplitud de la decisión de las partes. En muchos países se acepta únicamente que sea altruista y el acuerdo se realice con una relación familiar (madre, tía, abuela, cuñada, amiga), entre algunos países encontramos Dinamarca, Canadá, Australia, Uruguay; en algunos países se acepta un convenio de tipo oneroso en el que se sustituye un vientre a cambio de una prestación monetaria o en especie, entre los que encontramos Ucrania, Finlandia, algunos estados de E.E.U.U., entre otros.

¿Sería legal en Argentina este tipo de convenio? En opinión de la exponente es perfectamente válido y eficaz. Las razones son humanistas, pues no todas las personas pueden acceder a que una relación familiar le sustituya su vientre y no todas las personas lo harían gratuitamente sino a cambio de una contraprestación sujeto a una serie de restricciones (vg: cuidado de su salud, no ingerir sustancias peligrosas, etc.). Por ello, con la firma de un convenio de sustitución de vientre, ya sea a título gratuito y altruista u oneroso, se estaría protegiendo a todas las partes involucradas en el proceso y principalmente un marco legal que proteja y le brinde seguridad jurídica a la filiación de los niños nacidos por esta técnica de reproducción.

Otra de las problemáticas que se presenta es el costo del procedimiento de la gestación por sustitución de vientre. Sin embargo, al ser una técnica de reproducción asistida y actualmente, tanto las obras sociales como la medicina prepaga tiene una cobertura para tratamientos de reproducción asistida de baja y alta complejidad, por lo tanto, siendo la gestación por sustitución de vientre un tratamiento de alta complejidad, no influiría en el costo para los efectores de salud.

La ley 26.862, (acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida) en su art. 2 define a la reproducción médicamente asistida como “a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de

un embarazo...”, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad las que podrán incluir la donación de gametos y/o embriones. Asimismo, autoriza que puedan incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados por avances técnicos-científicos.

A su vez el artículo 7° requiere del consentimiento informado de una persona mayor de 18 años (en conformidad a la ley 26.529)¹⁶⁵ así como los artículos 560 y 561 del C.C.C.

Siguiendo con este esquema normativo, el artículo 8 de la ley 26.862 se refiere a la cobertura médica, estableciendo que tanto el sector público como el privado deberán incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Agregando que los criterios y modalidades de cobertura que se establezcan “no podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios”.

Por lo tanto, de la relación de los artículos 2, 7 y 8 de la ley 26.862, se puede adelantar que, la gestación por sustitución se encuentra implícitamente incorporada al ordenamiento jurídico argentino como parte del derecho a la voluntad procreacional mencionada en el art. 562 del C.C.C.

Similar pensamiento ha sido legislado en la Provincia de Buenos Aires, en cuya ley 14.208 (ref. ley 14.611) reconoce en su art. 1° como enfermedad a la infertilidad humana de acuerdo a los criterios de la Organización Mundial de la Salud, además incluye la definición de las diferentes técnicas de reproducción asistida y establece que la Autoridad de Aplicación “no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación

¹⁶⁵ARTICULO 5°— Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados. Ley 26.529 de 2009. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Artículo 5°. 19 de noviembre de 2009. (Argentina).

sexual o el estado civil de los destinatarios”¹⁶⁶. Definiendo a la infertilidad como la dificultad de una pareja de concebir a un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término y a la reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo (art. 2, ley 14611).

De ahí que al aceptarse en el Código Civil y Comercial las técnicas de reproducción asistida (TRA) con la definición dada por la Organización Mundial de la Salud, entre los que se incluyen también la inseminación intrauterina¹⁶⁷, intracervical¹⁶⁸ o intravaginal¹⁶⁹, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, a ello se le adiciona el consentimiento informado (manifestación de voluntad libre, previa, informada con claridad y formal), siendo la gestación por sustitución una técnica de la reproducción asistida que no se encuentra prohibida, nos permite inferir que tácitamente se encuentra permitida. Ello es avalado por el art. 19 de la Constitución Nacional (principio de legalidad) que establece que “ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”. Mediante el análisis legislativo se concluye que el Código Civil y Comercial ha aprobado en forma tácita la gestación por sustitución de vientre o gestación solidaria.

Piénsese lo siguiente, una persona mayor de 18 años debe someterse a un tratamiento o intervención quirúrgica para evitar el progreso de una enfermedad terminal o con un pronóstico

¹⁶⁶ARTÍCULO 1°. (Texto según Ley 14611) La presente Ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la Autoridad de Aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. Ley 14.208 . Fertilización asistida. Artículo 1°. Provincia de Buenos Aires (Argentina).

¹⁶⁷La inseminación artificial intrauterina, es una técnica de fertilidad que consiste en depositar directamente en el útero (inseminación) un concentrado de espermatozoides sin el líquido seminal, de tal manera que los espermias tengan mayor probabilidad de llegar a las trompas de Falopio, fertilizar al óvulo y aumentar las probabilidades de un embarazo exitoso. El Instituto Médico de la Mujer define dos tipos de inseminación intrauterina: 1) Homóloga: cuando se practica con el semen de la pareja. 2) Heteróloga: se realiza con semen de un donador anónimo.

¹⁶⁸ La inseminación artificial intracervical, consiste en la colocación de espermatozoides directamente en el cuello del útero. <http://www.inseminacionartificial.org/reproduccion-asistida/que-es-la-inseminacion-artificial-intracervical.html>

¹⁶⁹Inseminación artificial intravaginal: el espermia se sitúa en el fondo de la vagina por medio de una jeringa, al igual que ocurre con una relación sexual normal. Este tipo de inseminación artificial se utiliza cuando el hombre no puede eyacular en el interior de la vagina por problemas como la disfunción eréctil o la eyaculación retrógrada. Rodrigo, A., Barranquero Gómez, M., Cano Calvo, P., Sotelo, V., Blanco Maldonado, Z.(28 de julio de 2021) *¿Cómo se hace una inseminación artificial paso a paso?* Reproducción Asistida ORG. <http://www.inseminacionartificial.info/tecnicas-de-inseminacion/>

negativo para su futuro y decide guardar sus gametos para procrear. Cómo puede esa persona ejercer el derecho de procrear si no es a través de un vientre sustituto o de una mujer gestante (pues hasta el presente la ciencia no ha descubierto una tecnología que sustituya al vientre de la mujer con éxito).

En los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁷⁰ se expone que en el derecho comparado se reconocen tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención; 2) prohibición y 3) regulación; inclinándose por esta última postura. Las razones que ha dado para fundamentar su postura son entre otras, no sólo la realidad nacional como internacional, sino también que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que tienen recursos económicos viajan con esos fines; expresa que, 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 este tipo de filiación, pues se le reconoce el derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizar el 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.

Efectivamente, uno de los problemas que se presentan es también el tema de la filiación. Un niño que ha nacido por la técnica de gestación por sustitución, ¿no tiene los mismos derechos que aquel niño que nació de manera tradicional o por otras técnicas de reproducción asistida? ¿Acaso no tiene el mismo derecho de tener un apellido, una familia y un país? Estos niños llegan a este mundo con el privilegio de tener padres que hicieron lo imposible para que nacieran, y gracias a esa voluntad procreacional, ellos nacieron, ellos viven, ellos son seres humanos.

¹⁷⁰Código Civil y Comercial de la Nación Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN]. págs., 492/494. Año 2012. Editorial La Ley

Según el texto del Anteproyecto del C.C.C. en su art. 562 en el que se contemplaba la gestación por sustitución, establecía que:

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

Asimismo explicita que el juez debe homologar sólo si, se acredita que si: a) Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) El o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) La gestante no ha aportado sus gametos; f) La gestante no ha recibido retribución; g) La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) La gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

En la exposición de motivos del proyecto afirma que estos requisitos contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que no es usado como un mero capricho sino como última alternativa.

Importante es tener en cuenta, que en los casos de transferencia embrionaria en la gestación por sustitución la falta de autorización judicial provoca que la filiación se determine por las reglas de la filiación por naturaleza.

Muchos conflictos se evitarían si se admitiera la regulación legal de la sustitución de vientres, pues es importante destacar que, no se puede negar su existencia, siendo una realidad en Argentina e internacionalmente¹⁷¹

¹⁷¹Con sólo buscar por internet la realidad se nos presenta en forma inmediata, las ofertas de alquiler de vientres existen. De no existir una regulación legal, aquellas personas deseosas de tener un hijo y no puedan viajar a aquellos países en los cuales está permitida la sustitución de vientres, podrían verse involucradas en abusos e injusticias.

CAPÍTULO CUARTO: METODOLOGÍA

DISEÑO

Tal como se ha dicho en la introducción, el diseño de esta investigación es de tipo cualitativo. Puede afirmarse que este tipo de diseño, corresponde a un proceso de investigación que obtiene datos del contexto en el que ocurren los fenómenos. Se trata de identificar de una manera profunda dichos fenómenos para conocer la razón por la que ocurren. En el caso de esta tesis, se trabaja con dos tipos de contenidos: el de los documentos normativos y el del discurso de los actores que vivencian el fenómeno estudiado.

OBJETIVOS

El objetivo general de esta tesis consiste en examinar los derechos a la filiación de los niños y del/la /los/las madres/padres a formar una familia y analizar la protección jurídica de las partes en Argentina en el marco del instituto de la gestación por subrogación o sustitución.

Para ello, se fijaron los siguientes objetivos particulares:

1. Examinar la situación jurídica de la filiación del niño nacido por medio de gestación por subrogación de vientre.
2. Estudiar los principales proyectos de ley presentados ante el congreso argentino, a fin de establecer si estos ya tienen integrado en su articulado un convenio de sustitución de vientre; analizando si existe alguna propuesta que prevea algún convenio, contrato u otra figura a título oneroso respecto de la sustitución de vientre.
3. Analizar casos jurisprudenciales nacionales, extranjeros y legislación internacional, respecto de la evolución de la gestación por sustitución en la justicia.
4. Examinar casos jurisprudenciales de filiación, en especial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
5. Examinar el discurso de los actores, a partir del discurso de los actores y de artículos periodísticos

CONJETURA

En relación con la conjetura, puede afirmarse, que el derecho argentino carece de una legislación adecuada en relación con la Gestación por Sustitución de Vientre que defienda y garantice los derechos del niño, del padre/madre/s y la mujer gestadora del material genético de los comitentes, como así también que de certeza de la filiación de los menores nacidos por esta técnica, dado que la legislación existente (hasta el momento de la realización de la presente tesis), solamente permite la inscripción filial en forma provisional hasta tanto sea legislada esta técnica de alta complejidad.

CORPUS DE LA INVESTIGACION

El corpus de la investigación se divide en tres tipos: la legislación, la jurisprudencia y el discurso de los actores.

LA LEGISLACIÓN

Respecto del primer corpus se analizan tres grupos de legislación: 1) legislación vigente, 2) proyectos de ley, y 3) legislación comparada

1) LEGISLACIÓN VIGENTE EN ARGENTINA

1. LEY 23660/1989
2. LEY 1218/2004
3. LEY 26061/2005
4. LEY 26.413/2008
5. LEY 26.529/2009
6. LEY 14.208/2010
7. LEY 26.682/2011
8. LEY 26.862/2013
9. DECRETO 956/2013
10. LEY 14.611/2014
11. DISPOSICIÓN N° 93/DGRC/2017
12. DISPOSICIÓN N° 103/DGRC/17

2) PROYECTOS DE LEY EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

1. PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DE LA TÉCNICA DE GESTACIÓN SOLIDARIA 5700-D-2016
2. PROYECTO DE LEY 5759-D-2016 DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
3. PROYECTO DE LEY 3202-2017
4. PROYECTO DE LEY 3765-D-2017
5. PROYECTO DE LEY S-825/18

3) LEGISLACIÓN COMPARADA

1. REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
2. REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL
3. CANADÁ
4. ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA
5. PORTUGAL

LA JURISPRUDENCIA

En relación con el corpus de la jurisprudencia, la documentación a analizar se encuentra conformada por tres grupos: 1) juzgados, 2) tribunales, 3) jurisprudencia europea.

1) JUZGADOS

1. JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 86/2013. “N. N. O DGMB S/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO”
2. JUZGADO DE FAMILIA DE GUALEGUAYCHÚ/2013. “B., M. A. C/ F. C., C. R.S/ ORDINARIO”
3. JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 8/2016“BARRIOS, BEATRIZ MARIANA Y OTRO C/ GONZÁLEZ, YANINA ALICIA S/IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN”
4. JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 102/2015. “C., F. A. Y OTRO C/ R. S., M. L. S/ IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD”
5. JUZGADO N° 1 DE MENDOZA/2015. “A. V. O., A. C. G. Y J. J. F S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”
6. JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 83/2015. “N. N. O. S/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO”
7. JUZGADO DE FAMILIA N° 7 DE LOMAS DE ZAMORA/2016. “B. J. D. Y OTROS S/ MATERIA A CATEGORIZAR”
8. TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 7 DE ROSARIO/2017. “H., M. E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS”

9. JUZGADO DE FAMILIA N° 2 DE MENDOZA/2018. “M. S.; T. C. J.; B. P. V. S/ MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS”
10. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL COMERCIAL 2 A- S. 3. VILLA MARÍA – CÓRDOBA/ 2020. "RENAUDO, LUIS ALBERTO Y OTROS - SUMARIA"(EXPTE. N° 7889448)
11. JUZGADO DE FAMILIA N° 2 DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL LA PLATA/2020. “N..C., K. E.; B., C. G. Y V., E. R. S/ AUTORIZACIÓN JUDICIAL - DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN – INCONSTITUCIONALIDAD ART. 562 C.C.C.N.”

2) TRIBUNALES:

1. TRIBUNALES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES - FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO - DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA - INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO - GESTACIÓN O MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN
2. GESTACIÓN O MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN - GESTACIÓN O MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN - AUTORIZACIÓN - VERDAD BIOLÓGICA - TRANSFERENCIA EMBRIONARIA ICSI - "DATO RESERVADO, EXPTE. NRO. 10178-14" SAN CARLOS DE BARILOCHE - JUZGADO DE FAMILIA NRO. 9. 29 DE DICIEMBRE DE 2015.-
3. TRIBUNALES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES - FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO - DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA - INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO - GESTACIÓN O MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN
4. SENTENCIA DE CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL - CÁMARA CIVIL - SALA H, 15 DE MARZO DE 2018, EXPEDIENTE CIV 014153/2017/CA002
5. C. V. D. Y OTROS C/ OBSBA (OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES) S/ AMPARO – SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS. TRIBUNAL: JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES - SALA/JUZGADO: VI - FECHA: 22-JUN-2021.

3) JURISPRUDENCIA EUROPEA

1. PRIMER CASO: ASUNTO C-167/12 – C.D. C/ S.T. - PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL EMPLOYMENT TRIBUNAL, NEWCASTLE UPON TYNE (REINO UNIDO)¹⁷²
2. SEGUNDO CASO: SENTENCIA NÚM. 881/2016 FECHA DE SENTENCIA: 25/10/2016 N° 3818/2015

¹⁷² TRIBUNAL DE JUSTICIA, Gran Sala. 18/03/2014.
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149387&doclang=ES>

EL DISCURSO DE LOS ACTORES

El tercer corpus corresponde a las entrevistas realizadas y a las recuperaciones de entrevistas desde artículos periodísticos. Las entrevistas de primera fuente, fueron realizadas de manera no estructurada, pero sobre la base de tres preguntas referidas a la decisión por la voluntad creacional, por la modalidad de realización del proceso y por la concepción que tienen los entrevistados respecto del Derecho a la Familia. La entrevista realizada al presbítero de Córdoba se hizo bajo las mismas consignas

Las entrevistas recogidas de artículos periodísticos, se incorporaron con la finalidad de aportar mayor información al tema de esta tesis debido a que pone de manifiesto la modalidad del procedimiento descrito en este trabajo, en otros países

1) ENTREVISTAS DE PRIMERA FUENTE

1. PAREJA DE VILLA MARÍA – CÓRDOBA QUE TIENE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL FAVORABLE PARA LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN DE VIENTRE DE SU PRIMER HIJO.
2. FEDERICO LONGO – BUENOS AIRES
3. PRESBITERO DR. VILCA GARCÍA - CÓRDOBA

2) ENTREVISTAS DE ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

1. DENIS Y LUIS, PAPÁS POR GESTACIÓN SUBROGADA - ESPAÑA
2. CLAUDIA HARTUNG, FELIPE Y DAMIÁN FERNÁNDEZ – BUENOS AIRES - ARGENTINA
3. MARTA LÓPEZ, PRESIDENTA DE LA ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

SEGUNDA PARTE: RESULTADOS Y CONCLUSIONES

RESULTADOS

Los resultados de la presente tesis, se presentan de acuerdo a cada uno de los corpus que conforman la investigación, explicitados en la sección correspondiente a la metodología. En ese sentido se consideran de tres tipos, los que referencian a la legislación, a la jurisprudencia y al discurso de los actores. Todos ellos se analizan en los términos de la problemática de esta tesis, respecto del vacío legal existente en Argentina en relación con la gestación por sustitución de vientre y el derecho del niño y de los comitentes de formar una familia.

Debido a ello, los primeros tres capítulos de este apartado, corresponden a los resultados de cada corpus para culminar con las conclusiones.

CAPÍTULO 5: ANÁLISIS DE LA NORMATIVA LEGAL

1) LEGISLACIÓN VIGENTE EN ARGENTINA

1. LEY 23.660

FECHA: 05/01/1989

DENOMINACIÓN: RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE OBRAS SOCIALES.

JURISDICCIÓN: Nacional.

La presente norma regula el régimen de las obras sociales, las cuales comprenden, en particular, las obras sociales sindicales correspondientes a las asociaciones gremiales de trabajadores con personería gremial, signatarias de convenios colectivos de trabajo; los institutos de administración mixta; las obras sociales. En los arts. 3° y 4° determina que en forma prioritaria destinarán sus recursos a la salud. Asimismo, especifican que formarán parte del Sistema Nacional de Seguro de Salud en calidad de agentes, debiendo presentar anualmente la documentación ante la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), respecto del programa de prestaciones médico-asistenciales, el presupuesto de gastos y recurso para su funcionamiento y presentar anualmente todos los contratos de prestaciones de salud a ANSSAL. Si bien la gestación por sustitución de vientre no se encuentra mencionada específicamente en esta reglamentación, la referencia a las Técnicas de Reproducción Asistida no es un numero clausus, pues queda abierta la posibilidad de incorporar nuevas técnicas que hasta el momento de la sanción de la legislación citada, si no se hubiera conocido.

2. LEY 1218

FECHA:5/01/2004.

DENOMINACIÓN: LEY ORGÁNICA DE LA PROCURACIÓN GENERAL C.A.B.A.

JURISDICCIÓN: Local – Ciudad Autónoma de buenos Aires.

El art. 1° hace específica referencia a la competencia, estableciendo que la competencia abarca la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, las Sociedades del Estado, y las sociedades en las que la Ciudad tiene participación mayoritaria. La representación y el patrocinio de la Ciudad es ejercido por la Procuración General en todo proceso en que se controviertan sus derechos e intereses, defiende su patrimonio, dictamina sobre la legalidad de los actos administrativos, como asimismo tiene como función instruir

3. LEY 26.061

FECHA: 21/10/2005

DENOMINACIÓN: LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

JURISDICCIÓN: Nacional.

El art. 11 establece el derecho a la identidad de las niñas, niños y adolescentes. Especifica que tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley. Determina que los Organismos del Estado tienen la obligación de facilitar y colaborar en la búsqueda, localización y obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes con el fin de facilitarles el encuentro o reencuentro familiar.

4. LEY 26.413

FECHA: 1º/10/2008

DENOMINACIÓN: REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

JURISDICCIÓN: Nacional.

En el capítulo I sobre Disposiciones generales art. 1º especifica que “Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.” Y en su art. 2º establece que este registro será organizado por los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5. LEY 26.529

FECHA: 19/11/2009

DENOMINACIÓN: DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD.

JURISDICCIÓN: Nacional.

Los Derechos del paciente se encuentran definidos en el art. 2º, estableciendo que son derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de salud, así como los agentes del seguro de salud, que el paciente puede ejercer la autonomía de la voluntad y aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad respecto de la aceptación

como del rechazo. Por su parte en el art. 3° define que se entiende por información sanitaria: “entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”.

El consentimiento informado se encuentra definido en el Cap. III, art. 5° como “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada” con respecto de su estado de salud, los procedimientos propuestos, los beneficios, sus riesgos y las consecuencias previsibles del tratamiento o medicamento aceptado o rechazado por el paciente.

6. LEY 14.208

FECHA: 22/12/2010.

DENOMINACIÓN: RECONOCIMIENTO DE LA INFERTILIDAD HUMANA COMO ENFERMEDAD. RECONOCIMIENTO DE LA COBERTURA MÉDICO ASISTENCIAL INTEGRAL DE LAS PRACTICAS MÉDICAS A TRAVÉS DE LAS TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA (FECUNDACIÓN-INSEMINACIÓN GRATUITA).

JURISDICCIÓN: Provincia de Buenos Aires.

La Ley que se analiza fue reformada por la ley 14.611. Por medio de esta se reconoce la infertilidad humana en conformidad con los criterios internacionales de la Organización Mundial de la Salud. Asimismo, se reconoce la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria respecto de su diagnóstico, medicamentos, terapias de apoyo y los procedimientos de baja y alta complejidad. Se incluyen en el art. 1°: “la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante”

La definición de infertilidad la da en el art. 2° como la “dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa. A su vez, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo.”

7. LEY 26.682

FECHA: 16/05/2011

DENOMINACIÓN: MARCO REGULATORIO DE MEDICINA PREPAGA.

JURISDICCIÓN: Nacional.

Por medio de la presente ley se regula las empresas de medicina prepaga, estableciendo la obligación de cubrir como mínimo el Programa Médico Obligatorio vigente.

8) LEY 26.862

FECHA: 25/06/2013

DENOMINACIÓN: *ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MÉDICO-ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA.*

JURISDICCIÓN: Nacional.

El art. 2° define que se entiende por reproducción médicamente asistida de la siguiente forma: “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.”. Los beneficiarios de la utilización de estas técnicas deberán dar su consentimiento informado, el que será revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer. Respecto de la cobertura médica determina que:

incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación.

9. DECRETO 956/2013

FECHA: 23/07/2013

DENOMINACIÓN: REGLAMENTACIÓN DE LA LEY N° 26.862 - ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS MEDICO-ASISTENCIALES DE REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA

JURISDICCIÓN: Nacional.

El objeto de la reglamentación de ley es posibilitar a todos los pacientes que padezcan infertilidad u otros problemas médicos que deban recurrir al uso de técnicas de reproducción asistida, puedan acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho en ejercicio. El art. 2° define por técnicas de reproducción asistida a:

a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

10. LEY 14. 611

FECHA: 19/09/2014.

DENOMINACIÓN: MODIFICA LA LEY 14208 POR LA CUAL SE RECONOCE A LA INFERTILIDAD HUMANA COMO ENFERMEDAD (PRÁCTICAS MÉDICAS- TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN- COBERTURA-IOMA- FERTILIDAD ASISTIDA FECUNDACIÓN INSEMINACIÓN).

JURISDICCIÓN: Provincia de Buenos Aires.

En los fundamentos se reconoce la infertilidad como una enfermedad, en conformidad a los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS); habilita al estado a la generación de mecanismos necesarios con el objeto de realizar una cobertura en salud para que todo ciudadano pueda acceder a un tratamiento reproducción asistida. Se modifica el art. 1° de la ley 14.208, el que quedó redactado de la siguiente manera:

La presente Ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la Autoridad de Aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

En el mismo sentido se modificó el art. 2° de la ley 14.208 el que quedó redactado de la siguiente forma:

La infertilidad es la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa. A su vez, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo.

11. DISPOSICIÓN N° 93/DGRC/17

FECHA: 03/11/2017

DENOMINACIÓN: AUTORIZACIÓN PARA INSCRIBIR NACIMIENTOS DE MENORES NACIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

JURISDICCIÓN: Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En sus considerandos establece: “Que la Ley Nacional N° 26.413 establece que todos los hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; bajo los siguientes presupuestos: “1) *Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país;* 2) *Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada.;* 3) *Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y* 4) *Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos , además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo”.*

Asimismo, el organismo establece que todas las personas que hayan tenido un hijo/a bajo la técnica de gestación solidaria le sea aplicada esta disposición. Por ende y sin oposición de la autoridad de aplicación se dispuso mediante la Disposición 93/17:

Artículo 1°.- Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento a saber: 1) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada.; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos , además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo.

12. DISPOSICIÓN N° 103/DGRC/17

Es una disposición modificatoria ya que Disposición DI -93- 2017-DGRC ya se mencionó l disposición a nivel nacional en lugar de decir en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por ello se modificó en este sentido:

Artículo 1°.- Modificar el artículo 1° de Disposición DI 93-2017-DGRC, el que quedará redactado de la siguiente manera: "Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento, a saber: 1) Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo.

2) PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS EN ARGENTINA

La figura de la gestación por sustitución de vientre fue derogada antes de la entrada en vigor del C.C.C. por lo tanto, encontramos un vacío legal.

En efecto en Argentina, la licencia por maternidad es de 90 días calendario; 45 días corresponden al período prenatal y 45 días al posnatal. Es decir que se distribuyen entre antes y después que nazca el bebé; sin embargo, la mujer puede optar la reducción de la licencia anterior al parto. Si opta por la reducción, no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días. Concluida la licencia puede solicitar la extensión de esta por un período entre 3 y 6 meses (período de excedencia).

Como se evidencia, únicamente se hace referencia a la madre biológica, no a la madre genética ni con voluntad procreacional.

El marco normativo general en materia laboral en Argentina está dado por la ley 20.744, denominada Ley de Contrato de Trabajo (LCT), que en su art. 9 denominado “el principio de la norma más favorable para el trabajador”, establece que “en caso de duda sobre la aplicación

de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador (...). Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador” (este último párrafo también se lo conoce como in dubio pro operario).

Por ende, el marco legal rige únicamente para trabajadores en relación de dependencia, aquellos trabajadores que son independientes y/o autónomos se encuentran fuera del sistema Ej: abogados, médicos, empleadas domésticas, pequeñas empresas, entre otros rubros.

Un proyecto interesante al respecto fue el presentado por el Dr. Cobos, Expediente S-825/18 (previamente por Laura Montero, registrado bajo el número de expediente S2574/15 ambos han perdido estado parlamentario) con relación a la licencia por maternidad procreacional e intencional, cuyo texto reza:

CAPÍTULO IX - MODIFICACIONES A LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 31.- Modifíquese el art. 177 de la ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 el que quedara redactado de la siguiente manera: Artículo 177. - Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo. Queda prohibido el trabajo de la persona gestante durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la persona interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días. En los casos de gestación por sustitución, la licencia anterior al parto corresponderá a la persona gestante y la posterior a la gestante y la parte comitente que tenga a su cargo el cuidado del nacido, en forma conjunta. La gestante y, en los casos de gestación por sustitución, también la persona comitente que tenga a su cargo el cuidado del nacido, deberán comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o

requerir su comprobación por el empleador. La persona trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantizase a toda persona gestante, durante la gestación, el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.

Actualmente, el tema vientre subrogado, vientre sustituto o de maternidad con voluntad procreacional o padres de intención, es complejo de tratar en Argentina porque la propia sociedad lo censura. Esta cesura también ha sucedido antaño con en el tema de adopción, y algo más cercano el divorcio (que aún hoy no ha sido totalmente aceptado). Incluso, la propia o el propio interesado no lo menciona por temor a perder su trabajo, ya que no podría pedir permiso por maternidad, porque embarazo es sinónimo de maternidad, “si no hay embarazo no hay maternidad”. Con el concepto biológico de maternidad dejamos desamparadas a trabajadoras que son madres de intención, que crían, educan y protegen a sus hijos.

Por ello, es de urgencia una legislación que proteja las madres y los padres de intención no sólo respecto a la licencia por enfermedad sino también en la preservación de sus puestos de trabajo y en defensa de la familia.

Concretizar mediante una norma los derechos que nos regula la Ley Fundamental, que en su art. 14 bis última parte de la C. N. establece: “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar...” y el art. 75 inc. 22 que integró los Tratados Internacionales de Derechos Humanos dándole jerarquía constitucional.

En los casos analizados, se optó por una vía judicial para obtener el amparo o protección que llegó tardíamente o nunca llegó (caso Italia, el niño quedó con una familia de adopción).

En conformidad a la legislación argentina hasta el presente no podrían gozar de los beneficios de la seguridad social, ya que la figura si bien no está prohibida (tal cual arriba se mencionó), tampoco está expresamente permitida. Por ende, no se encuentra está prevista en la legislación laboral.

Más preocupante es la filiación de los menores, dado que la inscripción es supletoria, por lo menos hasta la presentación de la investigación. La incertidumbre sobre el status de hijo y el status de padre o madre es muy grande y angustiante, hasta tal punto que en muchos casos se prefiere que los menores ostenten la ciudadanía del lugar donde se realizó la subrogación o sustitución de vientre de sus hijos de intención que la Argentina.

La filiación es un derecho inherente a todo ser humano, el derecho a un nombre, a la nacionalidad, a tener una familia no se lo puede dar supletoriamente durante años a la autoridad para que lo verifique algún día, pues se viviría eternamente en estado de incertidumbre.

Pues no nos llevemos a engaño, en Argentina existe la figura de sustitución de vientre de hecho (en varios centros dedicados a la medicina reproductiva lo publicitan), se ejecuta con o sin acuerdo convencional, en forma gratuita y onerosa. A su vez, los padres de intención y peor aún, los hijos de esos padres/madres se encuentra con una gran inseguridad jurídica y desprovistos de protección, ya que ni siquiera los menores tienen la “filiación definitiva”. Es por ello que se hace necesaria una legislación de seguridad social que ampare no sólo a los trabajadores en relación de dependencia, sino también a los autónomos e independientes y a los hijos/as nacidos de esos trabajadores con independencia del lazo biológico, genético o jurídico y de las técnicas utilizadas ya sean naturales o por reproducción asistida y dentro de esta última, por subrogación o sustitución de vientre.

Si bien en Argentina no se encuentra legislado, se han presentado varios proyectos para su regulación, entre los que se mencionan:

1. PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DE LA TÉCNICA DE GESTACIÓN SOLIDARIA 5700-D-2016¹⁷³ (presentado por Dip. Araceli Ferreyra y otros en el año 2016).

Señala que la gestación solidaria “es un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada

¹⁷³ <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5700-D-2016>

gestante, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja, denominada/s “comitente/s”; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as “comitente/s”. La persona gestante y él/la o pareja comitente formalizan el acuerdo a través del Instrumento de Gestación Solidaria. Este se debe formalizar con el centro médico autorizado, y posteriormente protocolizarlo ante escribano o autoridad sanitaria correspondiente en la jurisdicción. Este acuerdo se asimila al consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), y es constitutivo e indispensable para reconocer la Gestación subrogada. La gestante, entre otros requisitos, debe tener como máximo treinta y cinco años de edad al momento de suscribir el instrumento, y el contacto con él o los nacidos debe concluir, salvo pacto en contrario, al momento del nacimiento. El proyecto también modifica el artículo 562 del Código Civil y Comercial sobre Voluntad Procreacional. Este quedaría redactado de la siguiente forma:

Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscritos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuere mediante Gestación Solidaria, con independencia de la persona gestante.

Se contempla una cobertura integral e interdisciplinaria de medicamentos, terapias de apoyo, diagnóstico, ropa y transporte para la gestante y el procedimiento de gestación solidaria, y propugna un trato igualitario sin distinción de orientación sexual, identidad de género o condición social de los actores gestantes y comitentes. Asimismo, establece que durante las primeras catorce semanas de gestación él/los comitentes podrán decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la gestante. La técnica de Gestación Solidaria se podrá realizar con el aporte de gametos del/la cónyuge, pareja conviviente o no, o de un/a tercero/a donante.

La gestante no podrá aportar, en ningún caso, sus gametos para la fecundación del embrión que luego le será implantado. Las personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria serán inscritos/as como hijos/as de la/s “comitente/s”.

En cuanto al instrumento de Gestación Solidaria que deberán firmar la gestante y los comitentes debe fecha y lugar cierto, se debe dejar constancia del consentimiento informado y contener cláusulas que aseguren el bienestar integral de la persona gestante.

2. PROYECTO DE LEY 5759-D-2016 DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN¹⁷⁴

Esta iniciativa destaca el carácter no lucrativo o comercial de la gestación por sustitución. La compensación económica a cargo de los comitentes, y en beneficio de la gestante es válida sólo para gastos médicos, traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud. En este proyecto se plantea la autorización judicial para la gestación por sustitución, el que estaría dividido en etapas y se realizaría con la intervención de un equipo interdisciplinario que se expedirá a favor o no de la autorización solicitada. Se exige una relación afectiva previa entre los comitentes y la gestante. Se incorpora como figura penal punible la intermediación que ignore la autorización judicial. Respecto de las exigencias para la gestante, ésta no puede aportar sus propios gametos, debe haber concebido un hijo, debe tener una residencia ininterrumpida en el país de al menos cinco años (no se exige a los argentinos), debe acreditar aptitud física y psíquica y no debe haber participado en más de dos gestaciones por sustitución. Por el lado de los comitentes, se les exige que al menos uno de ellos aporte sus gametos; tengan imposibilidad de gestar y/o lleven a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; contraten un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución. Se incluye un registro de gestantes y la filiación se predetermina en la sentencia que autoriza la gestación subrogada. No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/él o las/os comitentes.

¹⁷⁴<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5759-D-2016> (presentado por Rach Quiroga, Analia y otros)

3. PROYECTO DE LEY 3202-2017¹⁷⁵

En junio del año 2017, se presentó este proyecto con el objeto de modificar algunos artículos del Código Civil y Comercial argentino en lo referente a técnicas de reproducción humana asistida, y que hoy excluyen la gestación subrogada. No se refiere al contrato de base en que se plasman los compromisos de la gestante y los comitentes. Se sustituye el artículo 562 por el siguiente: “Las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien o quienes han prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561”. Este último a su vez, también es objeto de modificaciones. Apunta a la forma y requisitos del consentimiento, indicando que “la instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales. El centro de salud interviniente deberá emitir un certificado que acredite el consentimiento previo, informado y libre prestado para la realización de la técnica, el cual deberá ser presentado por las personas que lo hubieran prestado ante el Registro Civil de su jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”. Respecto del artículo 575, se establece que en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena. El proyecto considera a la Gestación Solidaria como “un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada “gestante”, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o personas, denominadas requirente; sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la gestante, sino únicamente y de pleno derecho con los requirentes”.

4. PROYECTO DE LEY 3765-D-2017

Establece la autorización judicial para la gestación por sustitución. En caso de carecer de ésta, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza previstas en el Código Civil y Comercial. La autorización del procedimiento debe solicitarse al juez con competencia

¹⁷⁵ <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY>

en familia y debe incluir copia de la documentación que acredite la identidad de los peticionantes; certificado médico en caso de razones de salud que acredite imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual y que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético, cuando proceda. Además, certificado que acredite que él o los comitentes cuentan con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa. Se establecen penas de reclusión o prisión de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo al funcionario público o profesional de la salud que facilitare la gestación por sustitución sin autorización judicial. Para la realización del procedimiento él o la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. Asimismo, se fija una compensación económica a favor de la gestante para compensar sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico. Sobre las exigencias para la gestante, ésta no debe aportar sus gametos, debe tener plena capacidad civil, acreditar aptitud física y psíquica, evaluación psicosocial previa, 2 años de residencia ininterrumpida en el país salvo que ostente nacionalidad argentina y contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución, entre otros. La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas, cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente. Respecto de la Jurisprudencia existente menciona que, al no existir normas que regulen la gestación por sustitución, la jurisprudencia nacional Argentina se ha pronunciado en diversas ocasiones en favor de la misma. Las sentencias dictadas y que otorgaron la filiación a favor de los comitentes, tomaron en consideración el derecho a la identidad del niño nacido, la voluntad procreacional como herramienta fundamental para emplazar a un niño como hijo de sus progenitores y el interés superior del niño.

5. PROYECTO DE LEY S-825/18

El proyecto (S-825/18) presentado por el diputado Cobos¹⁷⁶ en el Capítulo 1º, en su art. 1º expresa que tiene por objeto regular la figura de gestación por sustitución, estableciendo en el art. 2º la finalidad,

¹⁷⁶<https://www.senado.gov.ar> › comisiones › ver Exp. › 825.18 › S

a) Garantizar el interés superior de los niños que nacen mediante esta técnica. B) Establecer normas que otorguen seguridad jurídica al procedimiento de gestación por sustitución y a todas las personas que intervienen en el proceso garantizando el pleno ejercicio de sus derechos.

Asimismo, hace referencia al principio de no discriminación y a los derechos personalísimos de la gestante, tal como libertad personal, privacidad, disposición de su propio cuerpo, seguridad y autonomía.

El Capítulo Segundo, se refiere a los requisitos de las personas intervinientes. En el que se destaca el consentimiento. El Capítulo Tercero define en el art 12 el acuerdo de gestación por sustitución como el:

instrumento por medio del cual la gestante acuerda con el/los comitente/s gestar un embrión con el fin de que la persona que nazca tenga vínculos jurídicos de filiación con el/los comitente/s, y en el que se establecen las obligaciones de las partes” y en el art. 13 expresa; “Obligaciones de la gestante y del o los comitente/s. Las personas intervinientes deben cumplir con las obligaciones pactadas en el Acuerdo de Gestación por Sustitución. La persona gestante deberá llevar adelante el embarazo con la diligencia apropiada que requiere aplicar los mejores esfuerzos para lograr el resultado deseado, independientemente de su éxito. El/los comitente/s deberá/n **contratar un seguro de vida en favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.**

Podría pensarse que “cubrir contingencias” es una forma enmascarada constituir un convenio oneroso.

En el Capítulo Cuarto se refiere al proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución. De la lectura surge en forma inmediata los tiempos que demorará ya que no se especifica que sea un proceso sumarísimo, o por lo menos no se tiene en cuenta el tiempo que demandará el proceso judicial de homologación del acuerdo. Sin embargo, queda establecida

la filiación de los padres/madres genéticas/os en los menores nacidos por medio de esta técnica. Luego en otros capítulos se refiere a la creación de un Registro de Gestación y los deberes de los Centros de Salud. Completa con disposiciones acerca del derecho de Trabajo y las acciones penales en caso de incumplimiento.

3) LEGISLACIÓN COMPARADA

La sustitución de vientre es un tema que ha suscitado controversias éticas, religiosas, morales, culturales y sociales. Más lo cierto, es que se trata de una técnica de reproducción asistida que cada día se practica más. Por ello es necesaria su legislación para evitar los efectos negativos del uso de esta en aquellos países que aún no se ha regulado.

Actualmente hay países que han regulado el contrato o convenio de sustitución de vientre, otros que si bien no está regulada tampoco está prohibida y otros los cuales se pronunciaron por la negativa total (aún en perjuicio de la filiación de los niños/as).

Únicamente se previene el delito con una legislación que sea acorde a la realidad.

En este contexto se analizan diversas legislaciones en las cuales el contrato o convenio de gestación por sustitución de vientre es válido aún a título oneroso.

1. REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

En la República Oriental del Uruguay la Ley N° 19.167 sobre técnicas de reproducción humana asistida regulación su Capítulo IV se titula “DE LA GESTACIÓN SUBROGADA” En el art. 25 expresamente establece que:

Serán nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero. Exceptuase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

En Uruguay¹⁷⁷ se legisló la gestación subrogada con restricciones. Debe ser realizada con el aporte genético de una de las partes, de naturaleza gratuita, con consentimiento informado y libre, puede subrogar el vientre sólo un familiar de segundo grado de consanguinidad (hermana) o en su defecto de segundo grado de su pareja (cuñada). En preservación de la filiación, se establece que esta le corresponde a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

2. REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

Brasil sancionó la Resolución CFM N° 1957 bajo el título de **NORMAS ÉTICAS PARA EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA**, como un dispositivo deontológico a seguir por los médicos, Capítulo VII – **SOBRE EL EMBARAZO DE REEMPLAZO (DONACIÓN TEMPORAL DEL ÚTERO)** se establece que:

1. Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana pueden utilizar técnicas de realidad aumentada para crear la situación identificada como un embarazo de reemplazo, siempre que exista un problema médico que prevenga o contraindica el

¹⁷⁷<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/19167> (visto 10/09/2020) Ley N° 19.167 - **TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA – REGULACIÓN Artículo 1º**. (Objeto).- La presente ley tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen. A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley. La aplicación de cualquier otra técnica no incluida en la enumeración detallada precedentemente, requerirá la autorización del Ministerio de Salud Pública, previo informe favorable de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida. **Artículo 25**. (Nulidad).- Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero...Exceptuáse de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio. **Artículo 27**. (Filiación).- En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

embarazo en el donante genético. 2. La donación temporal del útero puede no ser rentable o comercial.

Por Resolución 2.121/2015 del Consejo Federal de Medicina contempla que, para acceder a un tratamiento de reproducción, éste deberá ser altruista, la gestante subrogada deberá tener relación de hasta el 4° grado de consanguinidad con los padres de intención. La madre de intención deberá acreditar su incapacidad para gestar. Las parejas homosexuales también pueden recurrir a este método. Con la excepción de que deben pedir permiso a la Junta Médica Regional para que la gestante sea una mujer ajena a los padres de intención.

3. CANADÁ

La gestación subrogada en Canadá está regulada por la Ley C-6 Assisted Human Reproduction Act. Se permite la gestación subrogada a todo tipo de familia, es decir, parejas heterosexuales, homosexuales, hombres o mujeres solteros(as), con la condición de que sea altruista. Los padres de intención pueden pagar los gastos que irrogue el embarazo, previa petición a la autoridad y bajo recibo que deberá ser presentado ante el ente fiscalizador: *“Ninguna persona deberá pagar una contraprestación a una mujer para ser madre sustituta, ofrecer a pagar dicha contraprestación o anunciar que se pagará”*¹⁷⁸.

No está permitido que se reembolse los gastos en que haya incurrido la mujer gestante, por los gastos en que haya incurrido como consecuencia de la sustitución. Tampoco se le puede reembolsar por la pérdida de ingresos relacionados con el trabajo durante el embarazo, con la excepción que un médico calificado certifique por escrito que seguir trabajando implica un riesgo para su salud o la del embrión o el feto, en cuyo caso el reembolso se realizará en conformidad a la normativa vigente. Se especifica que la sección pago por gestación subrogada no afecta la validez de los acuerdos que se realicen si se cumplen con las disposiciones.

Por el contrario, la provincia de Quebec considera que los contratos de subrogación son nulos.

¹⁷⁸<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-2.html#docCont>

4. ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA

Fue uno de los primeros países en el que se permitió la gestación subrogada. En este país cada Estado se regula bajo su propia legislación, por ello algunos estados permiten la maternidad subrogada y otros estados consideran al contrato nulo. Asimismo, hay estados que permiten la maternidad subrogada para diversos tipos de familia (solteros, parejas homosexuales y/o heterosexuales) y otros sólo para parejas casadas.

Por ejemplo, en Florida un contrato para la subrogación gestacional sólo será vinculante y ejecutable si la pareja que desea tener un hijo está legalmente casada, y el sustituto gestacional y la pareja tienen 18 años o más de matrimonio; en New Hampshire la ley permite acuerdos de subrogación gestacional para todos los padres, sin discriminación basada en el estado civil u orientación sexual y en California se admite para cualquier tipo de modelo familiar; sin embargo en Utah, solo se permite acceder a la subrogación a parejas casadas. En todos los casos mencionados se permite tanto la gestación subrogada comercial como altruista.

5. PORTUGAL¹⁷⁹

La gestación subrogada en Portugal es un tratamiento legal de la infertilidad. Las características de la regulación legal de la maternidad subrogada en Portugal, establece que el vientre de alquiler solo se puede usar como la última opción en los casos cuando una mujer no puede gestar y dar a luz a un bebé debido a los problemas de salud graves (falta de útero, enfermedades que impiden el embarazo y el parto). El caso debe ser examinado por una comisión especial la que acepta que se celebre un contrato entre la madre sustituta y la pareja; el esposo y la esposa buscan las gestantes subrogadas por su cuenta. La ley permite el uso de subrogación solo con FIV, utilizando el biomaterial de al menos uno de los cónyuges.

El vientre de alquiler en el territorio de Portugal se puede realizar exclusivamente de forma altruista.

¹⁷⁹<https://vittoriavita.com/spa/el-ventre-de-alquiler-en-portugal/>

CAPÍTULO 6: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

JURISPRUDENCIA NACIONAL

1) JUZGADOS

<i>1) JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 86</i>	
<i>FECHA</i>	<i>18 de junio De 2013</i>
<i>AUTOS</i>	<i>“N. N. o DGMB S/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO”</i>

ARGUMENTO: Se presentan ante la justicia J. L D G y M S M y solicitan la inscripción del nacimiento de la niña nacida el 19 de abril de 2012 en esta Ciudad, en el Instituto Argentino del Diagnóstico. Relatan que han contraído matrimonio en noviembre de 2006 y que a partir de entonces comenzaron la larga búsqueda en pos de concebir un hijo. Así señalan que la esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término siendo muy compleja la situación que atravesaron en el segundo de ellos, en el año 2010, por cuanto al perder al bebe, en un estado avanzado fue necesario practicarle una intervención de complejidad que incluyó la extirpación de su útero, siendo la única alternativa el acudir a la Fertilización in Vitro con subrogación uterina. La pareja comenzó a averiguar y evaluar las posibilidades de acceder a la maternidad a través de la subrogación de vientre en el exterior empero desecharon esta alternativa en función de los altos costos que ello implicaba. Fue así que conoció a la Sra. C. R. C., según relata, amiga y masajista, que vivió muy de cerca todo el proceso mencionado anteriormente y quien, voluntariamente, al ver la enorme frustración que significó para la esposa el no poder engendrar un hijo, se ofreció a gestarlo en su vientre.—“Resulta procedente acceder a la inscripción como hija de una niña concebida bajo la modalidad de maternidad subrogada, pues si bien en la República Argentina no existe aún regulación legal que habilite o prohíba, en su caso, el acceso a la maternidad mediante la subrogación de vientre utilizando material genético de la propia pareja, dicha solución es la que más responde al interés superior de la nacida y este principio ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño -que a partir de la reforma a nuestra Carta Magna de 1994 goza de jerarquía constitucional, conf. art. 75 inc. 22, CN- y por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”.

MATERIA: Derecho de Familia – Inscripción de Nacimiento.

JURISDICCIÓN: Capital Federal

DERECHOS: protección de nuevos núcleos familiares, ejercicio de la voluntad procreacional, derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual y el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares.

JUEZ A CARGO: María Bacigalupo de Girard.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: No.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

NORMAS APLICADAS: Código Civil en el art. 242 Ley 24.540 de Régimen de Identificación de Recién Nacidos, modificada por la ley 24.884, ley 23.264, Art. 243 1er párrafo del C.C., ley 26.413, arts. 32 y 33, art. 75 inc. 22° Constitución Nacional, y la ley 26.061.

CONVENCIONES CITADAS: Convención sobre los Derechos del Niño, Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<i>2) JUZGADO DE FAMILIA DE GUALEGUAYCHÚ</i>	
<i>FECHA</i>	<i>19 de noviembre de 2013</i>
<i>AUTOS</i>	<i>"B., M. A. C/F. C., C. R.S/ ORDINARIO"</i>

ARGUMENTO: Comparece la Sra. M. A. B., por propio derecho y con el patrocinio letrado ..., promoviendo demanda de impugnación de filiación contra la Srta. C. R. F. de C., de nacionalidad peruana, con residencia en Calle ... de la ciudad de Gualeguay, por no ser ésta última la madre biológica o genética del hijo que pasa legalmente a ser suyo. Que conjuntamente con la anterior promueve acción de reclamación de filiación materna matrimonial, a fin de emplazar al niño T. N. en el estado filial que le corresponde, según el vínculo biológico o genético, con todos los efectos declarativos que se peticionan con retroactividad a la concepción. Solicitan el consecuente reconocimiento en la Sra. M. A. B. de

la maternidad matrimonial, en razón de haber aportado conjuntamente con su marido el Sr. E. H. N., los óvulos y espermatozoides que dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte de un útero perteneciente a una tercera persona (la aquí demandada Sra. C. R. F. C.), nació el niño T. N. Señala que primigeniamente se controvertió la legitimación de la actora para promover la presente acción, discusión que quedó disipada con la resolución de la Alzada..., que armoniza la interpretación del art. 262 del Código Civil con el art. 261 del mismo cuerpo legal y en consecuencia, faculta para impugnar la maternidad a «todo tercero que invoque un interés legítimo», quedando de esta manera la Sra. B., legitimada para promover la presente. Finalmente, el Juez a cargo de la causa, Dr. Gustavo Piquet, admitió la demanda de impugnación de maternidad extramatrimonial y el reconocimiento en la actora de la maternidad matrimonial, pues mediante el aporte de sus óvulos y espermatozoides de la pareja dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte del útero perteneciente a la demandada, nació el niño cuya filiación se cuestionaba. El Dr. Piquet expresó:

El elemento prioritario en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional, siendo a todas luces evidente y comprobada la misma por parte de los actores, es decir, de quienes participaron en el proceso de que aquél naciera y no así de la gestante... Cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del CCiv., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación.

MATERIA: Derecho de Familia– Ordinario.

JURISDICCIÓN: Entre Ríos – Gualeguaychú.

JUEZ A CARGO: Gustavo Piquet.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: No.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: Interés Superior del Niño, Voluntad Procreacional, Derecho a la Identidad, Derecho a la protección de las relaciones familiares, Derecho a la consolidación de la familia.

NORMAS APLICADAS: art. 242, 262 y 261 del Código Civil.

3) JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 8	
FECHA	Expte. 70522/2014 – Sentencia el 20 de septiembre de 2016
AUTOS	“Barrios, Beatriz Mariana y Otro c/ González, Yanina Alicia s/Impugnación de Filiación”

ARGUMENTO: Los cónyuges Beatriz Mariana Barrios y Raúl Alberto Díaz, solicitaron la inscripción de nacimiento de Lorenzo como hijo de ambos, pues aquél fue dado a luz Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) por Yanina Alicia González, (quien también suscribe el escrito de inicio) en virtud que aquella prestó su vientre para que los peticionantes pudieran ser padres del niño. Ambos residen en la provincia de Córdoba, comenzaron a convivir en el año 2000 y contrajeron matrimonio en el año 2006. Ante la imposibilidad de lograr un embarazo, efectuaron consultas médicas y se diagnosticó que Mariana padece un problema congénito –Síndrome de Rokitansky¹⁸⁰-, que le impide llevar a cabo un embarazo en forma natural. La pareja mantenía una amistad con Yanina González, residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y por intermedio en el año 2009 conocieron la clínica de fertilidad “Halitus”. En dicha institución médica le recomendaron como única opción intentar un embarazo con un útero portador, en el que se implantara el embrión formado por los óvulos de Mariana y el espermatozoide de Raúl. Durante el año 2012, Yanina -quien ya tenía hijos propios-, les ofreció prestar su útero para llevar el embrión y cuidar de su hijo durante los nueve meses de gestación. Tras nuevos estudios previos al tratamiento se determinó que los óvulos de Mariana ya no tenían buena calidad debido a su edad, por lo que debieron recurrir a la ovodonación, junto con la gestación por sustitución. El procedimiento fue llevado a cabo en la citada clínica, después de mantener entrevistas

¹⁸⁰ “El síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser -o simplemente, síndrome de Rokitansky-; es una enfermedad congénita (de nacimiento), que tiene como característica principal que las mujeres que la padecen carecen de útero. Desde el punto de vista de fertilidad, resulta obvio que estas pacientes no podrán gestar debido a la ausencia del útero o matriz. Desde el punto de vista de técnicas de reproducción asistida, y dado que la mujer mantiene los ovarios intactos (pudiéndose obtener óvulos para ser fecundados *in-vitro*); los esfuerzos se centran en “solucionar” la ausencia de útero. La técnica más empleada en estos casos es la llamada subrogación uterina, término que describe la transferencia de embriones a otra mujer con útero intacto capaz de sostener la gestación.” Castillo, Juan Carlos. Instituto Bernabeu - <https://www.institutobernabeu.com/es>

con psicólogos, la gestante y los peticionantes suscribieron un acuerdo de voluntades. El tratamiento tuvo buenos resultados y la transferencia del embrión en el útero de Yanina se realizó en octubre de 2013, tomando conocimiento los primeros días de noviembre que se había producido el embarazo. Los cónyuges acompañaron a Yanina y su familia durante los nueve meses de gestación tanto en lo emocional como en todo aquello que necesitaban, viajando desde Córdoba con asiduidad y para presenciando los estudios médicos de rutina que se practicaban. El día 14 de julio de 2014 nació Lorenzo, logrando así conformar la familia que ansiaron desde el inicio de su relación. Y CONSIDERANDO: I.- La gestación por sustitución es una realidad, existe -con distintas formas y alcances- en un número creciente de países del mundo y en Argentina. En nuestro país, la figura de la gestación por sustitución no está regulada y, si bien lo estuvo en el proyecto del Código Civil y Comercial, se decidió excluirla antes de ser aprobado. Es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre “Relaciones de familia” que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, 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.

MATERIA: Derecho de Familia – Impugnación de filiación.

JURISDICCIÓN: Capital Federal.

JUEZ A CARGO: Myriam M. Cataldi.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: No.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: Voluntad Procreacional, Interés Superior del Niño, derecho de fundar una familia, derecho a la identidad, derecho de acceder a las TRHA, derecho a la libertad personal, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías, derecho a no ser discriminados, derechos a la vida privada y familiar, a la integridad personal, derecho a la

igualdad, derecho a la maternidad y de conformar una familia. Principios a la libertad, la privacidad, la autonomía y dignidad de la persona.

NORMAS APLICADAS: Ley 26.862 (art. 558C.C.C. impugnación maternidad) y decreto reglamentario 956/2013, ley 26.994 (art. 9 cláusula tercera, retroactividad ley), ley 26.862, ley 26.529, ley 26.485, art. 19 de Constitución Nacional, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 del año 2013, Ley 26.061.

CONVENCIONES CITADAS: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos del Niño.

<i>4) JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 102</i>	
<i>FECHA</i>	<i>18 de mayo de 2015</i>
<i>AUTOS</i>	<i>“C., F. A. y OTRO C/ R. S., M. L. S/ IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD”</i>

ARGUMENTO: F. A. C. y M. C. C. impugnan la maternidad de M. L. R. S. respecto de la menor E. C. nacida el 10 de marzo de 2014 y solicitan que se la emplace como hija de la coactora M. C. C. Refieren que comenzaron su relación de pareja en mayo de 2003, e iniciaron la convivencia al año y medio. Ante la imposibilidad de C. a quedar embarazada, dado el deseo de ambos cónyuges de tener un hijo, hicieron averiguaciones acerca de la gestación por sustitución en los E.E. U.U. y en la India, cuyos costos tan elevados eran imposibles de afrontar. Más tarde, recibieron el generoso ofrecimiento de M., la niñera del sobrino de F. con quien mantenían un fuerte vínculo afectivo desde hace años y conocía los deseos frustrados del matrimonio. Ella se ofreció a ayudarlos, encontrándose dispuesta a llevar adelante el embarazo, con el material genético que aportaran los accionantes. Es así que el 26 de junio de 2013 se utilizó la técnica de fecundación “in vitro” y se transfirió a M. el óvulo fecundado. Luego de nacer la hija fue reconocida por F. , pero no pudo ser reconocida por C., dado que al momento de su nacimiento fue anotada como hija de M., conforme lo prevé el artículo 242 del Código Civil. La acción promovida de impugnación de la maternidad de M. y de reconocimiento de la maternidad por parte de C. tiene por objeto desplazar del estado de madre a aquella y emplazar a ésta como madre de E.

MATERIA: Derecho de Familia - Impugnación de Maternidad.

JURISDICCIÓN: Capital Federal.

JUEZ A CARGO: Martha B. Gomez Alsina.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: No.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: voluntad procreacional, interés superior de la niña, derecho a procrear, protección de la familia, derecho supremo a la identidad.

NORMAS APLICADAS: artículo 261 del Código Civil, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, art. 3 de la ley 26.061.

CONVENCIONES CITADAS: Convención sobre los Derechos del Niño, Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5) JUZGADO N° 1 DE MENDOZA	
FECHA	29 de junio de 2015
AUTOS	"A. V. O., A. C. G. Y J. J. F S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA "

ARGUMENTO: Los Sres. A.C. G. y J. J. F. Solicitan que se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño J. C. y su DNI como hijo de A.C. G. y J. J. F. y se disponga el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor, desde la fecha de la concepción, a favor de sus padres genéticos. Relatan que la Sra. A. V. O., una mujer mayor de edad y con dos hijos propios a fines de 2013 y principios de 2014 se interesó por motivos personales en ayudar a procrear a una pareja que no pueda tener hijos. Que investigando en internet y consultando a distintos profesionales, conoce a la pareja de J. J. F. y A. C. G., que residía en Buenos Aires, quienes convivían desde 2007 y que a la fecha no podían gestar hijos. Que la Sra. G. ha sufrido una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé. Sin embargo, conserva sus óvulos. Suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014, estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y

medicación. La Asesora pide la nulidad del convenio en virtud de la aplicación del art. 1047 del Código Civil. El Juez Neirotti ha dicho:

Es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación. Creo que existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y de altruismo, por ello doctrina y jurisprudencia comparadas se interrogan acerca de si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente tiñen de onerosidad a la contratación, o si sólo se trata de una indemnización por los gastos producidas por la gestación y el alumbramiento, inclinándose por esto último. Debo decir que me inclino por la remuneración del servicio de gestación. Es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios, pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación.

MATERIA: Derecho de Familia – Acción Declarativa de Filiación – Medida Autosatisfactiva.

JURISDICCIÓN: Mendoza.

JUEZ A CARGO: Carlos Neirotti

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: No.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: El derecho del niño a su verdadera filiación, derecho a la vida privada, derecho a la identidad, derecho a la filiación, principio a la igualdad, interés superior del niño, dignidad del ser humano.

NORMAS APLICADAS: Art. 76 bis de la Ley 6354 (legislación procesal de Mendoza), ley 26.862, ley 24.540 (modificada por ley 24.884), art. 75 inc. 22, CN, ley 26.061, ley 26.413,

CONVENCIONES CITADAS: Convención de los Derechos del Niño, Convención Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos - Opinión Consultiva 17/2002.

<i>6) JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 83</i>	
<i>FECHA</i>	30 de junio de 2015
<i>AUTOS</i>	<i>"N. N. O. S/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO"</i>

ARGUMENTACIÓN: Se solicita la inscripción del nacimiento de la niña "... " ocurrida el día 7 de agosto de 2014 en el Sanatorio Maternidad Suizo Argentina de ésta ciudad de Buenos Aires.- Manifiestan que la Sra. XXX dio a luz una niña, mediante la técnica procreacional de "maternidad subrogada". La Sra. XXX acepta que le fuera implantado un embrión, y llevar adelante el embarazo, y luego entregar a la niña que diera a luz. Como prueba acompañan al pedido, el acuerdo de "voluntad subrogada" cuyas firmas se encuentran certificadas por escribano, y el estudio de filiación biológica que luce realizado en la clínica Fundación Favalaro. En el dictamen del Sr. Agente Fiscal, manifiesta el vacío legislativo expreso sobre la materia... "Sostiene el Magistrado que ante la advertida laguna legal, corresponde aplicar para resolver los conflictos que se susciten, la normativa general de fondo y tratándose de un caso de concepción mediante fertilización in vitro con subrogación uterina, el elemento determinante de la filiación es la "voluntad procreacional", que importa la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, aunque acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior...". En tal tesitura, considero que resulta

de trascendental importancia el derecho de toda persona a conocer su identidad, como un derecho de los no enumerados a que se refiere el art. 33 de nuestra Carta Magna y el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que deberemos hacer valer, a fin de resolver el presente caso.- La doctrina nos enseña que el individuo como ser único e irrepetible, posee el derecho personalísimo a la identidad que como tal es el elemento más importante de construcción de su personalidad, esto significa, en primer lugar la identificación por el Estado, mediante los documentos, partida de nacimiento e identificación adosada al documento del padre o la madre y luego el propio; en segundo lugar, la pertenencia a una determinada familia, lo que denominamos el estado de familia (Gherzi, Carlos A., (director), "Pruebas de ADN. Genoma Humano", Ed. Universidad SRL, Buenos Aires, 2006, Pág. 51) entre otros tantos... entiendo que ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el interés superior del niño, respecto del Derecho a la Identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia.- Por todo lo expuesto y normas legales citadas, RESUELVO: 1) Disponer la inscripción del nacimiento de XXX, ocurrido en ésta ciudad el día XXX de agosto de 2014 como hija de XXX y XXX 2) En consecuencia, líbrese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a tal fin. 3) Disponer la retroactividad del ejercicio de la patria potestad al momento de la concepción de XXX de la pareja XXX.

MATERIA: Derecho de Familia – Inscripción de Nacimiento.

JURISDICCIÓN: Capital Federal.

JUEZ A CARGO: Gustavo Eduardo Noya.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: No.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: Voluntad Procreacional, Interés Superior del Niño, derecho a la identidad, dignidad humana, derecho a la identidad familiar, derecho al nombre, derecho a la nacionalidad, derecho a la intimidad, derecho, derecho a la consolidación de la familia.

NORMAS APLICADAS: art. 75 inc. 22, art. 33 de la C. N., ley 26.061, art. 242 del Código Civil, ley 24.540 (modificada por la ley 24.884), Código Civil y Comercial (ley n°26.449) arts. 558 y 560. De la Convención sobre los Derechos del Niño arts. 2, 7, 8, 9, 10, 16, 20, 22, 29 y

30. Convención Americana de Derechos Humanos art. 17 punto 5 y el art. 2 de la Convención sobre los derechos del Niño

CONVENCIONES CITADAS: Convención sobre los Derechos del Niño, Comisión Internacional de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos.

<i>7) JUZGADO DE FAMILIA N° 7 DE LOMAS DE ZAMORA</i>	
<i>FECHA</i>	<i>30 de noviembre de 2016</i>
<i>AUTOS</i>	<i>"B. J. D. y OTROS S/ MATERIA A CATEGORIZAR"</i>

ARGUMENTACIÓN: Se presentan peticionando Medidas Precautorias (art.232 del CPCC), peticionando con carácter URGENTE autorización judicial para la inscripción del niño por nacer ante el Registro Nacional de las Personas con el nombre D.N. y con los apellidos de los donantes de los gametos G. y B., en gestación por medio de técnicas de reproducción humana asistida de Alta Complejidad con gametos de la propia pareja G. y B. (FIV/ICSI) y con probable fecha de parto para el 30 de noviembre de 2016. Las peticionantes relatan que son madre e hija... Cuando la pareja formada por J. y D. decidieron ser padres, J. B. queda embarazada con fecha probable de parto para el día 26 de septiembre de 2012. En el mes de agosto del mismo año, sufre un desprendimiento prematuro de placenta, cuya urgencia culmina en una cesárea y con el resultado del feto muerto, tal como surge del resumen de historia clínica ... y el certificado de defunción ... En el momento inmediato a la cesárea, ante la falta de retracción del útero y el peligro de muerte de la madre, los médicos actuantes debieron efectuar la histerectomía total, mediante el cual se extirpa la totalidad del útero y el cuello uterino casi en su totalidad. La Sra. C. es la madre de la Sra. B. y la suegra del Sr. G., esposo de ésta última. La primera cursa un embarazo con posible fecha de parto para el 7 de diciembre próximo. Por su aspecto físico, especialmente por el volumen de su vientre, no aparenta un embarazo tan avanzado. En la fecha mencionada se practicará una cesárea programada con inhibición de producción láctea para evitar el amamantamiento.... El sufrimiento de la Sra. B. se hizo extensivo hacia su madre quien padeció el dolor por la frustración de su hija y por la imposibilidad de tener los nietos deseados. La infelicidad de su hija produjo en ella el intenso deseo de favorecer en la medida de sus posibilidades el anhelo de su hija, alojando también en su deseo y en su cuerpo al nieto tan esperado. Se resolvió que reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado,

emplazar como hijo a los padres con voluntad de procreación y genético, ordenar la inscripción del niño a favor de los padres con voluntad procreacional y genética. Asimismo, se concedió licencia por paternidad al padre de intención.

MATERIA: Derecho de Familia.

JURISDICCIÓN: Lomas de Zamora – Provincia de Buenos Aires.

JUEZ A CARGO: María Silvia Villaverde.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: Si.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: Voluntad Procreacional, Interés Superior del Niño, Derecho a la Identidad, derechos a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológicos, derecho a formar una familia, derecho a no ser discriminado en el acceso a las técnicas de reproducción asistida, derecho de acceder a las TRHA, derecho a formar una familia, derecho a la vida privada, derecho a la integridad personal a derecho a la libertad personal, derecho a la igualdad y derecho a no ser discriminada con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia. Principio de igualdad y no discriminación, derecho a la identidad del hijo, derecho al parentesco. Autonomía de la voluntad.

NORMAS APLICADAS: Ley 26.862 y decreto 956/2013, ley 26.529, arts. 560 y 561 C.C.C., Constitución Nacional, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, ley 13298, ley 26061.

CONVENCIONES CITADAS: Convención sobre los Derechos del Niño, ley 26.061, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17/2002, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Pacto de San José de Costa Rica (art. 29)

<i>8) TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 7 DE ROSARIO</i>	
<i>FECHA</i>	<i>05 de diciembre de 2017</i>
<i>AUTOS</i>	<i>"H., M. E. y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS"</i>

RESUMEN: La Sra. M.E. H. y el Sr. I. O., 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. Presentaba un problema de autoinmunidad, por el cual, cerca del sexto mes de embarazo sus hijos fallecían (5 niños), por lo que los médicos le recomendaron que, ante el grave riesgo a su salud, no podía seguir intentando un nuevo embarazo. Viendo el gran deseo de ser padres y las dificultades por la que pasaban su hermana A. les propuso prestarles su vientre.

MATERIA: Derecho de Familia – Venias y Dispensas.

JURISDICCIÓN: Santa Fe – Rosario.

JUEZ A CARGO: Andrea Mariel Brunetti.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: Si.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: Voluntad procreacional, Interés Superior del Niño, Principio de Legalidad, Derecho a la Privacidad, y Principio de Dignidad de la persona, ejercicio de la autonomía reproductiva, derecho a fundar una familia, derecho de autonomía y a la libertad reproductiva, principio de derecho de protección igualitaria y efectiva de la ley, derecho a la no discriminación, protección de la familia y Derecho a formar una familia, Derecho a acceder a las TRHA, Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnología, garantía de acceso integral a las TRHA, Interés superior del Niño.

NORMAS APLICADAS: art. 19 de la Constitución Nacional, ley 26.862 art. 2, 7 y 8, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, Ley No. 26.682; No. 26.529; No. 23.592.

CONVENCIONES CITADAS: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 art. 6 y el Pacto de San José de Costa Rica, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Convención de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<i>9) JUZGADO DE FAMILIA N° 2 DE MENDOZA</i>	
<i>FECHA</i>	<i>15 de febrero de 2018</i>
<i>AUTOS</i>	<i>“M. S.; T. C. J.; B. P. V. S/ MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS”</i>

ARGUMENTACIÓN: Se interpone una acción declarativa de certeza con medida autosatisfactiva para requerir autorización judicial a fin de iniciar técnica médica de gestación por sustitución, y que se determine la filiación del o los bebés que nazcan. Manifiestan que los padres procreacionales del bebé son los Sres. M. S. S. y J. L. T. C. y que la Sra. P. V. B. brindará su capacidad gestacional. Los padres procreacionales se encuentran casados y mediante distintos estudios médicos se detectó a la Sra. S. padece una afección que obstaculiza la gestación normal de un bebé. Fueron sometidos a diversas terapias de reproducción sin éxito. En búsqueda de ayuda conocieron a la Sra. B, quién se ofreció a colaborar con ellos en forma desinteresada con el fin de que el matrimonio pueda concretar el derecho de formar una familia.

MATERIA: Derecho de Familia – Medidas Autosatisfactivas.

JURISDICCIÓN: Mendoza.

JUEZ A CARGO: Gustavo Adolfo Antelo.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: No.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: Derechos Humanos, el reconocimiento del derecho a la vida familiar y el principio del interés superior del niño; Declaración Americana de Derechos y Deberes del

Hombre, Protocolo de San Salvador, Voluntad Procreacional, Convención sobre los Derechos del Niño.

NORMAS APLICADAS: Ley 26.862; ley 26.529, art. 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, arts. 1, 2 y 3 C.C.C., ley 26.061.

CONVENCIONES CITADAS: Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, Convención Americana de Derechos Humanos

<i>10) JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL COMERCIAL 2 A- S. 3 – VILLA MARÍA – CÓRDOBA</i>	
<i>FECHA</i>	<i>21/05/2020</i>
<i>AUTOS</i>	<i>"RENAUDO, Luis Alberto y otros - Sumaria"(Expte. N° 7889448)</i>

ARGUMENTO: Los señores Luis Alberto Renaudo y Eduardo Andrés Zapata (padres intencionales), junto a la señora Mariana Valls (gestante), peticionan conjuntamente se les otorgue autorización judicial, a fin de que ésta última geste un niño con material genético de terceros, con el objeto de que la pareja convivencial asuma en base a la figura de la voluntad procreacional, la condición de progenitores legales. Más concretamente, sostienen que “el procedimiento de reproducción humana asistida se realizará con ovocitos de donante anónimo y semen de uno de los padres intencionales” (Cláusula Primera del Acuerdo, fs. 16). Por su parte, requieren que se ordene la inscripción del niño o niña en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijo de Luis Alberto Renaudo y Eduardo Andrés Zapata. Finalmente, peticionan que se emplace a la obra social OSPIA a los fines de que dé cobertura al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad. Decidieron iniciar los trámites de inscripción para adoptar. Sabiendo que por los prejuicios sociales aún existentes, al ser una pareja igualitaria no iban a tener muchas chances, decidieron intentar inscribirse como adoptantes monoparentales, pero fue tanto el desgaste y manoseo que sufrieron que claudicaron esa opción. Que Luis conoció a Mariana, quien es actualmente secretaria administrativa de la escuela Danza Vida. Mariana convive con su pareja, Sergio Martín Hernan Cerutti quien trabaja en relación de dependencia para AMBAR. Que Luis y Mariana se hicieron amigos. Luis le contó de su sueño de ser padre y Mariana le dijo que le parecía una buena idea la gestación por sustitución. Que ese momento fue de una importante emoción, que envolvió nuevamente de esperanza y deseo de ser padres. Que realizaron los estudios preliminares y acudieron a una clínica a los fines de

iniciar los trámites. Que cuentan con el apoyo de sus grupos familiares. Formulan el acuerdo de gestación por sustitución que acompañan.

MATERIA: Derecho de Familia – Información Sumaria

JURISDICCIÓN: Villa María. Provincia de Córdoba.

JUEZ A CARGO: Sebastián Monjo.

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: No.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: Derecho a procrear, voluntad procreacional, Derecho a la salud sexual y reproductiva, Derecho a gozar los beneficios del progreso científico, Derecho a acceder a las TRHA, derecho a formar una familia, el principio de igualdad y de no discriminación por orientación sexual.

NORMAS APLICADAS: Ley 26.862; ley 26.529, art. 19, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, arts. 58,60 y 61, 562 C.C.C., ley 25.326, ley 26.061, arts. 18, 19 (incs. 1, 2, 3 y 7) y 20 de la Constitución Provincial, 1 y 2 del CCyC.

CONVENCIONES CITADAS: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su tercer informe “A/HRC/20/26, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, Convención Americana de Derechos Humanos

<i>11) JUZGADO DE FAMILIA N° 2 DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL LA PLATA</i>	
<i>FECHA</i>	<i>11 de septiembre de 2020</i>
<i>AUTOS</i>	<i>“N..C., K. E.; B., C. G. y V., E. R. S/ AUTORIZACIÓN JUDICIAL - DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN – INCONSTITUCIONALIDAD ART. 562 C.C.C.N.”</i>

ARGUMENTACIÓN: Que en fecha 11/9/2020 se presentan N..C., K. E.; B., C. G. y V., E. R., solicitando autorización judicial para acceder a la realización de la técnica de reproducción humana asistida gestación por sustitución y a ordenar al IOMA a la autorización de la práctica de fertilización asistida correspondiente y la consecuente determinación de la

filiación conforme la voluntad procreacional involucrada, declarándose para ello la inconstitucionalidad del art. 562 C.C. y C.N. Manifiestan que, en el comienzo de año pasado, en fecha 26/03/2020, luego de diversos estudios la Sra. N. se realizó un tratamiento de fertilización asistida, de alta complejidad, con material genético de su pareja (B.), arrojando dicho tratamiento resultado negativo. Ante ello, según informe médico actualizado que se acompaña al presente de fecha 11/09/2020, su médico tratante el Dr. A. G. MP -, le informa que no podían realizar más intentos, ya que un problema de salud que padece N. hace imposible que pueda dar resultado favorable. Aclara N. que es una mujer de 46 años de edad, la cual padece de múltiples miomas que incluso con el tratamiento que realizó, debido al estrógeno, los mismos han aumentado significativamente, conforme relata la accionante. A su vez, según sus médicos tratantes, conforme los estudios médicos realizados, si es intervenida quirúrgicamente cuenta con el riesgo de perder el útero, con lo cual no hay posibilidad alguna que pueda ser madre naturalmente y menos aún por técnicas de fertilización asistida, conforme expresa N. su hermana la Sra. V. E. R, DNI - de nacionalidad argentina, de veinticuatro (24) años de edad, soltera, de muy buen estado de salud y sin deseo alguno de ser madre, le manifestó a N. su deseo de poder prestar su vientre y su cuerpo de manera altruista y desinteresada, para que su pareja y N., puedan ser padres. Se celebró un acuerdo privado entre las partes, en el que manifestaron su clara y libre voluntad de ser ayudados a ser padres, así como su hermana ha declarado libremente y en absoluto acto de amor disponerse como gestante a esos fines.

MATERIA: Derecho de Familia – Inscripción de Nacimiento.

JURISDICCIÓN: La Plata – Provincia de Buenos Aires.

JUEZ A CARGO: Mauro Javier Cerdá

ADMITE LA DEMANDA DE FILIACIÓN: Si.

ELEMENTO PRIORITARIO: Voluntad Procreacional.

PARENTESCO: Si.

MODALIDAD COMPENSATORIA: No.

FILIACIÓN: Si.

CON CONVENIO: Si.

DERECHOS: Voluntad Procreacional, Interés Superior del Niño, derecho humano a fundar una Familia, derechos sexuales y reproductivos, derecho a ser padres, derecho a decidir libremente, derecho a la salud reproductiva, principio de igualdad, principio de no discriminación

NORMAS APLICADAS: Constitución Nacional - art. 19 y 16, ley 26.682, art. 562 C.C.C.N., ley 26.061, ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires, art. 75 inc. 22 de la constitución Nacional

CONVENCIONES CITADAS: Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de los Derechos del Niño, Corte IDH en la opinión consultiva n° 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derecho Humanos, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2) TRIBUNALES

En el presente acápite se presentan algunos fallos jurisprudenciales a fin de demostrar su evolución.

1. Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Fuero contencioso administrativo y tributario - Declaración de incompetencia - Inscripción de nacimiento - Gestación o maternidad por sustitución

Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia confirmatoria de la decisión de grado que declaró la incompetencia del fuero local en lo contencioso administrativo para conocer en la acción que persigue que se disponga judicialmente la inscripción registral como hijos de los accionantes de dos menores nacidos por el método de útero portador o maternidad subrogada, en cuyos certificados de nacimiento ostenta la maternidad la hermana de la actora, quien fuera prestadora voluntaria del útero, toda vez que la cuestión en debate no se trata de un mero problema registral, pues primero se debe determinar si se aplica en el caso la pauta general del art. 562, Código Civil y Comercial, u otra

como la propuesta por los actores (que reclama el reconocimiento de la maternidad para quien brindó el sustento genético y la voluntad procreacional, y no para quien dio a luz a los menores), y eso no puede realizarse en sede administrativa, sino que debe actuar un juez competente en cuestiones de filiación. El consentimiento de todas las partes involucradas (padres y "madre sustituta") no permite eludir la intervención judicial o reducirla a un mero "trámite registral", pues en todo lo relativo a la filiación se encuentran involucradas normas de orden público (indisponibles para las partes) y deben extremarse los recaudos para resguardar la verdadera identidad de los menores. Si bien es cierto que aquí no se presenta un "conflicto de filiación", entendido éste como el de partes que asumen posturas contrapuestas respecto de la filiación de los menores (pues en el escrito inicial figura la conformidad de quien dio a luz a los menores para que se los anote como hijos de los peticionantes), lo que sí existe es una "reclamación de maternidad" por parte de la actora, que por el vacío legal no encuentra sustento expreso en la normativa vigente, y que implicaría inaplicar la pauta general contenida en el art. 562, Código Civil y Comercial. Por lo tanto, corresponde que intervenga el fuero de familia de la justicia nacional en lo civil. (Del voto de la Dra. Conde.)¹⁸¹

2. Gestación o maternidad por sustitución - Gestación o maternidad por sustitución - Autorización - Verdad biológica - Transferencia embrionaria ICSI - "DATO RESERVADO, Expte. Nro. 10178-14" San Carlos de Bariloche - JUZGADO DE FAMILIA Nro. 9. 29 de diciembre de 2015.-

Se concede la autorización para realizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto, previa suscripción del consentimiento informado, atento a que la maternidad subrogada, es la

¹⁸¹Gestación o maternidad por sustitución - Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Declaración de incompetencia - Inscripción de nacimiento - Gestación o maternidad por sustitución - Competencia

Se rechaza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia confirmatoria de la decisión de grado que declaró la incompetencia del fuero local en lo contencioso administrativo para conocer en la acción que persigue que se disponga judicialmente la inscripción registral como hijos de los accionantes de dos menores nacidos por el método de útero portador o maternidad subrogada, en cuyos certificados de nacimiento ostenta la maternidad la hermana de la actora, quien fuera prestadora voluntaria del útero, pues la decisión a adoptar necesariamente trae aparejada la definición de una cuestión filiatoria, esto es, a quién se atribuye su maternidad, para lo que deberán aplicarse las normas del Código Civil y Comercial, que si bien reconoce como fuente de filiación a la reproducción humana asistida (art. 558 y 562, Código Civil y Comercial), no prevé una solución jurídica para la atribución de maternidad en los supuestos de "gestación por sustitución" o "maternidad subrogada", por lo que la pretensión excede lo meramente registral, correspondiendo a la competencia de la justicia nacional prevista por los inc. f y n, art. 4, Ley 23637.0.02125 || M., C. K. y otros s. Información sumaria - Recurso de inconstitucionalidad concedido//TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 04/11/2015; Rubinzal Online; 11927/2015; RC J 1032/16

única posibilidad de la pareja peticionante de tener descendencia. En efecto, la actora ha acreditado poseer una anomalía médica que le impide lograr un embarazo y gestar un bebé (padece de Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser), y, habiendo realizado tratamientos de fecundación in vitro, se formaron tres embriones que se encuentran criopreservados, peticionándose la autorización judicial para su implantación. Para su concesión se tiene presente que existe voluntad procreacional por parte de los solicitantes: el deseo de tener un hijo, sostenido por el amor filial, a diferencia de la motivación de la futura gestante (cuñada de la pareja solicitante), basada en fines altruistas de ayudar a otros, no de ser madre. Este elemento volitivo hace que deba ponerse el foco en la "paternidad voluntaria", más allá de la verdad genética y la biológica que, en este caso confluyen. En efecto, el niño/a será criado por quienes aportaron sus gametos; es decir que, la verdad genética, la verdad biológica y el elemento volitivo serán coincidentes. Por otro lado, no se presenta un caso de cosificación de la gestante, dado que ha quedado demostrado que la madre sustituta ha dado su consentimiento en forma totalmente libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia ampliada, contando, además, con herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que decide ocupar, para afrontar el despegue de la entrega del bebé al momento del nacimiento y las consecuencias que de ello se podrían desprender. (Sentencia firme.)

3. Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Fuero contencioso administrativo y tributario - Declaración de incompetencia - Inscripción de nacimiento - Gestación o maternidad por sustitución

Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia confirmatoria de la decisión de grado que declaró la incompetencia del fuero local en lo contencioso administrativo para conocer en la acción que persigue que se disponga judicialmente la inscripción registral como hijos de los accionantes de dos menores nacidos por el método de útero portador o maternidad subrogada, en cuyos certificados de nacimiento ostenta la maternidad la hermana de la actora, quien fuera prestadora voluntaria del útero, toda vez que la cuestión en debate no se trata de un mero problema registral, pues primero se debe determinar si se aplica en el caso la pauta general del art. 562, Código Civil y Comercial, u otra como la propuesta por los actores (que reclama el reconocimiento de la maternidad para quien brindó el sustento genético y la voluntad procreacional, y no para quien dio a luz a los menores), y eso no puede realizarse en sede administrativa, sino que debe actuar un juez competente en

cuestiones de filiación. El consentimiento de todas las partes involucradas (padres y "madre sustituta") no permite eludir la intervención judicial o reducirla a un mero "trámite registral", pues en todo lo relativo a la filiación se encuentran involucradas normas de orden público (indisponibles para las partes) y deben extremarse los recaudos para resguardar la verdadera identidad de los menores. Si bien es cierto que aquí no se presenta un "conflicto de filiación", entendido éste como el de partes que asumen posturas contrapuestas respecto de la filiación de los menores (pues en el escrito inicial figura la conformidad de quien dio a luz a los menores para que se los anote como hijos de los peticionantes), lo que sí existe es una "reclamación de maternidad" por parte de la actora, que por el vacío legal no encuentra sustento expreso en la normativa vigente, y que implicaría inaplicar la pauta general contenida en el art. 562, Código Civil y Comercial. Por lo tanto, corresponde que intervenga el fuero de familia de la justicia nacional en lo civil. (Del voto de la Dra. Conde.) 0.01125 || **M., C. K. y otros s. Información sumaria - Recurso de inconstitucionalidad concedido** - TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 04/11/2015.

4. Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Cámara Civil - Sala H, 15 de Marzo de 2018, expediente CIV 014153/2017/CA002

La "gestación por sustitución", "maternidad subrogada", "vientre de alquiler", "maternidad intervenida", "maternidad disociada", "gestación por contrato", "madre sustituta" o "madre de alquiler", evidencia el compromiso de una mujer, llamada "mujer gestante" a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a 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. (Del voto en disidencia de la Dra. Abreut.)¹⁸²

5. C. V. D. y otros c/ OBSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ amparo – salud-medicamentos y tratamientos. Tribunal: Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Sala/Juzgado: VI - Fecha: 22-jun-2021.

¹⁸²0.0127 || S. T., V. s. Inscripción de nacimiento///CNCiv. Sala H; 15/03/2018; Rubinzal Online; 014153/2017; RC J 5052/18

Se ordena a la obra social que cubra íntegramente la técnica de reproducción asistida de alta complejidad a una gestante solidaria que ‘prestará’ su vientre a los actores, quienes son una pareja amiga de ella, constituida por personas del mismo sexo. 1.-Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los actores y en consecuencia, ordenar a la obra social que brinde a los amparistas la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con ovodonación proveniente de banco y gametos masculinos aportados por uno de los accionantes, la criopreservación de embriones, la transferencia embrionaria en el cuerpo de la gestante solidaria, todo ello bajo cumplimiento y respeto con lo normado en la Ley nacional N° 26.862 y su Dec. reglamentario N° 956/2013 pues negar la cobertura de tal técnica a los actores del mismo sexo representaría un acto discriminatorio en razón del sexo. 2.-La igualdad, al igual que la libertad, son presupuestos convivenciales y sostén que posibilitan la existencia de los restantes derechos, por lo tanto, no es posible suponer la inteligibilidad racional de una norma como el art. 562 C.C. C. que admite la co-maternidad -en tanto la madre que dio a luz lo integre con el consentimiento previo de la otra mujer con voluntad procreacional- sin salvedad igualitaria para el supuesto de la co-paternidad pues ello sería un palpable exponente de la consagración de una discriminación indirecta, pues una norma que pudiera aparentar ser neutra, conduciría en su aplicación al perjuicio de otras personas. En el fallo explican que, “la GESTACIÓN SUSTITUTIVA es una TRHA a través de la cual una mujer -gestante- conviene con otra persona, o como en el caso a decisión con una pareja, gestar un embrión, sin voluntad procreacional alguna, por lo cual carecerá de vínculo legal alguno con la persona por nacer, ya que no es considerada su madre. Vale decir que los progenitores (padres de intención -o comitentes en una jerga más contractual- en este caso los actores) serán reconocidos por la ley como los padres legales. En función del vínculo de amistad que une a la pareja actora con la gestante, y el ofrecimiento desinteresado de ésta, torna la gestación sustitutiva en solidaria, exenta de carácter lucrativo”.¹⁸³

ANÁLISIS DE LOS FALLOS DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL

Conforme a los fallos presentados en el cuadro de jurisprudencia como los analizados a lo largo de la tesis se reconoce la práctica de la Gestación por Sustitución con el reconocimiento

¹⁸³Cita: MJ-JU-M-132962-AR | MJJ132962 | MJJ132962

del vínculo filiatorio del recién nacido con los comitentes. Se pone especial énfasis en el interés superior del niño como elemento fundamental y el derecho a la identidad. Sin embargo, no se precisa que la filiación del menor es un Derecho Humano, así como los comitentes tienen el Derecho Humano de formar una familia con su material genético y la voluntad procreacional.

Asimismo, en la mayoría de los casos, si bien se remarca que la gestación por sustitución se realiza en forma gratuita o solidaria, basta con analizar los fallos que se deduce que en la mayoría de los casos se recibe una contraprestación, la que queda patente con el posterior comportamiento de la gestante, salvo casos excepcionales (vg.: abuela). El Dr. Neirotti en su dictamen dijo y “si percibiera una contraprestación el fallo sería el mismo”, la razón es que se dio nacimiento a un niño que, sin la voluntad procreacional de sus progenitores genéticos, no habría nacido.

En todos los casos analizados, aun siendo la gestación realizada por familiar directo, se realizaron convenios y los mismos fueron sometidos a la instancia judicial.

Estos convenios fueron aceptados judicialmente, ya que daba certeza a la filiación del menor y seguridad jurídica a los comitentes y la mujer gestante.

En los convenios, quienes se hacen cargo del pago de los gastos médicos y compensaciones son los comitentes, y la persona que los acepta y recibe la compensación es la gestante. Es importante destacar que el consentimiento tanto de la gestante como de los comitentes ha sido debidamente informado en todos los casos. La consecuencia de esta interrelación es el nacimiento de un nuevo ser humano, un nuevo ser que se le dio vida por la voluntad procreacional de los padres de intención y por el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la mujer gestante.

Párrafo aparte es la situación de la mujer gestante, ¿por qué se destaca que el convenio es a título gratuito?

Cabe preguntarse, ¿por qué la mujer gestante no puede recibir una compensación o indemnización por el préstamo de su vientre por nueve meses, para albergar una nueva vida generado por los comitentes? ¿Por qué se realiza ese tipo de discriminación con la mujer gestante?

En toda la jurisprudencia citada, los jueces se aseguraron que la mujer gestante hubiera dado su consentimiento informado para la transferencia del o los embriones, que ese consentimiento haya sido dado en ejercicio de la autonomía de su voluntad y que no existe relación genética ni psicológica con el nuevo ser, ya que no es su proyecto de vida, sino el de el/los comitentes.

Además del análisis de los fallos se puede inferir que la mujer gestante elige si la sustitución de vientre es solidaria (sólo gastos médicos) o con una compensación.

3) JURISPRUDENCIA EUROPEA

Las exposiciones sobre la jurisprudencia europea se basan en 2 fallos sobre la temática.

1. PRIMER CASO: ASUNTO C-167/12 – C.D. C/ S.T. - PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL EMPLOYMENT TRIBUNAL, NEWCASTLE UPON TYNE (REINO UNIDO)¹⁸⁴

El primer caso es el Asunto C-167/12 – C.D. c/ S.T. - Petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne (Reino Unido)

La Sra. C.D. (así se la identifica en el fallo) por medio de la técnica de reproducción asistida de gestación de sustitución de vientre fue madre de intención de un bebé el 26 de agosto de 2011. El embrión se generó a partir del esperma de la pareja y óvulo de donante. A partir del nacimiento del bebé, C.D. procedió a amamantarlo. Con fecha 19 de diciembre de 2011 se dictó la orden parental mediante la cual se atribuye a C.D. y su pareja la responsabilidad plena y permanente del niño.

Cabe aclarar que la demandante laboraba en uno de los hospitales de la entidad demandada, específicamente en National Health Service Foundation, siendo éste un organismo estatal.

La actora solicita ante su empleador permiso de maternidad por adopción ante la ausencia de legislación sobre el tema de sustitución de vientre. En su primera intimación a la empleadora éste le fue denegado. Sin embargo, en una segunda presentación, mayo de 2011, es decir, antes del nacimiento del niño, la entidad modificó su postura y, aplicando el régimen de permisos por adopción, otorgó a la demandante un permiso remunerado.

Mediante la demanda interpuesta ante el órgano jurisdiccional competente la demandante alega perjuicios, basándose en la denegación inicial, una discriminación ilegal por razón de sexo y/o embarazo y maternidad. Asimismo, alega haber sufrido un perjuicio por razón de embarazo y maternidad y por el hecho de haber intentado obtener un permiso de maternidad.

¹⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA, Gran Sala. 18/03/2014.
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149387&doclang=ES>

En el debate se presentaron cuestiones prejudiciales a resolver:

Las cuestiones prejudiciales se refieren: 1) por una parte, a la Directiva 92/85 y, 2) por otra parte, a la Directiva 2006/54. En el marco del análisis de la Directiva 92/85 se examinó si ésta, y en su caso en qué condiciones, reconoce a la madre intencional un derecho a obtener un permiso de maternidad. Respecto a la Directiva 2006/54¹⁸⁵, se analizó, si en las circunstancias del procedimiento principal, la denegación de la concesión de un permiso de maternidad constituye una discriminación por razón de sexo.

El Tribunal, luego de un extenso análisis de la problemática concluyó la Abogado General Sra. Juliane Kokott (primera preopinante) que:

En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del siguiente modo: En una situación como la del procedimiento principal, una madre intencional que ha tenido un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada tiene derecho, tras el nacimiento del niño y aunque no amamante a su hijo, a un permiso de maternidad conforme a los artículos 2¹⁸⁶ y 8¹⁸⁷ de la Directiva 92/85/CEE

¹⁸⁵ (24) El Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad. Por consiguiente, la presente Directiva no debe afectar a lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la persona embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia (1). La presente Directiva tampoco debe afectar a lo dispuesto en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (26) En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar (3), se alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo sus derechos laborales. (27) Deben aplicarse consideraciones análogas al reconocimiento por los Estados miembros a hombres y mujeres de un derecho individual e intransferible al permiso por adopción de hijos. Corresponde a los Estados miembros determinar la oportunidad de conceder tal derecho al permiso parental y al permiso por adopción, así como las condiciones, distintas del despido y la reincorporación laboral, que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva.

¹⁸⁶Directiva 92/85/CEE - Artículo 2 Definiciones: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: **a)** trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales; **b)** trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales; **c)** trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo <https://eur-lex.europa.eu>

¹⁸⁷Artículo 8 Permiso de maternidad- **1.** Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el art. 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. **2.** El permiso de maternidad que establece el ap. 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como

del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, cuya duración mínima será de dos semanas y de cuya duración total podrá descontarse la duración del permiso de maternidad que, en su caso, haya disfrutado la madre subrogada, siempre que la madre intencional haya asumido la custodia del niño tras el parto, la maternidad subrogada sea admisible en el Estado miembro afectado y se cumplan los requisitos previstos al efecto en la legislación interna. A la luz de las circunstancias del procedimiento principal, no se aprecia una infracción del artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

En la segunda cuestión (2) el Tribunal no consideró que se haya configurado la figura de discriminación en los términos expuestos en la demanda.

ANÁLISIS PRIMER CASO

Se presentaron los hechos, las cuestiones prejudiciales y la conclusión final del fallo del Tribunal Superior de Derechos Humanos.

Se arribó a una sentencia satisfactoria, con el reconocimiento de la madre de intención y su posterior permiso de maternidad. Se especifican en la sentencia dos formas diferentes de reproducción, a saber: a) la gestación por sustitución; b) inseminación artificial.

En efecto, el punto doce establece:

mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. “ *Téngase en cuenta que conforme establece la Sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 18 marzo 2014, la presente Directiva debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente*”.

La normativa del Reino Unido - 12 El artículo 54 de la Ley de 2008 sobre la fertilización y la embriología humana (Human Fertilisation and Embryology Act 2008) prevé que, a instancia de dos personas, un tribunal puede dictar una resolución que les confiera la patria potestad sobre un niño («parental order»), al que se considerará legalmente hijo de los solicitantes, si: – el niño ha nacido de una mujer que no es uno de los solicitantes como consecuencia de la implantación en ella de un embrión, o de esperma y óvulos, o de su inseminación artificial; – se han utilizado los gametos de al menos uno de los solicitantes para crear el embrión, y – se cumplen otros requisitos, entre los cuales el de que los solicitantes sean marido y esposa o mantengan una relación análoga.

Es por ello, que es necesario realizar un pequeño paréntesis, aclarar los mismos, y luego proseguir con el análisis del tema. La inseminación artificial en los seres humanos es “un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer”¹⁸⁸. La técnica consiste en depositar el semen en el interior de la cavidad uterina. La fecundación del óvulo se produce de forma natural en el cuerpo de la mujer. En cambio, en la fertilización in vitro se extraen los óvulos de la mujer para realizar la fecundación en el laboratorio y transferir los embriones¹⁸⁹.

La maternidad no sólo es biológica sino también puede ser genética e intencional. Lo que significa que con la introducción de las técnicas de reproducción asistida varió el paradigma de “*mater semper certa est*” para un concepto más amplio y comprensivo de la palabra maternidad/paternidad que abarca también a la genética y no sólo a la biológica y a la jurídica (adopción).

Uno de los puntos más importantes es la relación entre madre-hijo/a, padre hijo/a, ese amor que lleva a esta pareja o madre o padre, a que este nuevo ser venga a la vida, su intención fue o será la que sea el motor propulsor que dé Vida a ese nuevo ser.

¹⁸⁸Definición de Raoul Palmer en Aspectos Médicos de la Inseminación Artificial, “Biogenética, filiación y Delito de Miguel Ángel Soto Lamadrid.

¹⁸⁹ <https://www.reproduccionasistida.org>

Por lo tanto, las mujeres que van a ser madres intencionales (sean genéticas o no) tienen los mismos sentimientos, angustias, ilusiones y hasta percepciones como si estuvieran físicamente embarazadas, debiéndosele dar el mismo tratamiento que a las madres biológicas.

Sabiamente el fallo apeló a la finalidad tuitiva de la directiva 92/85 estableciendo que:

Al igual que una mujer que ha dado a luz, la madre intencional asume la custodia de un lactante y es responsable de su bienestar. Pero, justamente porque no ha estado embarazada, la madre intencional se encuentra ante el reto de establecer un vínculo con ese niño, integrarlo en la familia y amoldarse al papel de madre. En el caso de la madre intencional, la «especial relación existente entre madre e hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto» merecen la misma protección que la brindada a la madre biológica.

La mujer que gesta el niño firma un convenio en cuyas cláusulas se encuentra protegida no sólo con los gastos de embarazo, de médicos, de alimentación sino también con un seguro que la protege ante cualquier contingencia, la madre/padre genético y/o intencional es quien paga ese seguro. En dicho contrato o convenio, también se estipula que nacido el niño/a la madre de intención asume la custodia y cuidado del recién nacido inmediatamente.

Por ello en su conclusión parcial la Sra. Kokott detalla que la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Mayr que abordó la cuestión de determinar en qué momento debe considerarse embarazada una trabajadora sometida a una fecundación in vitro, en el sentido de la Directiva 92/85 declaró “la aplicabilidad de dicha Directiva a partir del momento en el que también en caso de concepción natural se entendería que ha comenzado el embarazo”

Así explica que, siguiendo este razonamiento se concluye que:

la madre intencional podrá invocar la protección de la Directiva 92/85 una vez que haya asumido la custodia del niño y comenzado a desempeñar su papel de madre, puesto que, a partir de ese momento, se encuentra en una situación equiparable a la de una madre biológica.

Por lo tanto, la finalidad tuitiva de la Directiva 92/85, art. 2 es preservar el interés superior del niño, respetando lo dispuesto por el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades*

públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”.

2. SEGUNDO CASO: SENTENCIA NÚM. 881/2016 FECHA DE SENTENCIA: 25/10/2016
Nº 3818/2015

La esencia del debate que el Tribunal Supremo Sala de lo Social en Pleno, Sentencia núm. 881/2016 Fecha de sentencia: 25/10/2016 Nº 3818/2015¹⁹⁰ que se trató, fue sobre si la denominada "maternidad subrogada" es una situación protegida por el sistema de Seguridad Social Español. Para el supuesto, en que se acepte esta figura por lo menos en cuanto a la filiación, determinar si le corresponde el beneficio social y el descanso por la figura de maternidad, en particular respecto de quien ha sido padre por ese método de reproducción asistida y aparece como padre tanto biológico como registral.

En la exposición de hechos el Sr. J.E. firma un contrato de subrogación de vientre con la Sra. A. en Nueva Delhi (India) en el año 2013. Producto de la aplicación de esta técnica de reproducción asistida, nacen dos niñas que fueron inscriptas en el Consulado del Registro Civil de España. En dicho acuerdo los “padres biológicos” pactan el 23 de octubre de 2013 que el Sr. J.E. asuma en forma exclusiva "todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad", pudiendo instalarse con las menores en el país donde el padre biológico determinara¹⁹¹.

¹⁹⁰Roj: STS 5375/2016 ECLI:ES:TS:2016:5375

www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datas

¹⁹¹ " 1. Que Ana tuvo dos bebés el NUM002 de 2013, identificados en sus certificados de nacimiento como Rafaela y Reyes, quienes están inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, Tomo NUM003, páginas números NUM004, NUM005, NUM006, NUM007. El padre de los bebés es Juan Enrique. 2. Que Juan Enrique, siendo padre de los bebés, acepta a ejercer exclusivamente, todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad, incluyendo el cuidado exclusivo y la custodia y todos los derechos como padre, debido a la imposibilidad de Ana para ejercer su función. 3. Que para que Juan Enrique pueda ejercer todas las funciones y cumplir con sus obligaciones Ana renuncia a toda acción y derecho sobre los bebés mencionados en el presente documento y autoriza a Juan Enrique a llevar todas las acciones necesarias para facilitar una ejecución satisfactoria de los acuerdos de este documento. 4. Que Ana renuncia, por tanto, a la guardia y custodia y a todos sus derechos como madre, incluyendo derechos de visita, dentro del marco establecido por la ley, autorizando expresamente al padre, Juan Enrique, a establecer su casa y el hogar de los bebés en cualquier país y ciudad de su libre elección". 4º.- En declaración jurada ante notario de Nueva Delhi, de fecha 23 de octubre de 2013, la Sra. Ana declara lo siguiente: "Que ella es la madre de las niñas Rafaela y Reyes quienes están inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, Tomo NUM003, páginas números NUM004, NUM005, NUM006, NUM007. Que ella consiente y está de acuerdo en que las niñas mencionadas en este documento puedan viajar a España con su padre, Juan Enrique, titular del pasaporte español número NUM008, y establecer su domicilio y residencia habitual en Camí

“El 31 de octubre de 2013, el demandante reclama al INSS prestación por nacimiento de sus dos hijas y descanso por maternidad con fecha de inicio idéntica a la del nacimiento.”¹⁹²

Esta petición es rechazada por el Instituto de Seguridad Social de España (INSS) mediante Resolución de 6 de noviembre de 2013. La argumentación dada por el organismo fue “que no concurre ninguna de las situaciones protegidas por el art. 133 bis de la LGSS”. Posteriormente (Resolución de 9 de mayo de 2014) se desestima también la reclamación previa.¹⁹³

El Tribunal examina la eventual vulneración del art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Derecho al respeto a la vida privada y familiar, en especial la proscripción de toda injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho salvo que sea necesario para la seguridad nacional)¹⁹⁴. Para ello se recurre a lo decidido en tres casos relevantes, a saber: 1) STEDH 26 junio 2014¹⁹⁵. A) El caso *Mennesson c. Francia* (demanda 65192/11) aborda un supuesto en que una pareja de nacionalidad francesa recurre a la gestación por sustitución en California luego de realizar varios intentos de fecundación in vitro con sus propios gametos. La familia *Mennesson* aseguró que la subrogante no percibió remuneración por subrogar el vientre. El consulado francés rechaza practicar la inscripción de nacimiento, pues consideró que las inscripciones serían nulas al contravenir los principios del orden público (indisponibilidad del cuerpo humano, estado de las personas). B) El caso *Labassee c. Francia* (demanda 65941/11). Una pareja francesa con problemas de fertilidad recurre a la gestación por sustitución. Suscriben contrato de maternidad por subrogación en los Estados Unidos de América (Minnesota). Las

¹⁹²www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datas

¹⁹³https://www.supercontable.com/informacion/laboral/Art.133_RD-L.1-1994
[Ley_General_de_la_Seguridad_Social.html](#)

Art. 133 bis. Situaciones protegidas. “A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.”

¹⁹⁴Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar* 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/index.htm>

¹⁹⁵Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
[casoshttps://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/12785/13156](https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/12785/13156)

autoridades francesas niegan la inscripción por considerar que infringe el Código Civil y en consecuencia el orden público nacional.

El Tribunal menciona que las cuestiones éticas que suscita el tema de la subrogación de vientre hacen que no haya consenso sobre el mismo por lo que los estados deben tener un amplio margen para regularlo y consensuarlo políticamente. Destaca que se ha encontrado el justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados en base al principio sobre primacía del interés del menor.

El Tribunal consideró que se encontraban acreditados los lazos de unión como familia entre los niños nacidos y sus padres de intención, que no había riesgo que fueran separados por las autoridades del Estado, por lo que se alcanzó un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y el Estado en lo referente al respeto a la vida familiar.

El problema se suscita en cuanto al reconocimiento de la filiación de los niños/as nacidos/as por la técnica de reproducción asistida por gestación por sustitución en el extranjero, ya que no sólo afecta a los padres intencionales sino principalmente a los propios menores, cuyo derecho a la filiación, se encuentra afectado. En lo referente al respeto de la vida privada de las niñas, el Tribunal aprecia una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa y de heredar de los esposos recurrentes, incertidumbre que adquiere un relieve especial cuando uno de los miembros de la pareja es a la vez el que engendró al niño. Concluye que al obstaculizar el Tribunal de Casación francés tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico (dado que ni siquiera le permite reconocerlo como hijo o adoptarlo), el Estado francés ha ido más allá de lo que permite su margen discrecional y ha ignorado el derecho de las niñas a su vida privada, conculcando el art. 8 del Convenio.

El caso Paradiso y Campanelli contra Italia, -particularmente adelantando mi opinión- es violatorio del derecho de los niños a tener una identidad propia, una familia, una nacionalidad, más allá de la transgresión al art. 8 de la Convención; su no reconocimiento implicó despojar al niño del seno de su familia ya constituida y dejarlo expósito.

El caso es el siguiente: La STEDH 27 enero 2015 (demanda 25358/12), Paradiso y Campanelli contra Italia¹⁹⁶, se refiere a un matrimonio italiano recurre a un vientre de alquiler

¹⁹⁶CASO el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, ante sus problemas de infertilidad, decidieron recurrir a la maternidad subrogada (prohibida en Italia), en Rusia, donde es legal. La esposa viajó a Rusia llevando el líquido seminal de su marido; tras un proceso de fecundación in vitro, con óvulo de donante, dos embriones fueron implantados en la madre gestante, que dio a luz un niño en febrero de 2011, en cuya fecha la madre portadora consintió formalmente en que el niño fuera registrado como hijo del matrimonio

en Rusia, tras haber tenido varios intentos de fertilización sin éxito. La gestante dio su consentimiento escrito para que el bebé fuera registrado como hijo de los progenitores italianos. Inicialmente tuvo lugar la inscripción de éstos como padres de acuerdo con la legislación rusa, pero posteriormente en Italia cuando se solicitó su inscripción fueron imputados por alteración del estado civil, falsedad y violación de la ley sobre adopción, en tanto se acreditaron notables falsedades en el relato de los hechos, negándoseles el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero. Las autoridades italianas rechazaron la filiación del niño, poniéndolo bajo la tutela de una institución suprimiendo así toda posibilidad de contacto mutuo, y además entregaron al niño a una familia de acogida.

El Tribunal considera que existe la vulneración del art. 8 del Convenio la decisión de las autoridades italianas de alejar al niño de los padres y ponerlo bajo la tutela de una institución, pues el tiempo de convivencia supone que los tres constituían un núcleo familiar "de facto".

ANÁLISIS DE SEGUNDO CASO

De lo hasta aquí analizado no se discute sobre la protección por maternidad como una excepción al sistema de Seguridad Social Español, sino la trasgresión o no al art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

En el fallo se discutió la viabilidad y validez de la inscripción registral de las niñas nacidas mediante un contrato de maternidad.

Advierte el Tribunal que la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor se emplea para interpretar, aplicar la ley y en su caso se utiliza para llenar

comitente, expidiéndose por las autoridades rusas el correspondiente certificado de nacimiento a nombre del matrimonio Paradiso-Campanelli. La esposa regresó a Italia el 30 de abril de 2011. El 5 de mayo de 2011 dieron comienzo en Italia varios procedimientos legales contra el matrimonio, por violación de las leyes italianas relativas a la adopción y las técnicas de reproducción asistida, en cuyo transcurso se denegó la inscripción en Italia del certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas. En agosto de 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizaron test de ADN al esposo y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que el marido no era realmente el padre biológico del niño. El 20 de octubre de 2011 se dictó una orden de retirada inmediata del niño, que fue puesto al cuidado de los servicios sociales, y cuyo procedimiento de adopción se abrió poco después. El niño recibió un nuevo nombre, y meses después fue adoptado por otra familia. Los tribunales italianos rechazaron todos los intentos del matrimonio Paradiso-Campanelli de recuperar al niño, por lo que estos recurrieron ante el TEDH, el cual, en una primera decisión de Sala (27 de enero de 2015) consideró que se había producido violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal decisión fue recurrida por el Gobierno italiano ante la Gran Sala. En el año 2017 la Gran Sala decidió que no había sido conculcado el art. 8 de la Convención.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (visto 26/06/2020)

lagunas del derecho, pero no para contrariar lo previsto en la ley, caso contrario podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE.¹⁹⁷

¿Qué es lo decisivo para las normas de Seguridad Social para otorgar las prestaciones por maternidad?

La concurrencia de un doble requisito: 1) acontecimiento familiar regulado por las normas civiles y 2) las leyes sobre prestación de actividad productiva asalariada.

La maternidad por subrogación o sustitución de vientre no aparece expresamente contemplada por la LGSS cuando identifica las situaciones protegidas por las prestaciones de "maternidad".

Así surge el interrogante, ¿cómo se aplicaría esta situación si no está contemplada? ¿Se le debe o no otorgar la prestación por maternidad?

Diversas interpretaciones hay al respecto, entre las que se encuentran: a) que el listado es un numero clausus, no admite una nueva forma de maternidad; b) que la maternidad subrogada es una variante de la maternidad genérica, por lo tanto se la debe tratar del mismo modo; c) que por analogía se la asimila a la figura de acogimiento; d) que sería una ley contraria a la Constitución pues discrimina en razón de género a determinadas personas que desean acceder a la paternidad; e) discrimina a los menores mediante un trato peyorativo incompatible con el art. 14 CE.¹⁹⁸

En definitiva, lo que se trata es de determinar si el padre biológico de dos niñas gestadas mediante sustitución de vientre tiene derecho al disfrute de las prestaciones asociadas a la maternidad.

El Tribunal llegó a la conclusión que la Resolución denegatoria del INSS no obedece únicamente a que el padre (J.E.) no se encuentra en ninguno de los supuestos y situaciones

¹⁹⁷Constitución Española de 1978 - TÍTULO VI - Del Poder Judicial. Artículo 117: 1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley...3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales..."

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t6.html

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=117&tipo=2>

¹⁹⁸Capítulo Segundo - Derechos y libertades -Artículo 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.<https://www.derechoshumanos.net/constitucion/index.htm#A14>

protegidas en el art. 133 bis de la LGSS¹⁹⁹, sino que la verdadera causa de la denegación radica en que las menores han nacido mediante un contrato de maternidad por subrogación.

Por lo tanto, el Tribunal sentencia que:

Existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas... Cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el padre biológico y registral de las menores existen poderosas razones adicionales para conceder aquéllas.

Dictando sentencia a favor de Juan Enrique, quien percibirá las prestaciones otorgadas a la maternidad en su calidad de padre biológico y registral de las menores.

El desarrollo de la sentencia es una justificación para arribar a una protección integral positiva hacia los menores involucrados, y que el padre “biológico” pudiese percibir los beneficios del Sistema de Seguridad Social. ¿Por qué me refiero a padre biológico? Pues es resaltado en diversas partes del fallo. Con lo cual se podría razonar que, de no ser el padre biológico y registral, quizás la resolución hubiere sido diferente.

En efecto, se cita a las sentencias “Mennesson”, “Labassee” y “Paradiso – Campanelli” en países como Francia e Italia donde se prohíbe la sustitución de vientre, considerando que si como producto de la utilización de esa técnica de reproducción asistida nacen niños se les prohíbe darlos en adopción a la pareja que uso este tipo de técnica.

Evidentemente, nos desarrollamos ante una sociedad en que únicamente cree que la biología del ser humano se basta a sí mismo para superar los obstáculos imprevistos de la naturaleza, cuando es palmario que no es así, la prueba de ello es la creación de vacunas y medicamentos para mejorar o alargar la calidad de vida del ser humano.

¹⁹⁹Art. 133 bis. Situaciones protegidas.

A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

Quizás lo que merecería el debate es respecto del status de padres de quienes deben recurrir a la gestación por sustitución. Dejando en claro, que la filiación de los niños/as no debería ser un tema para debatir, ya que los padres de intención son los que le dieron la vida.

CAPÍTULO 7: ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LOS ACTORES

ENTREVISTAS DE PRIMERA FUENTE

ENTREVISTA 1²⁰⁰

Corresponde a una pareja de Villa María – Córdoba que tiene una resolución judicial favorable para la gestación por subrogación de vientre de su primer hijo. No sólo se refiere a la subrogación de vientre sino que la resolución es anterior a la implantación con cobertura del 100% de la Obra Social. Es así, que me contacté con uno de los principales protagonistas Lucho, quien accedió a una entrevista.

En informal y cordial conversación telefónica, se fue desandando el camino, por el que transitaban Lucho y Andrés para llegar a esta decisión.

Comenta Lucho que es instructor de baile (35 años). Hace 6 años que se encuentra en pareja con Andrés (trabajador lácteo de 34 años), en una relación sólida y consolidada.

Pregunta: ¿Cómo fue que se decidieron por la gestación subrogada de vientre?

Contesta Lucho: “Primero pensamos con Andrés en adoptar un niño o niña; comenzamos los trámites, sólo el armado de carpeta nos llevó un año, y no pudimos concluirla. Todavía hay muchos prejuicios, con lo cual cada vez se hacía más dificultoso poder concluir los trámites. Fue ahí, que me enteré de la existencia de la gestación solidaria. Se lo comuniqué a mi pareja y comenzamos a ver si lo podíamos concretar por ese método tener nuestro hijo y completar la familia.”

Pregunta: ¿Por dónde averiguaron?

Contesta Lucho: “Estuvimos averiguando por el exterior. Es muy caro, casi inaccesible. Hasta que, por medio de una pareja nos enteramos de que se podía pedir ante la justicia. Soledad y Jorge, nos contaron su caso, y abrieron nuevamente la puerta de la esperanza.”

Pregunta: Ya sabían cómo seguir el trámite, pero faltaba la persona que lo subrogara su vientre. Es una tarea muy difícil. Un camino muy difícil de transitar.

Responde Lucho: “Si. Primero sabíamos que era muy difícil. Todavía hay ignorancia en el tema. No está bien tratado. Y ahí aparece de pronto Mariana, una amiga de siempre. Por acá nos conocemos todos. Viendo cómo se nos complicaba cada paso que dábamos, nos dijo “yo quiero ser la mujer que les preste su vientre y los ayude. Creo que una de mis misiones en la

²⁰⁰ Realizada el 22 de agosto de 2020

vida es éste” Se nos abrió el panorama. En forma inmediata comenzamos los trámites judiciales. Esa fue una dificultad que se nos presentó por la falta de conocimiento del tema, por ejemplo, en las entrevistas psiquiátricas confundían gestación, gestadora con gestante. Tuvimos que llevar nuestra propia psicóloga”.

Pregunta: Antes de seguir adelante, le pregunto por Mariana, cuénteme algo de ella.

Responde Lucho: “Mariana es un ser de luz. Tiene un hijo de 18 años. Una vez que Mariana nos dijo que nos iba a ayudar, había que decirle a su hijo. Tarea nada fácil, decirle que su madre iba a ser nuestra gestante solidaria. Eso fue lo que pensamos. Apenas se lo comentamos, a Pedro le pareció bien. Es que la gente de ahora tiene la mente más abierta, las cosas la toma como son, con la normalidad que realmente tienen.”

Pregunta: Volviendo al tema, ya estaban en la etapa de informes psiquiátricos, ¿cómo siguió el tema?

Contesta Lucho: “Nos llevó como 2 años. Se vencieron estudios médicos, entre ellos el de genética que es carísimo, tuvimos que hacer todos los estudios nuevamente. Y finalmente el Juez Sebastián Monyo, sacó la resolución mediante la cual se nos autorizaba a realizar la técnica de subrogación de vientre y que la cubriera en un 100% mi obra social. Nos cubre la ovodonación la gestación de Mariana y cuando nazca nuestro hijo la inscripción a nuestro nombre. Mariana ya empezó el tratamiento, estamos contentos y agradecidos porque es un Ser Maravilloso. Ella nos dice, sé que sólo presto mi vientre que no es mi hijo, el hijo es de Uds.”

Luego de bregar por tantas dificultades finalmente Lucho y Andrés con la ayuda de Mariana van a poder concretar su deseo de ser padres. Personas con tanto amor, que buscan ser padres de intención y voluntad, el destino y la justicia finalmente les dio la oportunidad que así sea.

ENTREVISTA 2

Federico Longo (38 años) es escribano, escritor, actor y productor de obras de teatro. Es una persona respetuosa, con mucha calidez humana que espera Ser Padre el año que viene y quien me concedió una entrevista vía celular el día 16 de agosto de 2020. Mantuvimos una conversación amplia, sin restricciones, educativa. Leyendo la misma, se desmitifican muchos de las creencias sobre un tema tan sensible para la sociedad como lo es la subrogación de vientre también llamado sustitución de vientre.

Pregunta: ¿Cómo surgió la idea de recurrir a la gestación por sustitución para ser padre?

Respuesta Federico: En realidad fue mi primera opción. A partir de mi intención de ser padre y ver como mi prima hermana pasó 7 años para poder adoptar, mis posibilidades eran muy escasas porque soy una persona sola. Averigüé con una pareja que ya había realizado este proceso y decidí encarar este proyecto de vida aun poniéndome en vulnerabilidad económica. Tuve que recurrir a préstamos. En Estados Unidos el proceso sale entre u\$s120.000 y u\$s130.000. Me entrevisté con el Dr. Akerman por medio de Skype y coordinamos los pasos a seguir. Realicé unos estudios en el Hospital Británico y con ellos me fui a Miami, en la fecha ya programada en el Instituto. Apenas llegué comencé a realizar un tratamiento de 15 días para obtener un resultado con mayor probabilidad de fertilización. Luego me sometí a un tratamiento de biocodificación. Como recurrí también a la ovodonación se requería un examen genético, es necesario para saber si hay o no compatibilidad con la donante de óvulos.

Pregunta: ¿Concluye ahí la primera etapa o es necesario hacer algún estudio o trámite más?

Respuesta Federico: Con mi examen genético no concluye. Se compara con el genético de la donante de óvulos y envían una carpeta con perfiles cuyo cuestionario debe ser llenado de puño y letra. Lo importante aquí es la conexión con la donante de óvulos. Del tratamiento nacieron 4 embriones en septiembre de 2019, que hoy se encuentran crioconservados, ya que hasta aquí llegó mi presupuesto u\$s70.000. Más el viaje, los gastos aparte de alojamiento por 1 mes en Estados Unidos, y los demás gastos para mantenerme mientras realizaba el tratamiento. Todo es muy costoso. En general el proceso, al ser tan costoso es sólo para personas con mucho poder adquisitivo, las demás personas o lo hacen con mucho sacrificio como es mi caso o no lo hacen porque no tienen el dinero.

Pregunta: Terminó la primera etapa del procedimiento, ¿cómo sigue la segunda etapa?

Respuesta Federico: Dentro de la oferta, se recomienda a una empresa seria para que realice contacto a la futura portadora de mi hijo, la parte jurídica y registral. Se tiene una primera reunión en la cual se realizan una serie de preguntas, por ej., “si tengo alguna condición, si molesta que sea de color o lesbiana, si se prefiere que trabaje o no, etc.” Se recomienda que tengan seguro social, si no lo tiene, yo le tengo que pagar el seguro. El único pedido que hice es que viva en Florida, porque si no es mucho más costoso, hay que pagar pasajes de traslado, estadía, remise y todo lo que necesite, aparte de lo pactado. A esta parte todavía no pude acceder porque no reuní el dinero. A la mujer subrogante se le paga u\$s30.000 (recién a partir que se le implanta el embrión), los gastos extras que necesite o pida, y seguro social si no tiene. De todas formas, la mujer subrogante es la persona que elige a quien va a subrogar. La agencia le

proporciona un perfil de los futuros padres/madres de intención, ella les hace una entrevista y elige a quien va a subrogar el vientre. No es tan fácil acceder a un vientre subrogado. No se informa bien. Es todo un proceso muy dificultoso para tener un hijo por medio de este método. Hay muchas emociones, ilusiones puestas en marcha; y el deseo de ser padre o madre, dar vida a un ser, es inexplicable por todos los estados y ansiedades que uno pasa.

Pregunta: ¿En Uruguay ya está legislada la subrogación de vientre, por qué no optó por hacerlo en su país?

Respuesta Federico: Si existe, pero está limitada. Solamente la hermana o una cuñada pueden subrogar el vientre. Tengo una hermana, pero nunca le pediría. Es como obligarla a que asuma una responsabilidad que realmente no puede. Es más perjudicial, porque se convierte en una obligación moral. Así, no concibo tener un hijo.

Pregunta: ¿Qué espera de aquí en adelante?

Respuesta Federico: Estoy trabajando y juntado el dinero que me falta. Tengo 4 embriones criopreservados, y toda la ilusión de que pronto una mujer me elija para subrogar su vientre, y viviré el embarazo como un padre más, pero a la distancia. “Yo tengo un deseo interno de ser padre, de tener un hijo o una hija como una prolongación de mi en este mundo, de enseñar a mi hijo/a, de verlo crecer, de llevarlo al colegio, de llevarlo a ver a sus abuelos que tanto apoyo me dan”

Con esta frase me despido de Federico Longo una persona que ha entregado su verdad en una entrevista abierta, dejándome con la sensación que sólo un PADRE puede hablar así y hace tantos sacrificios por tener un hijo. A eso le llamo Amor Paternal.

ENTREVISTA 3

El día 17 de agosto de 2021 tuvo lugar una entrevista con el Presbítero Dr. Pablo Sebastián Vilca García, quien ejerce su función pastoral en la ciudad de Córdoba.

En forma amable y cordial mediante web accedió expresar el pensamiento de la Iglesia Católica.

Previamente y en forma preliminar se hacen algunas precisiones.

E: El tema central son las técnicas de reproducción asistida, ¿podría adentrarnos en el pensamiento de la Iglesia Católica al respecto?

V.G: Ante todo es preciso considerar que la doctrina católica tiene su base y fundamento en la Sagrada Escritura y las Enseñanzas del Magisterio Pontificio. Es decir que en cuestiones de Fe y de Moral, la Iglesia al pronunciarse no puede enajenarse de las enseñanzas del Evangelio y de la Tradición Apostólica, de la interpretación auténtica de los Papas en relación a la Palabra de Dios y las definiciones dogmáticas emitidas por los distintos Concilios, que tuvieron lugar a lo largo de la historia.

Para la Iglesia Católica, la valoración de la Vida requiere considerar de antemano dos principios fundamentales, la “Dignidad Humana de la Vida” y la vida como un “Don divino”. La Iglesia entiende que toda vida se respeta porque es “Sagrada”, es decir que no proviene del hombre, sino que es Creación de Dios. El hombre es el instrumento insigne mediante el cual la voluntad creadora de Dios dá origen a la vida. El hombre, por lo tanto, es su Custodio, pero no su hacedor. La iglesia considera que este hombre tiene el deber moral y la obligación grave de cuidar de la vida; y no solamente la humana sino la vida de la creación en general. El libro del Génesis (el primer libro de la biblia) señala que Dios creó todas las cosas al servicio del hombre, siendo él mismo también un servidor de la voluntad creadora de Dios.

Por otra parte, la Iglesia también sostiene y comparte aquellas convicciones legales y éticas de reconocimiento universal ordenadas a la protección de la vida humana y su promoción. La adhesión del Magisterio de la Iglesia a la Carta Fundamental de los Derechos Humanos, los Tratados Universales sobre el respeto y la protección de la vida desde la concepción hasta su muerte natural, la prohibición de los experimentos humanos dictados en Nüremberg, los presupuestos emitidos por la Convención de Ginebra sobre el respeto a la vida de prisioneros, detenidos, enfermos y en situación de vulnerabilidad, entre otros. La Iglesia ha manifestado, históricamente, su expresa adhesión a estos pactos protectorios.

Por consiguiente, y bajo estas premisas la Iglesia considera que nada autoriza al hombre a disponer egoístamente de la vida, como así tampoco suprimirla a su antojo. La practica del aborto, la pena de muerte, o la experimentación con seres humanos siempre serán actos reprochables ética y moralmente porque atentan gravemente contra la sacralidad de la vida y las normas de protección. El acto abusivo sobre las cosas creadas es un grave desorden, y en las categorías religiosas lo llamamos “pecado”, porque es el hombre el que pretende ocupar el lugar de administrador, reservado sólo a Dios, su Creador. Por consiguiente la Iglesia admite la Vida como un don divino y al hombre como custodio de su dignidad.

La técnica y la Ciencia, por consiguiente, deben estar al servicio del hombre, instrumentadas para una mejora en la calidad de vida, enfocada a la erradicación de la pobreza y las

enfermedades, al cuidado del planeta, al progreso real de las naciones, y a una cada vez mayor humanización que haga de nuestro mundo un lugar para todos. Pero nunca puede estar la ciencia por encima de la dignidad y la vida de las personas, ya que el hombre se convierte en un objeto o en un medio, pero nunca en un fin en si mismo. La Voluntad Creadora de Dios ha puesto en el hombre su propia imagen, y no existen excusas que justifique la deshumanización: “A imagen suya lo creó” (Génesis 1, 27).

E: ¿Cuál es la posición asumida por la Iglesia Católica respecto de las técnicas de reproducción humana asistida y de la subrogación de vientre?

V.G.: La ética cristiana sostiene que “no siempre lo técnicamente posible es moralmente admisible”. Este principio es también de aplicación para las ciencias médicas y la salud. Es decir, no siempre lo que la técnica y la ciencia nos permiten lograr, será moralmente permisible para el hombre.

Ahora bien, negar al hijo el derecho de nacer naturalmente será siempre “una aberración”.

Como lo adelanté, y teniendo en cuenta que la vida es un don y el hombre está llamado a ser su custodio y no su egoísta administrador, se debe decir que la subrogación de vientre, como producto de la técnica y la ciencia, aún con buenas intenciones no encuentra un real asidero de aprobación dentro de la ética y la moral cristiana, justamente porque atenta contra la dignidad del ser humano en tanto es utilizado como material genético, y sometido a un experimento. El alquiler de vientre es fundamentalmente un contrato, en el que se resuelve la implantación de óvulos, propios o donados, fecundados con espermias propios o donados en el cuerpo de una mujer que presta su vientre para gestar y alumbrar, y entregar ese hijo a cambio de un pago en dinero. Esta práctica disuelve la identidad del hombre y su inalienable derecho de vincularse naturalmente a una familia como fruto del amor de esposos, y de un proyecto natural de vida.

Respecto a la fertilización asistida, debemos hacer una diferencia entre lo que es fecundación artificial homóloga, donde la esposa es fecundada con espermia del esposo, y la fecundación artificial heterónoma, es decir, fecundación del óvulo de la mujer con espermia de un donante. En el primer caso, fecundación homóloga, no obstante, cierto sector de la doctrina observa que puede considerarse una práctica tolerable moralmente, siempre y cuando “asista al acto de fecundación natural”, es decir sin que afecte la dignidad de la mujer y del futuro hijo. Pero en cambio para la técnica heterónoma de fecundación, el acto siempre será reprochable, ya que el espermia debe ser del esposo. Igual valoración será la compra de espermia en un banco de espermia.

La fecundación in vitro (la que se hace en un laboratorio) es moralmente objetable, porque: 1) Aplica la técnica artificial sobre la Vida como experimento; 2) la fecundación no es en el cuerpo de la mujer, por lo tanto, atenta contra la dignidad humana; 3) La fecundación in vitro implica fecundar varios óvulos, pero no todos son implantados. Esto significa que, se requerirá aplicar técnicas de manipulación con óvulos fecundados, los cuales algunos serán desechados y otros crios conservados. La Fe Cristiana sostiene que en cada óvulo fecundado existe una vida humana que se debe respetar y proteger. Desechar óvulos fecundados es equivalente a un “aborto”.

E: ¿Podría englobar sintéticamente el pensamiento de la Iglesia Católica?

V.G: Será bueno recordar que los hijos no son un derecho del hombre, cómo alguien podrá pensar. Los hijos son un don de Dios y fruto del amor de esposos. Admitir lo contrario sería semejante a constituir derechos patrimoniales sobre la vida de los hijos, y este pensamiento “*cosificador*” lleva a creer que el hombre puede manipular la vida, “rectificarla” o suprimirla, sea por causas eugenésicas o incluso, y lastimosamente, sociales. Por consiguiente, todo acto que vulnere estos dos principios: dignidad de las personas y vida como don de Dios, será contrario a la naturaleza y fin del ser humano.

Por lo que concluida la entrevista con el Presbítero Dr. Vilca García se le agradeció la cordialidad de trato y la expresión del pensamiento católico de la Iglesia a través de sus palabras.

C.- ENTREVISTAS DE ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

1. DENIS Y LUIS, PAPÁS POR GESTACIÓN SUBROGADA (por Andrea Rodrigo (embrióloga) – España²⁰¹)

Denis y Luis son una pareja que ha cumplido su sueño de formar una familia gracias a la gestación subrogada. Hace un tiempo tuvieron a su primera hija en Estados Unidos y ahora están esperando el nacimiento de su segunda hija, para lo que han contado con la ayuda de la misma gestante.

Con el objetivo de dar visibilidad a la gestación por sustitución y contar con un medio con el que explicar a sus hijas su origen, Denis y Luis escribieron dos libros basados en este proceso reproductivo sobre el que nos hablas en esta entrevista.

¿Cómo surgió la idea de recurrir a la gestación subrogada para ser padres? ¿Fue vuestra primera opción?

²⁰¹<https://babygest.com/es/denis-y-luis-papas-por-gestacion-subrogada/> - (visto 14/08/2020)

Nos planteamos la adopción, pero el largo proceso de la nacional y la complejidad y casi imposibilidad de la internacional para parejas de hombres hizo que nos informásemos sobre gestación subrogada, algo desconocido para nosotros. Es más, nos llegaba solo información negativa a través de los medios de comunicación.

Al conocer la grandeza del proceso y la felicidad que aportaba a todas las partes implicadas se nos abrió un mundo y una ilusión que nos impulsó a luchar para conseguir nuestro sueño de ser padres.

¿Dónde y como fue el proceso desde la decisión de tener un hijo hasta tenerla en brazo?

Para nosotros era fundamental poder conocer a la gestante y tener trato con ella y nos decantamos por Estados Unidos porque es el país que más garantías tiene para todas las partes implicadas. Junto a ello, está permitido conocer a la donante, aspecto que considerábamos relevante.

También se realizan muchas pruebas médicas y psicológicas a todas las partes implicadas.

La selección es mutua, la gestante elige a los padres de intención y viceversa. Antes de que se produzca el “matching de perfiles” entre padres de intención y gestante la agencia con la que se contacta realiza una preselección de las personas capacitadas para llevar a cabo el proceso.

En nuestro caso seleccionamos a Melissa porque cumplía con lo que esperábamos y había un feeling mutuo. También ella nos seleccionó de entre los perfiles que le presentaron.

Tenemos contacto casi diario a través de whatsapp, es parte de nuestra vida y una persona muy importante en ella, a la que amamos y por la que sentimos un gran agradecimiento. Ha gestado a nuestra primera hija y ahora está gestando a la segunda que nacerá a principios de marzo de 2016. El agradecimiento se extiende a su familia, sobre todo a su marido, por su apoyo y ayuda en el proceso.

Nuestra hija conocerá con seguridad a la gestante, de hecho ya la conoce a través de Skype y lo hará personalmente en breve cuando vayamos al parto de su hermana. Conocerá asimismo a la donante cuando ella lo desee, pues ella se mostró totalmente abierta a ello si nuestra hija así lo quería.

Al saber la noticia, todo nuestro entorno nos felicitó y nos apoyó. Compartieron la ilusión e incluso participaron apoyando a la gestante en su blog en el que explicaba sus experiencias durante el proceso.

¿Qué es lo más duro de la gestación subrogada?

Es un proceso complicado, requiere persistencia, estar abierto a recibir mucha información y trámites tanto burocráticos como médicos y legales.

Quizá lo más duro de la gestación subrogada es la distancia y no poder realizarlo de forma cercana. La distancia con la gestante hace que el proceso pueda ser más estresante. Por este motivo, una regulación en nuestro país ayudaría mucho y mejoraría el proceso y el bienestar de los implicados.

Hay mucha gente que no puede tener hijos a través de esta técnica debido al aspecto económico. En vuestro caso, ¿cómo conseguisteis hacer frente al coste de la técnica?

El proceso es caro, nosotros hemos invertido todo lo que tenemos en él, pero nada nos puede aportar mayor felicidad. Todos nuestros ahorros y nuestro esfuerzo han ido a destinados a perseguir nuestro sueño.

Ahora que vais a repetir la experiencia, ¿habéis seguido los mismos pasos? (misma agencia, misma gestante, misma donante...)

Hemos tenido la suerte que tanto la gestante como la donante han accedido a volver a repetir el proceso. Cuando se lo planteamos a la gestante nos dijo que tendría que pensarlo porque era una experiencia que pensaba hacer solo en una ocasión. Sin embargo, al tratarse de nosotros y tener esa gran disposición a ayudarnos decidió repetir la experiencia. Se trata de una persona muy empática y con una gran disposición a ayudar, una persona excepcional con una gran fortaleza.

¿Con qué objetivo nacieron vuestros libros?

Todo empezó porque queríamos que nuestra hija tuviese un cuento en el que reflejarse. Mucho antes de que ella naciese nos planteamos como le explicaríamos la forma en que vendría al mundo, a que edad decírselo y con qué palabras.

La Psicología afirma que es conveniente que todos/as los niños/as conozcan sobre sus orígenes, al menos en la medida de lo posible.

El cuento es un instrumento para conectar con los más pequeños, no sólo esperando sus preguntas a las que hay siempre que contestar de acuerdo con la edad, sino también para fomentarlas.

Mientras el proyecto se iba desarrollando y tomando forma pensamos que hubiese sido muy útil hacer un cuento en una familia heteroparental. Muchos desconocen que el 80% de las personas que acuden a la gestación subrogada en nuestro país son parejas heterosexuales.

También estos niños y niñas tienen el mismo derecho a saber sobre sus orígenes y los padres se enfrentan, del mismo modo, al reto de tener que explicárselo. Si en el primer cuento nos habíamos inspirado sólo en nuestra historia en el segundo lo hicimos en las de muchas parejas

y personas que han acudido a la gestación subrogada y que directa o indirectamente hemos tenido el placer de conocer.

Hemos intentado cuidar el lenguaje en todo momento, tanto en los términos utilizados, como en la expresión, la adecuación a la edad y la utilización de un lenguaje no sexista. Ha sido pues una labor pedagógica.

¿Qué recibimiento están teniendo?

A los pocos días de hacer pública la edición de los cuentos, nos escribieron muchas personas, algunas también del extranjero. Había mucha expectación pese a que todavía no lo habían visto ni leído, y nos daban las gracias una y otra vez por haber llevado a cabo este proyecto.

Actualmente los cuentos están teniendo una gran acogida, pues están muy pensados tanto en lenguaje como en el contenido del mensaje y explican de forma clara a niños/as y adultos qué es la gestación subrogada y la felicidad que aporta a todas las personas que la realizan.

Se trata de amor y de ayuda a personas que por alguna razón no pueden concebir. Además están representados con la figura humana, lo que hace que los niños se identifiquen en mayor medida con los personajes.

¿Cómo creéis que está evolucionando el concepto de gestación subrogada en la sociedad española? ¿Creéis que es una técnica más aceptada que rechazada o al revés?

Uno de los objetivos principales de nuestros cuentos es el de dar visibilidad y normalizar la gestación subrogada, se trata además de una cuestión política.

Queremos que se sepa lo que es la gestación subrogada, que se pregunte, que se informe, que no se quede con las noticias de prensa amarillista o con la información sesgada y tergiversada que proporcionan algunos medios.

La gestación subrogada cada vez es más aceptada por la sociedad española. Sin embargo ha habido mucha desinformación y por ello es deber de todos los defensores de esta técnica de reproducción asistida, informar aunque sólo contando la propia experiencia.

Contamos con grandes profesionales del derecho, la psicología y la medicina que pueden establecer las directrices a seguir para garantizar el bienestar de gestantes, padres/madres de intención y descendencia.

Nuestra familia ha sido posible porque en algún momento hemos conocido la de otras personas que habían compartido su experiencia y vimos que también nuestro sueño se podía realizar. No podemos dejar de decir que es un proceso que bien regulado y llevado a cabo solo aporta que felicidad a todas las partes implicadas.

2. **CLAUDIA HARTUNG, FELIPE Y DAMIÁN FERNÁNDEZ** (por Camila Hernandez Otaño para INFOBAE)²⁰²

Hace dos meses que Damián Fernández (39) adelanta el horario de salida de su trabajo para llegar a casa y compartir el tiempo con su hijo Felipe. El bebé, de sesenta días, es el sueño hecho realidad de él y de Claudia Hartung, con quien está en pareja hace 20 años. Pero la llegada del pequeño no fue nada sencilla: la encargada de cumplir el deseo profundo de la pareja fue la hija mayor de Claudia, Vanina Ornella (34), que decidió prestar su vientre para traer al mundo a su hermanito.

"Ante los múltiples intentos fallidos de embarazo y tratamientos de fertilización de mi madre, le propuse poder prestarles el vientre. Siempre tuve ganas de ayudarlos", confiesa Vanina -mamá de cuatro hijos- que dio a luz a su hermano menor a través del método de gestación solidaria.

Claudia y Damián son de Rafael Calzada, en el sur del conurbano bonaerense, y se conocieron hace más de dos décadas. Juntos terminaron de criar a las tres hijas del primer matrimonio de Claudia.

"Yo me acababa de separar del papá de Vanina, Noelia y Diana cuando apareció en mi vida Damián. Formamos una familia hermosa. Pero yo sabía que él tenía un profundo anhelo de convertirse en papá", relata Claudia.

Lo intentaron. "Hace 15 años tuvimos a Agustín, que nació prematuro. A los pocos días murió. Costó mucho recomponerse tras esa pérdida, es una herida que aún no cerró", relata Claudia.

Tiempo después volvieron a la idea de ser padres. "Averiguamos tratamientos defertilización asistida. Puse mi cuerpo, mis ganas y todo el dolor que arrastra. Pero cada vez que aparecía una esperanza después se caía. Hasta que Damián me pidió que no siguiéramos", confiesa.

Pensaron en la subrogación de vientre, vieron a los famosos felices con sus hijos, pero también desistieron cuando supieron que esos bebés nacían en el exterior y que en la Argentina ese sistema no está permitido porque implica un contrato comercial.

La vida siguió. Claudia y Damián fueron abuelos y hoy ya tienen nueve nietos. "Hasta que un día vino Vani con la noticia impresa de un diario local, un caso de una cuñada que le había

²⁰²<https://www.infobae.com/sociedad/2019/09/19/en-mi-panza-mi-hermano-la-conmovedora-historia-de-la-hija-que-le-presto-el-vientre-a-su-mama-para-que-pudiera-tener-un-bebe>

prestado el vientre a su hermano para gestar a su sobrino. Ella nos incentivó a buscar la manera de probar con la gestación solidaria".

La esperanza volvió de la mano de la llamada "gestación solidaria".

"La gestación solidaria o por sustitución, es el acto en el cual una mujer lleva adelante un embarazo para otra persona donde no hay vínculo genético con el embrión. Antes de la transferencia embrionaria se firma un consentimiento previo, libre e informado para hacerlo. La solidaria puede aceptar una compensación, pero no hay un contrato comercial de por medio", explica a Infobae Fabiana Quiana, abogada especialista en derecho internacional de familia.

Decididos, los tres se contactaron con los médicos para poder llevar a cabo el tratamiento. "Tuve que hacerme muchos estudios de salud, se trataba de mi quinto embarazo. Mis cuatro partos por vía natural y mi edad fueron fundamentales y jugaron a favor", dice Vanina.

La que no estaba de acuerdo fue la psicóloga que interviene en el proceso de aprobación. "Nos desalentó a hacerlo por el vínculo familiar, aunque nunca estuve tan segura en mi vida".

En paralelo, la Justicia autorizó el procedimiento. El primer intento de implantación no funcionó. "Hubo miedo, desesperación y dolor, aunque no perdimos las esperanzas", relatan. Al mes siguiente, la noticia más esperada: la confirmación del embarazo. Y los primeros síntomas no tardaron en llegar, "vómitos, náuseas, y acidez. Todo lo que no tuve con mis otros cuatro hijos, con Felipe se manifestó todo junto", recuerda, entre risas, Vanina.

Pasado el primer trimestre de embarazo, la ecografía anunció el sexo. "Le pedí al ecógrafo que no les contara a ellos, me lo guardé para mí. Al día siguiente organicé una fiesta para revelarlo: ¡un varón!".

Como no podía ser de otra manera, Damián salió a comprar una camiseta de River. Y la elección del nombre del bebé fue un pedido especial de la madre y su hermana.

Allí estuvieron los tres más unidos que nunca durante los controles prenatales, las ecografías para seguir de cerca el crecimiento: "Fuimos cuatro durante los nueve meses".

Hasta que llegó el día tan esperado. Después de once horas de parto, una inducción de por medio, el 15 de julio de 2019 a las 23.50 nació Felipe Fernández por cesárea de la mano del obstetra Ignacio Pérez Tomasone: "Un lechoncito de 3,930 kilos", coinciden todos.

La decisión de Vanina: "Seguí de cerca el proceso de búsqueda de mi madre y Damián. Nunca me saqué de la cabeza la idea de ayudarlos. Al ver esta posibilidad de la gestación solidaria no lo dudé. Siempre había pensado que yo sería capaz de hacer algo así por ellos".

Vanina cuenta que no mantiene un vínculo con su padre biológico y que prácticamente vivió toda su vida con la pareja de su madre. "Damián me ayudó mucho y esto se lo debía. Lo único que quería era hacerlos feliz".

3. MARTA LÓPEZ, PRESIDENTA DE LA ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA (realizada por Andrea Rodrigo - embrióloga)²⁰³

Os presentamos la entrevista realizada a Marta López, presidenta de la Asociación por la Gestación Subrogada en España. En ella nos habla de la Asociación, la lucha continua que realizan y la controversia que existe en España en relación a esta técnica.

¿Qué te llevo a fundar esta asociación?

La asociación nace a raíz de una tragedia que sufrimos mi marido y yo hace tres años. Estando embarazada de 39 semanas, por un mal diagnóstico perdimos a la niña que esperábamos y además, perdí la posibilidad de volver a gestar, ya que me extirparon el útero.

Mi vida también corrió peligro y estuve diez días en coma. Cuando regresé a casa, empecé a investigar a través de internet las alternativas que me quedaban para volver a ser madre, y así descubrí que había una técnica de reproducción asistida que era la solución a mi incapacidad para gestar, la gestación subrogada.

Está técnica es legal en muchos países, pero no en el mío. Por eso, junto con amigos y familiares, nos propusimos cambiar la Ley en España y pusimos en marcha la Asociación.

¿Cuál es el objetivo principal por el que lucháis?

Nuestro objetivo es la regulación de la gestación subrogada en España. Luchamos por una regulación garantista que proteja escrupulosamente los derechos de todas las partes implicadas en este proceso.

¿Cómo puede una persona apoyar vuestra causa?

Hay muchas formas de colaborar con la Asociación: haciéndose socio, realizando un donativo, uniéndose a nuestro grupo de teaming... En nuestra web hay un apartado con las distintas formas de colaborar.

Normalmente se toma como ejemplo el modelo de California, ¿qué diferencias debería haber entre la legislación española y la de California?

²⁰³<https://babygest.com/es/entrevista-a-marta-lopez-presidenta-de-la-asociacion-por-la-gestacion-subrogada-en-espana/> - (visto 14-08-2020)

California es uno de los estados donde vienen realizando gestación subrogada desde hace más de treinta años. Ellos han ido solventando todas las incidencias que hayan podido surgir y ofrecen la mayor garantía jurídica a todas las partes.

Si hay un modelo del que tomar ejemplo, es, precisamente, el suyo aunque, evidentemente, adaptado al marco jurídico y a la situación social y política de nuestro país.

¿Crees que la sociedad española está preparada para aceptar esta técnica como un método más de reproducción asistida?

Claro que sí, lo que pasa es que hay mucha desinformación sobre gestación subrogada, o información que no es del todo objetiva y que crea muchos prejuicios, pero cuando le explicas a la gente qué es la gestación subrogada y por qué es necesaria su regulación, lo entienden perfectamente y nos apoyan.

¿Cuál crees que es la visión de los profesionales de las clínicas de reproducción asistida en referencia a la gestación subrogada? ¿La apoyan o la rechazan?

La mayoría de los profesionales con los que hemos contactado están a favor de la regulación de la gestación subrogada, e incluso varios han mostrado su opinión favorable públicamente en medios de comunicación.

¿Crees que la legalización de la GS en España está más cerca que lejos?

Creo que hemos avanzado muchísimo en estos tres años que llevamos trabajando y compartiendo camino con la Asociación Son Nuestros Hijos, a la cual tenemos mucho que agradecer ya que, gracias a ellos, muchas personas han podido ver y escuchar a padres y madres que han tenido hijos a través de esta técnica y también a las mujeres que les han ayudado a formar a sus familias.

Aun así, sabemos que nos queda mucho trabajo por hacer, pero estamos completamente seguros de que la regulación de la gestación subrogada en España está cada vez más cerca, y nosotros seguiremos trabajando para que sea una realidad lo antes posible.

CAPÍTULO 8: CONCLUSIONES

La utilización de técnicas de reproducción asistida es una realidad dada por los avances científicos, médicos y tecnológicos.

Como se ha desarrollado en la reseña histórica, en todas las sociedades la procreación ha sido el medio de preservación de la especie humana.

Dentro de las TRHA encontramos la gestación por sustitución o vientre sustituto, donde se plantea la posibilidad de la intervención de una tercera persona en cuyo útero se desarrollará el nuevo ser humano fecundado hasta su nacimiento.

Existen diferentes supuestos en la gestación por sustitución o maternidad subrogada, así encontramos que puede ser: plena, genética, gestativa y legal.

Estas posibilidades que la ciencia nos ha brindado en el campo de la medicina son nuevas formas de lograr que aquellas parejas que tengan problemas de infertilidad, esterilidad o peligro su salud por enfermedades preexistentes o posean el mismo sexo u otro tipo de dificultades médicas, puedan acceder a tener ese hijo/a que tanto han deseado y por el cual se someten a este tipo de técnicas reproductivas. Estos padres/madres requieren de una gran fortaleza espiritual y un gran deseo de ser padres.

La justicia, ha tratado de subsanar el tema de la filiación del niño nacido por sustitución de vientres ya en el 2010²⁰⁴, donde la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú ante la presentación de una mujer que impugna la maternidad a la gestante subrogada al ser ella la madre genética y no la mujer que gestó al niño, falló a favor de la madre genética teniendo en cuenta la importancia del vínculo genético.

El derecho no sólo pena los delitos, sino que previene que ellos no sean cometidos. Este sería el caso de “prevenir” que parejas o personas que deciden formar una familia monoparental y que desean ser padres/ madres sean objeto de la comisión de actos abusivos o inescrupulosos.

²⁰⁴Ver Juz. Nac. Civ. nro. 83, “NN O, s/INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO”, 30/06/2015, <http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/>. Así se procedió también en el caso del Juzgado nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, cita Microjuris: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401. 9Juz. Nac. Civ. nro. 102, “C., F. A. Y OTRO c/ R. S., M. L. s/IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD”, 18/05/2015, <http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/>. Véase, también Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, 14/04/2010, cita La Ley online: AR/JUR/75333/2010. Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”. Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.

A lo largo del presente trabajo se muestra la complejidad de la temática de la Gestación por Sustitución y de la Filiación de los niños nacidos por esta técnica. Por ese mismo hecho, se necesita que se establezcan reglas precisas con el fin de evitar abusos, por un lado y por el otro lado, teniendo el pensamiento en interés superior del niño y el principio de igualdad de todos los niños de tener una filiación se debe precisar que dicho vínculo filiatorio cuando nazca el niño sea inscripto en forma inmediata como hijo de quienes han querido ser sus padres o madres.

Para ello la intervención judicial debería ser previa al embarazo, donde se exponga que los padres biológicos, aportantes del material genético fueron quienes tuvieron la voluntad procreacional, prestaron el consentimiento libre e informado y que la mujer gestante también prestó su consentimiento libre e informado, demostrando su intencionalidad de ser únicamente gestadora y colaboradora para concretar esta nueva vida, sin intencionalidad de ser madre.

Como se ha expresado en el anteproyecto del código civil y comercial sobre sustitución de vientres y pensando en la prevalencia del interés superior del niño, es necesario contar con normas claras, previamente fijadas y que brinden seguridad tanto a los usuarios de estas técnicas, y principalmente a los niños nacidos de ellas.

Para que lo ut supra se concrete y compatibilice con la realidad, la intervención judicial debería ser previa al embarazo mediante la firma de un convenio, donde se exponga con claridad que los padres biológicos, aportantes del material genético, son los que tuvieron la voluntad procreacional, prestaron el consentimiento libre e informado y asumen el compromiso de ejercer la responsabilidad parental del recién nacido y, que la mujer gestante también preste su consentimiento libre e informado demostrando su intencionalidad de ser únicamente gestante y colaboradora para concretar el nacimiento de la nueva vida sin intencionalidad del ejercicio de la maternidad.-

El nombre es un atributo de la personalidad, por lo tanto, es inherente al ser humano, y como tal no puede ser inscripto en forma “preventiva” a resultas de la posibilidad de la sanción de una ley. Los niños o niñas nacidos por medio de esta técnica deben ser inscriptos bajo dos condiciones específicas del art. 1º de la ley 26.413.

En el caso del acta de nacimiento de niños o niñas nacidos por medio de la técnica de subrogación de vientre, tanto en Argentina como en el exterior, siempre debe estarse a favor el interés superior del menor, sustentándose en la conservación del derecho de reconocerlo como hijo/a de quien o quienes genéticamente tuvieron la voluntad procreacional de concebirlo. Si no fuese de esa manera, la persona no tendría certeza jurídica, influiría negativamente en la identidad del menor, en la pertenencia a una familia, en su ciudadanía, en los derechos

hereditarios, en su derecho a ser representado por su padre o madre o un familiar en su minoridad. Es por lo tanto una violación los principios establecidos en la constitución y los tratados internacionales, entre ellos al derecho a la igualdad, a la nacionalidad, a tener una familia.

Como expresó la Dra. Eleonora Lamm (2012), con cita de Massager y Golombok, refiere que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio advierte que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo y que esa filiación sea reconocida legalmente.

En la filiación no sólo debe importar la verdad biológica, sino también, el conjunto de verdades que conforman la persona en el transcurso de la vida. Por esta razón, al momento de adjudicar un vínculo filial, el repartidor debe estar convencido que el mismo guarda armonía con el interés del hijo en vinculación con el interés familiar (conf. Krasnow, Adriana, "Filiación". La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 111)²⁰⁵.

El convenio (sea a título gratuito u oneroso) es la norma más conveniente frente al vacío legal existente respecto de la sustitución de vientres pues daría solución a la problemática tanto de la filiación de los niños nacidos por esta técnica de reproducción asistida, como otorgaría seguridad jurídica a los comitentes y a la mujer gestadora.

Por lo fundamentado se propone: 1) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 2) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional; 3) que la inscripción de los menores debe hacerse en forma definitiva en el Registro Civil, con las prevenciones de resguardar los datos de la gestante, asentándolos en el legajo al cual sólo se puede acceder por causas justificadas de salud; 4) Que el consentimiento informado de todas las partes sea incluido en la historia clínica; 5) Que previa a la implantación del embrión se homologue judicialmente un convenio de sustitución de vientre; 6) Que la mujer gestante pueda optar, dentro del acuerdo, si la contraprestación que realiza es a título gratuito u oneroso; 7) Que las Obras Sociales y Medicina Prepaga incluyan dentro del Programa Médico Obligatorio la técnica de sustitución de vientre

²⁰⁵ <http://absta.info/poder-judicial-de-la-nacin-juzgado-civil-7-buenos-aires-15-de.html>

como una técnica de alta complejidad, dándole el mismo tratamiento que a las técnicas de alta complejidad ya existentes; 8) Que la mujer gestante, ya haya tenido por lo menos un hijo; 9) Sólo las clínicas de reproducción asistida aprobadas por el Ministerio de Salud podrán realizar este tipo de técnica reproductiva, elevando un informe anual a la autoridad de aplicación de las prácticas realizadas; 10) Los comitentes y la gestante deberán tener un mínimo de tres años de residencia permanente en la República Argentina; 11) Es requisito imprescindible para la realización de la técnica de gestación por sustitución de vientre el aporte de material genético de por lo menos uno de los comitentes. 12) La filiación del menor será la genética, haciéndose hincapié en la voluntad procreacional del o los comitentes.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Arámbula Reyes, Alma. Investigadora Parlamentaria Lic. María Paz Richard Muñoz Asistente de Investigador Cándida Bustos Cervantes Auxiliar de Investigador. Maternidad Subrogada. Agosto 2008 < [http://www.diputados.gob.mx- SPE-ISS-14-08](http://www.diputados.gob.mx-SPE-ISS-14-08)> (visto 22/10/2021)

Badilla, Ana Elena y Blanco, Lara. Código de la Mujer. Editorial Porvenir, San José, 1996.

Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research. – Report of the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research

Bonet de Viola, Ana M.; “Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales”, pág. 17. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB ISSN: 0120-3886
<https://www.corteidh.or.cr>

Bustamante Donas, Javier, “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r22470.pdf>

Di Masi, Maurizio – Rivista Critica del Diritto Privato - Rassegna Critica Di Giurisprudenza - págs. 615/646 - ISSN 1123-1025

Duplá Marín, Ma Teresa: “El Principio Mater Semper Certa est ¿a debate? la nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias” https://www.boe.es/anuarios_derecho

Escobar Fornos, Iván. Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro).

Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, p. 4-5. <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225321/306632>

Fernández García, Eusebio; “Los Derechos Humanos y La Historia ...II. Los Derechos Humanos y La Historia y La Historia De Los Derechos Humanos”. https://www.academia.edu/3356421/Los_derechos_humanos_y_la_historia - (visto 14/03/2022) <https://e-archivo.uc3m.es>

Fustel de Coulanges La Ciudad Antigua, Editorial Porrúa, https://archive.org/stream/LaCiudadAntiguaFustelDeCoulanges/La-Ciudad-Antigua-Fustel-de-Coulanges_djvu.txt

Gil Dominguez, A “La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico. – Buenos Aires – Ed. Ediar – 2014

González Martín, Nuria, & Albornoz, María Mercedes. (2016). Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 159-187. Recuperado en 04 de diciembre de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100159&lng=es&tlng=es.

Graves Peter: “Los Mitos Griegos – Libro 1” págs. 11/28. Alianza Editorial. Edición 1997

Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora (12-sep-2012) ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución Ed. Microjuris.com Argentina en10 diciembre 2013, Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971

Instituto Nacional del Cáncer de los Institutos Nacionales de la Salud de E.E.U.U. <<https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/embarazo-de-madre-sustituta>>

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora Herrera, Marisa -Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional - La Ley 11/07/2013 - La Ley 2013

Lamm, Eleonora. Gestación Por Sustitución. Realidad Que Exige Legalidad. <<https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09>>

Lamm, Eleonora. Revista Pensamiento penal. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. 2013. <<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89121-gestacion-sustitucion-ni-maternidad-subrogada-ni-alquiler-vientres>>

Lamm, Eleonora. InDret Revista Para El Www. Indret.Com Análisis Del Derecho. Gestación por sustitución Realidad y Derecho Eleonora. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina

López Faugier, Irene. “La prueba científica de la Filiación”, Porrúa, México, 2005.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. “La Filiación, entre Biología y Derecho - <<https://corteidh.or.cr>>

Moran de Vicenzi, C. (2005). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Universidad de Piura y Ara.

Notrica, Federico, Cotado, Francisco, & Curti, Patricio Jesús. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 04 de diciembre de 2022, de <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008&lng=es&tlng=es>

Pacheco, Máximo. Los derechos humanos. Documentos básicos. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992. Sitios web Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sección Derechos Mujer: <<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/DerechosMujer>>

Plamenatz J. P. Consentimiento, libertad y obligación política. Fondo de Cultura Económica, 1982

Pregno, Elian “Algunas meditaciones en torno al Consentimiento Presunto y su Aplicación en la temática trasplantológica: Un posible caso de rechazo agudo”

Quiroga, L. C. (2007). La maternidad en las obras alfonsíes: desde la concepción hasta el nacimiento de los hijos. *Cuad. hist. Esp*, 81 , 39-66.

<http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0325-11952007000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1850-2717.

Rodríguez Iturburu, Mariana. La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad Mariana Reproducción 2015;

- www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-Iturburu

Rodríguez López, Dina, Revista de Derecho Privado N° 11; pág. 109 –<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>

Saeteros Pérez, T. (2013). Por mi alma subiré a Dios. El concepto de alma de San Agustín de Hipona. *Civilizar*, 13 (25), 189-210. <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v13n25/v13n25a13.pdf>

Sloterdijk “Normas para el Parque humano”; De la carta sobre el humanismo a las antropotecnias y el discurso del posthumanismo. Revista Observaciones Filosóficas - Sloterdijk 'Análisis: Dr. Adolfo Vásquez Rocca - PUCV - Universidad Andrés Bello

<http://www.observacionesfilosoficas.net/petersloterdijkdelasnorma>

Soto Lamadrid, Miguel A. - Biogenética, filiación y Delito Belluscio, Augusto C. [dir.] y Zannoni, Eduardo A. [coord.], *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*

Unesco.org. El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/Derecho_progreso_cientifico.pdf

Universidad Complutense. Temas de derechos humanos (unam.mx) Derechos Humanos de Tercera Generación - García García, E. (Dpto. de Psicología Básica. Procesos cognitivos. Universidad Complutense)

“Derechos Humanos y Calidad de Vida” E-Prints Complutense <https://eprints.ucm.es> (visto 18/03/2022)

Vázquez Ferreira, Roberto - Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina. Biblioteca Jurídica Diké, 1993

Vila, Patricia Marco (tesis). “La Determinación de la Filiación en la Gestación por Sustitución. Principios Éticos, Bienes Jurídicos y Doctrina Jurisprudencial”.

LEGISLACIÓN

Constitución Nacional de la República Argentina.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Código Civil. Vélez, Ed Zavalía - año 1966
Constitución Española de 1978 - TÍTULO VI - Del Poder Judicial

Convención Sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer -
https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_sobre_todas_las_formas_de_Discriminacion_contra_la_Mujer
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) - dipublico.org

Código Civil de la República Argentina con las notas de Velez Sarsfield y leyes y Decretos Complementarios – Víctor P. de Zavalía – Editor – Año 1966 – pág. 78/79

Ley 23637 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/36/norma.htm> - Ley 26.862 – Reproducción Medicamente Asistida

Ley N° 628/87 de Noruega

Ley 26.529 (modificada por ley 26.742) Derechos del Paciente en su relación *con* los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Ley 14.208 (ref. ley 14.611) – Provincia de Buenos Aires

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -
https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_coleccionde_bolsillo_07_derechos_economicos_sociales_culturales.pdf

PERIÓDICOS

Bioeticaweb. ¿De dónde vienen los bebés (sustitutos)? La subrogación como violación de los derechos humanos <https://www.bioeticaweb.com/de-donde-vienen-los-bebes-sustitutos-la-subrogacion-como-violacion-de-los-derechos-humanos>

Clarín. La dificultad de tener un hijo en un vientre prestado. https://www.clarin.com/sociedad/nuevas-familias-maternidad-subrogada-vientre-prestado-ovodonacion-halitus_0_B1WuOwYDXI.html

Clarín. Nuevas familias. Mañana se celebra el Día el Padre - Por primera vez en el país, dos hombres tuvieron un hijo con un vientre prestado. Publicado el 20/06/2015 en Clarín https://www.clarin.com/sociedad/nuevas-familias-maternidad-subrogada-vientre-prestado-ovodonacion-halitus_0_B1WuOwYDXI.html

El día online. <https://www.eldiaonline.com/llevo-el-vientre-al-hijo-su-hermana-y-su-cunado-que-puedan-ser-padres-n1013660>

El País. Una mujer de 73 años da a luz a gemelas en India. Embarazada por fecundación in vitro, Mangayamma Yaramati es la mujer más longeva en dar a luz. Nueva Delhi 7 sep 2019. https://elpais.com/sociedad/2019/09/06/actualidad/1567784962_689964.html

El país. Una mujer de 73 años da a luz a gemelas en India - Embarazada por fecundación in vitro, Mangayamma Yaramati es la mujer más longeva en dar a luz https://elpais.com/sociedad/2019/09/06/actualidad/1567784962_689964.html Nueva Delhi 7 SEP 2019 - 11:43 CEST La mujer que se convirtió en madre primeriza a los 70 años BBC Mundo Salud - 11 mayo 2016. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/05/160511_salud_dalji..

fabianaquaini.blogspot. Maternidad Subrogada Argentina –15/05/2020. Una amiga les prestó su vientre y se convirtieron en “papá y papá”: la vida en cuarentena y su lucha ante la ley. <https://fabianaquaini.blogspot.com/2020/05/maternidad-subrogada-argentina.html>

Infobae. La Justicia ordenó otorgar una licencia por maternidad a una mamá no gestante - 31 de Octubre de 2018 - <https://www.infobae.com/sociedad/2018/10/31/la-justicia-ordeno-otorgar-una-licencia-por-maternidad-a-una-mama-no-gestante/>

Infobae. Quedó al filo de la muerte mientras buscaba un hijo: su hermana decidió gestar un bebé y ayudarla a ser madre – por Gisele Sousa Días – publicado el 8/07/2020 en Infobae

Surrogacy In Canada Online - Cost of Surrogacy <https://surrogacy.ca/services/the-cost-of-surrogacy.html>

ANEXOS

A.- MODELO DE CONVENIO EN CALIFORNIA

Se presenta un ejemplo de acuerdo entre los padres de intención y una agencia. Se trata de un contrato de gestación subrogada llevado a cabo en California, que es uno de los lugares con más experiencia y con mayores garantías y seguridad legal. A continuación, se transcribe un índice con los 22 puntos²⁰⁶

1. Índice
2. Preámbulo
3. Artículo I. Servicios de gestación subrogada
4. Artículo II. Honorarios
5. Artículo III. Cuenta del fideicomiso del cliente
6. Artículo IV. Selección de la gestante y honorarios
7. Artículo V. Genética médica, servicios legales y psicológicos
8. Artículo VI. Evaluaciones médicas
9. Artículo VII. Otros Acuerdos
10. Artículo VIII. Información proporcionada por los padres intencionados
11. Artículo IX. Gestantes adicionales
12. Artículo X. Rescindir el contrato de maternidad subrogada
13. Artículo XI. No se asume ninguna garantía, aval o representación
14. Artículo XII. Conciliación
15. Artículo XIII. Impuestos/Inmigración
16. Artículo XIV. Legislación aplicable
17. Artículo XV. Interpretación neutral
18. Artículo XVI. Divisibilidad
19. Artículo XVII. Acuerdo total
20. Artículo XVIII. Enmiendas
21. Artículo XIX. Encabezamientos

²⁰⁶<https://babygest.com/es/foro/tema/formato-de-contrato-de-alquiler-de-vientre/>

22. Artículo XX. Acuerdo vinculante

Autor

Preámbulo

A. La agencia se encarga de coordinar los acuerdos de gestación subrogada, ayudando a los futuros padres en la selección de la gestante y dándoles acceso a profesionales en los ámbitos médico, judicial y psicológico. Asimismo, ayuda a los padres de intención a gestionar los gastos derivados del proceso.

B. Los padres intencionales contratan el servicio de la agencia para recibir ayuda a la hora de encontrar una mujer idónea para someterse al proceso de gestación subrogada ('gestante subrogada'). Esta mujer aceptará hacerse una transferencia transvaginal de los embriones de los padres intencionados y dar a luz a un niño de los padres intencionados.

C. Los padres intencionados han decidido en el programa de gestación subrogada que los embriones serán producidos mediante la técnica de fecundación *in vitro* (FIV) a partir de los óvulos de la madre intencionada o de una donante y del espermatozoides del padre intencionado o un donante. Esta técnica se realizará bajo la supervisión de un doctor especialista en FIV que será seleccionado y contratado por los padres intencionados.

D. Las partes reconocen y comprenden que este acuerdo solamente contiene los derechos y obligaciones respectivos a la agencia y los padres intencionados. Una vez los padres intencionados hayan seleccionado a una gestante, se redactará un contrato ('Contrato de gestación subrogada') entre la gestante y los padres intencionados bajo asistencia jurídica. En dicho contrato de gestación subrogada se detallarán los respectivos derechos, obligaciones, compromisos y previsiones tanto de los padres intencionados como de la gestante, incluyendo todos los aspectos financieros referentes al proceso de gestación subrogada.

El contrato de gestación subrogada será revisado por un abogado en representación de la gestante y, una vez concluidos dichos contratos, será formalizado por los padres intencionados y la gestante junto con su marido/pareja, en caso de haberlo.

Contrato de gestación subrogada entre los padres y la gestante

Los padres intencionados comprenden que la agencia no participará en dicho contrato y por tanto no tendrá obligaciones en él. Sin embargo, asumen que los acuerdos financieros que se reflejan en el contrato de gestación subrogada cumplirán con los requisitos mínimos en materia de compensación para las gestantes establecidos en el programa de la agencia.

E. Los padres intencionados reconocen por la presente que la agencia les ha informado sobre la búsqueda de asesoramiento legal en relación a los términos y la significación jurídica de este

acuerdo. Asimismo, reconocen su entendimiento en lo que a este acuerdo respecta y firman el mismo de manera libre y voluntaria.

Por lo tanto, en consideración al contenido dispuesto en el presente documento, las partes convienen en lo siguiente:

Artículo I. Servicios de gestación subrogada

La agencia proporcionará la coordinación y los servicios administrativos pertinentes para prestar la asistencia necesaria a los padres intencionados durante el proceso de gestación subrogada. Dichos servicios incluyen: ayudar a los padres intencionados a elegir una gestante, ponerlos en manos de profesionales de los ámbitos médico, judicial y psicológico, dando apoyo administrativo a la relación entre la gestante y los futuros padres.

Artículo II. Honorarios

Los padres intencionados acuerdan por la presente abonar a la agencia por la prestación de servicios la tarifa de 18.750\$. Estos honorarios se consideran totalmente cobrados y no reembolsables. Dicha cantidad es el precio final y no incluye otros cargos, costes o gastos, o compensación a pagarle a la gestante.

Los honorarios de la agencia son un cargo único. El pago fraccionado recogido en este Artículo 2 se pagará en una única vez por los padres intencionados hasta que la gestante lleve a cabo sus servicios en virtud del presente acuerdo.

El compromiso, tiempo, experiencia y recursos que la agencia debe considerar a la hora de prestar los servicios que se mencionarán a continuación son cuantiosos y difíciles de medir. Por consiguiente, ninguna porción de los honorarios de la agencia pagados por los padres intencionados es reembolsable, independientemente de si los padres intencionados llegan a recibir un hijo o si, por el contrario, deciden abandonar el tratamiento, salvo en caso de que la agencia incumpla sus obligaciones mencionadas anteriormente o dé por concluido este acuerdo en virtud de lo establecido en el Artículo 10 mostrado más abajo.

Artículo III. Cuenta del fideicomiso del cliente

Previamente a la firma de este acuerdo, la agencia debe proporcionar a los padres intencionados un documento con el coste estimado que se derivará de los gastos y los honorarios asociados el programa de gestación subrogada. Dicho documento solo puede contener precios estimados y estará sujeta a que se realicen cambios en cualquier momento sin necesidad de notificarlo previamente a los padres intencionados.

Los padres intencionados acuerdan abonar la cantidad de 30 000 \$ en una cuenta ('Cuenta del fideicomiso del cliente') mantenida y gestionada por la agencia, la cual mantiene un Bono

de Fidelidad y cumple con los requisitos dispuestos en las Secciones 7960, 7961 del Código de Familias de California, dado que el fideicomiso está gestionado por el abogado facilitador en materia de gestación subrogada de la agencia.

Dichos fondos ('Fondos Fiduciarios del Cliente') se depositarán en la cuenta del fideicomiso del cliente en los dos días siguientes a la firma del acuerdo legal entre los padres intencionados y la gestante. Los Fondos Fiduciarios del Cliente, así como la responsabilidad que asumen los padres intencionados se destinarán a lo que se menciona a continuación:

- Costes derivados de las pruebas psicológicas y médicas a las que sea sometida la gestante. Dichos gastos se reembolsarán a la agencia en caso de que ésta sea quien pague por dichas pruebas.
- Seguro Sanitario de la gestante (si se requiere según lo estipulado en el contrato de gestación subrogada).
- Coste de la gestante y otros gastos recogidos en el contrato de gestación subrogada.
- Honorarios legales incurridos por la gestante en relación con lo estipulado en el contrato de gestación subrogada.
- Cualquier otro gasto razonablemente necesario para llevar a cabo los términos estipulados en el contrato de gestación subrogada.
- Las cantidades necesarias para realizar el pago de los honorarios de la agencia que los padres intencionados no hayan abonado todavía.

Cuenta de fideicomiso para los gastos de la gestación por sustitución

Cabe señalar que toda la asistencia legal será proporcionada en lengua inglesa, ya que todos los contratos y dictámenes serán válidos en Estados Unidos. La agencia cuenta con un grupo de profesionales que proporcionarán ayuda en caso de requerirla para la comprensión de los documentos. Sin embargo, si deseas que todos estos documentos sean traducidos a tu lengua nativa, deberás abonar un cargo adicional.

Todos los fondos pendientes en la cuenta del fideicomiso después de que este acuerdo haya concluido por el motivo que sea o después del nacimiento del niño aquí mencionado serán devueltos por parte de la agencia a los padres intencionados bajo la consideración de buena fe de que todos los honorarios, reembolsos y beneficios correspondientes se han abonado adecuadamente, que se ha obedecido la cláusula que recoge que se le debe haber pagado

íntegramente a la gestante y que todas las tasas, costes y gastos médicos de la gestante previstos para los que se usará la cuenta del fideicomiso se hayan pagados en su totalidad.

Respecto a esto, desafortunadamente, algunos proveedores de servicios médicos son considerablemente lentos a la hora de generar facturas y, por consiguiente, puede que sea necesario mantener la cuenta del fideicomiso durante unos cuantos meses tras la finalización del acuerdo o el nacimiento del niño para garantizar el suministro de dichas facturas.

Se prevé que la cuenta del fideicomiso deberá permanecer abierta como mínimo durante un mes tras la finalización de este acuerdo o el nacimiento del niño. Si la gestante con la que los padres intencionados han decidido trabajar cuenta con un seguro médico completo que exija un gravamen y los padres intencionados deciden utilizar dicha póliza de seguro para el embarazo, los padres intencionados acuerdan y entienden que deberán abonar un gravamen por la cantidad de 15 000 \$ en una cuenta del fideicomiso que permanecerá abierta durante dos años tras el nacimiento del niño.

Si la gestante posee un seguro a punto y los padres intencionados eligen hacer uso de la póliza de seguro médico de la gestante, los padres intencionados asumen la adquisición de un seguro de apoyo. Si los padres intencionados eligen no adquirir dicho seguro de apoyo, tendrán que contratarle a la gestante una póliza de seguro completa.

Seguro médico de la gestante

La agencia proporcionará a los padres intencionados un libro mayor mensualmente donde se enunciarán todos los desembolsos pagados en nombre de su nombre sacados de la cuenta del fideicomiso del cliente. En él se mostrará el saldo corriente actual del Fondo Fiduciario del cliente. En caso de que el saldo de fondos se considere insuficiente para dar cobertura a los pagos anticipados previstos para el proceso de gestación subrogada, los padres intencionados remitirán dichas cantidades que la agencia estime oportunas para dar cobertura a los gastos previstos.

Una vez terminado todo el proceso de gestación subrogada, tal y como se contempla en el presente acuerdo y el contrato de gestación subrogada, la agencia transferirá inmediatamente cualquier fondo adicional del Fondo Fiduciario del cliente a los padres intencionados. Los honorarios de la agencia por la gestión de la cuenta del fideicomiso del cliente ascienden a 1 250 \$.

Artículo IV. Selección de la gestante y honorarios

La agencia ayudará a los padres intencionados en el proceso de selección de la futura gestante, el cual se basará en sus preferencias explícitas. Los padres intencionados tendrán pleno derecho a aceptar o rechazar una posible gestante sea cual fuere la causa.

En caso de que los padres intencionados seleccionasen a una gestante y dicha gestante no comenzase el ciclo de medicación dentro de los 90 días desde la fecha en que los padres intencionados contrataron los servicios de la agencia, entonces la agencia se reserva el derecho de poner dicha gestante a disposición de otros clientes.

La compensación económica que se concede a las gestantes en el campo de la gestación subrogada ha ido aumentando durante los últimos años. Las tasas competitivas para las gestantes variarán con el tiempo y no pueden ser predichas por parte de la Agencia.

Por tanto, los honorarios estimados para la gestante enumerados en cualquier documento de estimación de costes expedido por la agencia pueden ser simplemente aproximaciones. Además, muchas gestantes que ya han completado satisfactoriamente uno o más procesos de gestación subrogada podrían exigir tasas por encima del estándar.

Compensación económica a la gestante

Artículo V. Genética médica, servicios legales y psicológicos

La agencia no proporciona servicios médicos, legales o psicológicos de evaluación. La agencia quiere garantizar que la gestante seleccionada por los padres intencionados tiene acceso a profesionales altamente cualificados en los ámbitos médico, jurídico y de salud mental y, en este sentido, proporcionará asesoramiento a los padres intencionados, en caso de que éstos lo soliciten, para contactar con dichos profesionales.

Sin embargo, la responsabilidad de seleccionar y contratar a profesionales independientes en estos ámbitos y hacerlos conocedores de todos los aspectos relacionados con el proceso de gestación subrogada recae en última instancia sobre los padres intencionados. Más concretamente, los padres intencionados asumen que llevarán a cabo las siguientes acciones:

- Seleccionar y contratar uno o más abogados que los representen en la elaboración, negociación y finalización del contrato de gestación subrogada, así como en cualquier procedimiento legal en curso o previsto.
- Seleccionar y contratar un psicólogo/psicoterapeuta altamente cualificado en el campo de la gestación subrogada para llevar a cabo una evaluación de la gestante durante el proceso de gestación subrogada.

- Seleccionar y contratar a un médico especialista en FIV para prestar los servicios y cuidados médicos contemplados en el contrato de gestación subrogada.

Todo profesional contratado por los padres intencionados es responsable a título individual de sus propios servicios. La agencia no avala o garantiza que los requisitos legales se hayan cumplido o cualquier documento de carácter legal haya sido formalizado, ni que la gestante se encuentre en las condiciones psicológicas adecuadas para ser gestante, ni que los procedimientos médicos llevados a cabo sean adecuados o necesarios.

Servicios médicos y psicológicos para una gestación subrogada

Además, los padres intencionados asumen que la agencia trabaja con gestantes que no han pasado por ningún chequeo médico, psicológico o genético. Una vez seleccionada la gestante, los padres intencionados acuerdan asumir todos los gastos derivados de cualquier chequeo médico, psicológico y genético, independientemente de si la gestante resulta apta o no apta en cada uno de estos chequeos.

Artículo VI. Evaluaciones médicas

En relación al proceso de gestación subrogada, los padres intencionados asumen que es posible que deban someterse a ciertas evaluaciones médicas o pruebas según consideren los profesionales médicos o de salud mental que los padres intencionados hayan seleccionado y contratado.

Artículo VII. Otros Acuerdos

No podéis formalizar otros acuerdos con la gestante si no se redacta un acuerdo por escrito y en él aparece vuestra firma y la de la gestante, de la que la agencia tiene conocimiento. Si vais a llevar algún tipo de procedimiento entre vosotros y la gestante sin consentimiento previo por escrito de la agencia, podríais incurrir en obligaciones o cargas financieras a las que no estáis obligados y que podrían ser considerables.

Artículo VIII. Información proporcionada por los padres intencionados

Los padres intencionados avalan que toda la información y representación proporcionada por ellos mismos a la agencia en relación al proceso de gestación subrogada que aquí se contempla es precisa y completa a su saber y entender.

Los padres intencionados acuerdan que si se dan cuenta posteriormente de que dicha información o parte de la misma es imprecisa o incompleta, proporcionarán la información pertinente de manera inmediata a la agencia. Los padres intencionados reconocen que la agencia debe compartir, durante el proceso de gestación subrogada, la información proporcionada por

los padres de intención con los profesionales en los ámbitos psicológico, médico y jurídico, así como con futuras candidatas a ser gestantes.

Con la firma de este acuerdo, los padres intencionados por la presente autorizan a la agencia a compartir dicha información a las partes que formen parte del proceso de gestación subrogada.

Artículo IX. Gestantes adicionales

En caso de que los padres intencionados quieran que su gestante se someta a un ciclo adicional o que los padres intencionados necesiten ayuda para volver a seleccionar a otra gestante, la agencia proporcionará asistencia y seguimiento una vez más sin cargos adicionales, durante un máximo de dos años de acuerdo con los términos estipulados en el programa SAFE (*Single Agency Fee Exclusive*). Asimismo, los padres intencionados se harán responsables de cualquier compensación económica dirigida a la gestante.

Artículo X. Rescindir el contrato de maternidad subrogada

Resolución por parte de los padres intencionados

Los padres intencionados podrán rescindir este acuerdo en cualquier momento antes de que se realice la transferencia de los embriones a la gestante mediante notificación por escrito. En caso de rescisión de contrato, todas las tasas y los gastos que corran a cuenta de los padres intencionados deberán abonarse de forma inmediata.

Los honorarios abonados a la agencia no son reembolsables. De acuerdo con lo expuesto en el Artículo 3, si los padres intencionados han depositado fondos en la cuenta del fideicomiso del cliente, dichos fondos se utilizarán en primera instancia por la agencia para abonar tasas o cubrir gastos, ya sea de la gestante, de la agencia o de terceras partes que participen en el proceso de gestación subrogada.

Cualquier exceso sobre dichos fondos se remitirán inmediatamente a los padres intencionados después de que la agencia haya determinado razonablemente que no queda ninguna otra obligación para la que deba utilizarse la cuenta del fideicomiso del cliente. Si el contrato de gestación subrogada ha sido suscrito por parte de los padres intencionados y la gestante, la rescisión del mismo deberá efectuarse en base a las cláusulas establecidas en el mismo. Si los padres intencionados rescinden este acuerdo, pero continúan trabajando con una gestante proporcionada por la agencia, los honorarios destinados a la agencia en virtud de lo establecido en el Artículo 2 más arriba permanecerán vigentes, aplicables y efectivos, y la agencia, bajo su criterio exclusivo, podría proporcionar asistencia a la gestante en caso de que ésta la solicite.

Resolución por parte de la agencia

Dado el carácter exclusivo y personal del proceso de gestación subrogada, la agencia podría considerar que no es posible mantener una relación profesional satisfactoria con los padres intencionados. Por consiguiente, la agencia podría, bajo su criterio exclusivo, rescindir este acuerdo previo aviso por escrito con tres días hábiles de anticipación a los padres intencionados, siempre y cuando la gestante no se haya sometido ya a la transferencia uterina de los embriones de dichos padres intencionados.

En caso de llevar a cabo dicha rescisión, la agencia reembolsará a los padres intencionados los honorarios abonados en virtud de la agencia (excepto cualquier gasto generado por los padres intencionados y asumido por la agencia) sin responsabilidad alguna ni obligación con la agencia.

Rescindir el contrato de gestación subrogada

Artículo XI. No se asume ninguna garantía, aval o representación

Los padres intencionados, una vez formalizado este acuerdo, asumen no haber utilizado ninguna representación que no haya sido expuesta aquí. Asimismo, los padres intencionados asumen que la gestación subrogada y la copaternidad son asuntos no resueltos por la ley. Los padres intencionados acuerdan que la agencia no puede avalar o garantizar, entre otras cosas, lo que se expone a continuación:

- Los embriones transferidos a la gestante o los óvulos extraídos de la futura madre/donante serán fecundados o darán como resultado un embarazo, o un niño será concebido en base a este acuerdo.
- El niño, en caso de ser concebido, contará con salud física y mental, y libre de cualquier defecto o anomalía congénita.
- La gestante o su marido/pareja, en caso de haberlo, cumplirán con las cláusulas establecidas en el contrato de gestación subrogada o los consejos de cualquier profesional que participe en el proceso.
- La información proporcionada por la gestante o su marido/pareja, en caso de haberlo, es cierta, completa y exacta.
- La gestante no intentará quedarse con el niño ni renunciará a los derechos paternos y/o consentirá la copaternidad.
- Los padres intencionados podrán establecer o confirmar los derechos paternos sobre el niño que hayan sido reconocidos legalmente como tales.

- Este acuerdo o el contrato de gestación subrogada será aplicable por cualquier Tribunal de Justicia.

- Todo profesional involucrado en el proceso a manos de los padres intencionados, incluyendo sin limitaciones cualquier médico o grupo médico, abogado, psicólogo, o asesor en genética, prestará sus servicios de forma satisfactoria.

- El coste real total de todo el proceso de gestación subrogada no será mayor al estimado por la agencia.

- El seguro médico, en caso de haberlo, cubrirá en su totalidad cualquier gasto médico de la gestante relacionado con el proceso de gestación subrogada. Los padres intencionados asumen el riesgo de que el seguro de la gestante no cubra los gastos médicos de la relacionados con el proceso de gestación subrogada y acuerdan pagar por todo gasto no cubierto por el seguro médico tal y como se establece aquí.

Artículo XII. Conciliación

En caso de litigio entre los padres intencionados y la agencia, tanto en referencia a lo dispuesto en este acuerdo como relacionado con el proceso de gestación subrogada, las partes deberán presentar dicho litigio ante procedimiento de mediación no vinculante. El lugar para la celebración de dicho procedimiento deberá pertenecer exclusivamente al condado de San Diego. Todas las partes implicadas asumirán los gastos y tasas derivados de dicho procedimiento.

Artículo XIII. Impuestos/Inmigración

Las partes asumen que la agencia no efectúa manifestación ni declaración de garantía alguna en cuanto a las consecuencias fiscales derivadas de todo pago efectuado en relación al proceso de gestación subrogada por la presente contemplados o cualquier asunto de inmigración.

Artículo XIV. Legislación aplicable

Este acuerdo se regirá por y se entenderá conforme a las leyes de Estado de California.

Artículo XV. Interpretación neutral

Cada una de las partes ha tenido ocasión de consultar con su propio abogado todo lo expuesto en este acuerdo, y ha leído y entendido los términos y disposiciones del mismo. Ninguna de las partes ha firmado este acuerdo mediante declaración falsa, corrupción, coacción o cualquier otra forma ilegal. Este acuerdo se interpretará por tanto de manera neutral y toda ambigüedad derivada del mismo será resuelta sin referencias al hecho de que este acuerdo ha sido elaborado por parte de la agencia.

Artículo XVI. Divisibilidad

En caso de que un tribunal competente invalidara alguna de las cláusulas de este acuerdo, las demás cláusulas seguirán en vigor a no ser que el cumplimiento de dichas cláusulas sea contradictorio con las intenciones y los propósitos de las partes involucradas en este acuerdo.

Artículo XVII. Acuerdo total

Este acuerdo constituye el acuerdo total entre las partes con respecto a los servicios proporcionados por parte de la agencia a los padres intencionados, y reemplaza todo acuerdo previo tácito o por escrito entre las partes en relación a dichos servicios.

Artículo XVIII. Enmiendas

Este acuerdo no será modificado excepto mediante una ejecución adecuada por escrito de las partes.

Artículo XIX. Encabezamientos

El título de cada párrafo se ha incorporado simplemente para la comodidad del lector y no constituye parte alguna del acuerdo entre las partes tal y como se expresa en este instrumento.

Artículo XX. Acuerdo vinculante

Este acuerdo será vinculante, asegurará el beneficio de los herederos, sucesores, agentes y representantes personales de cada parte.

¿CÓMO ES EL ACUERDO DE GESTACIÓN SUBROGADA EN UCRANIA?

Por Andrea Rodrigo(embrióloga).²⁰⁷

Para que un acuerdo de gestación subrogada sea legítimo debe respetar los derechos de todas las partes implicadas: el bebé, la gestante y los futuros padres.

El Código de Familia establece que la gestación subrogada comercial en Ucrania está permitida. Sin embargo, no hace referencia al acuerdo o contrato de gestación subrogada, sus efectos legales y el proceso para su conclusión, modificación y finalización.

A pesar de ello, el acuerdo de gestación subrogada se considera el único documento legal que regula la relación entre la gestante y los futuros padres.

Se presenta 5 puntos referente al contrato de gestación en Ucrania.

1. Índice

1.1.Cláusulas del contrato de gestación subrogada

²⁰⁷<https://babygest.com/es/foro/tema/formato-de-contrato-de-alquiler-de-vientre/> Actualizado 26/10/2015

- 1.2. Partes implicadas
- 1.3. Sujetos
2. Formato
3. Compromiso de los implicados
4. Compensación económica y gastos del embarazo
5. Problemas con el contrato

Cláusulas del contrato de gestación subrogada

Según el Artículo 9 del Código Civil de Ucrania, las cláusulas del Código Civil son aplicables también en el caso de las relaciones de familia, las cuales no se regulan mediante ninguna otra ley vigente.

El Artículo 6 del Código Civil estipula que las partes implicadas tienen derecho a concertar un acuerdo. Dicho acuerdo no se debe a ninguna ley o reglamentación vigente; sin embargo, está en conformidad con el principio general del derecho civil.

Contrato de gestación subrogada en Ucrania

Las principales cláusulas que se deben incluir en el acuerdo de gestación subrogada firmado por la gestante y los futuros padres son las siguientes:

Partes implicadas

El Apartado 2 del Artículo 123 del Código de Familia establece que las partes implicadas en el acuerdo de gestación subrogada son la gestante y los padres de intención.

Conforme a la legislación, nadie tiene derecho a limitar el derecho reproductivo de un ser humano. Por otro lado, el Código de Familia sugiere que el padre del hijo de los padres de intención, debe ser el marido de la mujer que lo trajo al mundo.

Por esta razón, aunque la cláusula no haga especial mención al marido de la gestante, se considera importante tenerlo en cuenta. En este sentido, tanto la gestante como su marido deberían manifestar la renuncia a la custodia del hijo nacido de la gestante para el cuidado y desarrollo por los padres biológicos.

Implicados en la gestación subrogada

La orden n.º 771 del Ministerio de Sanidad establece:

- **La gestante:** debe ser una mujer mayor de edad (mayor de 18 años) con capacidad judicial. Además, debe tener al menos un hijo propio, estar sana a nivel tanto físico como psicológico y ser capaz de llevar un embarazo a término y dar a luz.

- **Los padres de intención:** deben estar casados, tener la mayoría de edad y al menos uno de ellos debe contar con una justificación médica que le permita someterse a un tratamiento de reproducción asistida.

Sujetos

La fecundación de la gestante tendrá lugar mediante técnicas de reproducción asistida. Su papel es el de llevar el embarazo a término y dar a luz a un niño con el que no posee ninguna relación biológica. Deberá renunciar a la custodia de dicho niño a favor de los padres biológicos, que serán los padres naturales y tutores legales del mismo.

Asimismo, los padres biológicos asumen todos los derechos y responsabilidades de paternidad y se comprometen a hacerse cargo de todos los gastos derivados de la gestante, incluyendo la compensación económica por sus servicios.

Formato

El contrato de gestación se redactará a mano y ante notario antes de la transferencia de los embriones para asegurar los derechos y responsabilidades legales de las partes implicadas y el niño.

El notario se encargará de asegurar que todas las partes han llegado a dicho acuerdo de manera libre y voluntaria, con ausencia de cualquier tipo de coacción. En caso de requerir traducción, ésta deberá ser notariada.

Contrato de gestación subrogada en Ucrania

Los siguientes documentos deberán formalizarse ante notario y constituirán una parte integral del acuerdo:

- Declaración sobre Orientación Independiente y la decisión informada de llegar a un acuerdo (ejecutado por ambas partes).
- Consentimiento de la Gestante para que aparezcan los nombres de los padres intencionados en el certificado de nacimiento del niño (el cual será archivado más adelante en la Oficina del Registro Civil).
- Consentimiento del marido de la Gestante, en caso de haberlo, en lo que respecta a la participación de su esposa en el programa de gestación subrogada y su renuncia a toda reclamación que pudiera tener respecto a sus derechos paternos sobre el niño su esposa va a traer al mundo.

El notario deberá mantener los datos del Acuerdo de GS en régimen de estricta confidencialidad.

Compromiso de los implicados

Tanta la gestante como los futuros padres tienen unas obligaciones en función de lo acordado en el contrato de gestación subrogada:

- **Compromiso de la gestante:**

La gestante se compromete a seguir de la mejor manera posible todas las instrucciones médicas que su obstetra o médico le asigne durante el proceso y a no participar en actividades potencialmente peligrosas o dañinas para el embarazo. Además, acuerda revelar a los futuros padres toda la información relativa a su embarazo.

La gestante firma un consentimiento obligatorio para poder inscribir al niño en la Oficina de Registro Civil. En dicho consentimiento, manifiesta su conformidad para que sean los padres biológicos quienes aparezcan en el certificado de nacimiento del niño que ella va a dar a luz conforme a lo dispuesto en el contrato.

Por último, tanto la gestante como su marido acuerdan que no realizarán ningún intento de contactar o mantener ningún tipo de comunicación con el niño tras el nacimiento del mismo sin el consentimiento previo por escrito de los padres biológicos, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de GS.

- **Compromiso de los futuros padres:**

Los padres biológicos aceptan la custodia de todos y cada uno de los niños nacidos a partir del acuerdo de gestación subrogada, independientemente del sexo, número, estado de salud, condiciones físicas y psicológicas, y de si se trata de un nacimiento prematuro o a término completo.

Los padres biológicos se harán cargo de los gastos reales derivados del proceso y de la compensación de la gestante de acuerdo con lo establecido en el acuerdo.

Compensación económica y gastos del embarazo

Según lo dispuesto en el Artículo 632 del Código Civil de Ucrania, la cuantía que recibirá la gestante será determinada por las partes interesadas. No existe restricción alguna con respecto a la remuneración y los gastos reales a pagar.

Compensar a la gestante

Así, los gastos de la gestación subrogada a cargo de los futuros padres pueden desglosarse en dos partes:

- **Gastos derivados del embarazo:** costes de subsistencia (ropa premamá, salario no percibido, transporte alojamiento...), gastos médicos (tratamientos farmacéuticos,

chequeos médicos, clases prenatales, gastos de laboratorio) y rehabilitación parto y postparto.

- **Compensación económica a la gestante:** la cuantía de la compensación se acordará por las partes implicadas y no incluirá los gastos reales derivados del proceso de gestación subrogada ni durante el embarazo ni durante el parto. Si la gestante se somete a un aborto voluntario bajo consentimiento médico y de las partes implicadas, o sufre un aborto espontáneo, dicha compensación no se pagará; no obstante, sí se podrá ofrecer una pequeña compensación.

Problemas con el contrato

Aunque ambas partes implicadas se someten a la gestación subrogada de forma libre y voluntaria, pueden ocurrir ciertos problemas que impidan la culminación del tratamiento:

- **Cancelación del tratamiento:** la gestante tiene derecho a retractarse del contrato únicamente antes de que se realice la transferencia embrionaria. En caso de que se produzca una rescisión anticipada del Acuerdo de GS, los futuros padres se harán cargo de los costes y gastos derivados de la gestante hasta la fecha.

- **Incumplimiento del acuerdo:** la gestante deberá devolver toda cantidad abonada por parte de los futuros padres en caso de incumplir alguno de los aspectos detallados en el acuerdo (aborto voluntario, actividades peligrosas, no seguir indicaciones médicas, negarse a la renuncia de la custodia...).