

ANTES Y DESPUES DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO EN EL VIENTRE DE ALQUILER¹

Before and after the argentine civil code in the birth of rent.

Antes e depois do código civil argentino no nascimento do aluguer

Miriam Magdalena Sanders Bruletti²

Fecha de recepción: 29.04.2018

Fecha de aceptación: 08.06.2018

RESUMEN

En el presente se analizan los distintos proyectos de ley del Congreso de la Nación Argentina sobre alquiler de vientre antes de la reforma del Código de Vélez, para visualizar y determinar si alguno de ellos hubiera sido viable en nuestro país en consonancia con las directivas constitucionales de nuestras normas jurídicas y con los principios bioéticos. Para observar luego al Nuevo Código Civil y Comercial, la labor jurisprudencial y tangencialmente el efecto de la sanción de la Ley 26.862/13 y su vinculación con la temática en estudio. Queda para un estudio posterior la problemática del no nacido.

Palabras clave: *bioética, alquiler, vientre, proyecto, derecho, principios bioéticos, Código Civil, maternidad subrogada*

¹ Debatido en el III Congreso Internacional de Bioética: “El mejoramiento humano”. Valencia 10-12 noviembre de 2014. Ampliado para esta edición debido a acontecimientos sobrevinientes.

² Abogado. Prof. en Ciencias Jurídicas. Especialista en Elaboración de Normas. Conducción por Concurso en la Junta de Interpretación y Reglamento de la Legislatura Porteña. Argentina

INTRODUCCION

El momento actual poseedor de una biotecnología en incesante desarrollo y cambio presenta desafíos al sujeto elaborador de normas, quien debe acompañar ese proceso en un marco de justa y austera legislación. Con criterios judiciales que en sus sentencias brinden contención a la sociedad en sus nuevos dilemas y sin abandonar la ética de los principios, las características peculiares de cada comunidad y la ciencia jurídica con su bagaje axiológico proveniente de nuestras fuentes. Desde allí se analizará el alquiler de vientres.

En los proyectos de ley existentes a marzo de 2014, en el Congreso de la Nación Argentina sobre maternidad subrogada, (en adelante MS), se estudiará el comportamiento de lo normado frente a los parámetros mencionados. Se observará si producirían alguna modificación en el marco de los principios, tanto constitucionales como bioéticos y su grado de aceptabilidad en nuestra comunidad.

El 01 de agosto de 2015, entra en vigencia el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26994/15), que realiza modificaciones en la materia. Si bien no es objetivo de este trabajo realizar un análisis exhaustivo del mismo, se tomará nota de las características más salientes, sin olvidar la promulgación el 25 de junio de 2013 de la Ley N° 26862 de Reproducción Médicamente Asistida. Incorporando en todo momento reflexiones de corte bioético.

LOS PROYECTOS DE LEY NACIONALES ANTES DE LA REFORMA³

1.- Proyecto N°4098-D-2011, de autoría del diputado Hugo Nelson Prieto, se encuentra fundamentado doctrinariamente y con jurisprudencia extranjera. Señala el objeto del procedimiento para aquellas personas que por causas naturales se encuentran

³ Se sugiere leer los anteproyectos para poder visualizar mejor el contenido y problemática, ya que por razones de espacio no es posible desarrollarlo in extenso aquí

imposibilitadas de procrear. Constituyendo dicha maternidad un compromiso entre una mujer, llamada "mujer gestante", a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente llamados él o los "subrogantes", a quienes se compromete entregar el niño. Aclarando con precisión que no se produce vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él o los subrogantes.

Crea la Agencia Pública de Maternidad Subrogada con caracteres semejantes al proyecto del Dip. Milman y establece al menos una delegación por provincia. Diseña campañas educativas tendientes al conocimiento de los objetivos de la ley y al modelo básico del IMS. Crea un registro de los mismos luego de aprobados.

El instrumento constitutivo de la MS se perfecciona con la homologación por parte de la autoridad competente y debe formalizarse en un acuerdo de voluntades, reunir ciertas formalidades y requisitos, como el respeto a la dignidad humana y el interés superior del menor, asegurar la integridad del embrión y posteriormente del feto, así como el bienestar integral de la gestante. Desde el momento de la fecundación se generará el vínculo filial a favor del o los subrogantes.

Por lo tanto, la presunción de maternidad del Art. 242 del Código Civil de Vélez, queda sustituida por la filiación que determina el instrumento homologado. Asimismo, y a los fines de la maternidad subrogada, prevalece siempre la voluntad del o los subrogantes (conf. art 23).

También hace referencia al consentimiento informado en el IMS, determina que el tipo de derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos y que por lo tanto no hay lugar a la representación legal para su firma.

Con respecto a la gestante, enumera los requisitos para poder ser tal, como por ejemplo inscribirse en el novedoso Registro de la Agencia Pública de Maternidad Subrogada. También las obligaciones que tendrá durante la gestación y luego del nacimiento. Cabe

destacar la conservación del anonimato del o los subrogantes y la conclusión de su relación subrogada respecto del menor y la parte subrogante con el nacimiento. Como el goce de la mujer gestante durante el período de gestación de los derechos y la protección que establecen las leyes respecto de quienes se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento.

El artículo 26 establece que la gestante no podrá nunca aportar sus óvulos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.

Con referencia al subrogante o subrogantes, norma los requisitos para serlo. Continuando con las obligaciones, entre ellas conservar el anonimato de la gestante.

El título cuarto lo dedica a la donación de óvulos y espermatozoides, comenzando por manifestar que la donación de gametos (óvulos y espermatozoides) constituye un contrato formal y secreto concertado entre el donante y el centro médico autorizado por la Agencia Pública de Maternidad Subrogada.

Pudiendo revelarse la identidad del donante sólo por excepción, con carácter restringido y sin publicitar.

Prevé la crio-conservación en bancos autorizados de los pre-embriones sobrantes de una fecundación in vitro, por no ser transferidos al útero, por el plazo que dispongan las regulaciones legales.

Prohíbe la implantación de óvulos fecundados en úteros de animales y en mujeres en estado de coma, la clonación, como cualquier otra práctica que contravenga la dignidad humana, la práctica de crio-conservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo.

Sanciona a las instituciones de salud que realicen conductas prohibidas con pena de multa.

En las Disposiciones Finales, reafirma la paternidad y maternidad de los subrogantes por medio de la inscripción del o los hijos nacidos por este procedimiento con el nombre y apellido de ellos.

Comenta que nuestro derecho no se ha correspondido con los avances científicos de tecnología reproductiva, pero que la creciente demanda judicial de cobertura de las Técnicas de Reproducción Asistida por parte de obras sociales y medicinas prepagas y la sanción de la ley 26.618⁴ han favorecido la inclusión; así como el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo.

La normativa del Código Civil de Vélez, en cambio, asociaba la paternidad con una función social y jurídica, y la maternidad al hecho biológico de la gestación y el parto. En el proyecto se prescinde como hecho determinante de los elementos genéticos y biológicos. Se vincula la protección del deseo con la voluntariedad, tratando con la MS de otorgar acceso a la maternidad tanto a una mujer sola con dificultades para concebir, como a una pareja de dos hombres o dos mujeres como a personas solas. Mediando esta posibilidad para procrear se eliminaría, para los defensores del proyecto, una situación de desigualdad. Además, en las reuniones legislativas se ha expresado: “¿por qué no podemos pensar que una mujer infértil sea la madre del hijo de su marido a través de la maternidad subrogada?”

Por último, señala que es imposible incitar un "turismo reproductivo" hacia la Argentina, porque se exige tanto para la mujer gestante, como para el o los subrogantes, cinco y tres años de residencia en el país respectivamente.

Para algunos, se corresponde con la tendencia que enfatiza en la "maternidad social", a través de la filiación que determina la adopción.

2.- Proyecto N° 300-D-2013 de autoría del Diputado Gerardo Fabián Milman. Propone abordar el problema de una pareja de hombre y mujer unida en matrimonio o en

⁴ Ley de matrimonio igualitario sancionada el 15 de julio de 2010 y promulgada el 21 de julio de 2010.

concubinato que, por los riesgos para la salud o imposibilidad de producir óvulos aptos para la procreación, no puede llevar adelante la gestación y el parto.

Crea el régimen de MS, definiéndola como el compromiso entre una mujer denominada "mujer gestante"- con una pareja comitente denominados "subrogantes", a través del cual la mujer gestante acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para ser fertilizada con el aporte del material genético de los subrogantes, llevar a cabo la gestación y entregar en adopción a los subrogantes el niño o niños que pudieran nacer.

Dicho compromiso se conforma legalmente en el Instrumento de Maternidad Subrogada, que manifiesta la voluntad de las partes y es indispensable para que sea válida y existente la MS. Emanando del mismo derechos personalísimos. Las partes deben firmarlo ante un funcionario de la Dirección de Maternidad Subrogada o escribano público. Dicha dirección se crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, la cual llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada (IMS) aprobados y de los nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica. Será confidencial y llevará copia certificada del acta de adopción expedida por el juez competente. Prestará servicios gratuitos para los subrogantes y a la madre gestante. Con delegaciones en todo el país.

En todos los casos el instrumento se perfecciona con la homologación por parte de la autoridad de aplicación, por lo que carece de efecto jurídico alguno hasta entonces.

Estando prohibido llevar adelante cualquier procedimiento de MS con material genético ajeno a la pareja subrogante, como también el fin lucrativo para los subrogantes y para la mujer gestante. La condición sobre la naturaleza del material genético está justificada, para el autor, por la necesidad de no dejar resquicio alguno para la discusión acerca de la filiación del menor.

En todo el proceso de la MS se velará prioritariamente por la salud y la vida de la gestante; por la integridad del embrión y del feto y por el interés superior del menor nacido como producto del procedimiento.

En el caso de que el proceso de lugar al nacimiento de uno o más niños vivos, la pareja subrogante que renuncie a su derecho de adopción deberá proveerles asistencia y alimentos hasta su mayoría de edad, en los mismos términos de los padres para con sus hijos.

En otro orden de ideas, establece que a los fines jurídicos de la filiación, el o los niños nacidos como consecuencia del procedimiento de MS se reputan hijos de la madre gestante hasta tanto el juez competente resuelva favorablemente la adopción a favor de los subrogantes.

Uno de los requisitos para ser gestante es el de cumplimentar exámenes médicos psicofísicos satisfactorios, manifestar bajo declaración jurada que no ha estado embarazada durante los dos años calendarios previos a la implantación del embrión y que su participación en el procedimiento se hace de manera libre y voluntaria. Como también, prestar su consentimiento informado para formalizar el IMS, que implica el pleno conocimiento de sus deberes, derechos, riesgos y efectos tanto médicos como jurídicos.

Se estipulan como obligaciones: seguir todas las instrucciones médicas impartidas en los controles prenatales; acceder a las visitas domiciliarias del personal de la Dirección de Maternidad Subrogada y de la institución de salud tratante, conforme lo establezca la reglamentación; procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión y del feto durante el período gestacional; conservar el anonimato de los subrogantes y concluir su relación subrogada respecto del menor y de la parte subrogante con la culminación del trámite de adopción a favor de los subrogantes.

El proyecto prohíbe que la mujer gestante aporte sus óvulos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.

Con referencia a los subrogantes, son requisitos para serlo: tratarse de un hombre y una mujer unidos en matrimonio o en concubinato desde al menos cinco (5) años continuos e inmediatos previos al momento de la suscripción del IMS, poseer constancia médica que certifique la inconveniencia o la incapacidad de la mujer para llevar adelante una

gestación, prestar su consentimiento informado para formalizar el instrumento mencionado.

Consistiendo sus obligaciones en: solventar los gastos íntegros del procedimiento, contratar un seguro de vida para la gestante, nombrar como beneficiario de él a quien la gestante designe y conservar el anonimato de la misma. También establece el secreto profesional y el respeto a la identidad de las personas que intervienen.

Con respecto al destino de los embriones que no hayan sido transferidos al útero se establece que se conservarán congelados en los bancos autorizados a esos fines y por el plazo que dispongan las regulaciones legales sobre la materia.

Para finalizar (art 31) con el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la mujer gestante o de los subrogantes, aplicándose la acción más expedita y rápida de la jurisdicción en que se hubiese celebrado el IMS.

Al elaborar la norma ha quedado una ambigüedad entre el articulado de la ley y los fundamentos, quizás producto de la redacción de la misma: en el artículo 3º se habla de la conformación de la pareja subrogante constituida por hombre y mujer, mientras que al fundamentar, parece que se abre una puerta para que la subrogancia pueda estar solicitada por una pareja conformada por personas de igual o de distinto sexo y con un material genético propio o ajeno.

3.- El Proyecto N° 5441-D-2013, de autoría del diputado Alberto Paredes Urquiza, comienza por definir a la MS como el acto jurídico que tiene por objeto la implantación del óvulo de la madre subrogante, fecundado por el semen del esposo de ésta, a través de la técnica de la fecundación in vitro, en la madre subrogada, a cambio de recibir de los primeros los gastos médicos necesarios y cierta cantidad de dinero pre-establecida, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé al matrimonio.

El matrimonio comitente tiene derecho a que se le entregue al menor, hijo biológico de ellos, al momento del parto; a tener conocimiento del desenvolvimiento del embarazo; a

concurrir a todos los estudios médicos que se realice la subrogada en relación al embarazo convenido y están obligados a efectuar todos los pagos acordados.

El contrato debe ser redactado con fecha y firma certificada, con expreso consentimiento de las partes. Para el caso que la subrogada esté casada, también deberá prestar consentimiento su cónyuge.

La novedad aparece al establecer que existiendo este contrato de maternidad, la misma quedará determinada por la inscripción que hiciera la subrogante presentando ante las autoridades del registro la prueba del nacimiento, la identidad del nacido y el contrato de maternidad subrogada. En este caso, se presumirá que el menor es hijo del marido de la subrogante.

El proyecto se limita a los aspectos contractuales.

El autor cree que se debe posibilitar a las mujeres solteras la MS, para evitar signos discriminatorios. También, que generalmente las mujeres que prestan su consentimiento para este tipo de tratamiento son aquellas que tienen necesidades económicas. Por ello sostiene que la ley no debería determinar el estado civil para esta parte del contrato.

Los gastos que se generan, son tratados de manera semejante al proyecto anterior.

La controversia que podría surgir sería que la subrogada no entregue al menor al momento del parto. Razón por la cual se debe contar con una legislación que ayude a los jueces a dirimir posibles disputas, siempre teniendo en miras al interés superior del niño. Por último, –sigue diciendo– uno de los factores que hasta hoy ha tenido en miras el derecho es la realidad biológica, y visto desde este ángulo podemos sostener que los genes que el menor llevará serán los de la madre comitente; como también si lo vemos desde la intención de traer a una persona al mundo para cuidarla, protegerla, y educarla.

4.- Proyecto N° 5201-D-2011, de autoría del Diputado Milman. Se ha considerado en oportunidad de analizar el proyecto número 300-D-2013, que fue representación de este, por haber operado sobre él la caducidad legislativa.

De lo narrado hasta aquí se observa ocupación legal por la conformación de un contrato entre un comitente y una gestante con un objeto, que en este caso cambia su naturaleza “cosa”, pues se trata de una persona. El derecho natural se corre para dar paso al derecho comercial y satisfacer de este modo el deseo de una de las partes. Con un artículo 17⁵ en el Nuevo Código Civil y Comercial que intenta salvar la cuestión.

LUEGO DE LA SANCIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (CCyC)

El 7 de octubre del año 2014 se promulga el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, con vigencia al 01 de agosto de 2015. Entre sus 2.671 artículos en las áreas vinculadas a nuestra problemática, dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción (art.19), que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por TRHA y por adopción (art.558). Dedicó el Capítulo 2 del Título 5 (art.560 y ss.) a las reglas relativas a la filiación por TRHA, declarando como se determina la filiación en esos supuestos (art 569) y normando en el artículo 562 la voluntad procreacional como sigue: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. Como puede observarse, el nuevo orden civil⁶ no hace referencia expresa al tratamiento del instituto del alquiler de vientre.

Si bien el nuevo CCyC contempla las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), lo hace dentro del seno de la pareja -es decir, con la mujer que la conforma como persona que gesta al niño por nacer- y no avanza involucrando a un tercero. En el caso en cuestión, aparece una tercera persona (ajena) que es quien gesta al bebé.

⁵ Art. 17 CCyC: Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

⁶ <http://www.codigocivilonline.com.ar/contratos-en-general-arts-957-a-1091/>

De éste procedimiento se ha dicho: "En la subrogación de útero se trata de una manifestación de voluntades donde una mujer lleva adelante un embarazo para otra persona o pareja. Se aplica como terapia para toda persona que desee tener un hijo y que no tenga posibilidad de llevar adelante el embarazo, por ejemplo, un hombre, dos hombres, o en mujeres por ausencia del útero, por estar afectado o por riesgo de vida para llevar adelante un embarazo"⁷

En este pretendido nuevo tipo de contrato, se debe contemplar la normativa nacional pertinente a partir del artículo 957 y en consonancia con los artículos 17 y 56 del Corpus Iuris Civile, a los cuales remite el artículo 1004⁸, que trata de poner a salvaguarda la dignidad humana; lo cual aclara la intencionalidad legislativa argentina. Incluso de admitirse como posibilidad, la de contratar en los supuestos de MS, se debería reestructurar el capítulo relativo a los elementos y formas contractuales. Tanto si se está por la afirmativa como por la negativa del procedimiento el orden jurídico-bioético hace agua.

La justificación que lo no prohibido está permitido⁹, que sólo analíticamente cierra el sistema normativo a nivel teórico no satisface como explicación para fundamentar la aprobación de la conducta positiva de práctica de la técnica. Es una lectura simplista que no tiene en cuenta a la totalidad del ordenamiento. Hay muchos ejemplos de conductas punibles que no se hayan contempladas por diversas razones, entre ellas la finitud y limitación del género humano. No puede desconocerse la existencia de lagunas en el

⁷ Florencia Inciarte, coordinadora del programa de útero subrogado de [Halitus Instituto Médico](http://www.halitus.com/home/nota.php). Creando lazos Mayo de 2017. Halitus En: <http://www.halitus.com/home/nota.php>

⁸ ARTICULO 1004.- Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.

⁹ Proveniente de la creencia kelseniana según la cual todo sistema jurídico es completo para justificar la plenitud del mismo.

derecho, como tampoco su falta de plenitud y de coherencia¹⁰. Más aún, en una temática que fue objeto de debate abierto y plural, considerándose incluso en relación con estudios de la doctrina extranjera¹¹.

Cabe preguntarse: quién legisla, si el Poder Legislativo o el Poder Judicial. Si bien es cierto que las leyes deben ser porosas para que los litigantes gocen de la mayor ecuanimidad y justicia por medio del buen criterio judicial en cada caso concreto; hay un delgado límite que hace a cuestiones de fondo que otorgan el temperamento a nuestro Estado de Derecho como Nación y leyes, que no pueden excederse. Las versiones taquigráficas del debate del nuevo CCyC, constituyen la orientación de la voluntad legisferante, de donde luce la decisión de no permisión. Con estas salvedades, la Justicia debe expedirse a solicitud de parte ante la situación de marras, como en cualquier otro caso no legislado, en cumplimiento de la norma que subraya que todos los casos deben ser resueltos.

LABOR JURISPRUDENCIAL ARGENTINA -UNA ILUSTRACIÓN-

1. En el ámbito jurisprudencial, puede citarse lo dispuesto por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 a cargo de la doctora María del Carmen Bacigalupo¹², que en junio de 2013 decidió sobre el primer caso de gestación por sustitución realizado en la ciudad de Buenos Aires. Autorizando la inscripción de una nena gestada en un vientre prestado como hija de los comitentes, un matrimonio heterosexual sin hijos donde la mujer no podía concebir¹³. La presentación para que los autorizaran

¹⁰ La [coherencia](#) supone que en el ordenamiento jurídico no existen normas incompatibles entre sí. Los ordenamientos jurídicos realmente existentes no son totalmente coherentes. De ahí que nos encontremos con el problema de las [antinomias](#).

¹¹ Entre ellos cabe citar a la catedrática estadounidense Jennifer Anne Doudna, reconocida por la comunidad científica en más de una ocasión con variadas distinciones.

¹² Mes de la fertilidad. El debate siempre vigente sobre la subrogación uterina 13-06-2017 En: <http://www.telam.com.ar/notas/201706/192181-fertilidad-subrogacion-uterina-opinion.html> Florencia Inciarte

¹³ Primera vez en el país. La justicia inscribió a una nena gestada en un vientre prestado. 26-6-2013. En: https://www.clarin.com/sociedad/justicia-inscribio-gestada-vientre-prestado_0_Bko-vALoDme.html

a inscribir a la nena se basó en el artículo 19 de la Constitución, en la Convención de los Derechos del Niño, en el Pacto de San José de Costa Rica y en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial.¹⁴

2. En Zárate, provincia de Buenos Aires, en el año 2015¹⁵, una pareja decidió tener su segundo hijo por subrogación uterina luego que ella sufriera una histerectomía - extracción del útero- en el primer parto. Sin embargo, su sistema reproductivo seguía funcionando, por lo que pudieron obtener sus ovocitos y generar un embrión con material genético del marido. Una amiga de ambos lleva adelante el embarazo atendiendo al deseo de ellos de "agrandar la familia"¹⁶. Se procedió a inscribir a la niña como hija propia de los comitentes, proceso judicial mediante que consideró que el niño es hijo de la pareja bonaerense.

En este caso, a la voluntad procreacional de los padres se suma el aporte del material genético para la concepción.

Sintetizó el juez Carlos Neirotti, del Primer Juzgado de Familia de Mendoza, quien elaboró la resolución: "El evento fundante de esta sentencia es justamente la voluntad procreacional, que significa el deseo de ser padres que tuvo la pareja de Buenos Aires. Esta voluntad quedó manifestada en un contrato que firmaron tanto ellos como la mujer mendocina, quien manifestó haber gestado y tenido al hijo para la pareja. En este caso da la casualidad que el material genético donado era de los dos padres, pero puede ocurrir también que sea ajeno", La Asesora de Menores había solicitado la nulidad del convenio suscripto por las dos partes, pero el magistrado no hizo lugar.

¹⁴ <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires--inscripcion-nacimiento-fa13020016-2013-06-18/123456789-610-0203>
n. n. o d. g. m. b. m. s/ inscripción de nacimiento. sentencia 18 de junio de 2013 Juzgado Nacional en lo Civil. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires Magistrados: María Bacigalupo de Girard
id saij: fa13020016

¹⁵ Gestación por sustitución, filiación por técnicas de reproducción humana asistida SUMARIO DE FALLO 29 de Julio de 2015 Id SAIJ: SUU0014344. En: <http://www.saij.gob.ar/gestacion-sustitucion-filiacion-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-suu0014344/123456789-0abc-defg4434-100usoiramus?q=%28moreLikeThis%28id-infojus>

¹⁶ <http://www.telam.com.ar/notas/201507/113309-inscripcion-padres-biologicos-procreacional-maternidad-subrogancia>.

Quien sostiene que “quienes manifestaron voluntad procreacional son los padres y que no va en contra de la moral y los derechos del niño. Incluso, recomendó que, aunque no estuviera demostrado en este caso, debería estar remunerado el servicio de gestación. Porque más que un alquiler de vientre, es pagar la prestación. ¿por qué la mujer gestante no recibiría nada? Aunque esté previsto que no se lucre, no lo encuentro reñido con la moral”, se explayó Neirotti al periódico Los Andes al referirse a su fallo, el primero en Mendoza, uno de los pocos en el país y que sentará precedente.

Para algunos la sentencia constituye un avance en lo que se refiere a derechos y a la libertad reproductiva. “El objetivo de las partes era tener a su bebé, cumplir con la ley y que la Justicia determine que es su hijo”, indicó Juan Pablo Rojas Pascual¹⁷, abogado de las dos partes y presidente de Argentina Maternity, un grupo que asesora a padres con problemas de fertilidad.

Para otros, la voluntad procreacional asociada al deseo y la desnaturalización de lo que en rigor se entiende por convenio y sus elementos constitutivos, no autorizaría la práctica. La sentencia desampara derechos de los por nacer y de la persona que porta en su vientre un ser durante nueve meses.

3. En San Carlos de Bariloche, en julio de 2017¹⁸, la justicia argentina falló a favor de una pareja homosexual que podrá tener hijos mediante la transferencia embrionaria en un vientre sustituto, cuyo tratamiento de fertilidad, curso del embarazo y nacimiento se realizará íntegramente en Río Negro, la primera provincia del país en la que la Justicia autoriza la utilización de este método¹⁹. “La

¹⁷ Maternidad Subrogada. Sentencia Gestación por sustitución. En:

<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/42-sentencia-gestacion-por-sustitucion-dr-carlos-emilio-neirotti>.

¹⁸ Gestación por sustitución, filiación SUMARIO DE FALLO 6 de Julio de 2017 Id SAIJ: SUF0084358. En: <http://www.saij.gob.ar/gestacion-sustitucion-filiacion-suf0084358/123456789-0abc-defg8534-800fsoiramus?q=moreLikeThis%28id-infojus>

¹⁹ En un fallo inédito, la jueza de Familia de Viedma, María Laura Dumpé, autorizó que una mujer, amiga de la pareja, sea la portante de los embriones logrados a través de técnicas de reproducción asistida -in vitro- y a partir de óvulos de una donante anónima y del espermatozoides aportado por uno de los integrantes de la pareja. <http://www.lanacion.com.ar/2041258-un-fallo-judicial-autoriza-el-primer-caso-de-alquiler-de-vientre-en-la-argentina>

jueza interviniente –Dumpé- decidió en este caso que "corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido"²⁰.

La pareja consultó previamente en el Centro de Medicina Reproductiva de Bariloche Fertility Patagonia, creado en 1987 (referente de la región sobre medicina reproductiva)

La jueza fundamentó su decisión al considerar que "se encuentran en juego: el derecho a la identidad, a la protección de la familia, a la libertad reproductiva, a la voluntad procreacional y a la intimidad".

Destacó la "voluntad procreacional de la pareja, entendida ésta como el deseo de convertirse en padres de un niño dándole desde su nacimiento todo el amor y la contención necesaria"²¹.

También se decidió sobre el actual formato de los certificados de nacimiento, para que omitan incluir la huella dactilar de la mujer gestante (por considerar que sólo es portante) y en su lugar incorporen la de uno de los integrantes de la pareja, quien es el aportante del material genético (esperma).

4.- El caso resuelto por el Juzgado Nacional en lo Civil N°8, a cargo de la Dra Cataldi, donde ésta destacó que lo importante es la voluntad procreacional de la mujer, que recurrió con su esposo a una donante anónima y a otra gestante. De tal forma, el tribunal reconoció como madre a una mujer que no aportó óvulos ni tuvo al bebé en su vientre, pero sí manifestó junto con su marido la voluntad de procrear -y lo consiguió- mediante técnicas de reproducción asistida.

²⁰ Adela Prat."Un fallo judicial autoriza un caso de alquiler de vientre, 10 de julio de 2017. En: <https://www.adelaprat.com/2017/07/un-fallo-judicial-autoriza-un-caso-de-alquiler-de-vientre/>

²¹ Dumpé ordenó además que el/los niños dados a luz mediante este procedimiento deben ser inscriptos como hijos de la pareja homosexual y el certificado de nacimiento correspondiente debe ser expedido por el Registro Civil y de Capacidad de las Personas de Río Negro.

El fallo explica que el niño fue “gestado con material genético del marido del matrimonio que desea tener un hijo y ovocitos de donante anónima, en el vientre de una amiga de los cónyuges”.

“La situación no estaba contemplada en la legislación vigente al momento del embarazo y el parto, por lo que un dictamen fiscal sostuvo que debía reconocerse como madre a la mujer gestante. Pero la jueza declaró “el emplazamiento del niño como hijo del matrimonio que prestó su voluntad procreacional” y reivindicó el “derecho a la identidad”, pues determinó que los padres tienen la “obligación de hacerle saber la manera en que fue concebido y gestado”²².

Además, ordenó al centro médico de fertilización asistida “que proceda al debido resguardo de los datos de la donante de óvulos que intervino en la presente técnica de reproducción humana”.

“Es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura”, sostuvo la jueza.

La pareja ahora reconocida como padres de la criatura, que nació el 14 de julio de 2014, vive en Córdoba, en tanto que la mujer que lo llevó en su vientre es de la Capital Federal. Los óvulos de la madre no pudieron ser utilizados pues “ya no tenían buena calidad debido a su edad, por lo que debieron recurrir a la ovodonación”.

5.- En el caso Tobías²³ del año 2012: el bebé se gestó y nació en la India para padres homosexuales argentinos, casados luego de la sanción de la Ley de Matrimonio

²² Fabiana Quaini Óvulos donados y útero subrogado. En: http://fabianaquaini.blogspot.com.ar/2016/11/ovulos-donados-y-utero-subrogado.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed:+FabianaQuaini-+Fallo+reconoce+como+madre+a+mujer+que+no+gestó+el+bebé+ni+puso+los+óvulos,+4+de+septiembre+2017DerechoInternacionalhttps://www.elonce.com/secciones/sociedad/483663-fallo-reconoce-como-madre-a-mujer-que-no-gestn-al-bebn-ni-puso-los-nvulos.htm. Estudio Fabiana Quaini, Derecho Internacional de Familia. Óvulos donados y útero subrogado.

²³ La inscripción del bebé en la Argentina tuvo lugar tras la actuación de las juezas porteñas Fabiana Schafrick y Elena Liberatori, la Subsecretaría de Justicia, la Dirección de Registro Civil del gobierno porteño y la Cancillería argentina, a través de la Dirección de Asuntos Consulares. En:

Igualitario en el país. El 31 de julio, el Registro Civil N° 1 de la ciudad de Buenos Aires, otorga la partida de nacimiento en la que figura inscripto como hijo de dos hombres (Carlos Dermgerd y Alejandro Grimblat), un hecho inédito.

También, figuras del mundo artístico están haciendo uso de la técnica en el exterior, como el caso de Mirko, el bebé que nació por MS²⁴...

EL DERECHO COMPARADO...

Sin desconocer que existen muchas más controversias judiciales paradigmáticas con resultados ambivalentes en Argentina, voy a citar algunos ejemplos jurídicos extranjeros.

- En primer término, la presentación de la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado Español, el 06 de septiembre de 2016 con motivo del inicio del Año Judicial. En ella, la Fiscal General del Estado, Consuelo Madrigal, se opone a la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos en otros países por maternidad subrogada, sistema vulgarmente conocido como vientre de alquiler, porque entiende que el contrato en virtud del cual la gestante renunció al recién nacido en favor de quienes aspiran a ser sus padres, es nulo en el ordenamiento jurídico español.²⁵ Como también, contrario al orden público internacional español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Reproducción Asistida.

www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/.../reporte_internacional20120801_0.pdf Suprema Corte de Justicia de la Nación y en: <http://ignaciogonzalezmagana.blogspot.com.ar/2012/07/> Derecho de Familia, Persona y Sucesiones. Ignacio Gonzalez

²⁴ Nació Mirko! El hijo de Marley. 27-10-2017 Infobae En: <https://www.infobae.com/gente/lo-ultimo/2017/10/27/nacio-mirko-el-hijo-de-marley/>

²⁵ La fiscalía se opone a la inscripción de los niños nacidos por maternidad subrogada En: <http://www.deia.com/2016/09/06/sociedad/estado/la-fiscalia-se-opone-a-la-inscripcion-de-los-ninos-nacidos-en-por-maternidad-subrogada?random=653811>

- En segundo lugar, la sentencia de reconocimiento de ilegalidad de los vientres de alquiler, caso de Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH- en enero del año 2017. El fallo tuvo lugar conforme a lo establecido en el art. 8 de la Convención Europea de DDHH, regulatorio de los derechos de los poderes públicos y su injerencia en la vida privada y familiar. Se trató de un matrimonio italiano que introdujo en Italia un niño nacido en Rusia a través de un vientre de alquiler de una madre rusa. Los comitentes lo inscribieron en el Registro Civil de Moscú y a los nueve meses lo llevaron a Italia, donde se les quita la custodia. Por entender el tribunal que debe proteger a los menores y que "estar de acuerdo en dejar que el niño se quede con el demandante, equivale a la legalización de la situación creada por ellos en violación de reglas importantes de la ley". El Tribunal subraya la legitimidad de las autoridades de los Estados y su "competencia exclusiva" para reconocer una relación paterno filial jurídica²⁶.
- La condena de la MS en una Declaración escrita (2012) realizada por el Consejo de Europa. Luego, en el año 2016, el Consejo precitado, rechaza la legalización de la maternidad subrogada altruista²⁷. No Maternity Traffic, que ha trabajado mucho en la temática, ha dicho en la carta de congratulación a sus afiliados "Gracias por su apoyo firmando nuestra petición. El Proyecto está por fin enterrado....estamos determinados a continuar esta acción por la prohibición más efectiva de toda forma de subrogación porque esta práctica es inaceptable tanto si es comercial como 'altruista' y para solicitar al Consejo de Europa la abolición universal de la maternidad subrogada²⁸.

²⁶ Europa avala retirar la custodia de niños nacidos de un vientre de alquiler En: <http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8107298/01/17/Europa-avala-retirar-la-custodia-de-hijos-nacidos-por-ventre-de-alquiler-.html>

²⁷ Maternidad subrogada altruista. En: <http://www.observatoriobioetica.org/2016/04/maternidad-subrogada-altruista-prohibida-en-ue/13130>

²⁸ <http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/05/V-aquiler-web.pdf>

- Por último, hay que decir que en el estado de California²⁹ hay cantidad de casos y la legislación acompaña. Pero los costos son elevados. Por ello, Ucrania e India son un buen destino para los que van en busca de la MS. En estos últimos, al igual que en México, no hay contacto entre padres y gestante. Al mismo tiempo que se asocia vulnerabilidad y pobreza.

ENTIDADES Y COMPLEJIDADES – NOTICIAS-

La presidente y fundadora del Center For Bioethics and Culture Network (CBC)³⁰, Jeniffer Lahl³¹, se ha sumado a la cuestión, explicando la realidad de los hechos y alertando sobre la explotación que sufren madre e hijo en este negocio.

La conclusión a la que llega es clara y sencilla: “El error común en nuestra sociedad es pensar que tenemos el derecho de tener hijos”. Constituyendo un negocio muy extendido en el mundo, sobre todo en Estados Unidos, Latinoamérica, India y Tailandia, donde por 20.000 dólares se puede contratar a una mujer que gesticione al bebé.

La fundación Jérôme Lejeune³² en España, también ha debatido acerca de las graves violaciones que padecen madre-hijo en esta transacción.

“No hay derecho de usar la tecnología y el cuerpo de otros para traer bebés a este mundo. Se produce una explotación de la madre gestante, que está sometida completamente a la

²⁹ Por qué California es la meca de la gestación subrogada – 23-02-2017 El País. En:

https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html

³⁰ <https://www.actuall.com/vida/experta-en-vientres-de-alquiler-la-maternidad-subrogada-altruista-no-existe-es-un-negocio/>

³¹ Madres de alquiler ¿una sub clase de mujeres? <http://es.catholic.net/op/articulos/48464/madres-de-alquiler-una-subclase-de-mujeres-el-documental-sobre-el-terro-de-alquiler.html> y Una científica norteamericana compara el vientre de alquiler con el tráfico de órganos En <http://www.religionconfidencial.com/catolicos/cientifica-norteamericana-vientres-alquiler-esclavitud>

³² La Fundación Jérôme Lejeune exige a los políticos rigor en el debate sobre los vientres de alquiler 14 de Febrero 2017 <http://www.religionenlibertad.com/fundacion-jerme-lejeune-exige-los-politicos-rigor--54810.htm>

voluntad de quién paga, el bebé termina siendo un producto de consumo y hay que destacar los graves riesgos de salud que existen”.

Según los datos, no siempre se recurre a un vientre de alquiler por infertilidad de los padres demandantes, sino que hay muchos factores sociales que afectan, incluso ya se dan casos en los que se tienen entre familiares. “Ya se puede ver que una mujer tiene el hijo de su hermana, o una madre que tiene a su propio nieto, los límites se están sobrepasando”.

Además de las muertes por complicaciones en la técnica, “los riesgos están ahí, hay que tener en cuenta que puede haber hasta cinco personas involucradas en la gestación de un niño, entre donantes, individuos que compran y madre gestante. El riesgo es muy alto y más si una mujer se insemina muchas veces de familias diferentes”, han asegurado especialistas de la Fundación.

La licenciada Mónica López Barahona³³, entre otras cosas, explicó que un parto de vientre de alquiler siempre se hará por cesárea, para evitar el vínculo tan fuerte que hay entre madre e hijo cuando nace por parto natural... Aunque biológicamente la madre gestante solo haya puesto el útero, el vínculo es real, hay células del bebé que se quedan en la madre y viceversa. La separación drástica entre la madre y el hijo tiene consecuencias que dan origen al trauma post embarazo en ambos...³⁴.

La asociación Profesionales por la Ética, a través de Mujer, Madre y Profesional realiza en el año 2015 el Primer Informe Interdisciplinar³⁵ en España que analiza esta práctica, también conocida como gestación por sustitución (GPA)

³³ Dra. en Ciencias Químicas con especialidad en Bioquímica y Biología Molecular por la Universidad Complutense de Madrid.

³⁴ “Por mucho que la madre sepa que lo va a dar, el vínculo es muy fuerte y en cuanto al niño, es peor porque solo hay una cosa que sabe el bebé y esa es su madre. Durante el embarazo escucha su voz, siente su cuerpo y se alimenta de ella, cuando les separan puede haber muchos traumas futuros”, sentencia.

³⁵ Vientres de alquiler, maternidad subrogada. Primer Informe que demuestra porque es una forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas. En: www.profesionalesetica.org | Fuente: www.revistaecclesia.com y en: <http://es.catholic.net/op/articulos/57702/cat/136/vientres-de-alquiler-maternidad-subrogada.html>

El mismo define la maternidad de alquiler como una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas en la que puede llegar a haber hasta seis adultos que reclamen la paternidad de cada bebé nacido con este método.

En el apartado relativo al daño psicológico, médico y social de la subrogación, el informe demuestra que la maternidad de alquiler convierte a los niños en productos comerciales con control de calidad y a las madres de alquiler en productos de usar y tirar.

También, incluye un exhaustivo análisis de la situación de la maternidad de alquiler en Europa, donde hasta la fecha de realización del informe estaba prohibida total o parcialmente en la mayor parte de los países. Prohibida expresamente en Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía.

Recuerda la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de junio de 2014 a favor del reconocimiento de la filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. La que ha sido utilizada en varios países europeos, entre ellos España, para introducir la maternidad subrogada³⁶”

Por último, hay que decir que hay países adeptos como detractores. “Pero no se puede realizar una lista cerrada sin más, puesto que los países pueden ir variando en función de las modificaciones de sus legislaciones y en cada uno de ellos ser adaptada la regulación del proceso a las características propias de su sociedad; algunos limitan el acceso sólo a determinados tipos de familias, por ejemplo a matrimonio o parejas heterosexuales, como Ucrania o Grecia, o lo admiten sólo cuando haya una incapacidad para el embarazo;

³⁶ Informe de profesionales de la ética sobre vientres de alquiler. En: <http://es.catholic.net/op/articulos/57702/cat/136/vientres-de-alquiler-maternidad-subrogada.html>

algunos prohíben el proceso para extranjeros, en otros se prohíbe la gestación con fines comerciales, etc...”³⁷

Como colofón, no nos podemos desentender de los dilemas asociados, pero extenderían el marco de este trabajo. Los interrogantes y respuestas deben darse desde la óptica de la ética jurídica con un derecho que vea y defienda a un hombre desde su integridad más íntima y respetando su dignidad humana

CONCLUSION

En Argentina, ni la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida N° 26.862 ni el nuevo Código Civil y Comercial mencionan la Gestación por Sustitución como un tratamiento de reproducción humana asistida. En el país, el alquiler de vientre no está legislado. Como se ha analizado, existieron proyectos para incorporar la maternidad subrogada al nuevo orden Civil y Comercial, pero no se logró por dilemas éticos y jurídicos.

Al no existir una ley que reconozca expresamente la gestación por sustitución, los fallos que existen se apoyan en otros fallos, jurisprudencia y leyes extranjeras de los pocos países que regulan el instituto de la maternidad subrogada. Como también en interpretaciones doctrinarias que muchas veces desvirtúan los conceptos normativos y la lectura en conjunto del orden jurídico nacional.

En la MS la voluntad procreacional, el consentimiento informado de todos los que participan en la gestación y el respeto a la forma contractual prevalece por sobre el

³⁷ Gestación subrogada ¿en qué países es legal y cuanto me cuesta? Forumlex XXI . Por Rosa Rodriguez y María José Torres y En: <http://forumlex.es/gestacion-subrogada-en-que-paises-es-legal-y-cuanto-me-cuesta/>

interés superior del niño y el esquema de que madre es la que da a luz. El destino de los embriones sobrantes es incierto (...bancos de embriones...)

A pesar del intento de seriedad y rigurosidad en los análisis, la problemática sigue despertando el debate ético, en sus resbaladizas bases del deseo adulto.

No pueden aceptarse planteos internacionales que intenten propiciar un marco común regulatorio que prohíba o acepte la celebración de contratos de gestación subrogada en los países.

En el mientras tanto, sería aconsejable que los legisladores y jueces se inscriban en la tendencia a la escucha de los profesionales serios, internacionalmente reconocidos y que observen sus recomendaciones de cautela.

La conclusión de la autora se transforma en un espacio abierto a la reflexión de esa comunidad científica respetuosa de los valores humanos. Con la posibilidad de un fidedigno dialogo plural y abierto.

...el problema como dice Doudna³⁸, es lograr materializar la labor científica pero con ética.

³⁸Bióloga de la Universidad de California en Berkeley (EE. UU.). Acreedora del Premio L'Oréal-Unesco Por las Mujeres en la Ciencia.

REFERENCIAS

Texto de los proyectos de ley N°4098-D-2011, N° 5201-D-2011, N° 300-D-2013 y N° 5491-D-2013 Anteproyecto de Código Civil y Comercial para la Nación Argentina Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Honorable Senado de la Nación Argentina www.senado.gov.ar/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación www.diputados.gov.ar/ Biblioteca del Congreso de la Nación www.bcnbib.gov.ar

FAMÁ, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, La Ley 2011-C, 1204

GROSMAN, Cecilia P., (dir), Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires

HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción 7 humana asistida (Bleu). Primera parte”, 12-abr-2012, en Microjuris.com. Cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, La Ley 20/09/2010, p.1 y ss.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (Parte I), en Revista de Derecho y Genoma Humano 6/1997, pp. 143-165.

LAFFERRIERE, Jorge N., "Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012", 06/07/2012. Cita: elDial.com - DC18C8.

LAMM, Eleonora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal", en Revista de Derecho de Familia, 50, 2011.

QUIÑONEZ ESCAMEZ, Ana, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero"

SAMBRIZZI, Eduardo A., "Apuntes varios sobre el derecho de familia en el Anteproyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio", 24-abr-2012, en Microjuris.com. Cita: MJ-DOC-5764-AR | MJD5764 .

SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación de el embrión humano, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

SCOTTI, Luciana B., "La 'maternidad subrogada' en la legislación y jurisprudencia argentinas", en Revista digital En Letra, Año 1, N° 1, (<http://enletra.com/>), Buenos Aires, febrero de 2014, pp. 47 - 78.

SOSA, Gualberto L., "El régimen internacional de la filiación y las nuevas técnicas genéticas (Balance de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil), en JA N° 5634, 23/08/1989, pp. 1 – 20.