

Especialización en Medicina Legal

Trabajo Final de Especialización

Autora: María Victoria Mansur

DESAMPARO LEGAL DE LA GESTA POR SUSTITUCIÓN EN LA ARGENTINA

2018

Citar como: Mansur, M. V. (2018). Desamparo legal de la gesta por sustitución en la Argentina. [Trabajo Final de Especialización, Universidad ISALUD].RID ISALUD.

Resumen

Dentro de los avances de la medicina moderna tenemos a las técnicas de reproducción humana asistida. Estas comenzaron a implementarse para dar respuesta a aquellas parejas que por alguna causa no podrían ser padres naturalmente. Luego se fue avanzando con técnicas mas complejas, socialmente se evolucionó y este avance abarco desde el acceso de una pareja heterosexual a tener hijos a través de estas técnicas a también contemplar parejas homosexuales, mujeres u hombres solos. En casos de que la mujer no pueda gestar o en caso de los hombres, para que ellos puedan ser padres hay que recurrir a la gesta por sustitución.

Lo que es cierto, es que los primeros antecedentes se encuentran en el Antiguo testamento, esto nos hace pensar acerca de que si en la Biblia se contemplaba el alquiler de vientre, ¿Porqué en la modernidad nos cuesta tanto aceptarlo? ^{i ii}

De esta manera, la tecnología, la medicina y la justicia se entrelazaron para otorgar la posibilidad de ser padres a miles de personas en el mundo. Pero si de mundo se habla, la heterogeneidad cultural, religiosa y étnica, hace que también halla una variedad de legislación en el mundo, yendo desde países en donde esta permitido por ley, a otros que esta permitido con algunas excepciones, otros que no esta legislado, y por ultimo países en donde esta prohibido. Esto hace que se globalice esta información y que países en donde no esta legislado utilicen jurisprudencias de otros países, o en aquellos donde esta prohibido, las personas tengan que ir a otros países a realizar estas técnicas y poder acceder al derecho básico de formar una familia.

La gesta por sustitución se hace visible a mediados de 1980, de mano del primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la gestación por sustitución, el caso Baby M.ⁱⁱⁱ No obstante este dato, el primer caso de gestación por sustitución reportado en el mundo ocurrió en 1984 cuando los óvulos de una mujer sin útero, fueron transferidos al útero de una amiga que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética.^{iv}

Es necesario tener un conocimiento global de lo que sucede en el mundo y en nuestro país, de esta manera se podrá abordar una temática controversial sin una legislación hasta el día de la fecha.

Palabras-Clave: Gesta por sustitución, Subrogación de útero, voluntad procreacional, técnica de reproducción humana médicamente asistida, vacío legal.

Abstract

Within the advances of modern medicine we have the techniques of assisted human reproduction. These began to be implemented to respond to those couples who for some reason could not be parents naturally. Then it was progressed with more complex techniques, socially evolved and this progress ranged from the access of a heterosexual couple to having children through these techniques to also contemplate homosexual couples, women or men alone. In cases where the woman can not gestate or in the case of men, so that they can be parents must resort to the feat by substitution.

What is certain is that the first antecedents are found in the Old Testament, this makes us think about whether the rent of the womb was contemplated in the Bible, because in modernity it is so difficult for us to accept it?

In this way, technology, medicine and justice were intertwined to give the possibility of being parents to thousands of people in the world. But if the world is spoken, cultural, religious and ethnic heterogeneity, it also finds a variety of legislation in the world, going from countries where it is allowed by law, to others that are allowed with some exceptions, others that are not legislated, and finally countries where it is prohibited. This means that this information is

globalized and that countries where legislation is not used use case law from other countries, or where it is prohibited, people have to go to other countries to perform these techniques and be able to access the basic right to form a family.

The feat by substitution became visible in the mid-1980s, from the first case worldwide that addressed the problem of pregnancy by substitution, the case of Baby M.ⁱⁱⁱ. Notwithstanding this fact, the first case of gestational surrogate reported in The world occurred in 1984 when the ovules of a woman without a uterus were transferred to the uterus of a friend who gave birth to the child with whom she had no genetic relationship.

It is necessary to have a global knowledge of what is happening in the world and in our country, in this way a controversial issue can be addressed without legislation up to this date.

Keywords: gestational surrogate, Gestational Carrier, procreational will, Assisted Reproductive Technologies, legal devoid.

1. Introducción.....	5
1.1. Marco Metodológico	5
2. Planteamiento del Problema	6
2.1. Objetivo General.....	6
2.2. Objetivos Específicos.....	6
3. Desarrollo	7
3.1. Marco conceptual y referencia.....	7
3.2. Análisis del problema	7
3.2.1. Analizar la maternidad subrogada en el mundo	7
3.2.1.1. Estados Unidos	8
3.2.1.2. Perú	9
3.2.1.3. Portugal.....	9
3.2.1.4. España.....	9
3.2.1.5. Grecia	10
3.2.1.6. Alemania.....	11
3.2.1.7. Suiza	11
3.2.1.8. Reino Unido	11
3.2.1.9. Ucrania	12
3.2.1.10. Federación Rusa	12
3.2.1.11. India.....	13
Hacia una convención internacional	14
3.2.2. Marco legal de la Maternidad subrogada en Argentina.....	14
3.2.2.1. Primer caso en la Argentina	15
Descripción del caso	15
El fallo	16
3.2.2.2. Segundo caso.....	16
Detalles del caso.....	16
3.2.2.3. Tercer Caso.....	18
3.2.3. Guía de procedimiento para el acceso a la gesta por sustitución en Argentina ..	18
3.2.3.1. Aspectos Médicos	18
3.2.3.2. Aspectos Legales	22
4. Conclusiones	23
Referencia bibliográfica	24

1. Introducción

La gestación por sustitución (GS) es una de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida (TRHA) reconocido por la OMS, por medio de la cual una gestante, sin el aporte de su óvulo, lleva adelante un embarazo a partir de la transferencia de un embrión conformado con material genético de los futuros progenitores -comitentes- y/o de terceras personas, donantes de gametos. El niño/a nacido de un procedimiento de GS tiene vínculos jurídicos de filiación con el/los comitente/s. Dentro de las variantes de la GS hay distintas combinaciones que pueden distinguirse 4 variantes:

1. Los comitentes aportan tanto el semen como el óvulo, produciéndose la oportuna fecundación in vitro e implantándose el embrión resultante en el útero de la gestante.^v Entonces, la pareja comitente —heterosexual— aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la gestante recibe el embrión.
2. Sólo un comitente (o el comitente) aporta su material genético. En este supuesto, si el material genético aportado es el óvulo (supuesto de una mujer que no puede gestar), entonces la GS será gestacional y el semen podrá ser aportado por un donante. En caso de que el material genético aportado sea el (semen), el material genético femenino podrá ser aportado por la gestante (no se permite en Argentina) o por una donante.
3. La pareja comitente (o el comitente) no aporta material genético de ninguno de los dos, es decir, se recurre a la donación de óvulos y semen. En este caso, la GS será gestacional con óvulos y semen de donante.
4. La gestante aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide del comitente o de un donante. En este supuesto, la GS será tradicional, con espermatozoide del comitente o de un donante. Esta última variante no es permitida en Argentina.^{vi}

Hoy en la Argentina moderna, la gesta por sustitución es un tema mediático, esto hace que deje de ser plenamente una temática del área médica para pasar a ser una temática social. Esta práctica se realiza desde hace varios años debido a la necesidad que tenían aquellas parejas, ya sea desde un punto de vista médico, por factor uterino, por ausencia congénita de útero (síndrome de Mayer, Rokitanski, Kuster-Hauser), útero afuncional por miomatosis uterina, síndrome de Asherman severo, atrofia endometrial post radioterapia o malformaciones uterinas. Hay mujeres que presentan útero pero que presentan patologías que contraindican la gestación. También se debe contemplar los motivos de sexo, género y orientación sexual.

1.1. Marco Metodológico

Se ha desarrollado una investigación descriptiva de corte transversal que consistió en analizar la situación de la gesta por sustitución, mediante el estudio del mismo, en una circunstancia temporal y espacial determinada. A tal fin se realizó una revisión bibliográfica que permitió discutir el conocimiento acumulado sobre la problemática en estudio, basada primordialmente en la revisión de jurisprudencias, leyes internacionales, el código civil y comercial, artículos nacionales como internacionales.

2. Planteamiento del Problema

Muchas parejas han intercurrido con dificultades a la hora de ser padres y esto se debe a múltiples causas como ser la postergación de la maternidad, parejas igualitarias, mujeres que por alguna razón han sido histerectomizadas, esto hace que se inicie una nueva manera de ser padres, y es a través de la voluntad procreacional que es nombrada por nuestro nuevo código civil y comercial. Esto da una pequeña esperanza al vacío legal que tenemos en nuestro país en la materia de GS.

En nuestro país al no haber una ley que resguarde y regule esta práctica, se utilizan herramientas como jurisprudencias internacionales, nacionales, nuestro código civil y comercial, leyes de otros países y la ley nacional 26.862, para dar respuesta a la problemática en la Argentina.

2.1. Objetivo General

Analizar la regulación de la GS en ausencia de un marco legal sustentable, basándose en las leyes internacionales, jurisprudencias ya sean internacionales como nacionales y las nuevas herramientas jurídicas que aparecen en post de ayudar a que una practica sea realizada con el mayor resguardo ya tanto para los comitentes, la gestante y el/los niños por nacer.

2.2. Objetivos Específicos

1. Describir la situación actual de la GS a nivel mundial y en la Argentina en la actualidad y las jurisprudencias existentes.
2. Describir las jurisprudencias argentinas que brindan acceso a las personas a la GS.
3. Analizar los procedimientos que se realizan en argentina para que las personas accedan de una manera segura a la GS.

3. Desarrollo

3.1. Marco conceptual y referencia

La gesta por sustitución es una de las técnicas de reproducción humana asistida que consiste en utilizar el vientre de una mujer (gestante) para lograr un embarazo. Se emplean hoy en día en todo el mundo en situaciones en las cuales no se puede lograr un embarazo de manera natural debido a que la mujer presenta determinadas patologías que lo impiden o que lo contraindican. También es muy utilizado en parejas homosexuales y mujer u hombre solos que eligen esta alternativa para poder llevar a cabo su deseo de ser padres.

Se analizará a continuación las normativas de cada país y se verá que en el mundo hay una variable muy amplia de opciones de legislaciones, esto conduce a que también deba haber una coordinación entre los estados para aquellas situaciones en las cuales un niño nace a partir de la gesta por sustitución en un país que esta permitido y a la hora de querer trasladar al niño al país de origen de los padres deben realizar tramites para que pueda estar en regla.

En nuestro país, no tenemos una ley que permita ni que penalice la gesta por sustitución. Se requieren herramientas legales para poder darle un marco a aquellos niños nacidos a través de la gesta por sustitución. Estas herramientas son jurisprudencias argentinas, el nuevo código civil y comercial, un proyecto de ley que no fue aprobado, al igual que una tentativa de incorporarlo en el nuevo código civil y comercial, el cual tampoco tuvo éxito. Esto nos pone en una franca desventaja, en comparación a los países que lo tienen legislado. Se buscan alternativas jurídicas para que se pueda responder este vacío legal.

3.2. Análisis del problema

Se analizará lo que sucede a nivel mundial, luego iremos a un análisis de las jurisprudencias en Argentina, las cuales son muy diversas, se eligieron 3 casos que más información aportan al trabajo. Por último se realizará el análisis de la guía de procedimientos en personas que desean acceder a la gesta por sustitución.

3.2.1. Analizar la maternidad subrogada en el mundo^{vii}

Identificar los aspectos de la legislación mundial teniendo en cuenta que no en todos los países esta permitida esta práctica y en muchos que esta permitido no esta legislado, como en nuestro país. Luego se va a analizar para tratar las jurisprudencias argentinas.

Analizar las jurisprudencias argentinas en relación a la GS en un marco legal utilizando herramientas como el nuevo código civil que involucra nuevas terminologías que ayudan a lograr la GS.

El marco legal de la maternidad subrogada a nivel mundial y como han encarado estos países la necesidad que cada vez es mayor, dándole un resguardo legal y ético para resolver dicha problemática. Los países que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución crece continuamente. En el mundo existen variables relativas a la maternidad subrogada: algunos países mantienen el concepto legal de que la mujer que da a luz un niño es su madre legal, y por tanto los contratos de gestación no son contemplados de pleno derecho (ej. España, Francia, Holanda). También existen países, como Canadá, que prohíben la forma "comercial" pero admiten la "altruista". Finalmente, encontramos países como Bélgica, Georgia, Ucrania, que permiten las dos modalidades.

Varios Estados han dictado leyes en este sentido en los últimos diez años; por ejemplo, Australia (ACT (2004), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008)), Canadá (Alberta (2010), Columbia Británica (2011, aún no en vigencia), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (ley vigente desde 2010).

Muchos Estados están cuestionando su regulación a los fines de darle lugar (Bélgica, Bulgaria, Finlandia, Islandia, Irlanda, entre otros). Otras legislaciones que, en algunos aspectos, tenían carácter restrictivo (por ej., requisito de la gratuidad) se están flexibilizando (Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel o Brasil, etc).

Para que sea mas sencillo comprender las posturas mundiales, se las divide en 3 grandes posturas:

- a) Prohibición de la gestación por sustitución: Francia, Austria, España, Alemania, Suecia, Suiza, Italia y Mexico.
- b) Admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones: Reino Unido, Australia [Australian Capital Territory (ACT), Queensland (QLD), New South Wales (NSW), South Australia (SA), Victoria (VIC), Western Australia (WA)], Canada, Grecia, México. Tabasco, Brasil, Israel, Sudafrica.
- c) Admisión amplia: Rusia, Ucrania, India, México, Sinaloa, EEUU (Florida).

3.2.1.1.

Estados Unidos

Actualmente en ocho estados de los Estados Unidos hay leyes que permiten establecer contratos de gestación. En aquellos estados donde la ley ampara esta técnica de reproducción asistida, puedes firmar un contrato y hacer una solicitud oficial para que los padres biológicos sean nombrados como tales en el certificado de nacimiento (la madre gestacional no tiene derecho alguno sobre el bebé). Por el contrario, en los estados más restrictivos, los contratos de este tipo no tienen validez y debes esperar a que la gestante ceda al bebé en adopción. El Estado de California, en EEUU, fue pionero en la regulación de este proceso que a día de hoy cuenta con todas las garantías legales y pleno respaldo del sistema judicial de los EEUU. Illinois es el único estado que tiene leyes específicas que regulan y permiten la este tipo de practica. En Florida, Nuevo Hampshire, Nevada, Texas, Utah, Virginia y Washington, esta técnica se permite en tanto se cumplan requisitos específicos. En otros estados, como Arkansas, Connecticut, Iowa, Dakota del

Norte, Nuevo México, Tennessee y Virginia Occidental, se practica pero las leyes no son muy detalladas y existen diferencias entre los tipos de maternidad subrogada.^{viii}

3.2.1.2. Perú

En Perú todavía no existe una legislación que prohíba o sancione que una mujer preste su vientre con fines de cualquier tipo es así que se vuelve un negocio con fines no altruistas. El único antecedente es la Ley 26842, Ley General de Salud, que en su artículo 7, establece que "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."^{ix}

3.2.1.3. Portugal

En Portugal existía un proyecto de ley en estudio desde 2014, finalmente se materializó en el Decreto N.º 27/XIII que se aprobó el día 13 de mayo de 2016 con el apoyo del Bloco de Esquerda. Sin embargo, el presidente Marcelo Rebelo de Sousa lo vetó el 7 de junio de 2016 entendiendo que no daba garantías suficientes para el bebé o la gestante. 21 Finalmente, el 30 de julio de 2016 promulgó la norma que establecía la gestación subrogada altruista para mujeres que carecen de útero o que demuestren no poder llevar a cabo un embarazo.^x

El 1 de agosto de 2017 entra en vigor la ley 25/2016 del 22 de agosto que regula la gestación por sustitución o gestación subrogada para mujeres que no pueden quedarse embarazadas por ausencia de útero, que sufran algún tipo de lesión o dolencia en ese órgano que se lo impida o cuando "la situación clínica lo justifique". Esta regulación deja de lado a los homosexuales, que no podrán acceder a este tratamiento.^{xi}

El artículo 8 de la nueva norma prohíbe cualquier tipo de pago o la donación de cualquier bien o dinero de los beneficiarios a la gestante excepto el valor correspondiente a los gastos derivados del acompañamiento de salud, incluidos los transportes, siempre que esté debidamente justificado.

3.2.1.4. España

En España los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho, de manera que la filiación corresponde a los padres biológicos, según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.^{xii} Sin embargo, en España, la filiación de un niño nacido mediante gestación subrogada, a favor de los padres intencionales es posible si se cumplen una serie de requisitos recogidos en la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece en el artículo 10 que:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

La ley declara en su párrafo primero nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. Es decir, el principio es el de la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución tanto altruistas como comerciales. No hay pues vínculo, derecho ni deber que pueda derivar de tal contrato.^{xiii} Por ello, la mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar al comitente en caso de incumplimiento, aunque se le haya pagado por razón de la gestación. La norma adopta una postura contraria a la gestación por sustitución, y procura, a través de la nulidad, que estos acuerdos no se celebren. Ahora bien, si no obstante la nulidad declarada por la ley, el contrato se celebra, como la operación consumada no puede volverse atrás, la ley determina quién es la madre, cuestión que resuelve en su artículo 10.2 en el sentido de que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, lo que recoge y potencia la regla *mater semper certa est*. Queda a salvo (art. 10.3) la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Este apartado deja abierta la posibilidad de que se establezca la filiación con respecto al padre biológico. Es decir, el derecho español, a través del artículo 10.3 LTRHA, permite que los niños no queden sin una filiación biológica paterna establecida. Pero el establecimiento no es automático o inmediato, pues requiere reclamar la paternidad acudiendo a los tribunales, siguiendo la acción las normas generales.^{xiv} En otras palabras, esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en la legislación española.

En referencia a la perspectiva penal, el Código Penal español no tipifica como delito la gestación por sustitución. Cuando se realiza en España la GS puede ser considerada una infracción muy grave y puede ser penalizada^{xv} con una multa de entre 10.000 y 1.000.000 de euros, así como también puede importar la clausura o el cierre de los centros en los que se realizan las técnicas de reproducción humana asistida.^{xvi}

Por último, cabe destacar que la ley española declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero nada dice de los intermediarios en tal acuerdo, ni sobre su responsabilidad.^{xvii}

3.2.1.5. Grecia

En 2002 se introdujo en Grecia la ley 3089/2002 sobre reproducción humana asistida médicamente que incorporaba reglas específicas para permitir la subrogación, dándole un marco legal y regulando la transferencia de filiación. Desde ese momento, las leyes griegas regulan esta técnica, aunque solamente en el caso de que no haya ningún vínculo genético entre la gestante y el/los embrión/es. Además, a la maternidad subrogada solo pueden acceder las mujeres que con pruebas médicas que confirmen la imposibilidad de gestar por sí mismas. Adicionalmente, esta ley obligaba a que ambas mujeres implicadas en el proceso fueran residentes en Grecia, obligación que fue derogada en 2014 para las madres de alquiler y las parejas con problemas de fertilidad.

3.2.1.6. Alemania

La ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990 en el artículo 1, establece que "1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de

una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”

3.2.1.7.

Suiza

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

3.2.1.8.

Reino Unido

El marco legal comenzó en 1985 cuando se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, esta se ha ido refinando posteriormente en diversas modificaciones lo que regula es la transferencia de paternidad después del nacimiento.

Se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución. Esta normativa prohíbe: iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación, ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos, o recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución. Como se advierte, en Gran Bretaña la gestación por sustitución gratuita o sin precio no puede reputarse ilegal. En otras palabras, el Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial de la gestación por sustitución, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad), pero admite la gestación por sustitución a título benévolo⁴³ y sin intermediarios. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales.^{xix} En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una parental orde^{xx} que transfiere la filiación inicialmente establecida, con respecto a la madre gestante, a los comitentes. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales.^{xxi} Esta regulación se ha visto reforzada, desde el pasado 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor de la ley de fecundación y embriología humana (Human Fertilisation and Embryology Act, 2008) que mantiene los mismos principios pero extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.^{xxii}

Tras el nacimiento del niño los padres intencionales realizan una solicitud de transferencia de paternidad. Para poder llevarla a cabo se deben cumplir los requisitos siguientes:

- Los solicitantes deben estar casados, en una unión civil o en convivencia (incluyendo parejas del mismo sexo). Las personas solteras no pueden solicitarla.
- El embarazo no puede haberse producido mediante contacto sexual.

- El niño debe vivir con los padres intencionales desde el nacimiento de este.
- En el momento de la solicitud de transferencia al menos uno de los padres intencionales debe estar domiciliado en el Reino Unido.
- Los solicitantes deben tener al menos una conexión genética parcial con el niño.
- La solicitud debe realizarse durante los 6 meses que siguen al nacimiento del niño.
- La gestante no puede dar su consentimiento a la transferencia hasta al menos 6 semanas después del nacimiento.
- Se debe demostrar que no ha habido ningún intercambio de dinero o beneficio que se salga de los gastos razonables del proceso.

3.2.1.9. Ucrania

La maternidad subrogada, incluyendo la versión comercial, es plenamente legal en Ucrania. El art. 123.2 de su Código de Familia dispone que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, estos serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. Además, este mismo artículo concede a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados, considerándose también en este caso que el embrión procede de los cónyuges. Una vez hayan otorgado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas. Después del nacimiento la pareja obtiene el certificado de nacimiento, figurando cada uno como padre y madre respectivamente.

3.2.1.10. Federación Rusa

La maternidad subrogada, incluso la comercial, es legal en Rusia y es accesible para prácticamente todos los mayores de edad que deseen ser padres, aunque existen ciertas indicaciones médicas para acudir a la gestación por sustitución.

La inscripción registral de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de Rusia (artículos 51 y 52) y la Ley de Actos del Estado Civil (artículo 16). La madre de alquiler tiene que dar su consentimiento para que sea registrado el nacido. No se requiere para tal efecto ni una resolución judicial ni el procedimiento de adopción. Los niños nacidos de vientres de alquiler por encargo de personas solteras o parejas de hecho heterosexuales se inscriben por analogía de ley (artículo 5 del Código de Familia), para lo cual puede necesitarse una resolución judicial.

La legislación liberal ha convertido a Rusia en un destino atractivo para los "turistas reproductivos" que viajan al extranjero en busca de las técnicas no disponibles en sus respectivos países. Los padres intencionales van a Rusia cuando, por edad avanzada, necesitan una donación de óvulos o buscan un vientre de alquiler. En Rusia los extranjeros gozan de los mismos derechos a la

reproducción asistida que los rusos. Dentro de los tres días siguientes al parto la pareja comitente obtiene el certificado ruso de nacimiento, en el cual los dos constan como padre y madre, respectivamente.

3.2.1.11. India

Su legislación es muy flexible desde 2002, y en el año 2008 la Corte Suprema de la India sentenció por primera vez que la maternidad comercial estaba permitida. De esta forma India se convirtió en receptor de numerosos procesos de subrogación. A pesar de esto, desde julio de 2013 se ha prohibido la gestación subrogada a homosexuales, solteros extranjeros y parejas de países en los que esté prohibida esa práctica. Con carácter general, el proceso de gestación subrogada en la India tiene un coste de entre 20.000 y 40.000 dólares.

Posibles temas a tratar durante el debate:

- Mercantilismo de la mujer. Maternidad subrogada como forma de apropiación o control sobre el cuerpo de la mujer.
- Turismo reproductivo.
- Maternidad subrogada vs. Adopción.
- Regulación de la maternidad subrogada como forma de incrementar la seguridad, salubridad y condiciones de esta práctica.
- Derechos de las parejas homosexuales a tener hijos biológicos.
- Esterilidad e infertilidad.
- Innovaciones en la filiación: filiación biológica y filiación jurídica.^{xxiii}

Hacia una convención internacional

Ante la presente heterogeneidad de herramientas jurídicas a nivel internacional es inevitable que se generen conflictos, esto ocasiona en muchos casos que niños se encuentren en un limbo jurídico. Es por esto que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución^{xxiv} cuya premisa es que como los casos de gestación por sustitución internacional aumentan día a día, se requiere de manera urgente una regulación internacional que contemple este apremiante problema socio-legal.

3.2.2. Marco legal de la Maternidad subrogada en Argentina

Hoy día no tenemos una legislación sustentable para la regulación de la gesta por sustitución. Unas pocas herramientas jurídicas ayudan a dar respuesta a un vacío legal sobre una practica que

se realiza desde hace años en nuestro país. Estas herramientas son jurisprudencias, la Ley 26.862 que garantiza las técnicas de reproducción humana asistida para toda la población otorgando un total de 4 técnicas de baja complejidad y 3 técnicas de alta complejidad por paciente durante toda la vida. Otra herramienta no menor es la falta de prohibición de la gesta por sustitución., tampoco en Argentina existe prohibición de recurrir a la donación de ovocitos; de este modo, hay solución para las mujeres que no pueden tener hijos genéticamente propios. No hay ninguna norma en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos que inhiba la gestación por sustitución. Al contrario, el principio pro persona expande la gestación por sustitución en base "a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH) en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos".^{xxv}

El Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, antecedente directo del Código Civil y Comercial (CCyC) vigente desde el 01/08/2015,^{xxvi} receptaba la gestación por sustitución (art. 562 del Anteproyecto)^{xxvii} como un supuesto especial de TRHA que requería, dada su complejidad, un proceso judicial previo a los fines de homologar los consentimientos de todas las partes intervinientes y determinar la filiación del niño/a nacido en cabeza de los comitentes. Pese a esta quita en el texto definitivo del Código Civil y Comercial, en la Argentina se presentan –y cada vez más- diferentes planteos judiciales que involucran este tipo de TRHA.

Por ultimo el Nuevo Código Civil y Comercial nos da pasos importantes, aunque obviamente, no definitivos, a favor de la libertad, con igualdad y responsabilidad.

Como fuente de filiación, en este nuevo código civil, se introducen 3 posibilidades, por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Se introduce el concepto de VOLUNTAD PROCREACIONAL, como fuente de filiación en las técnicas de reproducción humana asistida. Para determinar la filiación de un bebé nacido mediante TRHA, se tendrá en cuenta quienes tuvieron voluntad procreacional de darle vida, independientemente del aporte gamético (Código Civil Argentino (arts. 558 – 575)). Esto da una puerta abierta a la gesta por sustitución.^{xxviii}

Ante la falta de legislación, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (Samer) acordó un protocolo de buenas prácticas para avanzar con la maternidad subrogada, en el que es indispensable la autorización judicial previa. Mientras los comitentes aporten a las gestantes sin intermediarios, todas las partes se sometan a evaluaciones psicológicas y se obtenga el aval judicial, procederán con los tratamientos. "En el país, la maternidad subrogada no debería costar más de US\$ 20.000", dice Claudio Papier, de Cegir.^{xxix}

Analizando que lo que no está expresamente prohibido, estaría permitido?. Esto se da cuando se carece de legislación específica, por lo cual es aplicable el art. 19 de la Constitución Nacional Argentina: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"^{xxx}, reproducido en la Constitución de la Pvcia. de Buenos Aires (arts. 25 y 26).^{xxxi} Esta norma constitucional está por encima del citado artículo 953 del Código Civil, y pueden originar interpretaciones diversas por parte de los jueces.-

3.2.2.1.

Primer caso en la Argentina ^{xxxii}

Descripción del caso

EL primer caso en la Argentina en la cual la justicia reconoce a un nacido a través de una TRHA, siendo la gesta por sustitución se dio en el años 2010 cuando una pareja heterosexual casada recurre a la gestación por sustitución con la ayuda de una amiga que se ofrece de manera altruista a gestar el embrión compuesto por el material genético de ambos cónyuges. La razón de esta compleja decisión que compromete en el proyecto parental a una tercera persona es la siguiente: la comitente no puede gestar; ella cursó dos embarazos que no llegaron a término y en el segundo de ellos, acontecido en el año 2010, no sólo perdió el embarazo sino que fue sometida a una ablación subtotal del útero por una hemorragia puerperal grave. Su perfil hormonal y estructura ovárica eran normales. El esposo tenía fertilidad probada y un espermograma normal.^{xxxiii}

La subrogante era una mujer fértil de 39 años, con dos hijos propios, de 18 y 21 años de edad, con quienes ha conversado su deseo de ayudar al matrimonio ya que la unía un vínculo de amistad con la pareja; está separada de hecho del padre de sus hijos (quien desconoce su voluntad de ser gestante) y vive en unión convivencial con una persona desde hace ocho años.

Luego de una estimulación con gonadotropinas y antagonista de Gn-RH se obtuvieron 6 ovocitos maduros por punción folicular, que originaron 4 embriones por fertilización in vitro. Tres de ellos evolucionaron y fueron transferidos a la subrogante, lográndose un embarazo único que concluyó con el nacimiento de una niña.^{xxxiv}

Cuando la niña nace, se expide un certificado de nacimiento que tiene como madre a la gestante, según lo establecido en el art. 242 del Código Civil ^{xxxv} lo normado por la Ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, conforme los cuales el recién nacido debe ser anotado como hijo de la mujer que lo dio a luz.^{xxxvi} No se la inscribe en el registro, de modo que la niña carece de partida de nacimiento y del correspondiente documento nacional de identidad. Ante esta situación fáctica, se interpone una acción judicial solicitando la inscripción del nacimiento de la niña nacida el 19 de abril de 2012 en una clínica privada muy conocida de la Ciudad de Buenos Aires a nombre de los padres procreacionales.^{xxxvii}

El fallo

El Fallo dictado el 18/06/13 por la Titular del Juzgado Nacional de 1a Instancia Civil No 86 de Capital Federal, la legislación argentina vigente, y la regulación incluida en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial (2012)^{xxxviii}, suprimida por la Comisión Bicameral, dio lugar a la demanda y ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas local la inscripción del nacimiento de la niña "N.N o B. M. D. G. M"^{xxxix}, nacida el 19/04/2012 como hija del matrimonio integrado por J. L. D. G. y M. S. M, quienes son sus padres genéticos.^{xl}

Esto lo hizo basándose en las pruebas y testimonios aportados, los antecedentes en la jurisprudencia internacional, y el hecho de que según el artículo 19 de la Constitución Nacional: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Lo más novedoso de la resolución judicial es la introducción del concepto "voluntad procreacional", definido por la jurista Dra. Marisa Herrera al expresar que, la "... voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado, es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético".^{xli}

Este es un ejemplo casi ideal de como se puede desarrollar un caso de subrogación. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en nuestro país no existe aún un marco regulatorio para estos tratamientos, por lo que no queda exenta la posibilidad de conflicto.

3.2.2.2.

Segundo caso

Detalles del caso

Pareja homosexual

Tribunal: Juzgado de Familia de Viedma

Fecha: 6-jul-2017

Dos señores solicitan la autorización judicial para la implantación de sus embriones en el vientre de una señora quien se ofreció para portar y gestar hasta 2 embriones en cada intento de técnica de reproducción humana asistida. Estos embriones fueron formados a partir de el ovulo de una donante anónima y del esperma aportado por uno de ellos. Los señores manifiestan encontrarse unidos desde hace 14 años en unión convivencial, compartiendo un proyecto de vida en común y familiar, aspirando desde hace largo tiempo a concretar el sueño de tener hijas/hijos propios.^{xlii} En el año 2015 los señores conocieron a la señora quien será la gestante y comenzó la amistad con ella y con su grupo familiar. Al tiempo surgió la idea de facilitarles la posibilidad de ser padres, lo que implicó comenzar a buscar distintas alternativas, hasta llegar a un Centro de Medicina reproductiva, donde fueron asesorados del procedimiento de Fertilización Asistida de Alta complejidad con Ovodonación y Subrogación de vientre, requiriéndose para el mismo autorización judicial para proceder a la transferencia de los embriones logrados por dicha técnica. De esta manera, han trabajado el proyecto a nivel familiar, sobre todo con los hijos de la señora, dos menores y uno mayor de edad, quienes conocen completamente toda la cuestión y acuerdan acompañar a su mamá y "prestarles la panza". Reafirman lo manifestado respecto de la imposibilidad de concebir de manera natural, escogiendo el mencionado método, por el cual la señora será portadora, sin vinculo genético alguno, de hasta dos embriones producidos mediante la técnica de fecundación -in vitro- a partir de óvulos de una donante anónima y por decisión de la pareja, y el material genético de uno de ellos. La pareja sostiene la necesidad de la autorización judicial requerida por el centro de salud para la transferencia embrionaria a los fines de evitar que la futura filiación quede determinada por las reglas de la filiación por naturaleza. Así también solicitan se ordene, al momento del parto, la inscripción del o de los nacimientos a nombre de los actores, asumiendo los mismos el compromiso de informar a su hija/o o sus hijas/os su origen gestacional en oportunidad de adquirir edad y madurez suficiente para entender los hechos acaecidos. Realizaron otras consideraciones al respecto, acompañaron prueba documental, ofrecieron la restante, fundaron en derecho y concretaron su petitorio. Ambos han planteado la importancia de comunicar a la/s niña/s o al/los niño/s su origen y del proyecto familiar que han encausado. Respecto de la gestante tiene trabajada la cuestión de la subrogancia, que presta su útero, y que no se infieren deseos de ser madre, hecho recalcado en la entrevista. Plantea haber dialogado con sus seres más próximos respecto del proceso en el cual se encuentran inmersos. Lo ubica como un acto solidario, "que estaba presente aún antes de conocer a la pareja." Como opinión profesional el equipo evidencia tanto en la pareja como en la señora un acabado conocimiento sobre el proceso de subrogancia, sus efectos, sus posibles riesgos, sus responsabilidades y una elaboración personal por parte de cada uno respecto a dicho proyecto. No formulando objeciones respecto al avance de dicho proyecto familiar.^{xliii}

A través de informes se analiza las condiciones de vida de la pareja y la gestante, que esten en condiciones de sostener el proyecto familiar y capaces de alojar al futuro hijo/a. También se analizan las condiciones socio-económicas, culturales y sociales necesarias para afrontar el proceso

planteado. Se tiene en cuenta que tengan un espacio terapéutico que operan como sostén y acompañamiento de la pareja, y con el apoyo permanente de la familia ampliada, y de otros lazos sociales cercanos que cumplen una función central en este proceso.

Con respecto a la gestante se analiza si tiene capacidad para sortear obstáculos, adaptarse a los cambios, y tomar sugerencias de profesionales afines. Del mismo modo cuenta con el apoyo y el acompañamiento de su familia extensa, y con predisposición para iniciar y mantener lazos sociales, teniendo las condiciones materiales, sociales y culturales propicias para transitar las diferentes etapas del proceso judicial.

El cuerpo Médico Forense debe informar de acuerdo a lo certificado por la médica tratante si la señora se encuentra en condiciones clínicas para llevar adelante el futuro embarazo.

En el consentimiento informado presentados deberá constar como información médica la valoración del incremento de riesgo de embarazo que implica haber sido sometida a tres cesáreas previas. Que si bien esa circunstancia no implica per se ninguna contraindicación para el implante de un embrión en ese útero, debe informarse estadísticamente el incremento del riesgo de complicaciones y cuales pueden ser de un embarazo en una mujer con tres cesáreas previas.

También solicitan se ponga en conocimiento de los nosocomios que los Sres., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de la institución.

En el fallo se resolvió:

- Autorizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto, previa suscripción del consentimiento informado, ordenar la inscripción de la/s niña/s o el/los niño/s dados a luz por la gestante como hija/s o hijo/s de la pareja, debiendo el Registro Civil y de Capacidad de las Personas expedir el certificado de nacimiento correspondiente, conforme lo dispone el art 559 del C.C. y C.
- Hacer saber al nosocomio que, en el actual formato de los certificados de nacimiento, deberán constar la huella dactilar del la/s beba/s o el/los bebé/s y las del señor que aportó el material genético (esperma), sin constar el de la señora, que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los señores, en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a los bebés de dicha institución.
- Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su/s hija/s o hijo/s adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.-

3.2.2.3.

Tercer Caso

El fallo "C., F. A. y Otro c. R. S., M. L. s/ Impugnación de maternidad", trata de un matrimonio heterosexual, dada su imposibilidad de llevar a cabo un embarazo, opta por la gestación de su niña, para el cual aporta el material genético, a través de una mujer de su amistad. Una vez ocurrido el nacimiento, la niña es reconocida por el hombre de la pareja, pero no pudo serlo por su esposa, sino que fue anotada a nombre de la mujer que la dio a luz según lo establece el art. 242 del Código Civil).

La pareja promueven acción de impugnación de maternidad de la mujer que dio a luz a la niña, y simultáneamente solicitan el reconocimiento de la maternidad por parte de la mujer de la pareja, con el objeto de desplazar del estado de madre a quien dio a luz, y de remplazar en dicho estado a la mujer de la pareja (art. 261 Cód. Civ.). En el entendimiento de que no existe regulación alguna que prohíbe la gestación por sustitución, y apoyándose en las disposiciones vigentes, el juzgado hace lugar a la demanda.

3.2.3. Guía de procedimiento para el acceso a la gesta por sustitución en Argentina ^{xliv}

3.2.3.1. Aspectos Médicos

Las parejas o personas que acuden a este procedimiento, como en el caso antes mencionado es por la imposibilidad de gestar y/o llevar un embarazo a termino por razones de salud, sexo, genero y orientación sexual. Los gametos pueden ser aportados por los comitentes o por terceras personas (la gestante no puede aportar las gametas femeninas). La elección de la gestante esta a cargo de los comitentes y la postularan para su evaluación, es aconsejable que la mujer sea de su confianza, que tengan conocimiento y confianza con la persona. Luego la evaluación de la gestante va a estar a cargo de un equipo multidisciplinario. En caso de no ser aprobada por el equipo multidisciplinario la pareja deberá buscar una nueva gestante.

Los criterios de inclusión de la gestante son: tener plena capacidad civil, acreditar aptitud física y psíquica conforme a la evaluación del equipo multidisciplinario, no aportar sus gametos, no haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos veces, haber dado a luz y tener un hijo propio, contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa, contar con el debido asesoramiento legal independiente.

La gestante debe realizarse diversos estudios como ser hemograma, coagulograma, perfil metabólico (glucemia, hepatograma con lipidograma), función renal (urea y creatinina), perfil hormonal (PRL, TSH, T4I, T3), grupo y factor, hepatitis B s Ag (Antígeno de Superficie), hepatitis B core IgM, hepatitis C anticuerpo, VDRL, VIH, Toxoplasmosis, Chagas, Rubeola, examen ginecológico, ecografía mamaria y ginecológica, cultivo de flujo, urocultivo, citología cervical, ECG, evaluación de la cavidad uterina: Histerosonografía o histerosalpingografía o histeroscopia.

Dentro de los criterios para ser comitentes se encuentra presentar factor uterino absoluto, como ser la ausencia de útero, este puede ser congénito (Malformaciones Mullerianas, ej: Síndrome de Mayer - Rokitansky - Küster – Hauser), o adquiridas: Histerectomía de causa ginecológica benigna o maligna. De tener útero, este puede ser afuncional: Miomatosis múltiple. Síndrome de Asherman severo, atrofia endometrial post radioterapia, malformaciones uterinas. En caso de que el útero sea funcional, puede tener una contraindicación por la cual la mujer no pueda llevar adelante una gestación por patología sistémica (ej.: Síndrome de Marfan, Lupus no controlado, etc.). Puede presentar una condición médica que puede empeorar con la gestación (hipertensión pulmonar, cardiológica, renal, etc.). Por ultimo hay casos en los cuales el útero es funcional pero con historia de fracasos reproductivos: Fallas de implantación, abortos a repetición.

Otro de los motivos es de sexo, genero u orientación sexual (parejas del mismo sexo varones o familia monoparental de progenitor varón. Deben tener plena capacidad civil, el/la comitante o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen

la imposibilidad de aportarlos, tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual. Se debe contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa, 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.

Se consideran varios criterios de inclusión, entre ellos tenemos a la evaluación preliminar la cual es una parte esencial del proceso de FIV en el marco de una gestación por sustitución que puede identificar factores que puedan contribuir a un resultado inferior. Todas las pruebas para la pareja o el hombre / mujer deben ser completadas previamente al ciclo de tratamiento.

Las pruebas preliminares para la aportante de los óvulos (comitente o donante de óvulos) son: hemograma, perfil metabólico, perfil hormonal (FSH, LH, E2, PRL, TSH, AMH), grupo y factor, hepatitis B s Ag (Antígeno de Superficie), hepatitis B core IgM, hepatitis C anticuerpo, VDRL, VIH, examen ginecológico, ecografía ginecológica con recuento de folículos antrales, ecografía mamaria, cultivo de flujo, citología cervical y evaluación psicológica.

Las pruebas preliminares para el aportante de espermatozoides (comitente o donante de semen) son el espermograma, análisis clínico que incluya: Grupo y factor, VIH, Hepatitis B sAg, hepatitis B core IgM, hepatitis C anticuerpo, VDRL, CMV (citomegalovirus) IgM y IgG, espermocultivo y urocultivo.

La formación del equipo multidisciplinario incluye a la evaluación de estudios genéticos para ambos aportantes de gametas, los estudios que se solicitan son, el cariotipo, estudio de portadores para detectar, al menos: fibrosis quística (mínimo panel de 29 mutaciones), atrofia muscular espinal, talasemia, síndrome del X frágil (solo para la mujer).

Otro de los integrantes del equipo multidisciplinario es el especialista en medicina reproductiva, quién deberá fundamentar la imposibilidad de llevar adelante la gestación por parte de la pareja comitente. Realizará interconsulta con el genetista clínico y psicólogo para la correcta evaluación inicial tanto de la pareja comitente como la de la futura gestante. Solicitará los estudios correspondientes a fin de evaluar la posibilidad de utilizar en el tratamiento gametas propias o necesidad de recurrir a la donación de las mismas. Coordinará todas las prácticas en la gestante y aportantes de gametos.

El ultimo integrante del equipo son los abogados, quiénes brindarán asesoramiento legal sobre el procedimiento para lograr que la filiación se determine a favor del o los comitentes. Elaboran y/o revisan los consentimientos informados.

Se recomienda que la petición de autorización judicial lo sea por un plazo a los fines de cumplir con los objetivos de protección y cuidado a todos los intervinientes en un proceso de gestación por sustitución.

También se deberá asesorar y/o solicitar en el marco de la petición judicial sobre: cobertura médica de la gestante, la necesidad de fijar una compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante, la cual es válida sólo para compensar los gastos médicos, de 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 de conformidad con el artículo 8° de la ley 26.862. Se deberá petitionar la licencia por maternidad y/o paternidad de los comitentes, la licencia post nacimiento en la gestante.

Por último, también se debería informar acerca del cumplimiento del derecho a la información de los niños nacidos por gestación, ya sea tanto el origen gestacional como genético en aquellos supuestos de TRHA heteróloga (conf. arts. 563 y 564 del Código Civil y Comercial).^{xlv}

El psicólogo/a es un Integrante del equipo multidisciplinario que estará disponible, pudiendo, intervenir y acompañar tanto a los comitentes como a la gestante, en las diferentes etapas del proceso: evaluación y aptitud de la gestante, contención de todos los participantes, parto y puerperio de la gestante, etc.

Se debe contar con un equipo de profesionales encargados de controlar a la gestante durante todo el proceso de embarazo, parto y puerperio. El obstetra definirá la forma de finalización del embarazo, y estará a su cargo, o el de su equipo, la realización de la ficha de nacimiento con los datos del recién nacido y los comitentes. (Será el registro civil quien confeccionará el certificado de nacimiento).

Luego de la autorización judicial del proceso de gestación por sustitución, el centro médico debe: brindar a la pareja y la gestante los consentimientos informados para que sean firmados. Luego se realiza la estimulación ovárica de la comitente en caso de aportar sus gametos. Se evaluará a la paciente teniendo en cuenta su edad, marcadores de reserva ovárica (Perfil Hormonal, Hormona Antimülleriana y conteo de folículos antrales) y experiencias de estimulaciones en ciclos previos. Con esta información el especialista estimará la respuesta a la estimulación ovárica de la paciente y protocolo de estimulación.

En caso de no ser considerada apta la comitente a la utilización de óvulos propios, será el especialista en reproducción quien sugiera y, eventualmente, coordine la ovodonación, recordando que la mujer gestante no puede ser aportante de gametos.

Luego se realiza la aspiración folicular en quirófano, este es un procedimiento de baja complejidad, y en el día se lo otorga el alta.

En cuanto a la obtención de la muestra de semen, esta puede ser en fresco o previamente congelada del comitente o de banco de semen, situaciones definidas previamente, por el especialista en reproducción. De utilizarse muestra en fresco, el comitente obtendrá la muestra en el centro de fertilidad el mismo día de la aspiración folicular de su pareja o donante.

Una vez obtenidos los dos gametos se procede a la fertilización de los ovocitos y el cultivo de los embriones. el semen es procesado por la técnica adecuada dependiendo de las características de la muestra. Los óvulos se fertilizan con técnica FIV o ICSI, acorde al caso. La fecundación se evidencia al día siguiente. Se realiza el cultivo de los embriones hasta el estadio de blastocisto. Se programa transferencia diferida, por lo que se criopreservan todos los embriones que alcancen el estadio de blastocisto.

Una vez realizada la criopreservación de blastocistos, se procede a la preparación endometrial de la futura gestante, de acuerdo al protocolo de cada centro. La transferencia embrionaria se realiza tras 5 días de exposición a progesterona.

A los 10 días de realizada la transferencia se realiza en sangre la medición de beta HCG, de ser positiva se realiza la ecografía para diagnóstico de embarazo clínico, la cual se realiza a las 4 semanas de la transferencia embrionaria. Luego de la transferencia embrionaria ya no se puede revocar el consentimiento ni por parte de la gestante ni por parte de los comitentes.

Una vez constatado el embarazo clínico, se deriva al obstetra del equipo. Los comitentes podrán ser partícipes del seguimiento y control del embarazo. Quedará a cargo del obstetra y su equipo, realizar un informe periódico de la salud del feto y la gestante a los comitentes.

El parto/cesárea se realizará en una institución preestablecida por el programa de gestación por sustitución. La gestante recibirá la atención médica correspondientes al puerperio como, por ejemplo: control de heridas quirúrgicas, inhibición de lactancia, asistencia psicológica, etc. Sería bueno que entre el o los comitentes y la gestante se acuerde que la cobertura médica de la gestante será a cargo de los comitentes debiéndose cubrir las prestaciones médicas del parto y puerperio.

3.2.3.2. Aspectos Legales

Siendo la gestación por sustitución un tipo de técnica de reproducción asistida, la filiación se deriva de la voluntad procreacional debidamente expresada en el o los consentimientos informados que formarán parte del legajo, de conformidad con la autorización judicial otorgada. Con la intervención de una abogada, se establece un consentimiento con los términos legales del acuerdo. Este especifica que la mujer gestante no es ni será la madre del bebé que llevará en el vientre y que los padres procreacionales serán responsables del hijo que la gestante llevará. Es decir, los padres procreacionales están en iguales condiciones que cualquier padre en un embarazo propio.

Si el tratamiento es exitoso, se hace la presentación judicial con la historia clínica, el informe psicológico y médico. Se incluye en esta instancia el concepto de voluntad procreacional, que es la figura legal específica. Una vez obtenido el fallo positivo, se realiza el trámite en el registro civil para que en el acta de nacimiento figuren los padres procreacionales.

La inscripción en el Registro Civil incluirá como madre quien dio a luz y como padre, al padre procreacional. Si es un matrimonio o pareja de dos hombres, se anota como padre a cualquiera de ellos.

Luego, se inicia una acción judicial solicitando al juez que rectifique la partida de nacimiento colocando como madre a la procreacional o al otro padre procreacional, en el caso de pareja de hombres, o bien solo a la mujer u hombre que tuvieron la intención de ser padres, conforme a los previos consentimientos informados. Se agrega la documentación médica y un ADN para demostrar que la portadora no tiene vínculo genético con el niño que dio a luz. O sea que no se trata de una gestación tradicional donde la portadora además utiliza su propio gameto.

El juzgado da vista al Ministerio Público Fiscal y el asesor de menores puede nombrar a un tutor oficial para el niño. Se da vista al Registro Civil, se convoca a una audiencia y finalmente se dicta sentencia donde se ordena confeccionar una nueva partida de nacimiento donde figuran como padres los o el padre procreacional. Queda en el legajo la partida de nacimiento anterior, el número de DNI del bebé no cambia. Hay más de 24 casos en todo el país con sentencia positiva.

Es importante destacar que no es necesario un permiso previo de un juez para esta prácticas de gestación, cuando al menos uno de los padres o el padre en caso de monoparentales aporte su gameto.

Por ultimo es necesario remarcar es que en Argentina, el óvulo no puede corresponder a la mujer portadora, ya que esto abriría la posibilidad de un pedido de revocación de la voluntad procreacional, basándose en el ADN.^{xlvi}

4. Conclusiones

La gesta por sustitución o maternidad subrogada, conocida en el lenguaje popular como el alquiler de vientres se ha convertido en los últimos años en una posibilidad para ejercer el derecho de paternidad por parte de algunas personas. En sí misma no encierra una idea desventajosa, pero cuando a esto se suman intereses económicos, experimentos científicos e intereses personales, es necesaria la intervención del Estado para legislar con respecto a las consecuencias que se derivan de la acción sin límites de esta potestad. Desde la década de los 70's, países desarrollados han divulgado leyes, decretos y normas para regular la reproducción asistida; mientras que países en vía de desarrollo no tienen legislaciones específicas al respecto.^{xlvii}

Se estima que al menos unos 40 chicos nacieron en vientres sustitutos en la Argentina. Los casos son todos diversos: madres, hermanas, cuñadas y amigas movidas por el altruismo y úteros de alquiler posibilitaron esos nacimientos. Los puntos fundamentales en este tema son:

- la voluntad procreacional de la persona o pareja que desea tener un hijo/a, y en caso de que este involucrada una mujer un certificado médico que contraindique el embarazo o informe la imposibilidad de gestar.
- una mujer en condiciones medicas y psicológicas de gestar, la cual debe ser conocida de la pareja o persona y este de acuerdo en realizar esta practica de manera altruista. Lo importante de destacar es que el material genético no debe ser de la gestante, este puede ser de la interesada o un donante anónimo. Esto es una condición necesaria en Argentina, en otros países pueden las gestantes utilizar su material genético.
- un equipo multidisciplinario en el cual se incluye a medico especialista en medicina reproductiva, psicólogos, abogados.

En este caso la filiación es por voluntad procreacional, la cual debe estar expresada por parte de la pareja o la persona sola en los consentimientos informados.

Se realiza una presentación judicial que incluye la historia clínica, el informe psicológico y médico. Una vez obtenido el fallo positivo, en caso de que no halla nacido el niño/a, se dispone como debe figurar en la partida de nacimiento. En caso de que no se llegue a un fallo antes del nacimiento, figurara en la partida de nacimiento como padres, la madre quien le dio a luz y el padre procreacional.

Haciendo un análisis retrospectivo de las jurisprudencias del 2012 con respecto a los fallos que actualmente se están realizando, hubo un avance importante desde el lado jurídico como medico en cuanto a la rapidez para lograr un fallo. Los últimos fallos se estuvieron realizando previos a los tratamientos de reproducción asistida, en comparación con los del 2012 en los cuales el fallo se realizo un años después al nacimiento del niño.

i Santa Biblia, Génesis 30:3. "Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella".

ii Eleonora Lamm, Gestación por sustitución. Realidad y Derecho, BARCELONA, JULIO 2012, consultado en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf el 21 de noviembre de 2017.

- iii First Surrogacy Case, In Re Baby M, 537 a.2d 1227 (New Jersey Supreme Court, 02/03/1988)
- iv Investigaciones muestran que las personas que practican alguna religión aceptan menos la subrogación que otras que no practican ninguna. HAKIN et al. (2002, p.192).
- v Lledó Yagüe, F. «El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-ix a 2-x-1987). En: La liación a nales del siglo xx. Problemática planteada por los avances cientí cos en materia de reproducción huma- na. Trivium, Madrid, 1988, p. 336.
- vi Eleonora Lamm, Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Editorial Universidad de Barcelona, coleccion de bioetica, Noviembre de 2013. Consultado el 21 de Noviembre en:
<https://books.google.com.ar/books?id=4gOtBAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Eleonora+Lamm+gestación+por+sustitucion&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEWjQkurdp9LXAhUGDpAKHa1TAXcQ6AEIJTAA#v=onepage&q=Eleonora%20Lamm%20gestación%20por%20sustitucion&f=false>
- vii <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf> consultado el 19 de Noviembre de 2017
- viii UC3MUN 2016, Study Guide, OMS, consultado el 21 de noviembre de 2017 en: <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>
- ix <http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/normativa/Ley%2026842-1997%20-%20Ley%20General%20de%20Salud%20Concordada.pdf> , consultado el 25 de noviembre de 2017.
- x <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108688>, consultado el 21 de noviembre de 2017.
- xi <http://gestacionsustituta.es/leygestacionsubrogadaenportugal/> consultado el 25 de noviembre de 2017.
- xii <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf> consultado el 25 de noviembre de 2017.
- xiii Montés Penadés, V. «La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española». Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, 7, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 5-22.
- xiv Véase Quiñones Escámez, A. «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009». InDret, 3/2009, pp. 1-42. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf, compulsado el 27/08/2012.
- xv Algunos autores consideran que la regulación actual de la GS sólo advierte la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero no establece ningún tipo de sanción a los sujetos que intervienen en él: Díaz Romero, M. R. «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». Diario La Ley, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año xxxi, pp. 1-

15; Benítez Ortúzar, I. F. «Delitos relativos a la reproducción asistida». En: Vidal Martínez, J. (coord.). Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998, pp. 178 y ss.; Orejudo Prieto de los Mozos, P. «Spain». En: Trimmings, K., Beaumont, P. (eds.). International Surrogacy Arrangements. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 347-355; Álvarez González, S. «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero». Anuario Español de Derecho Internacional Privado, tomo x, 2010, pp. 339-377.

xvi Farnós Amorós, E. «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». International Family Law, marzo de 2013, pp. 68-72, en p. 70.

xvii Martínez Pereda Rodríguez y Massigoge Benegiu consideran que «es totalmente equivocado colocar en la misma bolsa a una pareja estéril y obsesionada por tener un hijo en su hogar y familia o una mujer que más o menos altruistamente se presta a realizar tareas de incubadora, con los facultativos que participan lucrativamente en tales prácticas prohibidas por la ley y sin cuya colaboración técnica no podrían alcanzar el éxito pretendido, al menos cuando la pareja aporte espermatozoide y óvulo, y no digamos nada de los intermediarios de este extraño mercado humano. Tal intermediación lucrativa no se encuentra entre las infracciones graves o muy graves de la ley». Martínez Pereda Rodríguez, J. M., Massigoge Benegiu, J. M. La maternidad portadora... Cit., p. 145.

xviii <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf> consultado el 25 de noviembre de 2017.

xix QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 32).

xx Artículo 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Órdenes parentales. (1) En un recurso presentado por dos personas ("los demandantes"), el tribunal podrá dictar una orden para que un niño sea legalmente tratado como hijo de los demandantes, si: (A) el niño ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión o espermatozoide y óvulos o de inseminación artificial, (B) los gametos de al menos uno de los demandantes han sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión, y (C) se han cumplido las condiciones de las subsecciones (2) a (8). (2) Los demandantes deben ser: (A) marido y mujer, (B) constituir una unión civil, o (C) dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco. (3) Salvo en el caso previsto en el inciso (11), los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de 6 meses a partir del día en que nace el niño. (4) En el momento de solicitud y realización de la orden: (A) el hogar del niño debe ser con los demandantes, y (B) uno o ambos demandantes deberán estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o la Isla del Hombre. (5) En el momento de la presentación de la solicitud ambos demandantes tendrán que haber alcanzado la edad de 18 años. (6) El tribunal deberá asegurarse de que ambos –(A) la mujer que ha gestado al niño, y (B) cualquier otra persona que sea padre del niño, pero no sea uno de los demandantes (incluyendo cualquier hombre en virtud de los artículos 35 o 36, o cualquier mujer en virtud de los artículos 42

xxi QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 32).

xxii La Civil Partnership Act (2004) ya establecía una equivalencia de efectos entre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la unión civil que regula. La adopción conjunta de niños ya estaba permitida a las uniones registradas del mismo sexo. Ahora, a través del artículo 42

de la nueva ley se extiende la gestación por sustitución a estas parejas. QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 32).

xxiii <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=112417> consultado el 25 de noviembre de 2017.

xxiv Véase "Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements". Preliminary Document, núm. 11, marzo de 2011. Y, además, "A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements". Preliminary Document, núm. 10, marzo de 2012 (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>). Extraído el 21 de Noviembre de 2017.

xxv Gil Domínguez, Andrés, "La Gestación por Sustitución como derecho fundamental y derecho humano", en DFyP 2015 –diciembre-, 237.

xxvi http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/la_maternidad_subrogada_en_el_proyecto_de_reforma_al_codigo_civil_y_comercial.pdf , consultado el 25 de noviembre de 2017.

xxvii <http://www.iprofesional.com/adjuntos/pdf/2012/03/358316.pdf> consultado el 25 de noviembre de 2017.

xxviii <http://www.codigocivilonline.com.ar/articulo-558/> consultado el 22 de noviembre de 2017.

xxix <http://www.lanacion.com.ar/2025848-alquiler-de-vientres-la-corte-podria-sentar-un-precedente> consultado el 31 de Octubre

xxx "Constitución de la Nación Argentina" - ZAVALIA - Edic. 1997 - art. 19, pág. 13.-

xxxi Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1994 - arts. 25 y 26 <http://www.gob.gba.gov.ar/dijl/constitucion.php>

xxxii https://www.clarin.com/sociedad/justicia-inscribio-gestada-ventre-prestado_0_Bko-vALoDme.html consultado el 25 de noviembre de 2017.

xxxiii <https://es.scribd.com/document/358106001/Gestacion-Por-Sustitucion-en-Argentina-KEMELMAJER> consultado en la web el 21 de noviembre de 2017.

xxxiv M. Fernanda Urquiza, Inés Carretero, Fabiana Marcela Quaini, Florencia Inciarte, R. Agustín Pasqualini, R. Sergio Pasqualini, Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina, Medicina (B. Aires) jun. 2014, vol.74 no.3 Ciudad Autónoma de Buenos Aires

xxxv Ley 24.540, Art. 19 modifica Art. 242 Código Civil www.infoleg.gov.ar: ARTICULO 19: Sustitúyese el artículo 242 del capítulo II del título II de la sección II del libro 1º del Código Civil por el siguiente:

Artículo 242: La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacimiento. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.

xxxvi Ley 26.413 - arts. 32 y 33 - <http://infoleg.mecon.gov.ar/> consultado el 25 de noviembre de 2017.

xxxvii Para tener mayor información sobre los hechos del caso, ver QUANI, Fabiana, Leading case sobre maternidad subrogada: primer fallo en la Argentina, en Microjuris 26/06/2013, cita online MJ-DOC-6332-AR|MJD6332.

xxxviii <http://www.iprofesional.com/adjuntos/pdf/2012/03/358316.pdf> consultado el 25 de noviembre de 2017.

xxxix Un dato para destacar que dada la situación de transitoriedad y/o precariedad en la determinación filial de la niña y su consecuente reflejo en la correspondiente partida de nacimiento, el expediente se caratula: "N.N. O. D.G.M.B.M s/ Inscripción de nacimiento".

xl NN o D G M B M s/ inscripción de nacimiento - FALLO - 18 de junio de 2013 - JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL No 86. CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL - <http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/NV5318>

xli Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia. Por Marisa Herrera.- www.nuevocodigocivil.com/preguntas-y-respuestas-sobre-las-modificaciones-mas-relevantes-en-materia-de-familia-por-marisa-herrera/ consultado el 28 de noviembre de 2017.

xlII <http://abogadosdefamilia.com.ar/se-autorizo-matrimonio-conformado-dos-hombres-progenitores-partir-la-implantacion-embriones-utero-una-amiga/> consultado el 25 de noviembre de 2017.

xlIII public.diariojudicial.com/documentos/000/075/007/000075007.docx consultado el 17/11/17

xliv http://www.samer.org.ar/pdf/5759_D_2016.pdf consultado el 30 de octubre de 2017.

xlV <http://www.codigocivilonline.com.ar/?s=563> consultado el 21 de noviembre de 2017 consultado el 28 de noviembre de 2017.

xlvi <http://www.halitus.com/home/nota.php?idMenuOn=5&idNoticia=2923> consultado el 31 de octubre de 2017.

xlVII Cindy Arteta-Acosta, Maternidad subrogada, Revista ciencias biomédicas 2011; 2 (1): 91-97