

# **MATERNIDAD SUBROGADA**

**FUNDACION H.A.BARCELO**

**CARRERA MEDICINA LEGAL**

**DIR.FROF.DRA.MARIA TEREZA RATTO  
NIELSEN**

**AUTOR: MARIA LILIANA ABAJO**

**DIR. TRABAJO.DR. ZIMINO ALBERTO**

**AÑO: 2014.**

# INDICE

INTRODUCCION	3
DESARROLLO	6
MARCO HISTORICO	7
ORIGEN DE LA REPRODUCCION ASISTIDA	12
CLASIFICACION	15
RIESGOS DE LOS PROCEDIMIENTOS	19
TEORIAS DEL DESARROLLO	24
LOS DERECHOS DEL RECIEN NACIDO	27
DEFINICION DE SUBROGACION	29
VARIANTES	32
CONVENIOS	35
REQUISITOS	39
LEGISLACION INTERNACIONAL	52
ARGENTINA	63
ARGUMENTOS EN CONTRA	65
ARGUMENTOS A FAVOR	71
CONCLUSIONES	72

## INTRODUCCION

El objetivo de este trabajo es identificar y analizar críticamente los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada y algunas inconsistencias de los mismos y presentar contraargumentos para luego fundamentar nuestra propia posición a favor de la práctica, entendiéndola como moralmente aceptable dentro de ciertos límites.

Maternidad sustituta, maternidad subrogada o alquiler de útero son los nombres con los que se denomina habitualmente a la practica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar delante un embarazo y entregar al niño o niña fruto de este proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días a otra persona o pareja renunciando a sus propios derechos como madre, frecuentemente a cambio de una suma de dinero.

La complejidad de la práctica, el grado de relativa novedad, las implicancias morales, sociales y legales y las controversias que puede generar explican en parte esta dificultad de encontrar un solo nombre para la misma.

Se usa indistintamente maternidad subrogada o maternidad sustituta, ya que los mismos no tienen la connotación negativa que tiene el alquiler de vientre, a pesar de que quizás este último sea más fiel y describa mejor la práctica, aunque destacando fundamentalmente el valor comercial del intercambio

Más allá de las objeciones morales, de los ataques mediáticos o de los vacíos legales, la maternidad sustituta es un hecho, una realidad que se comienza a mostrar y ver con un poco mas de naturalidad y frecuencia, y el escándalo de las primeras épocas está dejando paso a una tibia aceptación, no sin ciertos reparos por parte de un sector de la sociedad.

Los permanentes avances en el desarrollo de la ciencia son día a día más profundos y rápidos y las consecuencias que de ello pueden derivar en un indiscriminado uso de los descubrimientos realizados, aspecto que amerita que se fijen limites.

Todo esto ha permitido a muchas personas la posibilidad de formar una familia, más

allá de las dificultades que pudieran tener.

Un rasgo curioso de la dimensión moral del hombre es la constante expansión de sus horizontes. En efecto en la actualidad nos enfrentamos con dilemas que hasta hace un par de generaciones eran sencillamente impensable.

Los desarrollos tecnológicos, colocan al hombre ante conflictos nuevos, para los cuales, no está preparado.

Los nuevos dilemas morales por consiguiente exigen nuevas formas de razonamiento, nuevos principios, nuevos enfoques, y tratamientos. Tal es el caso de conflictos que quedan englobados bajo el nombre de maternidad subrogada.

El problema de esterilidad principal causa de infelicidad, al no poder procrear un hijo promovió uno de los avances científicos más comentados y controversiales, nos referimos a la reproducción asistida que posibilita a las parejas que se encuentran impedidas de tener hijos logren tan anhelado deseo, rompiendo con ello la barrera natural. La fecundación in vitro con transferencia de embrión y la práctica de convenios de subrogación de vientre gestante son manifestaciones de la biotecnología.

La valoración legal, ética y social que trae consigo el hecho de que una mujer subroge sus derechos como madre, trae a nivel social problemáticas que implican conceptos bioéticas, sociológicos, psicológicos y por supuesto jurídicos

Desde las instituciones jurídicas romanas se denota como es fundamental dentro de la estructura social, todo lo relacionado con la familia, de allí la importancia de la descendencia para continuar con este legado económico y cultural.

Aunque los tiempos han cambiado y las concepciones de familia se han ido amoldando a la contemporaneidad, las necesidades psíquicas, fisiológicas y sociales de la descendencia son un hecho común en la mayoría de las culturas existentes en el planeta tierra.

Alteraciones en el aparato reproductor femenino y masculino que conllevan a patologías que producen infertilidad, así mismo estos factores que podemos denominar como ambientales junto con la desestructuración del ADN y ARN, generan a su vez enfermedades que complican severamente el normal ciclo de gestación del ser humano.

Fenómenos sociales como el consumo de sustancias controladas, que generan

dependencia y alteraciones en la alimentación, como anorexia y bulimia, también conllevan a las complicaciones en la concepción y desarrollo del cigoto y posterior embrión.

Otras de las modas de mayor auge en nuestros tiempos, incubados por los medios de comunicación son las mujeres con “síndrome de barbie”, que quieren un bebe como un accesorio, pero sin sacrificar su imagen.

Las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de fecundación asistida, no solo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino que esta puede realizarse sin la participación biológica-genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja.

Este fenómeno social, jurídico, bioética, medico y psicológico denominado subrogación de vientre materno, y definido como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurara como madre de este.

El interrogante de toda esta cuestión es si es una forma más de comercio, donde el útero de una mujer se pone en el mercado y tiene un precio, que dependerá de la demanda del mismo, relegando en este caso la posibilidad de la maternidad a la población carente de medios, o un hecho altruista donde el único interés es darle la posibilidad a una pareja de ser padres, cuando por imposibilidad medica, biológica, física no pueda ser madre.

## Desarrollo

Etimológicamente, maternidad proviene de materno, que significa Estado o cualidad de madre”. (Real Academia Española. Diccionario 1992, pag.1337).

Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende “la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, alimentarlos, etc.” (Casanova Martha. Ser mujer. La formación de la identidad femenina. Ed. Universidad Autónoma. Pago. 25)

Por lo cual bajo este concepto una madre nos solo es la que pare, sino la que cría, cuida y educa.

Podemos definir la maternidad desde cuatro puntos de vista:

- Etimológico: del latín mater/matris, que a su vez deriva de griego mater/matros, cuyo significado es madre.
- Gramatical: El diccionario de la Real Academia Española define maternidad como: “El estado o cualidad de madre” y madre como “hembra que ha parido.
- Biológico: es la que se sustenta en una maternidad cierta, presentada por el hecho del parto y la identidad del descendiente.
- Jurídico: forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores.

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

- a) Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento d ellos deberes que implica la maternidad.
- b) Maternidad genética: es la de quien se convierte en donante de ovulo.
- c) Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un ovulo donado.
- d) Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos. (Moran de

Vicenzi, Claudia “El concepto de filiación en la fecundación artificial” Universidad de Piura y Ara Ed. Pág. 191.

En la actualidad debido a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida nos encontramos ante un nuevo sentido de la paternidad.

En su concepto tradicional referíamos al concepto de “padre”- progenitor aquel que aporto sus gametos, su dotación genética a través de las relación sexual, fundamentando la filiación por naturaleza. Era por lo tanto impensable otro tipo de filiación que esta o la adoptiva.

Con las técnicas de reproducción humana asistida, permite que no siempre quien da a luz coincida con quien aporta su material genético, como no siempre el marido o compañero de quien gesta el hijo sea el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo.

Por esto es necesaria una redefinición del concepto de paternidad cuando intervienen técnicas de reproducción asistida.

Definiremos a la reproducción humana, como el proceso natural mediante el cual una pareja heterosexual decide procrear, consiste en la fecundación interna y su éxito depende de la acción coordinada de las hormonas, del sistema nervioso y el sistema reproductivo.

En muchos casos la naturaleza es el impedimento para que dicha reproducción se pueda llevar a cabo de forma natural y es en ese momento donde interviene la mano del hombre

A través de los tiempos la genética ha avanzado por las dificultades que impone el cuerpo humano, pese a ello el derecho se ve estancado en cuanto a las relaciones que debe dirimir respecto de esos avances.

Las técnicas de reproducción asistida también llamadas de fecundación artificial, fueron concebidas y desarrolladas para dar solución a problemas de esterilidad que afectan hoy en día a numerosas parejas en edad reproductiva.

Los centros en los que se dispone de estas técnicas han proliferado tanto en los países desarrollados como en los no desarrollados para satisfacer la demanda.

## MARCO HISTORICO

Cuando nos referimos a la reproducción asistida muchas veces vemos que se trata al tema como un sinónimo de fertilización in vitro, pero la amplia gama de técnicas utilizadas en la búsqueda de descendencia, nos obliga a remontarnos en la historia humana para analizar el porqué de la importancia de la progenie y los efectos sociales, psicológicos y jurídicos que este tema involucra.

Desde tiempos remotos la infertilidad fue considerada como base del deshonor y la pérdida del patrimonio familiar, por tanto el hecho de tener descendencia era de vital importancia.

Se podría pensar que la utilización de este procedimiento es reciente y novedosa porque no se cuenta con datos históricos predominantes que hagan referencia a la reproducción asistida antes de nuestra era. Pero es cierto que desde los albores de la humanidad, la procreación era de carácter primordial en todas las culturas existentes, es en textos bíblicos donde se encuentra la primera referencia histórica de la práctica reproductiva denominada maternidad subrogada.

El primer dato histórico

***“Y vio Jehová que Lea era aborrecida y abrió su matriz: pero era estéril”.***

1) Y viendo Rachel que no daba hijos, y dijo a Jacob tuvo envidia de su hermana y dijo a Jacob: dame hijos, o si no me muero

2) Y ella dijo he aquí mi sierva Bilha entra a ella y parirá sobre mis rodillas y yo también tendré hijos de ella. (Génesis Cap. 30 de la Biblia, Antiguo Testamento).

Este pasaje bíblico marca algunos aspectos históricos de la vida cotidiana en la época y demuestra claramente la importancia de preservar la especie a través de la procreación.

Menciona como Rachel, la mujer de Jacob es estéril y busca ser madre utilizando una mujer sustituta, primeros datos relevantes acerca de la reproducción asistida, utilizando el método que hoy se denomina “maternidad subrogada”.

LA MATERNIDAD COMO CONSTRUCCION DEL PATRIARCADO



Por patriarcado se entiende a la organización jerárquica masculina de la sociedad, y aunque su base legal institucional aparece de manera mucho más explícita en el pasado, las relaciones básicas de poder han permanecido intactas hasta nuestros días. Las raíces del patriarcado se encuentran ya manifiestas a través de la fuerza y el control masculino en los propios roles reproductivos de la mujer.

A lo largo de este proceso histórico patriarcal. Se han expropiado a las mujeres de su derecho de propiedad sobre la maternidad y sobre la sexualidad en general. Como hemos dicho previamente el patriarcado ejerce el poder sobre las mujeres, al reducirlas y limitarlas a cumplir el rol reproductivo.

De este modo, la relación primaria e indispensable entre la mujer y lo que crece o ha crecido en su seno no es suficiente para calificar este vínculo de maternidad en el sentido sociocultural de la palabra.

## LA MADRE EN LA MITOLOGÍA Y CULTURA GRIEGA

Deméter, diosa de las cosechas, representa la maternidad. Su cualidad es la generosidad que encuentra satisfacción en el cuidado y nutrición de otros. Ella estimula, hace crecer, acompaña procesos para reconocer y desplegar recursos de otros y propios.

Los griegos integran a su religión a las diosas célibes pre helénicas (periodo matriarcal) asociando sus cualidades a la madre y dejan disociada la parte menos integrada al patriarcado, que representa la diosa Afrodita, diosa del amor, la belleza y la sensualidad.

Por otra parte los griegos transforman la visión original de la procreación sosteniendo que el padre quien engendra, mientras que la madre solo cumple una función de nodriza del germen depositado en sus entrañas. (Boudoir, 1970, pag.106)

## LA MADRE JUDEO CRISTIANA.

La teología cristiana con sus raíces en el judaísmo tiene profundas consecuencias en la historia de la mujer. Las primeras provienen del Génesis que

muestra una imagen de Eva susceptible a la tentación y culpable de la desventura de Adán. La mujer de Antiguo Testamento, es hueca, débil y caprichosa. En el siglo IV, con la influencia de San Agustín, la mujer es vista como un símbolo del mal, “una bestia que no es ni firme ni estable, llena de odio, que alimenta la locura...fuente de todas las disputas, querellas e inequidades” ( Badinter,1981, pag.11)

## LA MADRE DE LA EDAD MEDIA

El discurso en torno a la maternidad está dominado por los aspectos más fisiológicos de la función, procreación, gestación, parto y amamantamiento, reafirmando para la madre la función puramente nutritiva, que la naturaleza le ha asignado visiblemente. La obligación primera de la mujer respecto de la prole es la de “engendrar hijos de modo continuado y hasta la muerte”.

La esterilidad es vivida como condenación y como punto de ruptura de la unión de la pareja.

## LA MADRE DE LA ERA ROMANTICA

Entre los siglos XVII y XVIII Rousseau que contribuye a inspirar el movimiento romántico de la Revolución Francesa (1789), señala a la maternidad como un objetivo central en la vida de las mujeres, apoyando teorías biológicas de la maternidad como instintiva. El nuevo concepto de inocencia infantil, permite cambiar hábitos (ropas especiales, juguetes, lactancia materna, negativa a azotarlos, abandono de las fajas). Sin embargo muchas veces el cariño está mezclado con agresión y miedo. La moral puritana de la cultura inglesa transmite la idea que los niños necesitan ser “redimidos”, “reformados” por una estricta disciplina de castigos, instrucción religiosa y participación de la vida laboral.

Los criterios de crianza son responsabilidad de los padres, la Iglesia y la comunidad, no de las madres. Las esposas son valoradas por su fertilidad, no por su capacidad para criar niños.

El trabajo a sueldo va reemplazando a la agricultura como forma de vida y los hombres se asocian a la vida pública, mientras que las mujeres permanecen en el

dominio privado del hogar. Es en este momento cuando la mujer como responsable del mundo privado queda a cargo de la crianza de los niños y de proveer los cuidados médicos de la familia.

## LA MADRE DE LA ERA MODERNA

La maternidad intensiva, como compromiso que requiere dedicación total, gran inversión de energía y recursos, conocimiento, capacidad de amor, vigilancia de su propio comportamiento y subordinación de los propios deseos. Es una tarea de sacrificio pero al mismo tiempo su realización es su recompensa.

La atención explícita del carácter moral del niño, va ampliándose a una dedicación a su desarrollo físico, emotivo, cognitivo, y conductual. Las teorías psicoanalíticas, del desarrollo y del apego son una expresión de esa cultura. La tarea de las madres es ahora atender a cada hijo como individuo, estar atenta a su estado de desarrollo, ser objetiva y reflexiva para responder a sus necesidades.

Estos planteamientos contribuyen a dar relevancia a la madre en el desarrollo sano del hijo.

## EN LA ERA POSTMODERNA

En este contexto se desenvuelve la madre postmoderna, con nuevos parámetros de evaluación, nuevas formas de participar en el juego social que generan nuevos vocabularios (coordinadora, acuerdo, movimiento social, redes, mesa de diálogo, reconciliación), la maternidad queda menos señalada como única condición definitoria de la mujer y de su valor como persona.

Langer establece una diferencia fundamental entre la posición femenina y la masculina frente al deseo de tener hijos, el ideal de toda mujer, aun de aquella que declara manifiestamente no querer ser madre, es la de concebir. El deseo de tener hijos es innato en su caso, mientras en el hombre no posee instintos paternales y su anhelo de descendencia no es más que un rasgo puramente psicológico. (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm>).

## ORIGEN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Los pueblos babilónicos y arabicos hallaron en los vegetales el método de reproducción sin copula, ya que logaron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles.

### EXPERIMENTACION CON ANIMALES

A mediados del siglo XIII, los pueblos árabes practicaban métodos artificiales de fecundación con el propósito de mejorar genéticamente sus caballos.

En 1870 el biólogo y sacerdote italiano Lazari Spanello realizo exitosamente la fecundación de una perra con el producto obtenido de un sabueso destruyendo la teoría de “aura seminales”, es decir que el simple espermatozoide representa el principio de la vida, al evidenciar que era imposible generar gestación alguna sin el contacto directo entre los géneros masculino y femenino.

Un antecedente más revelador se registro en el año 1930, cuando el zoólogo británico, Gregory Picus, logro la activación artificial de un ovulo no fecundado con una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre.

En 1997 el doctor Ian Wilmet, del Instituto Roslein de Edimburgo, Escocia, logro el nacimiento de la oveja “Dolly”, el primer mamífero que se tiene noticia, producto de una clonación. ([www.portaley.com/biotecnologia/bio5.shtml](http://www.portaley.com/biotecnologia/bio5.shtml)).

### GENERO HUMANO

A finales del siglo XV, un galeno español lleva a cabo un procedimiento inseminatorio, en la reina doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV “el impotente”, auxiliado con una cánula de oro y espermatozoide del monarca.

([www.revistaentremedicos.com/articulophp9](http://www.revistaentremedicos.com/articulophp9)).

El cirujano inglés John Hemter en 1799, consigue la primer inseminación de una mujer con material genético de un donante.

Ya en un contexto científico debe evocarse el ensayo que, a mediados del siglo pasado se realizó en la universidad de Bolonia, el biólogo Daniel Petrucci, quien logró el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante 60 días en un tubo de ensayo.

El primer ser humano concebido fuera del útero materno “Louise Brown”.

En 1978 Louise Brown nació en Inglaterra en Olshom Hospital de Gran Bretaña, fruto del esfuerzo de los médicos Patrick Steptoe y Robert Edwards.

Los padres habían intentado durante años tener un hijo pero una obstrucción en las trompas de Falopio le impidió ser madre.

Louis Brown nació sano, con un peso de 3000 g, pero su venida al mundo generó una gran polémica.

El equipo médico que fertilizó a la madre de Louise fue objeto de críticas por falta de “ética” y visto con gran escepticismo. ( [abcnews.go.com health](http://abcnews.go.com/health))

## CONCEPTOS SOBRE FERTILIDAD Y REPRODUCCION ASISTIDA

Las investigaciones científicas en pruebas de laboratorio demuestran que el ser humano de 10 acoplamientos tiene de 8 a 9 efectivos, o sea, de 100 parejas que desean tener un hijo, 10 a 15 no lo consiguen en el periodo reproductivo y el 5% por mucho que lo intente, jamás logrará un embarazo. Los primeros son infértiles, los segundos estériles.

Las parejas que no pueden tener hijos son muchas veces a causa de los siguientes factores, enfermedades de transmisión sexual, cirugías en el aparato reproductor, uso de anticonceptivos, vasectomías, legaduras tobarías, consumo de alcohol, tabaco, drogas y determinados medicamentos que afectan la salud física de la futura madre. (Williams obstetricia. Ed. Panamericano. Pág. 847).

## CAUSAS DE INFERTILIDAD

### MASCULINA

Entre las diferentes clases de infertilidad masculina tenemos:

- Impotencia coeundi, es la incapacidad de realizar el coito.
- Oligospermia, eyaculación insuficiente de espermatozoides
- Azoospermia, incapacidad de producir gametos
- Astenospermia, presencia mayoritaria de espermatozoide poco móvil.
- Taratospermia, espermatozoides portadores de importantes anomalías morfológicas por lo cual no logran romper las capas del ovulo o espermatozoide muerto.
- Anomalías testiculares, atrofia, malformaciones, descenso incompleto de los mismos del escroto, alteraciones en los canales seminíferos, tumores testiculares.
- Emasculación, eliminación quirúrgica de los testículos y el pene. (Guía clínica sobre infertilidad masculina. G.R Dohle, Z Kopa. Europa Association of Urology 2010)

### FEMENINA

- Endocrinas, como los defectos en el sistema neuro hormonal, la diabetes el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales.
- Proceso toxico infeccioso, como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, las misteriosas y las hemoglobinopatías.
- Uterinas, como malformaciones, tumores, incompetencia ístmico-cervical, hipoplasia uterina, endometritis y sinequias.
- Inmunológica, dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoinplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, se produzcan abortos o en el peor de los casos enfermedades en el recién nacido.

Cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y en las desgracias extremas, cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del ovulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética, hija de la necesidad. (Infertilidad femenina: dificultades para concebir [http://español.pregnancy-info.net/infertilidad\\_femenina.html](http://español.pregnancy-info.net/infertilidad_femenina.html)).

## REPRODUCCION ASISTIDA

La reproducción asistida posibilita la unión de los gametos masculino y femenino que por diferentes causas no pueden ser capaces de dar origen a un nuevo ser, esta situación demuestra que no se está alterando la creación, por lo que se considera que no existen connotaciones religiosas y morales.

La reproducción asistida o procreación artificial, es un procedimiento de manipulación, que consiste en crear una persona de modo artificial. Es decir, dar vida a un ser humano sin la necesidad de realizar el acto copulatorio. A su vez la procreación, puede ser homóloga y heteróloga.

### CLASIFICACION DE LA REPRODUCCION ASISTIDA

Una de las técnicas más antiguas y más simples es la inseminación artificial. Este procedimiento reemplaza la relación sexual en la pareja como medio para lograr el embarazo se utiliza, especialmente para superar algunos casos leves de infertilidad masculina y femenina. La inseminación artificial se puede lograr con el espermatozoides de la pareja (homóloga) o con el de un donante (heteróloga).

Una posibilidad que se presenta con esta técnica es la posibilidad de embarazos múltiples. Antes de inseminar a la paciente se dan drogas para estimular la ovulación, lo que generaría la posibilidad de superovulación...Si bien este problema no es

privativo de la inseminación artificial, es justamente con estas técnicas más simples (con menor sofisticación técnica), podría ser objeto de descuidos o monitoreos insuficientes. Además como la fecundación se produce naturalmente resulta más difícil de controlar, que por ejemplo la fecundación in vitro, en la cual se puede decidir, directamente transferir un número determinado de embriones (que en algunos casos, puede ser solo uno).

En el caso de inseminación con donante, se plantea el problema de la realización de estudios de antecedentes hereditarios, familiares una historia clínica donde consta el coeficiente intelectual. En países como Estados Unidos el receptor, teniendo en cuenta estos datos efectúa la selección del donante, en otros como la Argentina, la selección la hace el equipo de salud, respetando el grupo sanguíneo, y características fenotípicas de la pareja.

## FERTILIZACION IN VITRO

Otro tipo de técnica más sofisticada es la fecundación in vitro. Una primera opción es la transferencia de óvulos frescos fecundados. La técnica consiste en la extracción de óvulos de la mujer. El procedimiento de aspiración de gametos femeninos (óvulos) requiere un monitoreo cuidadoso del ciclo de inducción en el cual la mujer recibe las drogas de estimulación, un procedimiento quirúrgico para aspirar los óvulos (laparoscopia), hoy en día reemplazada por una aspiración transvaginal bajo control ecográfico.

Una vez obtenidos los óvulos se los pone en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio, y a esta solución se le agrega el esperma. El ovulo fertilizado puede examinarse durante un par de días mientras se divide celularmente, para después introducirlo por la vagina en el útero. Cuando el embrión se implanta en la pared uterina, hay embarazo. De esta manera la tecnología logra superar, por ejemplo el bloqueo de las trompas uterinas, que impedían que el esperma llegara al ovulo.

Una de las primeras críticas que se dirigieron contra esta técnica apuntaba a sus efectos, se cuestionaba si el uso de este método podía traer malformaciones en el



niño o problemas de salud en la mujer. Con respecto a los efectos en el niño, este tipo de objeciones ha sido rebatida por la experiencia, dado que el porcentaje de bebés que nacen con anomalías es un 3% (el mismo porcentaje de anomalías en bebés concebidos naturalmente).

Una segunda opción es la transferencia de óvulos fecundados congelados. En este caso la técnica anterior se complementa con otro procedimiento: el congelamiento (criopreservación) de embriones no transferidos. En este caso este tema plantea problemas morales si se acepta que el embrión es una persona. Si se considera su status moral como una persona potencial, o simplemente un conjunto de células, estos merecerían respeto pero no se les puede atribuir derechos.

Otro problema que se plantea como se debe tratar al embrión sobrante, esto sucede cuando se logra el o los embarazos y quedaron embriones criopreservados. Las opciones pueden variar desde donarlos, ya sea a otras parejas infértiles o donarlos para investigación o eventualmente descartarlos.

Con esta técnica también existe el riesgo de embarazos múltiples, esto sucede cuando se transfiere un número excesivo de embriones. En Estados Unidos se privilegia el éxito en el logro de embarazos y para ello sostiene la política de transferir alrededor de cuatro embriones por ciclo, obtiene con ello el altísimo índice del 38% de embarazos múltiples, esto en contraposición es visto muy mal por los especialistas europeos. Ellos abogan por la transferencia de uno a lo sumo dos embriones. Los países nórdicos respaldan la transferencia de un único embrión.

Una última cuestión relacionada con este procedimiento es que brinda la posibilidad de hacer un diagnóstico genético pre-implantatorio, el cual permite detectar las anomalías y malformaciones en los embriones que se implantarán.

Este tipo de diagnóstico también ha sido cuestionado como eugenésico, dado que implica una forma de selección. Si se adopta la distinción entre fines eugenésicos y fines terapéuticos, vemos que puede ser aceptable éticamente transferir un embrión de determinado sexo, para evitar que herede una enfermedad genética (ej.: distrofia muscular, que se hereda en varones pero no en mujeres), mientras que no lo es si se elige el sexo por capricho o porque se considera que determinado sexo es mejor que el otro.

La fertilización in vitro, al igual que la inseminación artificial puede conseguirse

con gametos conyugales y de dador y/o dadora, así como con embriones bien producto de la unión de los gametos de la pareja, o bien de terceros ajenos al matrimonio.

Así mismo pueden implantarse en la esposa, en la mujer sola, en una mujer de varias generaciones anteriores posteriores, en parejas más o menos estables, formada por mujer y hombre u homosexuales.

La fertilización in vitro también es conocida como fecundación artificial, extracorpórea, o “bebe probeta”, es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del ovulo de la madre fuera de su cuerpo con el esperma del padre, consiste en reproducir con técnicas de laboratorio el proceso de fundación que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio.

Esta técnica está íntimamente ligada con lo que sería la transferencia de embriones (TE), pues una vez obtenido el ovulo fecundado, se le conserva en un medio de cultivo para verificar su viabilidad y su correcta división, una vez logrado esto, se le traslada a la cavidad uterina para su posterior desarrollo, se requiere para su aplicación, un útero normal y al menos un ovario que funcione para poder obtener los óvulos, así como una muestra espermática aceptable. ([www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm](http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm))

La transferencia intratubaria (GIFT) consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en la trompas de la mujer estéril, siempre cuando la permeabilidad de estas no esté afectada, propiciando el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como transporte y nidación siguen los parámetros normales.

La transferencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT) es la mezcla entre el GIFT y el FIV, ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados. ([www.reproduccion.com.mx/gift.html](http://www.reproduccion.com.mx/gift.html)).

## INYECCION INTRACITOPLASMATICA DEL ESPERMATOZOIDE

Una técnica semejante a la fertilización in vitro en la cual la fertilización del ovulo se

realiza extra corporalmente es la inyección intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI). La diferencia de esta técnica con FIV se da en la fertilización del ovulo. Esta técnica data de 1986, se selecciona un solo espermatozoide por ovulo, se lo carga en una aguja especial y se lo inyecta adentro del ovulo mediante micro manipuladores. Una vez fertilizado el ovulo se procede en forma similar a la fertilización in vitro.

Esta técnica se utiliza cuando hay severos problemas en los espermatozoides. Se piensa que algunos motivos están relacionados con el stress, contaminantes ambientales, consumo de tabaco.

Los casos en los que resulta problemático, es cuando el semen del varón presenta ausencia de espermatozoides (azoospermia) o la muerte de los espermatozoides en el eyaculado (necrozoospermia). Para recuperar espermatozoides vivos se hace una punción epididimaria o del testículo para recuperar espermatozoides inmaduros pero vivos. Las técnicas que datan de los últimos 10 años en los centros en Argentina se llaman respectivamente MESA y TESE. (Boletín informativo disponible en <http://www.fecunditas.com.ar>, acceso en noviembre 2007).

El problema que surge es que no se sabe con certeza por que no existen espermatozoides o estos son anómalos. La no producción o muerte de los mismos está asociada, en algunas ocasiones, a ciertas enfermedades, esto es, existen riesgos de transmitir a la descendencia ciertas afecciones severas. A pesar de esto se efectúa esta técnica y cuando hay riesgo de enfermedades genéticas, se le sugiere a la pareja que realice un diagnóstico genético pre implante torio, aunque se sabe que solo brinda cierta información parcial respecto a alguna enfermedades.

Algunas enfermedades genéticas están asociadas a estereogramas "anormales", por tanto existe un 50% de posibilidad de que esas enfermedades transmitidas a la descendencia. (Reproducción asistida, género y derechos humanos en América latina. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Pag41, 46)

## RIESGOS DE PROCEDIMIENTOS MEDICOS

### A) SINDROME DE HIPERESTIMULACION OVARICA

Consiste en el aumento del volumen ovárico, el cual va acompañado de sobreproducción de hormonas producidas por los mismos.

Puede generar síntomas como náuseas, vómitos, dolor abdominal y disnea. Hay un riesgo alto que se produzcan con pacientes menores de 35 años, el riesgo disminuye con pacientes mayores a esa edad.

## B) SANGRADO O INFECCION PELVIANA.

La aspiración folicular puede generar sangrado a nivel vaginal o una enfermedad pélvica inflamatoria (EPI).

El sangrado a nivel vaginal suele parar espontáneamente tan pronto como el procedimiento termina, si no es así, se deberá identificar el sitio de sangrado y hacer presión o mediante un sponge fórceps, o sutura.

La inflamación pélvica no es muy frecuente, pero si llega a suceder, puede terminar en un fracaso de la aplicación de la técnica de reproducción. Si la infección ocurre antes de la transferencia embrionaria, podrá recurrirse a crío preservación, hasta que cese la infección. Si ocurre con posterioridad, será necesario recurrir al uso de antibióticos para evitar el fracaso del procedimiento.

## C) EMBARAZO MULTIPLE

Al aplicar técnicas de reproducción asistida las probabilidades de embarazo múltiple aumentan.

Según estadísticas recientes un 25% de los embarazos logrados mediante transferencia de tres embriones termina en gestación de mellizos y en el mismo caso, un 5% con gestación de trillizos.

Los embarazos múltiples se producen tanto en la fertilización in vitro como en la inseminación artificial. En la primera la causa es la transferencia de un número plural de embriones y en la segunda la causa es la inducción de la ovulación, teniendo en cuenta que la fertilización se producirá de manera corporal.

Los riesgos que se generan por un embarazo múltiple son grandes ya que es aceptado que el cuerpo femenino está diseñado para albergar un solo embrión.

Como resultado de la limitada capacidad uterina, puede producirse una reducción del número de embriones, es decir que uno de ellos desaparezca ( vanishing twin síndrome), esto sucede en 1 de 7 embarazos provocados por una técnica de reproducción asistida.

Con miras de evitar los embarazos múltiples, se debe realizar un adecuado control del comportamiento folicular como consecuencia de la estimulación ovárica, así como establecer métodos de crío preservación de embriones y gametos.

## POR QUE ACUDIR A UN METODO DE REPRODUCCION ASISTIDA PUDIENDO ADOPTAR

Si tomamos en cuenta que la adopción es una forma de satisfacer el ansia de maternidad y paternidad, además que a través de ella se da a un niño la oportunidad de tener familia, mejorando sus condiciones de vida.

Todo parece indicar que, efectivamente la sociedad no está dispuesta a olvidar las diferencias existentes entre el vinculo biológico y el adoptivo, porque este ultimo conlleva el estigma de la esterilidad en la mayoría de los casos.

Se olvida, además en el discurso fraternal, como panacea de la esterilidad, no constituye una solución mágica a disposición de la pareja, condicionada exclusivamente a su decisión. Las condiciones legales relativas a la edad, la solvencia económica y la capacidad moral, cuentan definitivamente. El costo de la asesoría jurídica y lo problemático de los trámites administrativos y judiciales constituyen, a su vez, un nuevo obstáculo que discrimina injustamente por su referencia a cuestiones económicas, a individuos que sufren la misma necesidad.

Pero aunque la parentalidad adoptiva fuese bien recibida por la sociedad, y los trámites para asumirla fuesen verdaderamente expeditivos, la tendencia a la vinculación genética con otro ser humano seguirá siendo una obsesión, capaz de alterar la estabilidad psíquica de muchos hombres o, por lo menos su autoestima.

La adopción puede cubrir la soledad de una pareja, darle la posibilidad de trascender a través de la socialización personalizada del niño, al tiempo que se protege al

indefenso, pero no borrara jamás, ese sentimiento de pérdida, y frustración, que ha marcado desde siempre a tantos seres humanos, a causa del estigma de la esterilidad. (Aspectos jurídicos en las técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia 2001).

Las motivaciones por las cuales una pareja decida contratar los servicios de otra mujer para que lleve adelante la gestación de un niño, puede esgrimirse en la mayoría de los casos, en la imposibilidad física de la mujer que contrata para llevar a término el embarazo o soportar el parto.

A veces, quienes recurren a esta técnica, experimentan sus deseos de ser madres pero no están dispuestas a soportar los trastornos que el término de un embarazo acarrearía en sus actividades profesionales simplemente no desean padecer las transformaciones físicas producidas temporaria o permanentemente a raíz de la gestación.

Por otro lado, se encuentran quienes están dispuestas a ofrecer su útero para esta tarea, algunas lo harán por un factor netamente económico, otras en cambio solo albergan un fin altruista, similar a la de una donación de órganos o intentar paliar la culpa acaecida como consecuencia de la práctica de un aborto.

Asimismo existen supuestos en los cuales, es un familiar cercano (hermana, cuñada, prima), quienes deciden prestarle este servicio a su pariente.

Otra cuestión de especial importancia, se plantea en el ámbito social en razón de la situación socio-política dentro de la cual el alquiler de vientre se desarrolla. Si observamos el contexto histórico de esta práctica, comprobaremos que las mismas, no siempre se llevan a cabo solo por la motivación altruista, sino que por el contrario, en muchos casos la mujer que cede su útero recibe una contraprestación de dinero, además de los cuidados y gastos de manutención durante el embarazo.

Lo cierto es que cualquiera sean los motivos que impulsan a las parejas a tomar esta decisión, aproximadamente hace mas de 30 años que se viene practicando esta forma de reproducción asistida, y son muchas las instituciones encargadas de realizar todo el procedimiento para el efecto. Muchos de estos centros realizan la actividad en forma ilícita, pero algunos de estos centros cuentan con una normativa básica que permite el procedimiento.

Cabe resaltar que el tratamiento de esta solución es integral como se evidencia en los

procedimientos expuestos por los centros más importantes radicados en los Estados Unidos de Norte América.

## DERECHO A TENER UN HIJO

Recibimos cierta influencia de la vieja cultura latina y del derecho romano en la civilización del siglo XX, y especialmente, en el llamado “derecho al hijo” invocado como justificación para acceder a las técnicas de procreación asistida, que en el argumento principal que sostiene “el derecho de los padres a la fecundación” es fundamentalmente genético, no se trata del derecho “ a tener un hijo” en sentido amplio, jurídico y/o psicológico (que podría satisfacerse mediante la adopción), sino de un hijo “propio”, entendiéndose por tal al que posea los cromosomas de los padres, o al menos de uno de ellos.

Para los antiguos la función materna en la concepción se reducía a la aportación del recipiente idóneo para llevar a cabo la gestación, el útero cumplía esa función de albergar el contenido de la sustancia biológica, el semen era el único principio activo portador del sanguis, de allí que la madre “porta, pero no aporta”. En la sociedad moderna, dicha imagen ha cambiado y se conoce la aportación genética de las mujeres.

De ello deriva el hecho de no considerar como función primordial femenina la gestación, y por ello el derecho de poder gestar hijos fuera de su quetro. También han sido transformados los paradigmas que regían las relaciones entre padres e hijos. En la antigüedad, la autoridad paterna reconocía un derecho de vida y muerte sobre sus descendientes; la institución de la adopción se basaba fundamentalmente en la necesidad de dar “hijos” a los efectos de continuar el culto familiar.

Nuestra realidad social, ha virado el eje de tal perspectiva, hoy se perfila como primordial el interés superior del menor, plasmado como estructura fundamental que ha de imperar como principio básico de toda legislación al respecto. En este sentido La Convención Americana sobre Derechos Humanos se constituye en modelo esencial que reconoce la protección de la vida desde la concepción. En consonancia con esta premisa, la Convención sobre los Derechos del Niño hace hincapié, en su

preámbulo, en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. ([www.unesco.org/education/pdf/34-72-s.pdf](http://www.unesco.org/education/pdf/34-72-s.pdf))

Si aceptamos la postura que propugna asimilar la concepción, es decir, interpretando que a partir del intercambio cromosómico que posibilita la creación de un código genético único y diferente se genera un nuevo ser, concluimos en categorizar y reconocer a la persona por nacer como sujeto de derecho. En base a estas consideraciones, la vida será protegida desde el momento de la concepción, sin importar si esta se ha llevado a cabo en el seno materno o fuera del mismo.

Corolario de esta postura, resulta el reconocimiento de un conjunto de derechos

Que conforman la dignidad humana, a la identidad genética, a la propiedad de la patria genética, a la determinación de la paternidad y maternidad, a no ser discriminada por no nacido o por enfermo y a la integridad personal, a nacer en el propio tiempo y lugar en el que fue gestado.

El derecho que toda persona tiene de reclamar el respeto de sus semejantes a causa de su condición humana (dignidad), constituye aplicándolo a la maternidad subrogada, la prerrogativa de ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres. El mero hecho de la mancipación del sujeto, transformándolo en cosa resulta en detrimento del desarrollo de su personalidad, preestableciéndolo como objeto de un contrato, organizando arbitrariamente en tiempo y lugar en los que debe nacer (supuesto de congelamiento del embrión que luego será implantado en la madre sustituta), todas estas alternativas que produce la ciencia, influirán, sin duda, en el desarrollo psicoemocional de la personalidad y en el derecho a conocer la propia identidad.

La libertad del ser ha sido avasallada desde el comienzo de la vida del sujeto mediante la utilización de técnicas que devienen en “un modelo para armar”, padres biológicos, madre portadora y padres del “deseo”.

TEORIAS SOBRE LA PROTECCION DE LA VIDA A PARTIR DE SU



## DESARROLLO

### TEORIA DE LA FECUNDACION O DE LA FORMACION DEL GENOTIPO

Algunos autores argumentan el pleno status del ser humano para el embrión desde el inicio mismo de su proceso evolutivo, repudiando toda maniobra directa o indirecta que concluya con su destrucción, al demostrar que una vez penetrado el ovulo por el espermatozoide surge una nueva vida, distinta de la de sus progenitores, titular de un patrimonio genético único, inédito y hasta ahora irrepetible.

Y que a partir de ese principio, se inicia un proceso uniforme, auto gobernado por el propio embrión, la certeza de que tal formación vital posee calidad de ser humano recibe el nombre de “teoría de la fecundación” o “formación del genotipo”.

Dentro de esta corriente hay quienes sostienen que se trata de una persona en potencia y que precisamente, de tal potencialidad deriva su inviolabilidad, en tanto otro grupo afirma que ya es persona en acto, puesto que durante el desarrollo solo completa sus potencialidades, presentes desde el inicio.

Esta teoría suscita dos objeciones, una estrictamente biológica, obedece a que se presenta como un instante lo que en realidad es un proceso, que tratándose de una fecundación in vitro dura entre 10 y 25 horas. La unión de los gametos se inicia efectivamente con la entrada de la cabeza del espermatozoide en el citoplasma del ovulo, pero no se puede estimar hasta que no se realiza la función de los pro núcleos de ambas células, desarrollo complejo y temporalmente mensurable. Esto conduciría a reformular el cuestionamiento para definir en qué momento exacto se estima que ya existe un nuevo ser.

En segundo término se plantea un problema semántico, en efecto la discusión entre los adherentes a esta teoría y sus detractores parece centrarse en dilucidar si el cigoto es o no un ser humano. (Soto Lamadrid, Biogenética, Filiación y Delito, La Fecundación Artificial y la Experimentación genética, Buenos Aires Astrea, 1990, pag545)

## TEORIA DE LA ANIDACION.

La misma parte de la comprobación de la existencia de gemelos monocigóticos, quienes comparten un mismo genotipo y cuya separación habitualmente sucede en el momento de la implantación, conforme a los impulsores de esta teoría, recién podemos hablar de un ser humano cuando presenta las características de unicidad (ser único) y de unidad (ser uno solo), hasta que no haya pasado la segmentación no estaremos en condiciones de reconocer como persona al ser en formación.

Antes de la segmentación el ser viviente es único y es uno solo, simplemente tiene la característica de poder dividirse, hasta determinado estadio de su evolución, bajo determinados estímulos. En caso de que esta división excepcional se produzca estaremos frente a dos o tres individuos, cada uno de los cuales, a su vez será único y uno solo.

Hasta que no se haya verificado la anidación, no es posible constatar fehacientemente signos de embarazo en el organismo de la mujer, consecuencia lógica, de ello resulta afirmar que hasta que no se completa la fijación no hay embarazo, tal y como lo sostiene la Sociedad Alemana de Ginecología.

Una vez producida la implantación el porcentaje de pérdidas se reduce a un máximo del 20%. La "prolijidad de la naturaleza" en los primeros estadios explica el hecho de que muchos científicos y filósofos no admitan que la vida humana, esto es, la personalidad, sea dada por una probabilidad tan disminuida de llegar alguna vez al pleno desarrollo y a la vida personal consciente.

Esta hipótesis de la selección natural coincide con los últimos avances de la ciencia que sostiene que un alto porcentaje de los embriones abortados en este periodo presentan anomalías significativas.

En el estado actual de la ciencia parece un tanto riesgoso equiparar la implantación, que indudablemente implica el comienzo del embarazo, con el inicio de la vida humana, ya que caracterizando el bien jurídico se deja totalmente desprotegidos a los óvulos fecundados in vitro, sea cual fuere el estado de evolución que los mismos

hayan alcanzado.

Ello sin dejar de reconocer que, vinculada a la problemática del aborto, o planteado de otra forma, a la protección del embrión en el interior del cuerpo de la gestante, la teoría de la implantación tiene el atractivo accesorio de ofrecer una fecha relativamente determinable a partir de la cual operaría el amparo penal. ([www.usat.edu.pe/.../37-la-proteccion jurídica-desde-el-principio-de-la-vida](http://www.usat.edu.pe/.../37-la-proteccion-juridica-desde-el-principio-de-la-vida)).

## TEORIA DE LA FORMACION DE LOS RUDIMENTOS DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL.

Ha surgido una nueva hipótesis, que tiene básicamente en cuenta el momento en que se inicia la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central, ya que estima que este es el punto determinante en la ontogénesis del ser humano, la verdadera instancia diferenciadora.

En este momento aparecen los rasgos de la llamada línea primitiva o surco neural, estaríamos frente a un ser viviente, que, más allá de la composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana.

La actividad eléctrica del cerebro rudimentario, lo que será la corteza cerebral, que comienza a ser registrable a las 8 semanas de gestación, ha llevado a algunos adherentes a la teoría de la formación del sistema nervioso central a sostener que recién con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables puede estimarse que se ha iniciado la vida humana.

El principal promotor, el biólogo Jacques Monod, sostiene que al tratarse el hombre de un ser fundamentalmente consciente no se le puede refutar como tal hasta el cuarto mes de gestación, momento en el que se logra detectar mediante electroencefalograma la actividad del sistema nervioso central, directamente ligada a su posibilidad de poseer consciencia. (Soto Lamadrid, Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho, Buenos Aires, Astrea 1990, pág. 950).

## LOS DERECHOS DEL RECIEN NACIDO

## LA FILIACION

Cuando una pareja arrendataria aporta su material genético, la solución alcanzada parece la más correcta, ya que lo adecuado es considerar a dicha pareja padres jurídicos de la criatura y no la gestante.

Sin embargo esto no parece lo verdaderamente relevante. El aporte genético no debe por si solo ser la fuente de la filiación natural. En la arrendataria y en su pareja, cuando ambos proporcionan su ovulo y espermatozoides respectivamente concurre algo más distintivo todavía, ellos tienen la intención de engendrar, sin la voluntad nada habría ocurrido. Si lo planteamos de esta manera, la necesidad de recurrir a una donación de gametos. Al servicio de gestación, a una inseminación artificial, a una fertilización in vitro, etc., resulta accesorio.

Se presentan dos alternativas frente a alguna decisión:

- El criterio del origen del material genético
- El criterio relativo a quien presta el servicio de gestación.

La primera alternativa es la única que mira realmente al fondo del problema, ya que lo único que puede asegurar con mayores posibilidades el éxito que el niño tendrá el ambiente de amor y comprensión que le habilite para lograr su total y cabal desarrollo como persona, es la voluntad de procrear.

La segunda alternativa, es decir, el buscar a cualquier costo que la criatura tenga tanto una relación de paternidad como de maternidad conocida, no le asegura nada. Tan solo da seguridad al niño desde el punto de vista jurídico, el derecho a demandar alimentos.

La “*possessio filiationis*” es la situación jurídica en la que el hijo se encuentra establemente integrado y en la que se ha consolidado continua e ininterrumpidamente el *tractus*, impidiéndose que cualquiera pueda perturbar lesiva y extemporáneamente la efectiva socialización del hijo dentro del grupo familiar, al que no solo jurídica sino afectivamente se encuentra ligado.

Este debe ser un antecedente fundamental al momento de decidir las cuestiones de paternidad/maternidad que se deriven de la utilización de técnicas de reproducción asistida. ([Subrogación.cefam.com/aspectos-legales/](http://Subrogación.cefam.com/aspectos-legales/)).

## SUBROGACION MATERNA

### DEFINICIONES

#### SER HUMANO

Según el diccionario de la real academia española el vocablo “se” significa “esencia o naturaleza”, y en una aceptación posterior, cualquier cosa creada, especialmente las dotadas de vida. Con este alcance ninguna duda cabe que el cigoto desde sus primeros instantes, es un ser humano, su esencia, su naturaleza, corresponde con la raza humana, y es una “cosa dotada de vida”. El cigoto es material celular humano vivo, merece reconocimiento y protección jurídica por lo que es y lo que va a ser.

#### GESTACION

Se denomina gestación, embarazo o gravidez (del latín gravitas) al periodo de tiempo que transcurre entre la fecundación del ovulo por el espermatozoide y el momento del parto. Comprende todos los procesos fisiológicos de crecimiento y desarrollo del feto en el interior del útero materno, así como los importantes cambios fisiológicos, metabólicos e incluso morfológicos, que se producen la mujer encaminados a proteger, nutrir y permitir el desarrollo del feto, como la interrupción de los ciclos menstruales o el aumento del tamaño de las mamas para preparar la lactancia.

En la especie humana las gestaciones suelen ser únicas, aunque pueden producirse embarazos múltiples. Las aplicaciones de técnicas de reproducción asistida están haciendo aumentar la incidencia de embarazos múltiples en los países desarrollados. El embarazo humano dura unas 40 semanas desde el primer día de la última menstruación o 38 desde la fecundación (aproximadamente unos 9 meses). El primer trimestre es el momento de mayor riesgo de aborto espontáneo; el inicio del cual puede sobrevivir extra útero sin soporte médico.

## MATERNIDAD

La ciencia médica, define a la maternidad como “la relación que se establece por la procedencia del ovulo a partir de la madre”.

Según la Real Academia de la Lengua Española la maternidad representa al estado o calidad de madre. Hembra que ha parido.

Algunas legislaciones señalan que “la maternidad quedara establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”, a este respecto tendríamos que establecer distintos tipos de maternidad o una pluralidad de categorías de madre, que pasamos a referir a continuación.

## MATERNIDAD GENETICA

Según la Real Academia de Lengua Española, la maternidad genética viene a ser aquella que aporta el material genético, quien tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el ovulo y así proporcionar el 50% de la información genética del concebido.

## MADRE

La mujer que ha tenido uno o más hijos.

## MADRE GESTANTE

Según la Real Academia de Lengua Española, madre gestante es aquella que porta el embrión donante todo el tiempo que dura la gestación, generando en aquellos sentimientos, (emociones y afectos) hacia el ser que crece y se desarrolla en su vientre, quien atraviesa los trastornos del embarazo y da a luz al concebido

## MADRE DE DESEO

Tercera interesada, que es totalmente ajena al menor, pero quien tiene el sentimiento,

convicción y aspiración de ser madre, por medio de otra. Pero madre al fin, es un concepto subjetivo pero necesario para evaluar el hecho en su totalidad.

#### “MADRE EN LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL”

Podríamos afirmar que el servicio de incubación por cuenta ajena, no otorga a la prestataria la calidad de madre, pues ni genéticamente, ni volitivamente podemos asignarle ese carácter. Existe una presunción civilista basada en el parto, pero este privilegio procesal solo releva de la carga probatoria en virtud de que el legislador supone que quien da a luz es también la madre genética, lo que en muchas legislaciones, admite prueba en contra, como ocurre en el Código Civil Argentino, cuyas últimas reformas permiten recurrir a la prueba bilógica para determinar, genéticamente, la relación materno-filial.

Pero aun en los sistemas probatorios cerrados, en los que el parto supone una presunción iure et de iure de maternidad, la conclusión sería la misma para el derecho penal, porque este atiende realidades, no ficciones jurídicas, basadas en la comodidad legislativa o en las dificultades procesales, y mientras las fuentes de filiación sean la natural y la adoptiva, los penalistas no podrán aceptar que la mujer portadora de un cigoto ajeno, sea la madre de ese ser humano, atendiendo exclusivamente el parto. (Moran de Vicenza, Claudia, “El concepto de filiación en la fecundación artificial, Universidad de Piuria, Ara ED. Colección jurídica, Peri, 2005, pág. 191)

#### UTERO

Cavidad corporal de la mujer, posee significado jurídico para equiparar al feto cuando una mujer está embarazada, por los intereses que penden de un concebido, para el supuesto que nazca con vida.

#### UTERO MATERNO

Según Brian R. Ward, claustro uterino donde se produce la anidación del nuevo ser y

se forma el tejido placentario en el cual se va a desarrollar el embarazo.

## PARTO

Del latín, partus, es la acción de parir. También el conjunto de hechos que concluyen con el ser nacido y separado de la madre. Así, biológicamente, se lo define como la separación del organismo materno, por vías naturales, del feto y sus anexos.

Comprende respecto de la madre, tres periodos (dilatación, expulsión y alumbramiento) y respecto del feto, cuatro periodos (reducción, descenso, rotación intrapelvica y desprendimiento).

## PAREJA CONYUGAL

Cada uno de los integrantes, esposo, esposa del matrimonio monogámico. Desde el punto de vista jurídico, la relación conyugal tiene importancia en materia civil como ser en derechos hereditarios, potestad sobre los hijos, en materia penal, adulterio.

## SUBROGACION MATERNA

En su acción vulgar el vocablo “subrogar” significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Podríamos hablar de una suerte de reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevaran a cabo la tarea asignada a los primeros.

La ciencia médica define a la maternidad como la “relación que se establece por la procedencia del ovulo a partir de la madre” A su vez, distingue como “maternidad estacional” a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación.

La maternidad subrogada, potadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warnock (Reino Unido) como “la practica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su útero un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. (Maternidad subrogada, Revista ciencias biomedicas.2011: pag 91-97)

## LA SUBROGACION MATERNA, VARIANTES.



1) La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (ovulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento. (Fecundación homóloga)

2) La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido. (Fecundación heteróloga)

3) El material genético es aportado por individuos (parcial o totalmente) ajenos a las partes intervinientes en la relación sustantiva (fecundación heteróloga)

En el primer supuesto hablamos de una maternidad subrogada propiamente dicha, puesto que se presenta los elementos de que el niño es totalmente ajeno genéticamente a la gestante siendo la pareja contratante .

En el segundo caso, no se trataría estrictamente de un alquiler de vientres, en razón de que la portadora es, además autora del material genético., el nuevo ser posee 23 cromosomas que guardan identidad con el genotipo de la signataria, en resumen la gestante es la madre legítima del menor, quien por efecto del contrato suscrito se compromete a entregar al neonato a su correspondiente padre, hecho que sugiere ceder la custodia del hijo al esposo de la pareja contratante, ya sea que esta renuncia a la tenencia y a ejercer la patria potestad, en este supuesto no se liquida la relación entre la madre y el menor, ya que la ley le reconoce derechos de régimen de visita, y la obligación de prestar los alimentos a favor del hijo.

Es diferente el caso en que la madre genética y gestante por fuerza del acuerdo se compromete a dar en adopción al menor a la pareja contratante, extinguiendo de esta manera el vínculo materno-filial, y otorgándole la calidad de padres adoptivos y la pareja comitente. Por otra parte en referencia al tercer caso, debemos decir, que es un típico proceso de inseminación artificial, en donde el material genético le es ajeno (parcial o totalmente) a las partes de la relación jurídica

En el caso que le sea parcialmente ajeno, ya que puede ser producto del ovulo o espermatozoide de un familiar de la pareja pactante, en dicho caso se entiende que el material genético dado por donación (ovulo, espermatozoide) se hace por libre voluntad y en tal sentido no existe cuestión controvertida al respecto de la titularidad de la información genética, ya que el donar un gameto, renuncian a todos los

derechos sobre él y las consecuencias de su uso.

Al mencionar que es relativamente ajena a las partes signatarias en la relación, da pie que se pueda suscitar que este vínculo proviene de la ofertante del útero, dado que el marido de la gestante podría haber donado sus gametos, en cuyo supuesto la única forma de efectuar la entrega del menor a la pareja es mediante la figura de la adopción.

En el supuesto de que el material genético le sea absolutamente ajeno, se aplicaría el axioma “Mater Semper certa est” repuntándosele a la gestante como la madre legal, en dicho caso por fuerza del acuerdo “pactan sunt servanda”, se ve compelida a entregar al menor mediante la vía de adopción, pudiendo asumir una posición de contravenir lo acordado y asumir los deberes de madre, sin que la pareja u otro pueda alegar vínculo biológico alguno con el recién nacido.

Para arribar a este resultado se emplea la técnica de la fecundación in vitro de manera tal que, una vez realizada la fusión de los gametos, el embrión resultante es implantado en la mujer que, de este modo, prestara su cuerpo haciendo posible la gestación y el parto.

Una vez que el niño ha nacido, la mujer que lo dio a luz cede la custodia a los esposos contratantes, renuncia a sus derechos de madre, ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de adopción.

Evidentemente, gracias a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético, y sociológico se perfilan muy dificultosas, y en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia, así como también interdisciplinariamente, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta problemática.

Nos encontramos frente a un desdoblamiento de la función materna: por un lado tendremos la “maternidad genética”, a partir de la aportación de la mitad de la información cromosómica, y por el otro, “la maternidad gestacional”, de quien cede su vientre. Cuando la identidad de la donante del ovulo no coincida con la de quien contrata, se verificara la presencia de una tercera interesada, la “madre de deseo”

DOCTRINA ACERCA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA SOBRE LAS PARTES

## DEL CUERPO.

Es indudable un derecho de propiedad sobre las partes separadas del cuerpo que se convierten, a diferencia del cadáver, en cosas comerciales.

Las partes separadas del cuerpo humano carente de vida se convierten en meras cosas susceptibles de ingresar dentro del comercio humano. Messineo dice que desde el momento de la separación de las partes del cuerpo, ellos se convierten en objeto de propiedad de las personas por el modo de adquisición originaria.

Naturalmente que ese comercio será admisible en cuanto no vayan en contra de las leyes y las buenas costumbres.

En caso que se admitiera el derecho sobre nuestro cuerpo, surgiría la dificultad de justificar la propiedad y comercialidad de los productos separados del mismo.

Por lo cual, están prohibidos aquellos actos que produzcan una disminución permanente de la integridad física o contrario al orden público o las buenas costumbres.

## DERECHO SOBRE NUESTRO PROPIO CUERPO

Nuestra persona, una e indivisible como tal, carne y espíritu, tiene la facultad de libre determinación en gran número de actos que le afectan de, manera directa, y que se encontrarían limitados en el supuesto de que otros hombres invadieran la esfera de nuestra personalidad, surge la ley, aparece el derecho, y este concede acciones para impedir que ello suceda, para garantizar a la personalidad, el libre desenvolvimiento, de acuerdo con sus finalidades y manera de ser, el derecho, al prohibir el atentado contra la vida que se ofenda su honor, esto reconoce la facultad de la persona sobre su propio cuerpo y la protección de ella ley para impedir que nadie pueda, sin nuestra autorización, usar el mismo.

Es el derecho una facultad, una atribución por la cual queda sujeto a nuestro querer, en mayor o menor intensidad, un objeto determinado, una actividad humana, la prestación de unos servicios.

## CONVENIOS ACERCA DE LA PROCREACION

El matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole. El deber de transmitir la vida es primordial e irrenunciable, está dentro de la propia naturaleza del hombre y es exigencia de la misma humanidad que considera como propia misión de los cónyuges a la procreación responsable. Esta responsabilidad es humana y es religiosa y en ella están interesados consecuentemente el estado y la iglesia. Este deber de procreación comprende también el respeto por la vida humana desde su concepción.

La procreación como fin del matrimonio es reconocida por todas las legislaciones. Este deber se ejerce conyugalmente de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos.

Es lo que se conoce como planificación familiar. Para lograrla en el matrimonio “este derecho será ejercido de común acuerdo para cónyuges”, es decir, mediante un convenio que usualmente es verbal, por el cual ambos deciden el número y espaciamiento de sus hijos.

## EXISTENCIA NATURAL Y EXISTENCIA LEGAL

La existencia natural de las personas comienza con la concepción, o sea, el momento en que se unen las células sexuales masculinas y femeninas, y llega hasta el nacimiento, que marca el inicio de la personalidad legal.

Para que el nacimiento constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones.

- a) Que el niño sea separado de su madre. El desprendimiento del feto del claustro materno se puede dar de manera natural o artificialmente por medios quirúrgicos. Es indiferente a la ley de una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.
- b) Que la separación sea completa. Algunos sostienen que hay separación completa cuando la criatura ha salido toda del vientre y ha sido cortado el cordón umbilical, o

cuando sin estarlo la placenta ya estuviere expulsada.

c) Que la criatura haya sobrevivido a la separación siquiera un momento. Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo, basta un destello de vida. Pero la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre o que no sobrevive a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás.

## NATURALEZA DEL CONVENIO DE SUBROGACION MATERNA

Teniendo en cuenta las nociones elementales de la legislación latinoamericana, no tendremos dificultad en calificar a la subrogación materna como un servicio, cuando se trate de una subrogación de útero, colocándola entre los convenios que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa. En virtud de esto, se evitara decir que el servicio o el hecho “no está dentro del parámetro del comercio”, haciendo referencia a la gestación por cuenta ajena, pues esta clasificación solo se aplica a las cosas. Diremos más bien que el servicio “no es posible” o “no es lícito”. La subrogación de útero es posible, como lo atestiguan los centenares de niños nacidos por este método, pero es lícito? El denominado alquiler de útero no es un arrendamiento de cosa, porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano, o parte de él no es jurídicamente cosa, razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato. Más bien se da prestación gratuita de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, etc. Nos hallamos ante actos jurídicos atípicos, pero tipificables a futuro y pertenecientes al derecho de familia.

Primeramente se debe determinar cuáles son los tipos de derechos que genera la subrogación de útero o el mal llamado contrato de alquiler de útero. En este contexto estamos hablando de un derecho personal y no así de un derecho real, es decir no hay un poder inmediato y directo sobre las cosas ya que no es posible considerar a un ser humano concebido por medio de la fecundación in vitro como una cosa o el útero como un objeto sobre el cual recae el uso, goce, disfrute o disposición.

Estos contratos generan un derecho personal, al ser creadas por la voluntad de las

partes contratantes quienes pueden convenir las condiciones del acuerdo a su conveniencia siempre que no sean contrarias a las leyes y las buenas costumbres. De esta manera es imprescindible aclarar que no se puede hablar de un contrato de alquiler por cuanto según nuestra legislación el arrendador debe entregar la cosa para su uso. En este caso no es posible la entrega por ser parte del cuerpo del arrendatario.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos que un contrato es de naturaleza privada, es una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que se expresa en un documento privado, es entonces que surge el interrogante sobre si es verdaderamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada, confiriéndole poder a las partes para decidir sobre los objetos para decidir sobre el acuerdo de voluntades, si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos, dicho contrato no es netamente de carácter privatista, por el contrario prima en él, el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo, por lo que compete al interés público del Estado, regular la presente relación jurídica en observancia del principio de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, siendo él quien prevenga, el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio.

Se define al contrato como “acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, nótese que se refiere a una relación jurídica de orden patrimonial, lo que en la doctrina se denomina “Negocio jurídico”, ahora, cabría preguntarse sobre si en este tipo de relación jurídica por la cual se contrata los servicios de la madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica o pecuniaria, es decir si la materia del consentimiento u objeto de contrato es un patrimonio de las partes, admitir ello sería considerar que el útero y la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios y ejercen derecho de propiedad sobre el mismo, el contrato de alquiler de útero interviene el interés público para regular los excesos de la voluntad de los

particulares. (Naranjo Ramírez, Gisela, La maternidad sustituta, delegada o por encargo, Tesis Universidad Pontificia Bolivariana Medellín 1994, Pág. 22)

## CONVENIO DE SUBROGACION DE UTERO GESTANTE

### REQUISITOS DE FORMACION DEL CONVENIO DE SUBROGACION DE UTERO GESTANTE.

En los países donde está legalizado el contrato de subrogación de útero este, debe cumplir los siguientes requisitos.

#### CONSENTIMIENTO

El consentimiento resulta de voluntades integradas por la composición de intereses opuestos, en que las partes presentan sus pretensiones, hacen que las voluntades se convienen, dando nacimiento a una nueva realidad tentativa que es precisamente el consentimiento, que es realmente un aspecto importante en especial al referirnos a la madre sustituta quien debe tener toda la voluntad de llevar a cabo el embarazo.

La autonomía de voluntad rige los convenios de subrogación de vientre gestante.

Cualquier persona es libre de poder disponer de su cuerpo, esto no tiene que ir contra la moral y las buenas costumbres, la autonomía de voluntad de las partes pueden establecer y acordar el contenido del contrato en un grado de libertad solo subordinado a lo que dice la ley.

El consentimiento debe ser tanto por la voluntad de los padres biológicos y de la mujer sustituta del útero gestante ya que es suficiente la autonomía de la voluntad para crear, modificar o extinguir una relación jurídica. El consentimiento para generar efectos debe provenir de una persona capaz y estar exenta de vicios de error, dolor, violencia y que el consentimiento debe ser expreso por parte de la mujer sustituta y de los padres biológicos. Lo que quiere decir que debe ser escrito la realización de este tipo de consentimiento.

El objeto directo de todo contrato es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones tanto reales como personales. Lo que implica también el convenio siendo este una forma de contrato.

□ **Por el beneficio que producirá:** este tipo de convenios solo ofrece la determinada concesión temporal del uso de útero que producirá a la conclusión beneficio a las partes contratantes, es así como los padres se beneficiaran con el nacimiento de su hijo biológico y la mujer sustituta con el canon estipulado.

□ **El canon estipulado por el servicio prestado:** El contrato será estipulado por una suma de dinero que será cancelado en moneda de curso legal, y el monto será determinado por el juez de la materia en base al fundamento y la situación económica con la que cuenten las partes.

La causa, definida como el fin mediato, concreto diferente que en los actos jurídicos que incluso pertenecen a una misma figura jurídica y que fatalmente persiguen las partes al contratar, se tienen las siguientes causas:

La mediata: este criterio indica que es a través del fin materializado, momento cuando se perfecciona el convenio.

La concreta: es la que responde al deseo de las partes y a los móviles psicológicos que tiene y es diferente por lo que es personal.

La obligación de los padres biológicos es que deben tener bajo su responsabilidad las atenciones que la mujer gestante requiera durante el periodo del embarazo que debe extra fuera del canon estipulado por el servicio prestado del útero de la mujer gestante una vez que nazca el hijo biológico de los mismos y que da por causa la obligación asumida por la mujer sustituta gestante al conceder el uso temporal de su útero la entrega del nacido a los padres biológicos y cumplir con la exigencias que se hagan previa la aceptación del convenio de subrogación de útero gestante..

## FORMA

El convenio de subrogación de útero gestante es de carácter consensual y solemne. Se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades integradas por la composición de intereses opuestos de los padres y la sustituta, tomando en cuenta la autorización judicial emitida por el juez de materia quien deberá ver el cumplimiento de todos los requisitos que los padres comitentes y la mujer sustituta deben llevar a cabo para



obtener el permiso de hacer realidad este fin sin ir en contra de las buenas costumbres y el respeto al ordenamiento jurídico vigente.

#### CAPACIDAD

La capacidad es un requisito para la validez de los contratos en general para el convenio de útero en particular. Para celebrar el convenio, las partes, además de tener capacidad jurídica, y el poder de disposiciones, deben contar con la capacidad de obrar que se adquiere a los 18 años. Pero en el caso de ser mujer gestante sustituta debe estar dentro del límite de edad establecido entre los 25 y 35 años y haber sido, por lo menos una vez madre.

#### REQUISITOS EXTRINSECOS

##### AUTORIZACION MÉDICA

En este tipo de convenios, la autorización médica tiene suma importancia, tanto de parte de la sustituta como de la madre, a quienes se les insertará y extraerá el ovulo fecundado, respectivamente. Sin embargo puede ocurrir que tanto como la sustituta como con la madre lleguen a surgir problemas emergentes de la intervención quirúrgica que se va a realizar. También puede ocurrir que en el momento del embarazo podría afectar al feto contagiándolo.

En suma es vital la autorización médica para la celebración de este convenio, ya que se trata de salvaguardar la integridad física de las partes y asimismo garantizar que el niño o niña nazca con buena salud y que no se afecte de igual forma la salud de la mujer sustituta.

##### AUTORIZACION EXPRESA DE LA MUJER GESTANTE.

La manifestación de la voluntad de la sustituta debe darse en forma escrita, ella tiene que expresar su conformidad en un documento que en lo posterior servirá para adopciones, en caso de que la sustituta quiera pedir nulidad, rescisión o anulabilidad del convenio, o en un caso muy extremo, deslindar alguna responsabilidad que surja como consecuencia del convenio.

No basta que se produzca la manifestación de voluntad como un hecho internamente psicológico, sino que hace falta que sea declarado y manifestado por escrito.

La sustituta tiene que exteriorizar en forma expresa su voluntad para ser intervenida y

así dar nacimiento al convenio.

## SEGUN LA CLASIFICACION D ELOS CONTRATOS

### REQUISITOS DE FORMACION:

Los contratos son consensuales, reales y solemnes.

En esta clasificación los convenios de subrogación de útero gestante es como un contrato consensual porque se reforma con el solo acuerdo de voluntades, vale decir que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.

El convenio de útero gestante es consensual porque para el nacimiento y existencia del contrato solo se necesita la voluntad de las partes intervinientes en el acto.

## SEGUN LOS REQUISITOS DE FONDO

Son de libre discusión, de adhesión, individuales y colectivos.

Los convenios de útero gestante son esencialmente de libre discusión ya que las partes tienen la libertad de negociar las cláusulas en un plazo de mutuo acuerdo.

En Francia hay una asociación de mujeres que se dedican especialmente a la concepción artificial, estas tienen una especie de contrato preestablecidos donde los padres contratantes deben aceptar y adherirse a lo estipulado teniendo como un contrato de adhesión en un caso especial.

Es bilateral porque solo obliga a la sustituta y a las partes quienes intervienen en la formación del contrato de manera que sus efectos solo afectan a los contratantes.

## SEGUN EL CONTENIDO

□ SEGUN LA RECIPROCIDAD DE LAS OBLIGACIONES (unilaterales, bilaterales y plurilaterales). De acuerdo a su contenido y según la reciprocidad de las obligaciones, el convenio de útero es bilateral, porque genera obligaciones recíprocas e interdependientes entre la gestante sustituta y los padres biológicos, surgiendo los mismos contemporáneamente y su formación. Ambas partes contratantes son recíprocamente acreedoras y deudoras.

□ SEGUN EL FIN PERSEGUIDO (gratuitos y onerosos). El convenio de útero es, sin discusión, un contrato a título oneroso. Al ser bilateral, se vincula estrechamente

con la onerosidad. Engendrando obligaciones para ambas partes contratantes. Incluye el elemento de sacrificio y ventaja recíproca que caracteriza el contrato a título oneroso. En el convenio de útero, a cambio de la ventaja que proporciona la mujer gestante sustituta a favor de los padres, esta recibe la contraprestación. En estos contratos puede suceder un caso muy especial es que se dé la figura del contrato a título gratuito. Por algún familiar o amiga.

□ Cabe recordar a este respecto que en los contratos gratuitos una de las partes móviles por un fin desinteresado y con el ánimo de efectuar una libertad beneficiosa a la otra a sabiendas de que no ha de recibir nada de compensación, siendo las ventajas para una sola de las partes contratantes.

□ POR LAS REGLAS DE INTERPRETACION (nominados e innominados) Es innominado, porque sus reglas están contenidas en las disposiciones legales de algunos países (Australia, EEUU, Gran Bretaña). En nuestro ordenamiento jurídico el convenio de útero gestante no está contemplado por nuestra ley.

□ POR LA DURACION DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. (De ejecución instantánea y de tracto sucesivo). Este convenio es de tracto sucesivo porque si bien el precio estipulado en el contrato puede ser pagado de una sola vez, la obligación de la sustituta es entregar al niño en el plazo convenido, además la obligación de atender y mantener el estado de embarazo como una buena madre de familia durante la duración del embarazo.

#### CARACTERES ESPECÍFICO DE LOS CONVENIOS DE UTERO GESTANTE.

Los caracteres que dan individualidad al contrato de útero gestante y la diferencia de estos convenios son:

#### TEMPORALIDAD

Este contrato es celebrado necesariamente por un cierto tiempo y no por carácter perpetuo. Las partes fijan y estipulan la duración del contrato hasta que nazca el niño.

#### INTUITO PERSONAE

En los convenios de subrogación de útero, es importante la determinación de la (sustituta), porque este tiene que comportarse como un buen páter familia, cabe decir,

observando el debido cuidado para sostener el embarazo, principalmente debido a que nadie más que la mujer sustituta lo puede realizar.

#### OBLIGACIONES QUE URGEN DEL CONVENIO DE SUBROGACION.

Dentro de ella clasificación de los contratos, el convenio de subrogación está dentro de contratos bilaterales y onerosos, que crean obligaciones para ambas partes y algunos de ellos se prolonga durante todo el tiempo del convenio. (Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, una mirada de la normativa constitucional, colombiana)

#### OBLIGACION DE LOS PADRES QUE SON PARTE DE ESTE CONVENIO

- **Sometimiento a exámenes médicos:** los padres genéticos, como señala el convenio están obligados a someterse a una serie de pruebas de sangre y ITS (infecciones de transmisión sexual), como determine el médico responsable, tanto para asegurar el éxito de la concepción como para evitar infectar el cuerpo de la futura portadora del embrión con alguna enfermedad.
- **Entregar el ovulo fecundado:** la obligación básica de este tipo de convenios es que los padres deben hacerse cargo de la implantación del huevo fecundado a la mujer gestante sustituta. Dicho acto no significa la transferencia de ella propiedad, sino simplemente trasladar de posición el huevo para que este sea concebido por la mujer sustituta.
- **Responsabilidad sobre el niño:** los padres genéticos serán responsables por cualquier niño nacido, sea saludable o no.
- **Correr con los gastos médicos:** los padres deberán correr con los gastos emergentes del embarazo tanto en la inserción del ovulo fecundado como en el control médico que debe realizarse durante el embarazo. Además, tiene la obligación de cancelar los posibles gastos emergentes de los problemas médicos que le pudieran ocasionar a la mujer sustituta el estado de gravidez.
- **Pagar un canon de arrendamiento:** los padres tienen la obligación de pagar un canon de arrendamiento, que constituirá la contraprestación que recibe la sustituta por el uso del útero para la concepción del niño.

En este tipo de contratos el canon de alquiler puede ser estipulado de varias maneras,

sea de tracto sucesivo o pagable de una sola vez al finalizar el contrato.

Precisamente al inicio de este convenio se señala que el “solo propósito “el intento de este acuerdo es proporcionar los medios por los cuales el padre genético fertilice in vitro un ovulo de su esposa.

## OBLIGACIONES DE LA MUJER GESTANTE SUSTITUTA

- **Límite de edad para la mujer gestante sustituta:** la subrogación de útero gestante debe ser permitida solo a mujeres que hayan concebido por lo menos un hijo anteriormente, dentro un límite de edad establecido entre los 25 y 35 años.
- **La mujer sustituta recibe el embrión:** por consiguiente, la subrogación de útero gestante debe estar permitida solo cuando la pareja aporta el material genético en su totalidad (ovulo y espermatozoide) y la mujer sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
- **Proteger el ser durante el periodo de embarazo:** la mujer sustituta tiene la obligación de proteger el ser que está en gestación como si fuera suyo.
- **Todas sus actuaciones estarán enmarcadas bajo los preceptos normativos y las buenas costumbres:** todas las decisiones que tome y realice no deberán ser contrarias a la Ley o a los preceptos morales o de buen comportamiento.
- **La mujer sustituta tiene algunas restricciones:** esto de alguna manera coartara la libertad de la misma. Una de ellas es que la sustituta se debe abstener de ingerir bebidas alcohólicas o elementos tóxicos que pueden dañar o interrumpir el embarazo.
- **Someterse a los tratamientos médicos:** la mujer sustituta está en la obligación de someterse a los tratamientos médicos estipulados por las partes contratantes, con el fin de evitar algún mal comportamiento que no fuera previsto por parte de la mujer sustituta, y que causen la muerte del ser que esta por nacer. Necesariamente el embarazo tiene que estar supervisado por un médico. Como se dijo anteriormente, se tiene que evitar que la sustituta actué de mala fe y cause la muerte del ser por nacer.

- **Restituir al recién nacido al finalizar el convenio:** en el contrato queda establecido que la mujer entregara nada más nacer y que no habrá más comunicación entre las familias una vez terminado el proceso.
- **Prestar el servicio para la gestación:** una vez transferido e implantado en la portadora el embrión, quien está de acuerdo en llevarlo a término. La portadora del embrión deberá con anterioridad a la implantación del embrión a lo siguiente:
  - **Someterse a exámenes médicos:** de sangre y otras pruebas, así como a comprobación psicológica como haya sido determinado por los padres genéticos y la sustituta.
  - **Someterse a una serie de tratamientos hormonales:** para adecuar su ciclo y estar preparada para la transferencia.
  - **Una vez embarazada:** la portadora del embrión no fumara, no beberá bebidas alcohólicas, no usara drogas ilegales, ni medicamentos no prescritos o prescritos sin aprobación del médico responsable.
  - **Guardar reposo:** en el periodo establecido por el médico responsable a fin de llevar las posibilidades de embarazo.
  - **Exámenes médicos prenatales:** , serán dirigidos por el médico tratante, la someterá a diferentes pruebas y tomara solo medicamentos y vitaminas recomendadas o prescritas por el médico responsable.
  - **Cuidado de su salud:** hará todo lo apropiado para mantener su buena salud y la del feto durante el embarazo.
  - **Entregar al niño al momento de nacer:** podemos decir que esta obligación puede ser cumplida por la arrendadora en cualquier momento (después del parto), sin embargo y según lo que señala este contrato a que hacemos referencia, lo mejor será que se cumpla con la mayor antelación posible para evitar perjuicios para las partes del acuerdo como para el mismo niño objeto de ella obligación.
  - **Notificar a los padres genéticos:** tan pronto se inicie o se concluya “la labor de parto” de manera que estos puedan verla en el hospital. Así, también, podrán los padres genéticos presentes durante el parto.

EFFECTOS DEL CONVENIO DE SUBROGACION DE UTERO GESTANTE.

Los efectos de los convenios son las obligaciones que este genera. Este tipo de convenios tendrá efectos obligatorios y personales, porque crea obligaciones de hacer que se traducen en la prestación de un servicio que realiza la mujer gestante sustituta a favor de los padres biológicos quienes aportan con el embrión para la fecundación mediante el método de la fecundación “in vitro”.

Este convenio tiene efectos obligatorios ya que no transfiere ni constituyen derechos reales, sino simplemente conceden el uso del vientre en forma temporal.

#### DISOLUCION E INVALIDEZ DEL CONVENIO

Para que este convenio sea valido tienen que ser observados los requisitos de capacidad de los padres y de la sustituta para realizar el negocio jurídico.

El convenio de útero es válido cuando reúne los elementos de validez, ya sean estos esenciales o accidentales, sin vicio alguno.

Este convenio puede cesar o quedar sin efecto por causas coetáneas a su formación o por causas sobrevinientes.

Una de las causas coetáneas por lo que se disuelve el convenio es el mutuo consentimiento.

#### NULIDADES

Son las sanciones previstas por la ley e impuestas por el juez a los convenios de útero, que no contienen los requisitos esenciales para su formación o los elementos accidentales elevados por las partes a la categoría de esenciales, están afectados de nulidad.

Se puede demandar la nulidad de estos convenios cuando los contratantes son incapaces, cuando el consentimiento este viciado o el objeto no existan o carezca de sus elementos esenciales, cuando la causa es ilícita o no existe, o cuando se transgreden normas judiciales imperativas.

#### CARACTERES AFINES A LA NULIDAD Y ANULABILIDAD

- Ambos constituyen sanciones que están y serán previstas por la ley
- Ambas tienen carácter retroactivo.

## DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD

- La nulidad produce la invalidez absoluta del contrato, lo mismo que del convenio. En cambio, la anulabilidad produce un grado menos grave de invalidez y servirá para impugnar el convenio de subrogación de útero gestante con el objeto de eliminar el daño.
- También la nulidad se distingue de la anulabilidad por las personas que pueden demandarlas. Tratándose del primero, puede haberlo cualquier persona que tenga interés legítimo, en cambio la anulación solo puede demandarla aquellas personas a favor de quienes se realizó el contrato.
- La nulidad es insubsanable y no admite confusión, al contrario la anulabilidad es corregible mediante la confusión. La nulidad es la única que tiene carácter imprescriptible.

## CAUSAS DE NULIDAD DE LOS CONVENIOS DE SUBROGACION DE UTERO GESTANTE.

Son las siguientes:

- Falta de objetos.
- Falta de canon de arrendamiento
- Falta de la forma prevista por la ley si se ha estipulado en el convenio que el mismo sea solemne.
- Falta de requisitos del objeto.
- Cuando el objeto del contrato no llega a tener existencia.
- Cuando el canon de arrendamiento no se encuentre determinado.

## LAS CAUSAS DE ANULABILIDAD DE LOS CONVENIOS DE SUBROGACION DE UTERO GESTANTE.

- Por la incapacidad jurídica de obrar de una de las partes contratantes
- Por falta de consentimiento en la celebración del convenio.
- Por violencia. Dolo, error sustancial sobre la cualidad de la cosa. Ej. si la pareja obliga a la sustituta a firmar el documento y la misma no hubiere consentido el hecho.



- Por error sustancial sobre la cualidad o identidad de la persona.

## RESCINDIBILIDAD

La rescindibilidad invalida y consiguientemente deja sin efecto el contrato de arrendamiento por causas coetáneas a su formación. Existen dos tipos de rescindibilidad, por estado de peligro y por lesión.

- **El convenio de subrogación de útero gestante es rescindible por estado de peligro:** cuando el motivo determinante de la parte necesitada radica en la necesidad de salvarse a sí mismo o a terceras personas, o de precautelar el patrimonio o el interés de un peligro inminente y actual.
- **El convenio de subrogación de útero gestante es rescindible por estado de lesión:** en el convenio es el perjuicio económico que sufre una de las partes contratantes por su ligereza, inexperiencia, ignorancia o necesidad.

## RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL.

Contractual, sobreviene cuando el acuerdo no obtiene de su deudor la prestación prevista en el convenio y dentro del plazo que ha sido estipulado.

Si el deudor es condenado a pagar daños y perjuicios, es que es responsable. Esta responsabilidad es llamada responsabilidad contractual.

La misma entraña la obligación de reparar el daño causado. La obligación de la reparación nace del incumplimiento del contrato. Una persona es responsable civilmente cuando está obligada a reparar un daño sufrido la otra.

Para que la responsabilidad sea contractual deben reunir los siguientes requisitos:

- Necesidad de un convenio valido entre el autor del daño y la victima.
- Necesidad de una daño resultante del incumplimiento del convenio.

Cuando la obligación contractual incumplida es una obligación determinada (o de resultados), la victima (el acreedor) demandara el incumplimiento probando que el resultado prometido no sea alcanzado, por ejemplo: que el recién nacido no sea entregado a los padres una vez nacido.

Cuando la obligación contractual incumplida es una obligación de prudencia y

diligencia el acreedor debe probar, para establecer el incumplimiento de una imprudencia o negligencia del autor del daño (del deudor). Por ejemplo: los padres deberán demandar la negligencia de la sustituta en caso de aborto si fue a causa de persona. (tad.org.mx/wp-content/uploads/2013/...maternidad subrogada,pdf)

## EFFECTOS EXTRA CONTRACTUALES

La responsabilidad extracontractual se establece como causa de la obligación nacida del delito o cuasi delito.

Existen dos elementos: la víctima, el perjudicado por el daño y el responsable, autor culpable, o doloso de los hechos.

En caso fortuito según declaración de la jurisprudencia impide el nacimiento de la responsabilidad extra contractual y también si el daño es a consecuencia de la naturaleza de la cosa como sería, por ejemplo, un aborto espontáneo.

## RESOLUCION DE LOS CONVENIOS DE SUBROGACION DE UTERO GESTANTE

Es la forma de invalidar el convenio debido al incumplimiento de las prestaciones, cuando por causas sobrevinientes imprevistas o insuperables no imputables a las partes no se puede cumplir con la prestación estipulada. Esto imposibilita la ejecución del contrato y motivan la aplicación de la teoría de riesgo.

Este tipo de resoluciones son muy frecuentes en los convenios de útero gestante, porque según los investigadores y médicos, solo el 30% de las transferencias de gametos dan buenos resultados.

Como se ve el incumplimiento de las obligaciones por parte de la sustituta no se debe a causas imputables a esta, por el contrario la sustituta tiene toda la buena voluntad de cumplir el convenio, pero por causas ajenas a su voluntad no puede realizar el cumplimiento del mismo. Ejemplo: la madre es sometida a una laparoscopia donde se obtienen saludables óvulos, los cuales son mezclados en la caja de Petri con el esperma de su pareja, pero ocurre que los médicos al tratar de insertar el huevo fecundado a la sustituta, se encuentra con el problema de que el nivel de flujo hormonal no es suficiente como para preparar el útero de la sustituta para la

implantación del huevo fecundado.

Para que sea posible esta forma de resolución se requiere el cumplimiento de dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero se debe a la conducta de las partes contratantes en sentido de que el incumplimiento no sea por causas imputables a ellas, a consecuencia de cual no se les puede atribuir ninguna clase de responsabilidad, y el segundo que la prestación no pueda ser materialmente ejecutada por las partes.

#### RESOLUCION DE LOS CONVENIOS DE UTERO GESTANTE POR EXCESIVA ONEROSIDAD.

Esto sucede cuando se produce un desequilibrio entre las prestaciones. Por causas impredecibles, la prestación de una de las partes se hace muy gravosa, mientras que la otra tiene una ventaja injustificada. Se pide al juez, en este caso, que restablezca el equilibrio de las prestaciones y si es posible pronuncie una resolución sin imposición de daños y perjuicios porque el desequilibrio se produjo por causas ajenas a las partes. Esta demanda prospera siempre que la obligación no haya sido cumplida y que el incumplimiento no haya caído en mora.

#### REQUISITOS PARA LA FILIACION

Para la filiación de un niño o una niña, se deben cumplir una serie de requisitos de acuerdo al nacimiento dentro afuera del matrimonio

##### DENTRO DEL MATRIMONIO

- Certificado de la clínica, sanatorio u hospital donde nació, declaración de la partera mas dos testigos que hayan presenciado el nacimiento
- Certificado del acta de matrimonio de los padres
- Documento de identidad de los padres.

##### EXTRA MATRIMONIAL

- Certificado de la clínica donde nació, declaración de la partera mas dos testigos que hayan presenciado el nacimiento.
- Documento de identidad de la madre
- acta de reconocimiento del hijo o de la hija.

Una vez cumplido los requisitos y asentada la partida de nacimiento en los libros e inscripto en la libreta de familia gozara de prerrogativas jurídicas establecidas.

## REQUISITOS PARA LA FILIACION DE NIÑOS NACIDOS EN CONVENIOS DE SUBROGACION

### POR FERTILIZACION "IN VITRO"

En este caso se encuentra dentro de la clasificación de hijo matrimonial, por lo tanto deberá cumplirse con los requisitos que señala la filiación de hijos matrimoniales.

- Presentación del certificado de la clínica donde nació, especificando claramente las condiciones de su nacimiento: los padres dadores de los gametos masculinos y femeninos, el proceso de la práctica de fertilización "in vitro", la implantación del huevo o cigoto dentro del útero alquilado por los progenitores.
- Presentación del certificado o acta del matrimonio de los padres
- Documento de identidad de los padres
- Presentación del contrato de "alquiler de vientre".

Una vez asentada la partida de nacimiento en los libros, el recién nacido será insertado en la libreta de familia de los padres o progenitores, gozando del derecho fundamental que tiene el hijo de establecer su filiación y llevar el apellido de sus progenitores.

## LEGISLACION INTERNACIONAL

En distintos europeos existen diferentes tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida, algunos se rigen por recomendaciones de tipo medico-éticas emitida por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y normativa. Existen países que tiene una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria como es el caso de Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra, Alemania y Francia. España e Inglaterra consideran en sus legislaciones respectivas que la vida humana comienza a partir del día 14 de fecundación.

## **MEXICO**

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo, pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentara en el acta de nacimiento el nombre de los mismos, y simplemente se anotara la hora, día, mes, año y lugar de nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se ponga a la persona cuyo nacimiento se ha registrado.

En el acta de nacimiento no se hara mención que califique la filiación en forma alguna.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada estará ordenada la adopción plena.

Se entiende como madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos, el material genético y el gestante para la reproducción.

Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

## **CUANDO LOS PADRES NO SON CONYUGES**

### **ART 346**

#### **EN RELACION A LA MADRE**

La filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Para justificar este hecho, son admisibles todos los medios de prueba, y en los juicios de alimentos se justificara la filiación respecto de la madre dentro del mismo procedimiento.

### **ART 347**

#### **RESPECTO DEL PADRE**

La filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia. Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia del embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y este será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato.

ART 354

PROHIBICION DE REVELAR EL NOMBRE DEL OTRO.

Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar el acto de reconocimiento ni el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella pueda ser reconocida. Las palabras que contengan la revelación, se testaran de oficio en los términos que previene el artículo

ART 360

SITUACION DE MATERNIDAD SUSTITUTA

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando este lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

Es interesante que en México exista ya insertada en su código civil para el estado de tabasco “donde se establece que en el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna y queda terminantemente prohibido que el oficial de registro civil inserte en el acta alguna de estas menciones: hijo legítimo, hijo natural, hijo ilegítimo, hijo de padres desconocidos, o habido de algún método de reproducción artificial haciendo referencia a la técnica de la fecundación in vitro.

Con respecto a la madre gestante sustituta y la maternidad de la madre contratante en relación a la comprobación de la maternidad de la madre contratante, se admiten todos los medios de prueba.

## LEY ESPAÑOLA SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Esta ley regula las técnicas de reproducción asistida humana, la inseminación artificial y la fecundación in vitro, con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos, cuando estén científicamente y clínicamente indicada y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados, tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras técnicas hayan fallado.

### PRINCIPIOS GENERALES

De acuerdo a la legislación española, las técnicas de reproducción asistida se realizan solamente cuando:

- Haya posibilidades razonables de éxito y no suponga riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
- En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si la han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.
- Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.
- Se transferirán al útero solamente el número de pre embriones considerado científicamente como el más adecuado para segura razonablemente el embarazo.

### DONANTES

La donación de gametos y pre embriones para las finalidades autorizadas por esta ley es un contrato gratuito, formal y secreto, concertado entre el donante y el centro autorizado.

En España a la ley de reproducción humana asistida tiene el fin de actuar sobre la esterilidad humana para facilitar la procreación luego de intentar por otros medios clínicos la mejoría para tener la posibilidad de embarazarse. Pero es en su Art 10 que califica de nulidad de pleno derecho el convenio donde se permita la gestación con o sin precio a cargo de una mujer que renuncie a la filiación la única madre que reconoce esta ley es la mujer que da a luz. Pero esta prohibición no beneficia a España ya que es uno de los países con mayor índice de infertilidad y que

aprovechando los avances científicos podría solucionar y por esta prohibían muchos españoles viajan a otros países donde llevan a cabo esta práctica.

#### ALEMANIA LEY DE 1991

En 1984 se establece una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización in vitro.

Se plantean varias circunstancias en donde la madre gestante dispuesta por motivos económicos, se compromete a llevar en su útero un hijo fecundado extra corporalmente para otra pareja, la sustituta puede no adaptarse a una vida de abstinencia de alcohol y nicotina, como haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También puede ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguno de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella.

En vista a estas previsiones el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debería ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de comercialización. Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1991.

Es otro país donde no se acepta la utilización de esta técnica en una madre gestante ya que en este país se considera que solo la madre genética es la que realmente cumple con todos los cuidados que implica tener cuando se está embarazada, y también es la madre la única que puede hacerse cargo del hijo así se nazca con problemas de salud física o psicológica.

#### GRAN BRETAÑA

En el Reino Unido el parlamento encargó la confección de un reporte en 1984, debido a la falta de legislación sobre estos temas, y la ansiedad generada en la sociedad, el cual fue presidido por la filósofa Mary WinSock quien entregó el denominado "Informe Warnock" a la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana. Este informe recomendó la aprobación de una legislación que permitiera la investigación con cualquier embrión resultante de una fertilización in vitro hasta 14 días luego de la fertilización informa WinSock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en



consecuencia la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen otro tipo de contratos. En 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada.

## PORTUGAL

En Portugal el decreto Ley N° 496 del 25 de noviembre de 1977 dice que el marido que consiente la inseminación artificial no puede negar la paternidad. Más adelante, el 23 de agosto de 1982 al Art 214 del Código Penal plantea que quienes practiquen la inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento, serán castigados con prisión de 1 a 5 años. Esta acción penal solo se inicia por denuncia personal. De igual manera tiene una ley de sobre educación sexual y planificación familiar, el Estado mediante centros especializados avalara los tratamientos de esterilidad y desarrollara los estudios y prácticas de la inseminación artificial.

## BRASIL RESOLUCION N° 1358/92 DEL CONSEJO FEDERAL DE MEDICINA.

En este país, no existe una legislación específica al respecto, no obstante la resolución del Consejo Federal de Medicina estableció en su sección VII, sobre la gestación de sustitución (donación temporaria del útero) que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado, los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el Art 199, párrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será el presupuesto de legalidad...

Este convenio solo se dará cuando la dadora será la mujer que aportara los genes y

haya realizado todos los tratamientos médicos para tener ella por si misma a su hijo de lo contrario acudirá a algún familiar.

## INDIA, PROGRAMA DE MADRES DE ALQUILER DIRIGIDO POR EL CONSEJO DE INVESTIGACION MÉDICA DE LA INDIA

Este Consejo tiene actualmente:

Unas “guías” en las que se basan los padres que quieren alquilar y las clínicas que median para redactar un contrato con las condiciones establecidas.

Las leyes de la India tienen una característica particular de no otorgar nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. A los niños racionados por esta modalidad se les otorga un certificado de nacimiento en que figura el nombre del padre, que aporto el gameto masculino y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogada” o “madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad India, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad tiene el status de “apátrida”. Muchas parejas no obstante esto recurre a este país, por los menores costos de las prácticas. ([www.bioetica-debat.org/reflexiones/reflex6htm](http://www.bioetica-debat.org/reflexiones/reflex6htm).)

## ESTADOS UNIDOS

Algunas localidades prohíben esta práctica, tal es el caso de Minnesota, donde se ha vedado expresamente la investigación con embriones, exceptuando aquella dirigida a proteger la vida o salud de los mismos. Mientras en otras partes se apoya esta práctica como es estado de Illinois, donde existe una ley que lo reglamenta: toda persona que intencionalmente provocara la fertilización de un huevo humano con espermatozoos fuera del cuerpo femenino, deberá hacerse cargo del concebido. Es por eso, que en el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología, con su Comité de Ética ha pautado las responsabilidades éticas del profesional que pudiera participar del proceso de subrogación.

Entre ellas se destaca el asesoramiento de la pareja, el acompañamiento potencial a las madres subrogantes, la provisión de servicios para la mujer gestante, la asistencia de tecnologías reproductivas relacionadas con la subrogación y aspectos médicos, éticos, legales y psicológicos. ([www.revista](http://www.revista)

cienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciabiomed/article/, Arteta Acosta ,2011)

## COLOMBIA

Según la Revista Colombiana de Ginecología y Obstetricia la infertilidad a nivel nacional afecta el 6,9 al 9,3% de las parejas en edad reproductiva, y de estas, el 51,2% acuden a centros de atención de la salud, para determinar la causa de la infertilidad. Estas parejas deben asumir los costos de estos estudios ya que los mismos no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Instituciones como el Bienestar Familiar han manifestado que no están a favor de la práctica de alquiler de úteros, porque el objetivo primordial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es proteger y salvaguardar los derechos de los niños y hacerlos prevalecer frente a los de los adultos, determinan que es una forma de trata de personas, un negocio donde los seres humanos están de por medio, una práctica que atenta contra la dignidad del infante y lo convierte en un foco de discusión.

Uno de los grandes debates, además de si es o no legal el tema de la maternidad subrogada, está en la propiedad y tenencia del menor, puesto que en el Código Civil Colombiano se considera madre a toda mujer que durante nueve meses tiene al feto en su útero y que por supuesto da a luz al bebe, lo cual significa que los padres contratantes no podrían exigir, ni tener ningún derecho sobre el recién nacido, ni siquiera existiendo un contrato, que por lógica, ya que no tiene ninguna validez. (Útero subrogado...Caribe de Bioetica:Universidad Nacional de Colombia; pag324-327,2008).

La expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobar todas las situaciones. Según el diccionario de la Real Academia Española subrogar es “sustituir, o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se lo identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos, por ello se ha comenzado a utilizar el término “sustitución” para especificar que se gesta (y solo se gesta) y para otro y por otro que está imposibilitado en hacerlo.

Hay un anteproyecto de reforma del Código Civil, que utiliza la expresión “gestación

por sustitución” por dos razones fundamentales: primero la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada, y en segundo lugar, porque la normativa solo acepta la figura de la mujer puramente gestante.

Esto que significa, que la maternidad delegada, sustituta o por encargo consiste en el hecho de que una mujer dé a luz y no asuma los efectos jurídicos propios de la maternidad porque esta los ha delegado a otra mujer.

La situación puede darse:

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

En los ordenamientos en los que la maternidad subrogada se recepta de manera más generalizada se instrumenta mediante acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una suma dineraria, para compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, mas una suma adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea y de formalizar el acuerdo entre las partes.

El contrato de maternidad subrogada es un contrato de derecho civil, mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación, o por un sentimiento altruista, a dejar que se le implante un ovulo fecundado de otra mujer o un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un ovulo propio fecundado mediante inseminación con el espermatozoides de un hombre diverso de su marido o compañero permanente ( si lo tiene) con la obligación de entregar a la criatura después de su nacimiento a la otra parte contratante.

Es un contrato cuyos caracteres son bilaterales o unilaterales, dependiendo que haya remuneración o no, ya que en el unilateral se engendran obligaciones para solo una de las partes. Consensual o solemne, según la legislación del país, dado que algunos requieren la forma escrita a los efectos probatorios. Oneroso o gratuito, será oneroso aleatorio, en cuanto las dos partes se benefician, pero las prestaciones no son equivalentes dándose un riesgo de tener pérdidas o ganancias, sino hay remuneración es gratuito. Es principal dado que no necesita de otro acto jurídico, innominado, en los países en los que el Código Civil no define este tipo de contrato,

de tracto sucesivo, ya que la prestaciones se cumplen en el tiempo (nueve meses de embarazo) y es de libre discusión, dado que ambas partes están en paridad para definir cláusulas de contrato.

Asimismo señala requisitos del contrato: la capacidad, el consentimiento, el objeto (que sería el bebe, o según otros el ovulo), causa y forma. Con respecto a la validez, licitud y eficacia, y se requiere la intervención legislativa, de la que dependerá que el contrato se considere lícito o ilícito.

La maternidad subrogada plantea la existencia de un nuevo tipo de parentesco que será parentesco genético si los hijos son concebidos por los gametos pertenecientes a la pareja recurrente. Si estos fueron adquiridos en un banco de semen y/oda óvulos los hijos concebidos deberían ser considerados como hijos adoptivos de la pareja recurrente, e igual situación se debería dar en el caso de que el ovulo aportado sea de la madre delegada

La maternidad subrogada plantea conflictos que hace muchos años hubieran sido inimaginables. Además de dificultades éticas aun no resueltas, por ejemplo:

El esposo de una mujer que no puede tener hijos fertiliza a otra (madre subrogada) para que él y su esposa tengan el niño cuando nazca. La subrogante se niega a entregarlo al momento del nacimiento y lo registra a nombre suyo y de su marido.

Supongamos que el padre genético del niño muere dejando una herencia, por lo que quien de hecho es su hijo genético no recibirá lo que en principio le corresponde.

Otra situación es, cuando el hijo gestado nace con algún defecto, por el cual la pareja solicitante ya no lo quiere.

Es común hoy en día verificar la realización de contratos onerosos de maternidad subrogada con total facilidad, a través de internet (ingresando una solicitud online) o a través de agencias por lo que en países que la receptan se ha verificado un aumento importante e casos.

Se reconoce en la actualidad como un negocio global, siendo admitida esta situación por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, donde surgió temas de trabajo como “cuestiones de derecho internacional privado relativas al status de los niños y en particular al reconocimiento de la filiación.”

No hubo Estados en incorporar el tema hasta el 2009-2010, en que varios Estados expusieron su preocupación por el importante aumento de acuerdos de maternidad

subrogada.

Se consta que los países permisivos de la maternidad subrogada conviven con cierta hostilidad con los no permisivos. La colisión entre ordenamientos hace su aparición al intentar trasladar la filiación y su inscripción, así como también la obtención de nacionalidad de uno hacia otro.

Pueden darse diversos supuestos:

□ Que el país permita la maternidad subrogada en cuyo caso tiene normas al respecto de su ordenamiento, por lo que tratara la filiación adquirida en el extranjero en idéntica forma, con los mismos efectos.

□ Que el país la admita, pero limitándola (Australia).

Este lo permite en forma altruista, es decir sin remuneración alguna haciéndose cargo los comitentes de gastos médicos y hospitalarios.

□ Que el país carezca de normativa al respecto, y allí se plantea determinar que elemento se considera relevante, personal, contractual, etc. Y si estamos hablando de una práctica que involucra una vida humana deberíamos abandonar la rigidez de algunos criterios para determinar la norma aplicable adoptando un criterio flexible favorable a los intereses del menor.

□ Que el país prohíba la maternidad subrogada. En este caso plantean la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial, afecta además la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos, tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación medicamente asistida, la donación de los gametos no puede asimilarse como la donación de un riñón o un ojo, esto puede producir confusión en el niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas.

La filiación en esta situación también sería compleja. En la mayoría de los Estados Europeos prohíben la maternidad subrogada (Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suiza, entre otros). Aunque en el caso particular de España cabe destacar que si bien se encuentra en vigor la Ley N° 14/2006 que prohíbe la maternidad subrogada, en el 2010 se regula el supuesto de inscripción en el Registro Civil Nacional sobre la filiación proveniente de “gestación subrogada”, realizada en países permisivos. Su particularidad radica en que involucra una toma de decisión referida a la calidad de

inscripción a efectivizar en relación a hijos de españoles nacidos por maternidad subrogada, a favor del interés superior del niño, aun no siendo permitida en su territorio.

En Latinoamérica, Uruguay hace referencia en el Art 135 del código de la Niñez de la Adolescencia de Uruguay, pautando que: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que esta por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento”.

## ARGENTINA

En el Código Civil Argentino no hay disposición alguna con respecto a la subrogación, solo se encuentran contempladas la filiación biológica y la adoptiva.

Esto es comprensible ya que era impensado en los tiempos de Vélez Sarsfield. Las reformas que ocurrieron a posterioridad omitieron el tema. Y siguieron con la idea imperante en el Art 242 reformado por la Ley 24540: “La maternidad quedara establecida, aun sin reconocimiento expreso por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...”, en términos del derecho romano “el parto sigue al vientre”. Asimismo este cuerpo normativo guarda absoluto silencio sobre la filiación internacional no hallándose en el Código ningún artículo que haga siquiera mención al tema.

No obstante no podemos soslayar que ante una realidad consumada solo podría hallarse un principio de solución mediante la figura de la adopción, siendo el padre comitente biológico o adoptivo según haya aportado sus gametos o no y su pareja adoptante.

No obstante esta solución sería solo a efectos de reguardar el interés superior del niño.

La doctrina Argentina considera el contrato de maternidad subrogada de nulidad absoluta ya que el Art 953 de nuestro Código Civil dispone que: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido o sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o

que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen el derecho de un tercero. De esta disposición podemos concluir que ni las personas concebidas, ni el útero de la mujer gestante pueden ser objetos que están en el comercio.

La última prestación a cumplir sería la entrega del niño, prestación que también torna nulo absolutamente el contrato.

En síntesis se considera inválido porque:

- Viola el orden publico
- Su objeto se encuentra fuera del comercio
- Es inmoral
- Desdobla la maternidad
- Altera el estado civil de las personas.

No obstante lo expuesto los casos de maternidad subrogada en nuestro país existen y van en creciente aumento. Si bien la práctica no está legislada tampoco se encuentra prohibida y estará contemplada en la reforma del Código Civil que se debate en el Congreso.

En julio del 2012 se registro en nuestro país un novedoso precedente ya que un niño, hijo de dos varones argentinos, y nacido en la India por la práctica de la maternidad subrogada fue inscripto en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires como hijo de dos varones. Se considera el caso como el primer reconocimiento en Argentina de una inscripción de copaternidad igualitaria. Esto es muy importante dado que habitualmente en el caso de varones se reconoce solo la paternidad de quien aporó el material genético, debiendo el otro recurrir a la práctica de la adopción del hijo del cónyuge o del concubino. ([www.lanacion.com.ar-sociedad](http://www.lanacion.com.ar-sociedad)).

Los sustentos jurídicos de esta decisión son el Art 16 de la Constitución de la Nación Argentina y las leyes 26.618, 26.061, 23592 y 23.054.

Por el Art 16 de la CN se consagra el principio de la igualdad formal por la que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias.

Por la ley del matrimonio igualitario desde el 2010 los matrimonios pueden ser tomados por personas del mismo sexo cuyos derechos y deberes deberán ser amparados en igualdad de condiciones.

La Ley 26.618 pauta la prohibición de interpretar y/o aplicar la misma como obstáculo



al ejercicio del goce o derechos por parte de las parejas de igual o diferente sexo convirtiéndose en una de las principales normas jurídicas que habilitan la comaternidad (y comaternidad), con el fin de garantizar la igualdad de derechos a los niños nacidos en estas familias.

También es importante la Ley 26.061 “de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” que en su artículo 3 define el interés superior del niño, sintetizando lo referente a obligaciones paterno filiales, normas que rigen la patria potestad, derecho de alimentos, etc.

Su último fundamento se basa en “la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por Ley 23.054 en 1984, pautando la no discriminación.

Ante esto somos testigos del primer precedente de aceptación explícita de un caso de maternidad subrogada en nuestro país a pesar que el reconocimiento legal de la misma en la actualidad es solo un “proyecto”.

## ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS RESPECTIVOS CONTRAARGUMENTOS

Los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada pueden agruparse básicamente en estos planteos que expondré a continuación, tienen que ver más con objeciones morales que se basan en:

- La maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable.
- Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control sojuzgamiento y explotación de la mujer.
- El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada mercantiliza a los seres humanos, y un hijo/a no puede ser un medio para obtener otra cosa.
- Los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable.
- Desprenderse de un hijo/a y de la responsabilidad que implica es moralmente cuestionable.

□ Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales.

□ Es inmoral traer de esta forma un niño al mundo, habiendo muchos chicos que pueden ser adoptados.

Si analizamos los argumentos detallados previamente:

Cuando hablamos de la maternidad como un proceso natural, es uno de los argumentos más frecuentes para las posturas conservadoras. En estos planteos hay cierta nostalgia con el pasado, el cual está mitificado y suelen tener una visión idílica de la familia, y toman como los avances que se van sucediendo en los diversos campos como desnaturalizadores y degeneradores de los procesos naturales. Este argumento es muy débil, lo natural no puede ser homologable a lo moralmente bueno.

Como contra argumentación objetare la naturalidad de la maternidad. Hace siglos que la maternidad es un complejo proceso que implica muchas variables: psicológicas, familiares, económicas, sociales, éticas o políticas que exceden la supuesta naturalidad alegada, por ejemplo una cesárea, es antinatural y por ello es algo malo, inmoral?, tomar ácido fólico, también es antinatural, usar unas tijeras para cortar el cordón umbilical. La maternidad es mucho más que parir, por lo que la lista de acciones antinaturales es muy extensa.

□ Utilizar el cuerpo de una mujer como medio para obtener un hijo, es una forma de apropiación, sojuzgamiento.

Este argumento sea quizás un poco más atendible que el anterior, ya que esta objeción moral puede resultar verdadera en algunos casos. Esta crítica es el más utilizado por las corrientes feministas. Las mismas señalan que las mujeres históricamente fueron tomadas como objetos, manipuladas y explotadas por los varones para sus propios fines y que esta versión moderna del machismo patriarcal continuo imponiéndole a la mujer la obligación de parir, usándola como recipiente. Frente a esta postura extrema resulta fácil contraargumentar, apelando a la libertad de las mujeres que deciden ser madres sustitutas de usar su cuerpo para lo que ellas consideren adecuado, pudiendo elegir y asumiendo la responsabilidad de sus actos libremente.

Sin embargo debo rescatar y atender a una forma más moderada de este argumento

que plantea una posibilidad de abuso por su condición de mujer y en general por las situaciones socioeconómicas que pueden atravesar, en este caso la decisión no es libre sino que está motivada por, ejemplo, por una necesidad económica imperiosa. En casos de extrema pobreza algunas mujeres pueden ser reclutadas y explotadas aprovechando su difícil situación, simplemente para usarlas como medios para gestar y parir hijos.

Cabe señalar que este problema no es ajeno a otros problemas similares, en donde algunas personas, sobre todo mujeres en situaciones económicas extremas deben trabajar en tareas no gratas. Aunque esto no sea totalmente homologable, las mujeres con dificultades económicas hacen una elección y por ello no es inmoral. Pero para evitar la explotación de las mismas debería haber un ente encargado de regularizar la situación, el Estado. ( cfr.Robertson.J.op.cit).

□ El valor de intercambio dado por el dinero es la maternidad subrogada mercantiliza a los seres humanos y un hijo/a no puede ser un medio para obtener otra cosa.

Esta postura destaca que la práctica se haga a cambio de dinero. Desde esta visión tendríamos que poder decir entonces que las personas que lo hacen sin ningún fin de lucro y solo por motivos altruistas estaría aceptada y sería moralmente aceptable, como en el caso de algún familiar o amiga que ayuda a la pareja en la gestación sin que medie un intercambio de dinero. Sin embargo los críticos a esta postura tampoco estarían dispuestos a aceptar esta posibilidad.

El problema está en la conceptualización y en lo que se entiende por maternidad sustituta, mostrare porque este hijo no es creado para obtener dinero. Si bien es cierto que hay un intercambio de dinero en la mayoría de los casos en la maternidad subrogada, es solo ver un aspecto excesivamente simplista de este proceso y practica.

Es innegable que el dinero para la mujer gestante podría ser una motivación legitima y asimismo es importante señalar que esperar que la madre obtenga un beneficio económico por prestar su cuerpo durante tantos meses, en una práctica compleja, con una carga emocional intensa, es algo completamente esperable. Ya que deberá tener cuidados especiales, seguramente un periodo de lucro cesante y la posibilidad de complicaciones, incluso con riesgo de vida.

□ Hay proceso previo de entrevistas, acuerdos, controles médicos y preparación, luego vienen los intentos de fertilización, y posteriormente la gestación y el embarazo con los consabidos cambios físicos, hormonales y psicológicos, luego llegara el parto y finalmente el puerperio, y cada una de estas instancias que implican meses, incluso años entrañan posibles problemas y riesgos. Por lo tanto sería esperable que alguna persona haga todo esto sin recibir nada a cambio? Lo que se obtiene a cambio solo debería ser un sentimiento subjetivo, sino sería inmoral?

El valor del intercambio viene relacionado con todos estos riesgos, tiempo, dedicación, cuidados, lucro cesante e implicaciones afectivas del proceso, no hay una mercantilización de seres humanos, sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la madre sustituta. Lo que se podría objetar en algunos casos los valores excesivos, pero en este caso se debería tomar en cuenta la regularización del Estado para evitar abusos, por las dos partes. Muchos argumentan que este tipo de prácticas, como la maternidad subrogada y otras relacionadas con las nuevas tecnologías reproductivas, son procedimientos para personas con alto poder adquisitivo que excluyen a la población con recursos medios o bajos. Y esto es un hecho real que tiene que ver con problemas de política publicas en el tema de salud. (En Argentina Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida N° 26862).

□ Los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable.

Los objetivos y motivaciones son procesos psicológicos complejos en los cuales las variables van cambiando y reconfigurándose, difícilmente se puedan identificar elementos únicos y simples, por los cuales una mujer decide convertirse en madre subrogante. Los motivos mencionados más frecuentemente, las ganas de ayudar a otras personas, las cosas que podrían hacer con el dinero y para muchas el placer de estar embarazadas.

Conocer el destino al dar un hijo que se porto sabiendo que las personas que se harán cargo de ese niño o niña cuidaran de su bienestar no tiene nada objetable ya que es una forma de ayudar y generar bienestar a las partes involucradas. Las personas contratantes logran ser padres al tener un hijo, la madre portadora obtiene cierta retribución y en algunos casos cierto placer de ayudar a los demás.

□ En este argumento se cuestiona el destino que ya se sabe va a tener ese chico al decidir engendrarlo, es decir entregarlo otra familia, a diferencia por ejemplo de una mujer que queda embarazada y luego decide dar en adopción al niño ya que no puede o no quiere hacerse cargo. Creo que no se debe objetar la previsión como un factor cuestionable, ya que está tomando el futuro bienestar de ese niño que va a entregar.

Mas allá de las contra argumentaciones que he dado, considero que es uno de los argumentos más atendibles y mas difícil de desarticular con el que cuentan los críticos de la maternidad subrogada.

□ Desprenderse de un hijo /a de la responsabilidad que implica es moralmente cuestionable.

La madre portadora no se desprende de las responsabilidades como madre hacia el niño, en todo caso nunca las asume, sus responsabilidades con relación al hijo por nacer se circunscriben a los cuidados durante la gestación, ella no toma responsabilidades respecto a la crianza por lo tanto no se puede decir que se desentienda de ellas mismas.

Se podría objetar que la madre portadora no atiende el futuro de su hijo y su bienestar, pero ella elige de alguna manera a aquellas personas que se harán cargo del cuidado y crianza de ese hijo por nacer.

Una mujer por decidir ser madre sustituta está asumiendo solamente ciertas responsabilidades respecto del hijo que está gestando.

□ Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales.

En general este argumento se basa en dos aspectos que remarcan los críticos: el primero hace referencia al quiebre del vinculo materno-filial que se establece durante la gestación y el segundo a las dificultades de aceptación social.

El vinculo materno filial ha sido ampliamente estudiado y se comprobó que existe una fuerte conexión entre ambos, sin embargo las investigaciones muestran que no existe complicaciones psicológicas ni en los niños ni en la madre portadora (Vasanti, J et al. (2003) "Surrogacy: the experiences of surrogate mothers").

Mas allá de ello las madres portadoras pueden establecer un vínculo intenso con el hijo que gestan, pero en esos casos nos encontramos con situaciones similares a los

que se dan en la adopción. Mujeres que gestan un niño y luego lo entregan quebrándose ese supuesto vínculo entre ambos y sin embargo no se objeta la adopción.

El vínculo temprano y primordial entre la madre y el hijo es fundamental para establecer lazos posteriormente, para cimentar la autoestima, la confianza básica y la seguridad interior, pero no es un vínculo biológico sino fundamentalmente psicológico. En la subrogación ese vínculo de apego está conservado, ya que hay al menos una persona, y en general dos que desearon con mucha fuerza a ese hijo mucho antes de que fuera concebido, durante la gestación, y con casi seguridad después del alumbramiento le brindaran amor y cuidados suficientes para que se desarrolle como una persona psicosocialmente sana con buenos vínculos de apego y una adecuada autoestima.

El otro aspecto que se señala es la dificultad en la aceptación por parte de la sociedad y las posibles discriminaciones que pueda sufrir el niño-niña. Este aspecto es atendible pero no se puede alegar que no es moral la subrogación porque la sociedad pueda discriminar o no aceptar a estos chicos, lo que debemos hacer es educar y respetar las diferencias para que seamos más tolerables y comprensivos, evitando de este modo las conductas discriminadoras.

En realidad lo que se deja ver que el problema no está en la práctica de la subrogación en sí misma, sino que no hay un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo los intereses de todas las partes involucradas, tanto la mamá subrogante, las personas contratantes y el niño o niña fruto del acuerdo.

□ Es inmoral traer un niño-niña al mundo mediante subrogación, habiendo muchos chicos que pueden ser adoptados.

Este argumento plantea el tema de la adopción, que es muy importante ya que es atendible y loable que las personas quieran y decidan adoptar, pero cabe cuestionar, la adopción debería ser una opción solo para aquellas personas que tienen dificultades reproductivas?

Con este criterio sería moralmente objetable el simple hecho de traer hijos al mundo habiendo chicos sin padres que esperan por una familia que los adopte.

Este argumento parecería ser un castigo encubierto para aquellas personas infértiles.

El razonamiento implicado sería” Uds. que quieren un hijo y no pueden deberían tomar la opción de adoptar antes de utilizar otro método para ser padres, porque sino tendrían una conducta inmoral, pero nosotros que no tenemos esas dificultades, no tenemos la obligación de adoptar”.

El pensar en la adopción como vía de acceso a la maternidad o paternidad es destacable por sí mismo, pero él no pensar en hacerlo no debería ser objetado moralmente, y menos aun si la objeción recae sobre aquellos que tienen dificultades reproductivas y desean tener un hijo de otra manera.

En esta argumentación de tipo discriminadora se filtra un prejuicio muy arraigado en la historia de las sociedades patriarcales, que es el rechazo a las personas infértiles, principalmente sobre las mujeres en esa condición.

Considero que las personas que quieren ser padres no tienen la obligación moral de pensar en la adopción como primera opción, en todo caso es una decisión libre el hacerlo o no.

## ARGUMENTOS A FAVOR DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Sería bueno no tener que defender la libertad de las personas de elegir, la idea no es alentar ni estimular la práctica, sino liberarla de las críticas morales, las objeciones y prejuicios.

La maternidad subrogada es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la practica en sí misma.

Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma, el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido, si la práctica no se hubiera realizado encuentra una familia que lo espera con amor, los padres logran acceder a la paternidad y tiene la posibilidad de dar amor y brindarle los cuidados necesarios, y por último la mujer portadora puede satisfacer su deseo de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de la ayuda.

Los estudios sobre los niños y las familias que tienen hijos mediante esta modalidad, muestran que no aparecen ni las complicaciones ni los problemas psicológicos

vaticinados por los críticos. ( Cfr. Golombok,S.op.cit y Teman,E (2008) “The Social construction of Surrogacy Research:An Anthropological Critique of the Psychosocial Scholarship on Surrogate Motherhood” Social Science& Medicine vol67,n°7, oct 1104-1112).

## CONCLUSIONES

La maternidad subrogada debería estar controlada y regulada por el Estado, como otra forma de acceso a la maternidad o a la paternidad., este deberá cuidar a todas las partes involucradas, fundamentalmente a la madre sustituta, la cual no cuenta en general con un abogado o asesor que cuide sus intereses como asimismo los derechos del niño por nacer los cuales deberían ser cuidados especialmente.

En este trabajos se presento argumentos contrarios a los argumentos d ellos críticos de la maternidad subrogada y dejando en claro, por lo menos mi postura la libertad de elegir.

La maternidad sustituta más allá de los debates y controversias que genera es una realidad para muchas personas que logran encontrar en esta posibilidad una forma de acceder a la maternidad o a la paternidad y para las mujeres portadora una forma de ayudar a los otros.

Este planteo de hoy rápidamente quedara envejecido muy rápido, esto nos habla de la evolución de la sociedad, pero todavía debemos argumentar y contraargumentar en relación con la maternidad subrogada para liberarla de la moralidad y los prejuicios. Si bien muchos de los planteos y argumentos en contra de la maternidad subrogada son infundados o inconsistentes, otros han permitido que se les preste atencional ciertas situaciones que son relevantes.

Las criticas hacen hincapié en situaciones como: el arrepentimiento de la madre sustituta o el cambio de parecer d ellos padres contratantes, el caso de embarazos múltiples, la enfermedad o discapacidad del niño por nacer, es moral la recompensa económica?.

Estas preguntas son pertinentes y es importante atenderlas, por ello nuevamente hago hincapié en la posición del Estado para legislar y controlar la maternidad subrogada para evitar abusos y prevenir potenciales problemas que pueden surgir en



el proceso y brindar acompañamiento a las partes involucradas incluso luego del nacimiento.