



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogada

Trabajo de Graduación

*Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina.
Una mirada extensiva a países de América Latina.*

Autora: Rocío Carbajal

Legajo: 21.050

Mentora: Gloria Orrego Hoyos

Victoria, 4 de agosto 2014

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

| | |
|--------|---|
| CADH | Convención Americana de Derechos Humanos. |
| CC | Código Civil. |
| CEDAW | Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer. |
| CIDH | Comisión Interamericana de Derechos Humanos. |
| FALGBT | Federación Argentina de Lesbianas Gays Bisexuales y Trans. |
| GIRE | Grupo de Información en Reproducción Elegida. |
| M.S | Maternidad Subrogada. |
| OPS | Organización Panamericana de la Salud. |
| TRHA | Técnicas de Reproducción Humana Asistida. |



Universidad de
San Andrés

ABSTRACT

Los avances de la ciencia, además de revolucionar la vida de las personas, crearon la necesidad de estudiar las diferentes formas de reproducción humana. Junto a los adelantos que introduce la ciencia, se añade la necesidad de que la sociedad se adapte a ello y se transformen los valores culturales existentes.

Por un lado, en el presente trabajo se analizó el vacío regulatorio de una práctica cada vez más requerida en las familias modernas: la maternidad subrogada. Examinamos si dicha práctica debería prohibirse o permitirse. En caso de permitirse, expusimos las implicancias que conlleva la realización de un contrato (como mecanismo sujeto a generar seguridad jurídica entre las partes) que puede ser oneroso o gratuito.

El marco de estudio estuvo determinado por países de América Latina que poseen interés (y necesidad) en tener una legislación que regule la práctica en cuestión. Esta urgencia por regular se puede observar en los proyectos de ley que se han presentado, la jurisprudencia y el interés académico al respecto.

A raíz de lo expuesto y como resultado de un análisis comparativo con otras legislaciones sobre la práctica en cuestión, demostramos que es posible la regulación del contrato de maternidad subrogada, siempre y cuando se prevengan (lo máximo posible) los incentivos negativos que puede acarrear la redacción de la ley. Claro está, que la misma queda a libre arbitrio del legislador y que los incentivos no van a dejar de existir. Lo que se debe intentar es que ellos no atenten contra el orden público.

“Contempla cada camino de cerca, entonces hazte esta pregunta:

¿Me lleva el corazón por esta ruta?

Si lo hace, entonces el camino es bueno.”

Carlos Castaneda¹.



Universidad de
San Andrés

¹ Casa Tibet México. (Casatibetmexico). 20 de julio de 2014. Tweet.

A Gloria Orrego Hoyos, por ser mi guía y marcarme el camino.

**A mi mamá por regalarme una educación de excelencia
y empujarme cuando el camino no era claro.**

A mi papá por darme la posibilidad de estudiar.

A mis hermanas, Jazmín y Mariana, por la paciencia y el respeto.

**A mis amigos, quienes me enriquecieron cada año con sus valores. Principalmente a
Ivana y Sofía, mis personas de apoyo, quienes me incentivaron desde el primer día.**

A Pablo, mi compañero.



Universidad de
San Andrés

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| CAPÍTULO I: LA MATERNIDAD SUBROGADA..... | 11 |
| 1. El concepto de M.S..... | 11 |
| 2. Etimología de la práctica..... | 12 |
| 3. Origen del problema | 16 |
| CAPÍTULO II: PROBLEMÁTICA EN LA ARGENTINA..... | 18 |
| 1. Autonomía de la voluntad | 21 |
| 2. Postura institucionalista vs. Postura contractualista..... | 22 |
| CAPÍTULO III: ¿CÓMO REGULARLA? | 26 |
| 1. Admisión parcial | 26 |
| 2. Admisión amplia | 28 |
| <i>Imoralidad de la práctica, ¿objeto ilícito?</i> | 33 |
| 3. Prohibición..... | 34 |
| CAPÍTULO IV: UNA MIRADA A AMÉRICA LATINA..... | 36 |
| 1. Las TRHA..... | 36 |
| 2. Derechos en juego | 37 |
| 3. La infertilidad..... | 40 |
| 4. La práctica de la M.S en países puntuales | 41 |
| Brasil | 41 |
| México | 42 |
| Chile | 44 |
| Colombia..... | 45 |
| CAPÍTULO V: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA | 47 |
| Argumentos en contra de la M.S | 47 |
| Argumentos a favor de la M.S | 49 |
| CONCLUSIONES..... | 52 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 54 |
| ANEXOS..... | 61 |
| Anexo I: Entrevista a Sabrina Berger | 61 |
| Anexo II: Modelo de contrato de M.S estadounidense..... | 66 |

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar acerca de cómo debería ser la figura de la Maternidad Subrogada (M.S) en la legislación argentina. Para ello, haremos un estudio comparativo con otros países de América Latina².

Se propone hacer uso de legislación internacional, nacional, jurisprudencia y doctrina. Se utilizará la jurisprudencia con el fin de ejemplificar las problemáticas relativas a dicha práctica. No se trata de llevar a cabo un estudio etnográfico, ni tampoco un análisis empírico, sino de realizar un análisis conceptual sobre el significado y la interpretación que se le ha dado a la M.S en distintos lugares. La utilización de fallos judiciales servirá para retratar la situación. El pronunciamiento de, al menos un fallo sobre M.S, es razón suficiente para advertir sobre la existencia de un problema.

En primer lugar, el aporte principal del trabajo es dar cuenta de que existe una necesidad imperiosa de regular la M.S. En segundo lugar, muestra la problemática social que brotaría al momento en que se regule la M.S, si no se toman los recaudos necesarios. Al mismo tiempo, buscaremos profundizar en las consecuencias sociales que podrían atentar contra el orden público³, plantearemos discusiones y buscaremos ordenar las existentes, pero adaptándolas al

²América Latina se incluye en el presente trabajo (Capítulo IV) porque varios países que la conforman poseen características en común con la Argentina, como ser: la cultura, el rol de la mujer y la situación socio-económica. Entre los países de estudio existe una gran relación. Respecto al tema que nos compete, el denominador común es que la M.S no se encuentra (mayormente) regulada en los países de habla hispana.

³ Ellas serían:

- a. la explotación de la mujer al ser utilizada como un medio;
- b. compraventa de recién nacidos y
- c. el turismo reproductivo.

contexto latinoamericano y resaltando los movimientos sociales que se presentaron sobre el tema. Existe apuro en regular la práctica estudiada, lo cual se puede observar en las agendas legislativas, los casos llevados a la justicia en los distintos países y el interés académico en el tema.

Es claro que existe una discusión instalada respecto a la M.S. En palabras del Doctor Marcos Meeroff, médico especialista en salud pública y prevención, refiriéndose a dicha técnica, dijo que “no son ni humanas ni antihumanas, son producto de relaciones sociales profundamente marcadas por las condiciones sociales”(Mir Candal 2010, p.13).

* * *

El trabajo se estructura en cinco capítulos con el fin de facilitar la lectura y esquematizar la investigación.

En el primer capítulo se estudiará el marco de la M.S, haciendo un análisis de la etimología e introduciendo el origen del problema.

Por su parte, el segundo capítulo presentará la problemática legal de la práctica y el tercero planteará la delicada solución de cómo debería regularse y qué se debe considerar para tal fin.

El cuarto capítulo presenta una mirada comparativa contemplando la regulación en países donde la práctica se realiza y países donde la práctica no se permite (esta selección responde a una delimitación: la falta de regulación o permisión de la práctica). Asimismo, el presente capítulo se concentra en dar una mirada a países latinoamericanos. El fin de esta comparación fue tener una visión regional que nos permitiera analizar cómo han interpretado la cuestión de la M.S otros países.

El quinto y último capítulo ordena todos los argumentos que han sido esgrimidos en contra del discurso contractual (y comercial) de la práctica, sistematizándolo por categorías para facilitar su análisis y refutando uno por uno para mostrar la necesidad de una justificación

Dichas consecuencias serán consideradas en los argumentos en contra de la M.S (Capítulo V). El límite de extensión del presente trabajo hace que no podamos abordar los puntos expuestos de manera exhaustiva.

coherente de por qué se necesita regular la práctica y los posibles nocivos efectos de su ausencia. La importancia del último capítulo radica en que únicamente comprendiendo y estudiando los argumentos a favor y en contra sobre el origen y la evolución de esta figura se puede comprender la naturaleza y fundamento de la M.S.

El objetivo es intentar dilucidar qué tipo de contrato se adecua mejor a nuestro ordenamiento⁴, a partir de los pros y contras que se plantearan a lo largo del trabajo, considerando que en muchos aspectos, nuestro país ha tenido la característica de ser progresista. Ejemplo de ello fue la sanción de la ley de divorcio vincular⁵ en 1987, la ley de matrimonio igualitario⁶ en 2010 y la ley de fertilización asistida⁷ en 2013. Hoy, con lo que hemos logrado como sociedad al momento de plantear y defender nuestros derechos, la M.S no puede mantenerse fuera.

Adentrarnos en el tema de M.S nos impactó e inquietó, nos llevó a investigar al respecto, proponernos un plan a seguir, debatir sobre diferentes posturas, abrir la mente, pensar en los testimonios, empaparnos de información para, finalmente, proponer una regulación al respecto, con el objetivo de que se respete el derecho de las personas que buscan ser padres y no pueden o no desean serlo de otra manera. Personas que desean aprovechar lo que la ciencia les ofrece. Personas que buscan descendencia utilizando su material genético, que quieren dar amor y están dispuestas a pagar para ello. Esto merece respeto, ya que solo las personas que no pueden ser padres ni madres, teniendo los medios para serlo, saben el sufrimiento que genera la desregulación en la materia. Nosotros deseamos que con el presente trabajo se pueda abrir el debate, llamar la atención de los legisladores, aportar bibliografía al tema y buscar apoyo para que, cuando se decida regular, el país pueda pensar en las personas que desean ofrecer su vientre y no tienen protección legal (lo que puede conducir a la explotación y a las técnicas clandestinas). O, desde la otra mirada, piensen en las parejas o personas que buscan tener hijos pero no pueden llevar un embarazo a cabo, teniendo el

⁴ En función de: las políticas públicas de salubridad materna, el rol de la mujer, los distintos movimientos sociales (considerando a la Iglesia Católica como tal), las leyes internas del país y la postura del Estado frente a la práctica estudiada.

⁵ Ley N° 23.515. Promulgada: 08-06-1987. (B.O. 26.157, 12-06-87).

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21776/norma.htm>

⁶ Ley N° 26.618. Promulgada: 21-07-2010. (B.O. 31.949, 22-07-10).

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

⁷ Ley N° 26.862. Promulgada: 25-06-2013. (B.O. 32.667, 26-06-13).

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

material genético para hacerlo y los recursos económicos. Piensen en las personas que mueren sin poder ser padres o madres porque un niño adoptivo nunca llega a sus brazos por la burocracia que conlleva el mismo trámite o, las personas que no pueden, en su propio cuerpo, aunque recurran a las TRHA, llevar un embarazo adelante. Seamos conscientes que la realidad está un poquito más allá de lo que, quizá, nuestra tradicionalista visión permite ver.



Universidad de
San Andrés

CAPÍTULO I: LA MATERNIDAD SUBROGADA

1. El concepto de M.S

La *Maternidad por subrogación* o *Maternidad Subrogada*⁸ es una práctica en la que un individuo o una pareja (homosexual o heterosexual) *contratan o pactan* con una mujer la gestación de un embrión que es el resultado de:

- La inseminación artificial con espermatozoides de uno de los miembros de la pareja que “alquila”; ó
- La inseminación artificial con espermatozoides de un donante ajeno; ó
- Mediante la técnica de transferencia de embriones se implantan en el útero de la gestante el óvulo de otra mujer, previamente fertilizada.

Se suele preferir esta última técnica para que la gestante no aporte material genético y, además, de ese modo, se involucre afectivamente lo menos posible.

Al mismo tiempo, al hablar de M.S también se debe tener en cuenta que cuando se dice que las partes “contratan” o “pactan” puede abarcar tanto a la maternidad remunerada como a la altruista.

⁸ Dicha práctica es conocida por distintos nombres. Se la puede identificar como “maternidad por sustitución”, “alquiler de vientre”, “gestación contratada”, “alquiler de útero”, “gestación por sustitución”, “maternidad disociada”, “madres termo”, entre otros. Se procura evitar el lenguaje sexista, excluyente y peyorativo. No obstante, de manera de mantener una coherencia con las regulaciones internacionales, se adopta la traducción que ellas utilizan.

2. Etimología de la práctica

Universalmente se considera de forma genérica a la M.S como “vientre en alquiler”. Esta práctica estuvo presente desde la antigüedad.

El antiguo testamento da fe de ello en el Génesis 16, libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes. Sarai, la esposa de Abram, era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo. Sarai dijo a Abram: “Y que el señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos”. Y Abram accedió al deseo de Sarai. En 1910 a.C Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Este fue el primer niño nacido por medio de “gestación subrogada tradicional⁹” (Escobar, 2011; p. 14).

La segunda gestación por sustitución se desarrolló, según los registros de la historia, en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a.C. Dicha práctica se volvió corriente para los sumerios. Además, el Código del rey Hammurabi¹⁰ (1792-1750), creado en 1780 a.C regulaba la gestación subrogada y disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación. Asimismo, el Código establecía “garantías sociales” para las madres subrogantes que tuvieran hijos (Ibídem; p. 15).

La gestación subrogada fue una práctica habitual en la antigüedad. Basta decir que muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos. En las Antiguas Grecia y Roma también fue una práctica empleada (Ibídem; p. 15).

El término “maternidad subrogada” fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. Al principio sólo ofrecía

⁹ Consiste en un proceso de inseminación artificial. Dicha técnica se realiza con el semen del futuro padre. La madre portadora es quien aporta el material genético. Por lo tanto, en caso de que se produzca el embarazo y llegue a término, el bebé tendrá vínculos biológicos con ella.

(Subrogar consultores, 2012)

¹⁰ En los artículos 144, 145, 146, 170 y 171 del Código de Hammurabi se reglamentaban los derechos de las esclavas, concubina e hijos. El art. 170, específicamente, establecía que “Si uno tuvo una primera esposa que le dio hijos, y si su esclava le dio hijos, si el padre en vida dice a los hijos de la esclava: "vosotros sois mis hijos" se los contará con los hijos de la esposa; cuando el padre haya ido a su destino, los hijos de la primera esposa y los hijos de la esclava repartirán por partes iguales; el hijo heredero nacido de la primera esposa, elegirá y tomará”.

(Ver: Código de Hammurabi. Disponible en:

http://www.eumed.net/cursecon/economistas/textos/codigo_de_hammurabi.htm)

programas de M.S tradicional, utilizando un óvulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico. Debido a esto, para el año 1988 nacieron 302 niños (Surrogacy 2014).

El primer programa coordinado sobre M.S en Estados Unidos y en el mundo fue el realizado en 1980 en Louisville con asistencia de la compañía SurrogateParentingAssociates constituida por el Dr. Richard M. Levin. Dicha asociación ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños (Ibídem).

En abril de 1986, en Michigan, nació el primer bebé fruto de un programa de “maternidad subrogada gestacional¹¹”. Dicho programa consistía en que la madre de alquiler gestaba un niño que no tiene ningún vínculo genético con ella. La madre biológica recurrió a su amiga,

¹¹ Esta opción es recomendada cuando la mujer puede producir óvulos que, al ser extraídos y fecundados posteriormente, se transformaran en embriones aptos, pero que NO puede llevar a término un embarazo (...).

Así, en el proceso se combinan la estimulación ovárica de la futura madre, la posterior extracción de los óvulos resultantes, la IVF (fecundación in Vitro) con el semen del futuro padre, y la posterior transferencia de los embriones al útero de la portadora.

Los ciclos de la futura madre y de la portadora serán sincronizados según los protocolos médicos aplicables.

En cada caso, se estipula un protocolo al que la futura madre deberá ceñirse rigurosamente, respetando las fechas, las dosis de la medicación inyectable y toda otra indicación pertinente. Luego, comenzará el periodo de estimulación propiamente dicho, que puede variar en su duración dependiendo de la respuesta a la medicación que tenga la futura madre. Durante ese lapso de tiempo, se utiliza medicación inyectable (básicamente gonadotropinas) para estimular la producción múltiple de óvulos. El especialista irá aumentando, bajando o manteniendo el protocolo según sea la respuesta que vaya comprobando.

Al mismo tiempo que la futura madre está transitando su proceso de estimulación, la receptora de los embriones comienza con la medicación indicada con el fin de que su útero se encuentre en óptimas condiciones para la implantación de los embriones.

Extraídos los óvulos a través de un procedimiento muy sencillo y rápido, el próximo paso es la fecundación in vitro de esos óvulos con el semen que ha entregado el futuro padre.

Generalmente, el número de embriones a transferir se decide el día del procedimiento. Atendiendo a la calidad, se decide cuales de esos embriones serán transferidos. Los restantes, se congelan para futuros procedimientos (a menos que la transferencia sea realizada con embriones que ya han sido congelados previamente).

La transferencia es un procedimiento sencillo e indoloro para la portadora. En ocasiones, los especialistas invitan a los futuros padres a que vean a través del monitor el momento exacto en el cual los embriones son colocados en el útero de la portadora.

Aproximadamente a los 10 días posteriores al día de la transferencia, la portadora se somete a una extracción de sangre para saber si el embarazo se ha concretado. Si el resultado es positivo, el análisis se repite a la semana siguiente, para confirmar que todo siga en orden.

Dos semanas después, se realiza la primer ecografía en la que pueden escucharse los latidos del/los bebé/s. (Subrogar consultores, 2012).

madre de dos hijos, para que le gestara el feto. El programa se desarrolló bajo la supervisión de Noel Keane (Ibídem).

El primer caso de gestación subrogada ocurrido en el seno de la misma familia tuvo lugar en Sudáfrica en octubre de 1987, cuando Pat Anthony gestó y dio a luz a sus propios nietos para su hija Karen Ferreira- Jorge¹². A Karen se le había extirpado el útero. De acuerdo con la Ley Child Status Bill vigente entonces en la República de Sudáfrica, Pat tuvo que ceder la patria potestad a favor de su hija y yerno, quienes se vieron obligados a adoptar a sus propios hijos (Ibídem).

En la actualidad, existen muchos casos de M.S a nivel mundial. Hay países dónde ésta práctica se encuentra regulada¹³, Argentina no es el caso. Para esta investigación, no fue posible cuantificar los casos existentes, pero podemos ver en varios foros a mujeres ofreciendo su vientre a cambio de vivienda o dinero¹⁴, o sitios web¹⁵ que ofrecen servicio de

¹² Diario *New York Times*, “South Africa Woman Gives Birth To 3 Grandchildren, and History”, 2 de octubre de 1987.

Disponible en:

<http://www.nytimes.com/1987/10/02/world/south-africa-woman-gives-birth-to-3-grandchildren-and-history.html>

(última visita: 1 de agosto de 2014).

¹³ Es decir, se permite dicha práctica de manera amplia, restringida o se prohíbe.

¹⁴ Lugares donde se puede ver a mujeres ofreciendo su vientre en Argentina:

El diario *La Nación* hace pública la oferta para alquilar el vientre de una mujer que le resultaba imposible publicar un aviso clasificado: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/231703/informacion-general/ofrece-alquilar-vientre-para-poder-mantener-sus-hijos.html?origen=notarel>

Una mujer pidió al diario cordobés *La Voz del Interior* que difundiera su caso el día lunes 30 de julio de 2007: “se ofrece en alquiler su vientre para poder mantener a sus hijos. Tiene 27 años y es madre de 4 chicos”: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/231703/informacion-general/ofrece-alquilar-vientre-para-poder-mantener-sus-hijos.html?origen=notarel>

Bolivia: <http://www.ciudadesvirtuales.com/topicos-libres/alquilo-mi-vientre>

¹⁵ En Argentina, por un lado, el sitio Argentina Maternity dice encargarse de organizar, controlar y brindar la asistencia necesaria para facilitar el procedimiento de M.S. Es decir, ofrece un servicio de coordinación entre los países. Actúa como agencia. Ver: <http://www.argentinamaternity.com/>

Por otro lado, el sitio Un hijo es posible ofrece información sobre la M.S en EEUU. Ver: <http://www.unhijosposible.com/>
Y, Subrogar Consultores ofrece asesoramiento y consultoría a las personas interesadas en la M.S. Ver: www.subrogarconsultores.com.ar/sobre-la-maternidad-subrogada-ovodonacion.html.

En el extranjero, se pueden nombrar los siguientes lugares que ofrecen servicios de M.S: Canadá (Canadian Fertility Consulting: <http://www.fertilityconsultants.ca/>), Inglaterra (BioTexCom: <http://mother-surrogate.info/our-services/>). En EEUU, Los Ángeles, CA (GrowingGenerations <http://www.growinggenerations.com/>), Miami, FL: Fernando Akerman (<http://www.drfernandoakerman.com/index.php>),

Rusia (SurrogateBaby: <http://www.surrogatebaby.com/contact/kaliningrad/>)

España (Vientre de alquiler: <http://vientredealquiler.com/>), entre otros.

consultoría para tales prácticas. Si hay oferta de mujeres ofreciendo su vientre es porque la demanda existe, es imposible disimularlo. Hoy podemos leer historias de personalidades públicas que se han sometido a la M.S¹⁶. Sería ingenuo tapar la realidad; es necesario hacerse cargo. Al respecto, el especialista argentino en fertilidad Fernando Akerman, director del Centro de Fertilidad y Fertilización In Vitro de Miami, dijo a *La Nación* "antes me consultaban unas 20 pacientes argentinas al año por la técnica de maternidad subrogada. Ahora, el número de consultas se quintuplicó. De las que consultan, un poco más de la mitad decide hacer el tratamiento".¹⁷

En nuestro país, la figura de la M.S se realiza, pero sin respaldo legal. La práctica existe pero sin contrato mediante, es decir, sin seguridad jurídica para las partes. Esto conlleva una consecuencia clara: la clandestinidad¹⁸. Sin embargo, en nuestro país la justicia avaló el primer caso formal, antes de que se regule la M.S en el CC. Fue en junio de 2013 (caso "NN O DGMB M S/Inscripción de nacimiento"¹⁹) Juzgado Nacional Civil N° 86, Buenos Aires). Esto demuestra que nos estamos moviendo en buena dirección, y que parecemos tener, como sociedad, un norte claro con respecto a esta temática (o al menos eso parece).

Todos los sitios fueron visitados por última vez el día 18 de julio de 2014.

(Anunciadero, 2014).

¹⁶ Diario *La Nación*, "¿Ya no habrá que viajar al exterior para alquilar un vientre?", 6 de septiembre de 2011.

Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1403864-ya-no-habra-que-viajar-al-exterior-para-alquilar-un-vientre> (última visita: 1 de agosto de 2014).

¹⁷ Diario *La Nación*, "Crece el interés por el alquiler de vientres", 20 de agosto de 2011.

Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1399381-crece-el-interes-por-el-alquiler-de-vientres> (última visita: 1 de agosto de 2014).

¹⁸ Diario *La Nación* "Ya hay alquileres de vientre en el país", 7 de julio de 2012

Disponible en: <http://servicios.lanacion.com.ar/archivo/2012/07/07/cuerpo-principal/020> (última visita: 1 de agosto de 2014).

¹⁹ B.M fue concebida en el vientre de una mujer que se ofreció a gestar el embrión a través de inseminación artificial (mediante la cual se implantó el material genético de los padres biológicos).

En el fallo se ordenó "la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores, quienes ante la imposibilidad biológica de concebir, recurrieron a la técnica denominada 'gestación por sustitución' (caso "NN O DGMB M S/Inscripción de nacimiento"). Nunca antes la Justicia se había pronunciado a favor de la M.S otorgando la inscripción del nacido. La jueza Carmen Bacigalupo, del juzgado civil 86, le otorgó al matrimonio la inscripción de la beba a los padres biológicos, la justicia reconoció la filiación biológica y se apartó de lo establecido en el art. 242 del CC vigente.

3. Origen del problema

En las últimas tres décadas, han habido cambios poderosos que han transformado radicalmente el modo en que vivimos. Se puede decir que estos cambios sucedieron como consecuencia de distintos tipos de avances. Algunos de ellos son avances respecto a la informática, a la digitalización, a la biotecnología²⁰, a la medicina, y a la ciencia²¹. Estos adelantos han generado y generan innumerables preguntas.

Que dichos avances sean sinónimos de evolución médico científica, no significa que no existan discusiones al respecto. Es decir, todo cambio impacta de una u otra forma en la vida de los individuos, lo que lleva a la necesidad de regular cada cambio y avance que se desarrolle. Esto conduce a discusiones entre distintos grupos sociales que se inclinan por la posición a favor o en contra de determinados usos que se le puede dar a cada avance, ya sea científico, médico, informático o biotecnológico²².

La M.S, al igual que las demás Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)²³, nació como consecuencia de avances médico-científicos, de la mano de la evolución biotecnológica, que dio la posibilidad de crear métodos alternativos, sin relaciones sexuales mediante, con el objeto final de permitir la maternidad o paternidad a personas que de otro modo no pueden hacerlo.

En el tema que nos ocupa, podemos decir que los avances médico-científicos vinculados con la reproducción, además de revolucionar la vida de las personas, han generado la necesidad de estudiar las diferentes formas de reproducción dado que se necesita un análisis exhaustivo de la práctica para poder regularla de la manera más conveniente posible.

Todo esto en su conjunto, sirve de punto de partida para repensar una problemática que se encuentra latente en nuestra sociedad, pero de forma silenciosa debido a su falta de regulación.

²⁰ Ver: Biblioteca Jurídica Virtual. *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm> (Última visita: 8 de mayo de 2014).

²¹ Cabe resaltar que los bienes jurídicos en juego no son los mismos cuando se trata de un avance informático a que cuando nos referimos a avances en la medicina o en genética.

²² Como sucede en el caso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por ejemplo.

²³ Término desarrollado más adelante.

Antes de pasar a la problemática, nos tenemos que referir, necesariamente, al art. 19 de la C.N²⁴, el cual establece lo siguiente: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*”²⁵. Lo cual lleva a resumir la realidad, respecto de la M.S, de la siguiente manera: no se encuentra prohibida ni permitida, pero como expusimos anteriormente, la práctica se realiza. Las personas que sienten la necesidad de recurrir a dicha técnica y poseen los recursos, viajan al exterior en busca de respuestas y alternativas²⁶. En cambio, quienes no tienen los recursos económicos realizan la M.S en el país, sin certeza de que se le reconozca la filiación y a la sombra de la legalidad. Es decir, de manera clandestina, desprotegidos legalmente.

La pregunta es ¿qué se hace ante esta situación?



²⁴ El primer caso registrado en nuestro país, que autorizó a los padres a inscribir a la nena se basó en el artículo 19 de la Constitución, en la Convención de los Derechos del Niño, en el Pacto de San José de Costa Rica y en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial aún no tratado (Caso “NN O DGMB M S/Inscripción de nacimiento” Juzgado Nac. Civil N° 86, Buenos Aires).

²⁵ Énfasis propio. A los fines de facilitar la lectura, en adelante los resaltados serán propios salvo que se indique lo contrario.

²⁶ Los lugares más frecuentes para la realización de la práctica son EEUU e India.

Ver: “Mamás Con Panza Ajena -- América Noticias Segunda Edición,” YouTube video, 9:05.

CAPÍTULO II: PROBLEMÁTICA EN LA ARGENTINA

“Un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa, ni el término de un progreso”.
Dalmacio Vélez Sarsfield²⁷.

El presente apartado tiene como fin explicar y analizar la problemática que presenta la figura de la M.S en la Argentina. Ello se realizará a la luz del ordenamiento argentino.

Hoy, ser madre o padre tiene tres vías factibles o fuentes. El Código Civil argentino vigente funda dos de ellas en el art. 240: la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. La tercera forma, contemplada en la Ley N° 26.862, sancionada en 2013, garantiza el acceso gratuito a procedimientos médicos para que los ciudadanos puedan procrear.

La primera alternativa es la forma natural de concebir, que un hombre y una mujer se unan con el fin de procrear y que, al mismo tiempo, tengan la posibilidad biológica de llevar a cabo un embarazo. Es decir, que no sean infértiles o que el embarazo llegue a término. Es la forma de reproducción más común y con menos problemas jurídicos.

En la Argentina, el Código Civil establece en su art. 242 que “la maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstetra que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo(...)”²⁸. Esto significa que, en nuestro ordenamiento, madre es quien puja y tiene al bebé por el canal de parto. Cuando Vélez Sarsfield redactó el CC no se imaginó que las posibilidades procreacionales ayudadas por la ciencia iban a necesitar ir más allá de lo

²⁷ (Alterini Atilio, Aníbal, 2012, p. 7).

²⁸ Principio “Master sempercertaest”: La madre es determinada por el parto y alumbramiento (art.242 CC argentino).

estipulado en su momento. Lo que demuestra una necesidad de adecuación a los nuevos paradigmas que la sociedad impone.

Consiguientemente, la segunda opción, consiste en recurrir a la adopción²⁹. Pero lo que sucede es que pocas personas tienen la posibilidad de transitar un trámite burocrático de tal dimensión³⁰ dado que hoy en la Argentina hay más de 40.000 parejas inscriptas en el Registro Único de Adoptantes entre parejas homosexuales, heterosexuales y de personas solteras, dijo Esteban Paulón, Presidente de la Federación Argentina de Lesbianas Gays Bisexuales y Trans (FALGBT)³¹.

Asimismo, como señaló la Dra. Sabrina Berger³², “la mayoría de las veces en una pareja infértil hay un solo integrante que lo es, el otro puede poseer capacidad para reproducir, con lo cual recurrir a una M.S puede ser una solución para el integrante que puede aportar su material genético”. En paralelo, Berger, explicó que “hay muchas personas que no pueden establecer un lazo con quien no tiene su biología, no sienten que puedan amar a un niño que no se le parezca, eso hay que respetarlo. La ley de adopción debería ser más flexible, no puede ser que haya una obsesión en establecer un vínculo biológico (re vincular)”.

La tercera alternativa, que no es llamada “fuente por naturaleza” ni “por adopción”, sino que es fuente de filiación por TRHA, se encuentra contemplada en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial y en la Ley N° 26.862³³ que, como explicaremos en el apartado “Legislación y jurisprudencia internacional” la M.S no se incluyó dentro de dicha ley³⁴. La ley mencionada, otorga posibilidades de ser padre o madre a todas las personas, mayores de edad, sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil.

²⁹ La adopción es un instituto especialmente dirigido a la protección de niños ya engendrados, la M.S es un procedimiento de procreación (Seleme, Hugo Omar, 2013).

³⁰ Recordemos que para poder adoptar en Argentina se necesita cumplir con varios requisitos.

Ley N° 24.779. Promulgada: 26-03-1997. (B.O. 28.616, 30-06-97).

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/texact.htm>

³¹ “La ciudad celebra la primera adopción de pareja homosexual”, *El Ciudadano y la gente*, 24 de abril 2013.

Disponible en: <http://www.elciudadanoweb.com/la-ciudad-celebra-la-primera-adopcion-de-una-pareja-homosexual/>

³² Quiero agradecer especialmente a Sabrina Berger por su tiempo y excelente disposición para ayudar en mi investigación y por compartir su conocimiento inmenso en el tema.

Entrevista disponible en el anexo I.

³³ Ley N°26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida <http://www.msal.gov.ar/prensa/index.php/articulos/lista-de-slide-de-destacados/1416-se-reglamento-la-ley-26862-de-reproduccion-medicamente-asistida>

³⁴ Se reglamentó a través del Decreto 956/2013.

Es importante destacar que el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial incluía la M.S y consideraba persona al embrión implantado en el vientre materno, pero en el proyecto que el Ejecutivo envió finalmente al Senado se eliminó la *gestación por sustitución* y durante la discusión en la Cámara alta, y como concesión a la Iglesia Católica, se estableció el comienzo de la existencia humana a partir de la concepción, poniendo en riesgo la práctica de la fertilización asistida³⁵. Lo dicho en el artículo periodístico, lo explica Sabrina Berger: “Me imagino que lo que el autor quiso decir es que, si desde el nuevo código restringen mucho el obrar de los Centros de Fertilización Humana Asistida mediante disposiciones restrictivas y penalizadoras relativas al status del embrión, estos Centros ya no van a poder operar (o no lo van a poder hacer de la misma manera) y "se pone en riesgo la práctica de la fertilización asistida" en todas sus formas, no sólo en lo referente a la maternidad subrogada. Estos Centros funcionan muy bien en nuestro país porque casi no tienen restricciones, justamente por la falta (afortunada!) de reglamentación al respecto”³⁶.

Se puede observar que la M.S queda apartada del ordenamiento, o lo que es lo mismo, no se encuentra reconocida y, mucho menos, regulada. No debemos dejar de lado la lucha para que el día de mañana la figura de la M.S sea reconocida por el ordenamiento y aceptada por la sociedad, es una técnica que debería tener aceptación porque como toda creación merece tener utilidad. No podemos olvidarnos que existe una tercera alternativa posible de ser padre o madre mediante la M.S, figura que merece un trato y análisis especial dado que, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, nuestro país todavía no la contempla.

A continuación, expondremos las consideraciones contractuales que dificultan su incorporación a nuestro ordenamiento. Es decir, plantaremos la situación de derecho a la M.S dentro del derecho argentino.

³⁵ “Fertilización asistida y Código Civil”, *Página/ 12*. 21 de marzo de 2014.

³⁶ Berger, Sabrina. Mensaje de correo electrónico del 19 de julio de 2014.

1. Autonomía de la voluntad

Por un lado, para que exista un acto jurídico es necesaria la voluntad exteriorizada de las partes que intervienen en el mismo. La autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho, de fuente constitucional” (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997); “el principio de la autonomía de la voluntad, que dimana de nuestra Constitución Nacional, y su consecuencia, la fuerza vinculante del contrato, continúan siendo los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico, mientras se mantengan las circunstancias tenidas en vista al momento de contratar” (XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003) . La autonomía de la voluntad es primordial para que el individuo pueda generar actos jurídicos. “Uno de los contenidos del dogma de la autonomía de la voluntad es la libertad para celebrar el contrato, que involucra la libertad para rehusarse a celebrarlo y la libertad para elegir el co-contratante” (Alterini, 2009, p. 69).

Por otro lado, el Estado limita la autonomía de la voluntad cuando los actos son contradictorios al orden público, a la moral y a las buenas costumbres. Lo hace con el fin de proteger el interés de la sociedad pero, en este sentido, la M.S, depende del consentimiento. Es decir, el consentimiento de las partes es indispensable para la procreación asistida siempre que dicha práctica, la M.S, no estuviera prohibida por el ordenamiento del Estado argentino. Respecto a este punto, cabe decir que el Estado no ha limitado hasta el momento la práctica en cuestión. Es decir, no se prohíbe.

Para que exista consentimiento válido debe ser otorgado por persona capaz. Aunque la capacidad no es suficiente por sí sola para que la persona pueda disponer del objeto del contrato; para ello debe tener también legitimación en sentido estricto, o sea, el poder de disposición respecto de dicho objeto (Alterini, 2009, p. 210). En otras palabras, para que el contrato sea válido debe reunir el consentimiento de las partes, es decir, otorgado por persona capaz, no debe poseer vicios de la voluntad y debe ser otorgado con discernimiento, expresamente y por escrito con la respectiva información explícita, veraz y adecuada³⁷.

Al aplicar la teoría explicada, a la práctica de M.S, pareciera no existir problema alguno. Sin embargo, por un lado, la dificultad, en nuestro ordenamiento, comienza cuando una persona

³⁷ Ver ejemplo de contrato estadounidense (anexo II).

desea realizar un acto jurídico (contratar) sobre el cuerpo de otra persona para llevar un embarazo adelante³⁸. Problema, que en nuestro ordenamiento, surge del art. 953³⁹.

Por otro lado, otro inconveniente, carente de seguridad jurídica en nuestro ordenamiento, es otorgar el consentimiento y manifestar la voluntad para entregar el bebé nacido a los padres solicitantes. Es decir, ceder los derechos de madre, renunciar a ellos y, entregar un bebé como objeto del acto jurídico.

2. Postura institucionalista vs. Postura contractualista

Por una parte, nuestro país conserva una postura institucionalista respecto a la adopción, es decir, no contractual. Lo dicho se observa en el art. 311 del Código Civil que establece lo siguiente: “La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante (...)”. En paralelo, el art. 318 del mismo Código establece que “*se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo*”.

Sin embargo, respecto a las TRHA, la ley parece ir por la postura más contractualista. La Ley N° 26.862 establece en el art. 7, bajo el título “beneficiarios”, lo siguiente: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su *consentimiento informado*. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. Siguiendo lo dicho, la Ley N° 26.529 en su art. 5 entiende por consentimiento informado “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

³⁸ Aunque esta última manifieste expresamente su voluntad

³⁹ Tema que trataremos más adelante pero a modo de adelanto, se refiere a la ilicitud del objeto por considerar que la M.S implica un acuerdo inmoral y, por lo tanto, contrario a las buenas costumbres por considerar la entrega del bebé el objeto de la prestación, por consiguiente el acto jurídico posee objeto ilícito por el art. en cuestión. En el mismo orden de ideas se manifiesta el art. 1051 del CC, respecto a las cosas que pueden ser objeto de locación.

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto (...).”

En resumen, la donación de gametos debe realizarse formalmente con consentimiento previo, informado⁴⁰ y libre de todas las partes intervinientes.

Recogiendo lo más importante, se puede afirmar que si consideramos a la M.S como TRHA, el contrato⁴¹ entre voluntades que desean una inseminación artificial con el objetivo de ser padres a través de una mujer inseminada con material genético de un tercero, no parece ir por un camino antagónico por el cual se conduce la Ley de Fertilización Asistida⁴². Es decir, la inseminación de la mujer que presta su vientre, hasta acá no parece presentar complicaciones en la ley argentina dado que se compatibiliza bien con la formalización que se utiliza en las TRHA. Contrariamente, lo que sí provoca dificultades, es lo dicho anteriormente, la moralidad de contratar sobre el vientre de una mujer, quien gestará y dará a luz, renunciará a sus derechos como madre y entregará al nacido. Pero, ante esta situación vale decir que la moralidad es una costumbre inserta en la sociedad por la cual se considera (juzga) bien o mal cierta acción, conducta o acto. Y, en el mismo orden de ideas, ser madre no lo determina el canal de parto, madre es una relación que se construye y desarrolla, es cuidar y dar amor, o ¿no existen madres biológicas que abandonan a sus hijos? y ¿no existen madres no biológicas

⁴⁰ Art. 6 de la Ley 26.529 establece: “Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”.

⁴¹ Preferimos evitar dar una connotación aún más mercantilista, es suficiente con la palabra “contrato” delante de “maternidad subrogada”.

⁴² Aprobada el 5 de junio de 2013. Mediante la sanción de la presente ley queda garantizado el acceso integral a los procedimientos y TRHA, de forma igualitaria y no restrictiva. Entendiendo la infertilidad como una enfermedad que puede afectar la vida psicofísica de las personas, la norma obliga al sistema público de salud, las obras sociales y las prepagas a incorporar como prestaciones obligatorias y atender a sus afiliados la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico y tratamiento de las TRHA.

que adoptan a un hijo que no nació de sus entrañas?⁴³ Por lo cual, deberíamos ir más allá de lo que Vélez Sarsfield quiso plantear en el art. 242 y movernos en otra dirección. Lo que plantea la ley de fertilización asistida, en esa dirección nos movemos, reconociendo la mutación de paradigma que nos obliga a adaptarnos.

Así, un dato no menor es que necesitamos un cambio en nuestro ordenamiento tal como señala Berger (2012, p.4): “la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica, y es necesario reconocer que hoy existen nuevas realidades jurídicas y familiares para las cuales es necesario crear categorías nuevas. Por otra parte, en la historia siempre se han creado categorías nuevas para adaptarse al correr de los tiempos, y no siempre ha sido fácil. Reconocemos que el tema de la fertilización in vitro, la gestación por sustitución y la copaternidad, entre otros, presentan desafíos difíciles de asumir para ciertos sectores del pensamiento, y será necesario un lento y exhaustivo análisis de todas las variables para llegar a una solución satisfactoria, que a mi entender ya está próxima”.

El Anteproyecto de Código civil argentino lo reconoció cuando incluyó dentro de su cuerpo a la M.S y consideró persona al embrión implantado en el vientre materno. Ello nos muestra que se requiere que el consentimiento de la receptora sea determinante para la filiación y no que la derivación biológica constituya el vínculo legal. Los avances en las TRHA exigen una transformación y exigen un reconocimiento a las nuevas formas. Lo conveniente en el caso de la M.S sería que la pareja receptora reconozca a su futuro hijo desde la etapa embrionaria, antes de que se le transfiera. De esta manera, reconocida la M.S como TRHA, con consentimiento de las partes para realizar la práctica y, además, con el reconocimiento de los embriones se podría llegar a realizar el procedimiento dejado de lado por el Anteproyecto.

⁴³ Al respecto, Herbert T Krimmel (1983), profesor de derecho en South Western University School Of Law, considera difícil imaginar que alguien conciba a un niño con el objetivo de darlo en adopción. Esto es lo que sucede en la subrogación. La gestante decide crear una vida humana con el objeto de luego entregarla a otro. La razón expuesta por Krimmel hace que la analogía entre adopción y M.S se considere equivocada. Además, expone que, aún si la adopción y la M.S fuesen semejantes, no bastaría para realizar un argumento a favor de la moralidad de la subrogación porque no es cierto que en cualquier circunstancia dar un hijo en adopción sea moralmente correcto. Los motivos que los padres tienen para ofrecer un hijo en adopción determinan la conducta moral. Nos parece que un padre que entrega a su hijo a otra pareja, simplemente porque ésta satisfaga su deseo de tener un hijo, no es moralmente correcto, nos parece que el niño está siendo utilizado para satisfacer los deseos de otro y esto es exactamente lo que sucede con la M.S. Por lo tanto, consideramos que resulta injustificado permitir la adopción y no la M.S.

Como dice Portalis (2004, p. 5 y 6): “Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación de los hombres es tan activa, sus intereses están tan multiplicados y sus relaciones tan extendidas, que es imposible para el legislador atender a todo. (...) Las leyes, una vez que han sido redactadas, permanecen como fueron escritas; los hombres, por el contrario, no descansan jamás; siempre están actuando, y este movimiento, que no se detiene y cuyos efectos son modificados en forma diversa por las circunstancias, produce a cada instante una nueva combinación, un hecho nuevo, un nuevo resultado”.



Universidad de
San Andrés

CAPÍTULO III: ¿CÓMO REGULARLA?

Debemos preguntarnos cómo se puede regular la situación de hecho existente respecto al tema que nos ocupa, considerandolo explicado en el artículo precedente.

En función de lo establecido por otras legislaciones, las opciones para regular la M.S son las siguientes:

- Admisión parcial.
- Admisión amplia.
- Prohibición.

1. Admisión parcial

Es decir, de manera altruista y bajo ciertas situaciones de hecho (Martínez Ruiz, 2013).

La palabra “altruismo” hace referencia al comportamiento por el cual los individuos actúan a favor de sus semejantes sin la expectativa de una acción recíproca de gratificación.

La relación, en este tipo de regulación, que une a la madre gestora y al padre o los padres y madres biológicos, es de tipo contractual. Así, podríamos referirnos a la maternidad con fines comerciales (contrato oneroso) o a la relacionada con el altruismo (contrato gratuito). Cuando hacemos referencia a la maternidad por sustitución solidaria o altruista significa que una persona presta su útero sin mediar contraprestación con el fin de llevar un embarazo a cabo y, luego, renuncia a los derechos como madre y le cede los derechos (mediante la patria potestad) a la persona que tiene la voluntad de ser padre y/o madre.

El primer sociólogo en acuñar el término altruismo fue Auguste Comte (1851-1854), en su obra *Sistema de política positiva o Tratado de Sociología*. La conducta altruista es aquella que se realiza voluntariamente para ayudar a otras personas procurando el bien ajeno aún a costa del propio (Arboleda, Juan Pablo, 2008, p. 16).

En contraposición, lo normal en nuestra sociedad y economía son las relaciones de reciprocidad. Los ciudadanos respetan la vida y propiedad de los demás, a condición de que los demás respeten la suya. El hombre es un ser social que depende de los demás y está obligado a intercambiar por algo lo que ofrece como servicio o producto. Podríamos decir que el trueque es el verdadero principio que regula a la sociedad pero, en realidad, para ser más específicos, no debemos utilizar dicho término dado que no contempla el intercambio dinerario y solo contempla el intercambio en especies. Por lo dicho, podríamos reemplazar “trueque” por “contraprestación” dineraria.

En la actualidad, nosotros trabajamos en empresas ofreciendo nuestra fuerza productiva a cambio de una contraprestación dineraria; lo mismo sucede con la oferta de servicios. Lo dicho resulta lógico, pero hasta comienzos del siglo XX, esta clase de intercambio tenía cierto aire de inmoralidad. Es una tradición que se remonta a la antigua Grecia, donde se creía que el trabajo remunerado era indigno del hombre libre. El trabajo remunerado era considerado entre los griegos como una forma de prostitución a la que, en todo caso, podían dedicar su tiempo las clases inferiores. Hoy en día, aceptar dinero a cambio de trabajo se ha convertido en un imperativo moral⁴⁴.

Como consecuencia de lo expuesto sobre la evolución de la moralidad de recibir una contraprestación a cambio de fuerza de trabajo se puede decir que el trabajo tiene un valor moral en sí mismo. Ahora bien, ¿una mujer que desea ofrecer un servicio con su cuerpo a cambio de una contraprestación económica nos parece moral o inmoral?⁴⁵ ¿Y qué pasa si una

⁴⁴ Juan Mago, 26 de octubre de 2010. “En el gran mercado de la vida...” en “*Metamorfosis*” (blog).

Disponible en: <http://juanmago.com/2010/10/26/en-el-gran-mercado-de-la-vida/> (Última visita: 8 de mayo de 2014).

⁴⁵ Bonilla (1998, p.211) ha expuesto la (in)moralidad de la M.S de la siguiente manera: “los enfoques que consideran moralmente correcto el *contrato de M.S*, tal como lo estamos considerando aquí, tal vez no vean con tan buenos ojos el que una mujer se preste a concebir un hijo cuya paternidad ceda después a la pareja estéril a cambio de una cantidad de dinero que puede ser incluso menor que en el primer caso (al fin y al cabo aquí corre menos riesgos de tipo médico). En cambio, quienes critican la prestación de servicios reproductivos por motivos de tipo religioso, tal vez sí que consideran aceptable (en el caso de que fuera médicamente posible) que el embrión de una moribunda fuera traspasado al de otra mujer que pudiera llevar el embarazo a término, incluso aunque ésta sólo estuviera dispuesta a hacerlo a cambio de una cierta cantidad de dinero, tal vez mayor que la que exigiría en el caso de *realizar un contrato de M.S* en condiciones menos traumáticas”.

mujer quiere ofrecer su cuerpo por mero altruismo, sin contraprestación mediante? ¿Nos parece moralmente correcto? Limitar la autonomía de la voluntad por considerar una práctica contraria a la moral y a las buenas costumbres es una percepción meramente subjetiva. Más allá de eso, de los actos morales resulta la formación de hábitos; esta idea constituye una extensión de lo propuesto por Ferrer (1981). Esto nos conduce a entender que la moralidad es la esencia del ordenamiento civil, por lo cual los actos jurídicos llevados a cabo por las personas necesitan de un vector moral que los conduzca a buen puerto. Pero no podemos, como sociedad, quedar estancos en una moralidad permanente, desaprovechando oportunidades que gracias a la ciencia hoy podemos alcanzar.

Además del cambio moral que se necesita respecto a la M.S, permitir dicha técnica parcialmente, no parece traer complicaciones “contractuales” pero sí conduciría a problemas de incentivos. Resultaría difícil que una mujer con voluntad de prestar su vientre se lo alquile a una pareja extraña, es más probable que esa mujer que actúa voluntariamente le ofrezca su vientre a una pareja o individuo conocido o a un familiar de confianza. Lo cual conllevaría a que la técnica no pueda ser empleada como alternativa a la adopción, sería un privilegio solamente para individuos que tengan una persona conocida que quiera -genuinamente y sin dinero de por medio- gestar y dar a luz a un bebé que, luego, dará a su hermana, amigo, tía o cercano. Es decir, la admisión parcial de la M.S desincentiva la prestación de vientre a personas desconocidas, lo cual conduce a una desigualdad de oportunidades entre iguales.

2. Admisión amplia

La M.S merece un trato especial, requiere de aceptación y de respeto por parte de las personas que desean recurrir a ella. Nos movemos en esta dirección, buscando dar seguridad jurídica y que se respete a las personas que buscan ser padres y madres por esta vía, que se dé la posibilidad a la mujer de que haga lo que desee con su cuerpo. También deseamos que la autonomía de la voluntad respecto a la práctica en cuestión no se vulnere, pero que sí se regule para que no se corra el riesgo de la explotación de la mujer y, mucho menos, se realice a la sombra de la ley.

2. a) El contrato de M.S

La figura de M.S trae dificultades al momento de su regulación. Uno de los principales conflictos que conlleva la práctica estudiada pertenece al contrato en sí mismo, la espina dorsal del presente trabajo y lo que vamos a analizar a continuación, siguiendo el camino trazado en el capítulo anterior respecto de la autonomía de la voluntad, la moralidad y el cambio de paradigmas.

En lugar de “acuerdo entre privados”, utilizaremos a partir de ahora, al igual que en bibliografía sobre el tema, la siguiente expresión: *contrato de M.S*⁴⁶.

El *contrato* es un acto jurídico mediante el cual una parte se compromete con la otra parte a cumplir una obligación. Los contratos pueden ser bilaterales o unilaterales. Y, a su vez, estos pueden ser gratuitos (altruistas) u onerosos⁴⁷.

El contrato de M.S ha sido definido como “un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de esperma (...), renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación (no siempre, puede darse de forma altruista), generalmente consiste en una suma de dinero”(Gallee, 1992, 175 y 76).

Entonces, ¿cuál es el tipo de contrato que mejor se adecua a nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta, los pros y contras del contrato remunerado y del altruista?

Para ello, es necesario definir los dos tipos de contratos a estudiar y qué implicancias posee cada uno.

⁴⁶ Preferimos utilizar el término “contrato de M.S” y no “alquiler de vientre” porque el vientre, en nuestro CC no se incluye como cosa, por lo cual no puede ser alquilado. En todo caso, se hace prestación de un servicio.

Art. 1493 CC: “Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero.”

Art. 1.501CC: “Las cosas que estén fuera del comercio, y que no pueden ser enajenadas, o que no pueden enajenarse sin previa licencia o autorización, pueden ser dadas en arrendamiento, salvo que estuvieran fuera del comercio por nocivas al bien público, u ofensivas a la moral y buenas costumbres.”

⁴⁷ Art. 1137,1138, 1139 del CC.

En cuanto a la primera clasificación, expuesta en el artículo 1138 del Código Civil argentino, se deduce que son *contratos unilaterales* cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. En contraposición, se trata de un *contrato bilateral* cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. En el contrato de M.S nos enmarcamos en el segundo tipo. En el caso del tipo *contrato altruista*⁴⁸ se asegura a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte⁴⁹. En este tipo de contrato, lógicamente, queda fuera la locación de servicio.

En cambio, los *contratos onerosos* poseen otra estructura que se caracterizan por ser bilaterales y conmutativos (cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas -art 2051, Código Civil argentino-). Además, cada una de las partes recibe una contraprestación económica, es decir, cuando las ventajas que procuran a una de las partes no le son concedidas por la otra sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle (Alterini, Atilio A., 2009, p.162).

A su vez, los contratos se dividen en nominados (típicos) e innominados (atípicos)⁵⁰. En el caso de la M.S, el contrato toma el carácter de innominado porque no tienen asignada, por ley, una estructura jurídica propia, lo cual nos conduce a que se combinen las características de distintos contratos nominados⁵¹.

Regular la M.S mediante un contrato (innominado, ya sea altruista o remunerado⁵²) requiere de ciertos requisitos. Se necesita:

a) *Declaración de voluntad común* en los términos del art. 1137 del Código Civil que establece que “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” y, paralelamente, el art. 1.144 establece que “el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra”.

⁴⁸ Término trabajado en el apartado “admisión parcial” dentro del presente capítulo.

⁴⁹ Art. 1139 CC argentino.

⁵⁰ Art. 1143 CC argentino.

⁵¹ En el caso que nos ocupa se podría combinar con la locación de servicio, por ejemplo: Servicio que brinda una mujer de gestar un bebé.

⁵² Nos inclinamos por el contrato remunerado porque respetamos a las mujeres que desean brindar un servicio con su propio cuerpo.

Es decir, para que exista la declaración de voluntad común se requiere la existencia de sujetos que posean capacidad para dar su *consentimiento* con el fin de contraer derechos y obligaciones. Además, se necesita cumplir con las solemnidades requeridas por ley para la exteriorización de la voluntad.

b) *Forma*. Todo acto voluntario y, por lo tanto todo contrato, requiere una forma que, en los términos del art. 913 del Código Civil, consiste en “un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste”(Alterini, 2009).

c) *Objeto*. Alterini (2009) establece que toda relación jurídica requiere la existencia de un objeto. El art. 953 del Código Civil establece 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 que 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 los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

d) *Finalidad o Causa*. El art. 449 del Código Civil establece que “no hay obligación sin causa”.

Por lo tanto, un contrato de M.S tiene como objeto gestar en un vientre ajeno, la madre que presta el vientre le proveerá a otra persona el bebé cuando el embarazo concluya. Y, la finalidad del contrato es gestar y dar a luz mediante un vientre ajeno a cambio de que la persona que lo lleva en su vientre renuncie a los derechos que le corresponden y entregue el bebé a los padres solicitantes. Reiteramos, la regulación del contrato de M.S se debe considerar en ambos casos, es decir, ya sea con o sin intención de remuneración a cambio. Consideramos que un contrato sirve para dar seguridad jurídica a las partes. Se necesita que lo prometido quede escrito⁵³, que no se dé lugar a la especulación, y que mediante un contrato, tanto la madre prestadora como los padres comitentes o el centro médico expresen sus voluntades. De esta manera, cuánto más quede escrito, más seguridad jurídica existirá para las partes que forman parte del acto jurídico celebrado. Lo mismo debe pasar con la ley

⁵³ Si bien el CC argentino contempla en el art. 1145 los contratos verbales, consideramos que resulta importante cumplir con las formalidades escritas con el fin de evitar las dificultades que acarrea probar la exteriorización de voluntad verbal.

que reconozca la figura de M.S; ésta debe ser clara, lo suficientemente completa y puntillosa con el fin de evitar casos judiciales innecesarios⁵⁴.



⁵⁴ Hoy, al no tener una ley que regule y respalde la práctica en cuestión, tendemos a judicializar todo y depende el juez que toque se reconoce el derecho o no. Lo dicho sucedió con la ley de fertilización asistida. Ver: “Ley Nacional De Fertilización Asistida: Ahora La Reglamentación| Marisa Herrera,” YouTube video, 1:10.

* * *

Inmoralidad de la práctica, ¿objeto ilícito?

Se afirma que la gestación por sustitución es inmoral (Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera 2012). Por lo tanto, la imposibilidad del contrato de M.S deviene de la ilicitud del objeto del contrato. Hatzis (2009), con razón advierte que la regla de la moralidad no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañan a otros. En consecuencia, al respecto Kemelmajer, Lamm y Herrera argumentan que en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, como mínimo, el Estado debe abstenerse y no poner obstáculos a la posibilidad de acceder a esas libertades.

Al respecto, si hacemos una analogía, podría decirse que vender el cabello es inmoral porque se está lucrando con partes del cuerpo. En el mismo camino, se puede mencionar el trabajo de un modelo publicitario que presta un servicio con su imagen y obtiene una remuneración a cambio, su imagen tiene una utilidad meramente comercial.

Como mencionamos en el apartado “admisión parcial” cuando nos referimos a la moralidad como subjetiva ¿quién establece que prestar el vientre a cambio de una remuneración sea inmoral? y, ¿quién dice que prestarlo con fines altruistas sea un acto solidario y no vaya en contra de las buenas costumbres? La diferencia parece hacerla el hecho de que haya dinero de por medio. Lamentablemente, en la sociedad de hoy la balanza se inclina para el lado que presume a la M.S como inmoral y no para el lado que hace prevalecer la autonomía de la voluntad individual y la felicidad de parejas que buscan ser padres y madres, aprovechando los avances que la ciencia nos brinda. Por lo cual, resulta totalmente subjetivo prohibir el contrato de M.S por justificarse en la inmoralidad.

* * *

Finalmente, la tercer manera de regular la práctica es la

3. Prohibición⁵⁵

Conduce a que cualquier acto jurídico hecho entre privados resulte nulo. Es decir, no resulta posible la formalización mediante instrumentos privados que establezcan pautas contractuales que regulen, a partir de la autonomía de la voluntad, dicha práctica.

Esta manera de regulación nos aleja totalmente de los avances que nos ofrece la ciencia y da menos alternativas a las personas que desean ser padres o madres y padecen la imposibilidad de serlo por el método de reproducción natural.

Prohibir la TRHA en cuestión resultaría “(...) una supresión de la identidad personal y de la autonomía individual para decidir tener hijos biológicos y controlar su propia capacidad reproductiva y, en suma, la posibilidad de desarrollar su proyecto de vida” (Brena, Ingrid, 2012, p. 37). Lo expuesto se encuentra protegido por el art. 11 de la CADH⁵⁶.

En el mismo orden de ideas, siguiendo el argumento de la CIDH en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica⁵⁷” cuando analiza la fecundación in vitro, y haciendo una analogía con el tema que nos ocupa, consideramos que prohibir la M.S, generaría las siguientes consecuencias:

- Impediría a las personas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular de un tratamiento médico:
- Exacerbaría las cargas que normalmente tienen las parejas infértiles para procrear, pues, las pondría en la posición de buscar alternativas fuera de su país, con el impacto económico, personal, familiar y emocional que ello implica.

⁵⁵ Como sucede en ordenamientos como el de Francia, Italia, Suecia, Suiza o España.

⁵⁶ El Art. 11 establece: **“Protección de la Honra y de la Dignidad**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

⁵⁷ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en noviembre de 2012: “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/data/cidhfa.pdf> (última visita: 26 de febrero de 2014).

- Crearía una desigualdad entre aquellas parejas que cuentan con los medios materiales para viajar al exterior y someterse a esta técnica en otros países.
- La prohibición recaería principalmente en la autonomía de la mujer respecto de su propio cuerpo. Es ella a la que se le prohíbe decidir sobre un tratamiento que se concentra en su cuerpo.

Por lo cual, y a modo de cierre del presente capítulo, los costos de prohibir la M.S son altos, se atentaría contra la libertad de la persona, se limita la autonomía. En cambio permitiría, ayudaría a poner límites a la práctica pero no a la autonomía, colaboraría con la decisión de formar una familia de la manera más conveniente en función de los integrantes y se crearía una alternativa adicional a las mencionadas anteriormente⁵⁸. Mostraríamos, una vez más, la condición de país progresista que apuesta por los intereses y derechos de las personas que hoy no tienen voz a la hora de legislar.



⁵⁸ Reproducción sexual, adopción o TRHA (reconocidas por la ley de Fertilización Asistida). Estas fueron explicadas al comienzo del capítulo II del presente trabajo.

CÁPITULO IV: UNA MIRADA A AMÉRICA LATINA

1. Las TRHA

En el caso “Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica” la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entendió por TRHA⁵⁹: “(...) El grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Por su parte, la M.S requiere, en palabras de la Dra. Dina Rodríguez López (2005), “varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser⁶⁰”. Por consiguiente, la M.S no es propiamente una TRHA en sí, pero si nos abstraemos, inferimos que se compone de varias técnicas -las cuales hacen a la realización de la gestación por sustitución-, por lo cual creemos que debe considerársela como una técnica más, por ser una combinación de varias de ellas⁶¹.

⁵⁹ Existen varias TRHA, entre ellas podemos encontrar: Inseminación Artificial, Hiperestimulación Ovárica Controlada (HOC), Perfusión espermática a oviductos (FSP), Fertilización In Vitro (FIV), Transferencia de Embriones (TE), Transferencia intratubaria de gametos (GIFT), Transferencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT).

Rodríguez López Dina, op.cit pp.106-109.

⁶⁰ Biblioteca Jurídica Virtual. *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm>(Última visita: 8 de mayo de 2014).

⁶¹ De manera análoga, se considera la Transferencia de embriones o cigotos (ZIFT) como una TRHA y resulta ser una mezcla entre la Transferencia intratubaria de gametos (GIFT) y la Fertilización In Vitro (FIV), ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados.

Rodríguez López Dina, op.cit pp.106-109

La M.S no se incluyó dentro de la ley de fertilización asistida, por lo que cuando se regule, debería incluirse como una TRHA compleja dentro de la ley. Hoy en día, la ley se divide en técnicas más o menos complejas y, la M.S -por el hecho de combinar TRHA- debería tener una figura diferenciada respecto al resto, por su complejidad. Es decir, se trata de una técnica que merece tener su lugar dentro de la ley sancionada en julio de 2010; de esta manera, regular la M.S resultará más sencillo por su parecido a las TRHA, pero con un diferencial por su complejidad. En la ley de fertilización asistida se contemplan los acuerdos entre las partes y el tratamiento queda en manos de privados⁶², lo cual se compatibiliza muy bien con la M.S.

2. Derechos en juego

En otro caso, “Atala Riffo y niñas vs. Chile⁶³”, la CIDH⁶⁴ sostuvo que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a las TRHA forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad individual y a la vida privada y familiar. Es decir, la decisión de construir una familia forma parte de la autonomía y de la identidad de una persona, sin que pueda ser intervenida o limitada por actos u omisiones. Por lo tanto, ¿en base a qué se puede negar en una sociedad democrática el ejercicio de la libertad personal en el caso de las mujeres que desean alquilar su vientre? ¿Qué es más importante: elevar el ejercicio de la autonomía personal a la condición de libertad o negar la realización de tal práctica?

Es importante recordar lo expuesto anteriormente. Las TRHA reguladas en la Argentina necesitan del consentimiento informado libre, explícito y por escrito de la pareja (casada o

⁶² En caso de que se incluya dentro de la ley, disintimos en que la M.S sea contemplada por las obras sociales. Consideramos que el tema que respecta a las obras sociales y la intervención estatal excede el presente trabajo por lo cual no lo desarrollamos exhaustivamente pero consideramos que no corresponde que las obras sociales o el Estado garanticen la realización del tratamiento. La intervención, por parte del Estado, en la regulación de la práctica debe ser mínima. La ley debe reconocer la privacidad familiar como barrera para la intromisión estatal.

⁶³ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en febrero de 2012: “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/atala-sentencia-integra-1.pdf> (última visita: 26 de febrero de 2014).

⁶⁴ Las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por imperio del artículo 75 inc 22 de la Constitución Argentina poseen supremacía constitucional.

no) que vaya a someterse a técnicas de procreación artificial⁶⁵. Por lo cual, al regular la M.S, los requisitos mencionados deben aplicarse.

La CIDH, cuando se refiere a la protección de derecho a la vida privada, lo mira en términos amplios, incluyendo cuestiones de la identidad física y social, el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho de establecer y desarrollar libremente relaciones con otras personas. Cuando hablamos de autonomía personal nos referimos a cómo cada individuo se ve así mismo y de qué manera los demás lo ven, es decir, cómo se proyecta hacia los demás. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte Interamericana considera que la decisión para una mujer de ser madre o no o la de un hombre de ser padre o no es parte del derecho a la vida privada (Caso “Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica”, p.43). En pocas palabras, la decisión de tener descendencia se da en el ámbito privado. En coincidencia con lo que expusimos en capítulo II, la CIDH coincide con el respeto a la autonomía de la voluntad. Entonces, ¿por qué deberíamos ir en contra y, en consecuencia, cercenar derechos individuales?

A su vez, el derecho a la autonomía reproductiva⁶⁶ está reconocido en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), en el que indica que las mujeres gozan del derecho a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos

⁶⁵ Art. 7 de la ley 26.862 sobre Reproducción Médicamente asistida: “Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.” Disponible en: <http://www.msal.gov.ar/prensa/index.php/noticias/noticias-de-la-semana/1416-se-reglamento-la-ley-26862-de-reproduccion-medicamente-asistida>

⁶⁶ Seleme (2013), explica que “La autonomía reproductiva puede concebirse de modo negativo o positivo. Quienes la conciben como correlacionada con un deber negativo afirman que se trata de una protección frente a la interferencia de terceros en la decisión personal de procrear. Según esta concepción, un individuo es libre de procrear, y su derecho a procrear no se encuentra vulnerado, cuando es posible para él decidir y llevar adelante sus decisiones reproductivas sin la interferencia de terceros. La concepción positiva, en cambio, correlaciona la autonomía reproductiva con un deber de asistencia. No se trata de un derecho que protege en contra de los impedimentos u obstáculos que otros pueden generar, sino de uno que manda facilitar. El deber de facilitamiento puede entenderse de modo amplio o restringido. Según la variante restringida, la autonomía reproductiva requiere asistir para quitar aquellos impedimentos que seres humanos sanos no tendrían. En este caso asistir en la reproducción es análogo a curar. De acuerdo con la variante amplia, asistir equivale a brindar a los individuos potencialidades que exceden aquellas que poseen los seres humanos sanos. En este caso asistir en la reproducción no es equivalente a restaurar o curar, sino a mejorar. Lo señalado posee relevancia con respecto a las parejas homosexuales cuyo impedimento para procrear no se debe a nada análogo a una enfermedad”.

derechos”. Por lo cual, dicho derecho se ve vulnerado cuando le prohíben u obstaculizan a una mujer la posibilidad de ejercer libremente el derecho a controlar su fecundidad.

Por otro lado, la CIDH⁶⁷ en el caso “Artavia Murillo y otros” ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que "la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud (...)." (Caso “Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica”; p. 47). Es decir, la salud reproductiva implica que los hombres y las mujeres sean informados y que tengan el derecho a la libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, siendo estos seguros, eficaces y de fácil acceso.

Por lo tanto, siguiendo estos estándares internacionales y el peritaje oral ofrecido por la Dra. Paola Bergallo⁶⁸ para el caso “*Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*” se puede alegar que los derechos reproductivos, al formar parte de la vida privada familiar, deben estar protegidos de injerencias arbitrarias y, a su vez, salvaguardar el principio de igualdad y el de no discriminación. Bergallo, sostiene que, en el caso de prohibirse la fecundación in vitro, se vulnerarían los siguientes derechos establecidos en la CADH. Respecto a la M.S se puede, por analogía, remitir a los mismos⁶⁹, ellos son: el derecho a la vida privada y a la vida privada familiar (art. 11), derecho a la autonomía, derecho a la intimidad, el libre derecho a la personalidad, derecho a formar una familia (art. 17). A su vez, Bergallo, sostiene que el caso en cuestión plantea un desafío al derecho a la salud física, psíquica y social. Asimismo, genera un desafío al principio de igualdad (considerándolo como “transversal” a los

⁶⁷ En la causa Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c. Costa Rica - 28/11/2012, Publicado en: LA LEY 28/12/2012, 8. Cita online: AR/JUR/68284/201 la CIDH resolvió: "...el Tribunal interpretará la Convención Americana en orden a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia..."

⁶⁸ Ver: “Audiencia Pública. Caso Artavia Murillo y otros (FIV) Vs. Costa Rica. Disponible,” Vimeo video, 17:24.

⁶⁹ Consideramos que se puede remitir a ellos por tratarse, la M.S, de una práctica que se vincula directamente al derecho reproductivo

derechos) contemplado en el art. 1 y 24 de la CADH. Y, por último expone que se vulnera el derecho a la libertad de conciencia establecido en el art. 12.

3. La infertilidad

La *Organización Mundial de la Salud* (OMS), por un lado, considera a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo (World Health Organization, 2010, p. 7). Diferentes peritos, psicólogos consideran que la infertilidad tiene efectos en la salud física y psicológica con consecuencias sociales. Por lo cual, la M.S debe ser considerada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas.

Sin embargo, en el caso de la M.S consideramos, que debe permitirse recurrir a ella a personas sanas, es decir fértiles, pero que por razones personales prefieran tener un hijo a través de un tercero respecto de la pareja⁷⁰. Esto se puede sostener a través del principio de la autonomía personal⁷¹. En otras palabras, nos inclinamos por una regulación amplia de la práctica, que pueda tener acceso quien desee, más allá de una enfermedad. No creemos que debería ser un tratamiento que deban brindar las prepagas. Debe ser efectuado por las personas que posean los recursos para hacerlo. Consideramos que una persona infértil, hoy en día, tiene alternativas posibles para ser padre o madre y que sería demasiado abrir la puerta a que la M.S sea un tratamiento del que se deba hacer cargo una obra social o el Estado⁷².

En América Latina, la M.S no se reconoce de manera amplia. Por lo cual, ningún país la reconoce como una posible y válida solución a la infertilidad. Pocos países permiten la M.S de manera restrictiva -Brasil y México- pero ninguno contempla la M.S como una TRHA posible ante una enfermedad.

⁷⁰ Es el caso de las parejas homosexuales, por ejemplo.

⁷¹ Como se dijo, en nuestro derecho este principio está contemplado por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional que establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

⁷² Ver pie de página #62

4. La práctica de la M.S en países puntuales

Brasil

Este país, no justifica recurrir a la M.S por considerar la infertilidad una enfermedad, sólo permite el acceso a la práctica en cuestión bajo ciertos supuestos. Por un lado, la resolución n° 1975/10 del 15/12/2010 del Consejo Federal de Medicina del Brasil, apartado VII de las Normas Éticas para la utilización de las TRHA, autoriza la sustitución del embarazo cuando exista un problema médico que implique o contraindique la gestación por parte de la dadora genética; la dadora de útero sea un pariente hasta el segundo grado de la dadora genética (Herrera 2012, 482). Por otro lado, el art. 199, párrafo 4 de la Constitución, prohíbe expresamente el carácter lucrativo de la práctica (Mir Candal, 2010, p.8). Es decir, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en ese sentido la gratuidad en el hecho podría actuar como un presupuesto de legalidad (Consejo Federal de Medicina, CFM n1358/92). Por lo cual, dicha resolución, n° 1975/10, supone que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana pueden realizar una gestación de sustitución cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética y debe realizarse de forma altruista. En estos casos, la madre sustituta debe pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta segundo grado. Los otros casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina (Mir Candal, 2010).

El 29 de enero de 2012 nació la primera niña inscrita como hija de dos padres. La gestante, prima de uno de ellos y de manera altruista, utilizó su óvulo con el semen de uno de ellos para embarazarse. Fue el mismo juez 1^a Vara de Familia de Recife, Clicério Bezerr, que en agosto de 2011 autorizó la unión civil de la pareja, quien autorizó la inscripción de la recién nacida.(Martínez Ruiz, 2013, p. 19).

Brasil coincide en el progresismo que posee la Argentina respecto a la legalización del matrimonio igualitario pero presenta un avance por sobre nuestro ordenamiento respecto a la M.S. Si bien, Brasil, permite la práctica restrictivamente, no creemos que se trate de la mejor forma de regular la M.S porque, como sostuvimos a lo largo del trabajo, la autonomía de la voluntad y la libertad reproductiva deben considerarse, pero respetamos que Brasil contemple la M.S como alternativa. Como expresó la Comisión de Reforma del CC y comercial de la

Nación (2012): “Se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición”. En otras palabras, es preferible que se encuentre regulada la práctica a que no exista regulación absoluta al respecto.

México

Según afirma Karina Alatorre y Wendy Aceves Velázquez en su artículo de *La Gaceta* del 9 de mayo de 2011⁷³, “En México, una de cada seis parejas presenta o ha presentado algún tipo de problema para tener hijos y hasta un 10 por ciento de éstas han tenido que utilizar algún método de reproducción asistida, según cifras de diversos institutos de infertilidad como el Instituto Valenciano de Infertilidad en México”. Seguidamente, advierten en su artículo que “La mayoría de los casos que reciben algún tipo de tratamiento logran su objetivo; las que no, consideran la adopción. Sin embargo, hay quienes por la cantidad de trámites o la persistencia de tener un hijo “de su sangre” los llevan a analizar otras opciones como la maternidad subrogada”. Por lo dicho, podemos afirmar que la M.S es una realidad en México.

Si bien el art. 4 de la Constitución mexicana establece que todas las personas tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número de hijos que desean tener y el espaciamiento entre ellos, solo el estado de Tabasco contempla la M.S como alternativa de procreación, desde 1997. En dicho estado se reconoce y menciona dicha figura en el art. 92 del CC de Tabasco que establece: “(...) 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”. Es decir, reconoce la figura de los padres contratantes como padres legales y regula la M.S como un supuesto de filiación determinando qué debe entenderse por madre gestante sustituta y madre subrogada, estableciendo que “Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el

⁷³ “Tener dos madres”, *La Gaceta*, 9 de mayo de 2011.

Disponible en: <http://www.gaceta.udg.mx/Hemeroteca/paginas/655/655.pdf> (última visita: 1 de agosto de 2014).

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 utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso (...).”

Asimismo, el Grupo de Información en Reproducción Elegida⁷⁴ (GIRE) sostiene que “Si bien el tema de la filiación está regulado a través del art. 92 del CC del Estado de Tabasco, no hay mayor regulación sobre los contratos de M.S y bajo qué reglas y modalidades debe realizarse. Es decir, existe un enorme vacío normativo que no se subsana con lo establecido en el código”. Además, explica que el Estado de Guerrero presentó en septiembre de 2011 una iniciativa de ley que no fue discutida. Por lo cual, México posee interés en la materia y de a poco se ven materializados los deseos de los individuos que buscan una regulación que los proteja.

Por otro lado, en el Distrito Federal fue aprobada en noviembre de 2010 por la Asamblea Legislativa, la ley de M.S. Sin embargo, dicha normativa no se publicó. En septiembre de 2011 se enviaron comentarios al poder ejecutivo los cuales fueron discutidos pero no aprobados, advirtió GIRE. Sin embargo, con el fin de poder practicar la M.S, se establecen una serie de formalidades. La ley solo regula el supuesto en el que la pareja contratante aporta el material genético, óvulo y espermatozoide, y la prestación del vientre de la gestante. La pareja contratante tiene que estar unida en matrimonio, se restringe el acceso a la M.S a las parejas heterosexuales. La ley prevé que mujeres solteras acudan a celebrar un contrato de M.S siempre que se trate de una práctica altruista.

Al igual que en Brasil, con la contemplación de la M.S, en el caso de que la Ciudad de México apruebe la ley en cuestión, se coloca, junto al Estado de Tabasco, a la vanguardia en temas de interés social.

⁷⁴ Informe GIRE. Disponible en: <http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>

Chile

En Chile la M.S no se encuentra regulada. Existen vacíos legales que permitirían ejecutar esta práctica sin que exista una violación a la ley. En el artículo “¿Es posible arrendar a una madre” publicado en *Terra* el 31 de Agosto de 2008⁷⁵, se afirma que “la legislación chilena permite que las personas puedan suscribir todos los contratos que quieran, siempre y cuando no esté vetado, y como el arriendo del útero no está prohibido por ley, podría efectuarse un acuerdo contractual de este tipo sin caer en un delito”.

Por un lado, y a diferencia de los casos llegados a tribunales en Brasil, México y Argentina, en Chile no se ha manifestado públicamente ningún caso sobre M.S. Creemos que ello puede vincularse con lo expuesto por Gana Winter (1998, p. 856) respecto a que “Chile en tanto es una sociedad en que históricamente ha influido mucho la Iglesia Católica, tanto en las decisiones tomadas a nivel personal como a nivel legislativo por lo cual, ésta influye en los principios y valores considerados aceptables por la sociedad. La iglesia Católica se ha pronunciado en varias ocasiones en contra de la M.S”. Lo expuesto por Winter indica que el rol de la Iglesia influye en los principios y valores de la sociedad, lo que hace que ésta sea más conservadora con respecto a una figura tan controvertida como lo es la M.S. Además, al igual que en la Argentina, la Ley de filiación chilena establece que madre es la mujer que da a luz. Entonces, al momento del parto, por ley, el bebé es entregado a la madre sustituta, lo que hace que las personas que desean ser padres o madres por temor, además de la influencia conservadora tenida en la estructura social producto de la Iglesia, no intenten ir más allá de lo considerado normal hasta el momento.

Según datos entregados a *La Tercera* por las agencias Circles Surrogacy, en Massachusetts, y Conceptual Options -con sedes en San Diego, Miami y Los Angeles-, el 60% de las personas que buscan una madre sustituta son extranjeras, incluyendo países como México, Argentina y Chile.

⁷⁵ “¿Es posible arrendar a una madre?”. *Terra*, 31 de agosto de 2008.

Disponible en: http://www.terra.cl/zonamujer/index.cfm?id_reg=1025421&id_cat=2007 (última visita: 1 de agosto de 2014).

Chile no tiene todavía una ley dedicada a las TRHA pero, sin embargo, cuenta con grandes centros de fertilidad y clínicas para la inseminación artificial.

Colombia

Al igual que en la Argentina, Colombia sigue sin tener una ley que contemple la M.S. No obstante, se han presentado proyectos legislativos⁷⁶ fallidos. Dichos proyectos surgieron como consecuencia de la ausencia de regulación.

Respecto a la rama jurisprudencial, han existido casos sobre el tema de M.S que han llegado a la Corte Constitucional colombiana. Un caso importante es el de la sentencia T-968 de 2009⁷⁷, que no estableció la regulación al contrato de M.S pero sí resaltó dos puntos importantes. El primero, reconociendo la validez de este tipo de contratos en Colombia al no existir una norma expresa que los prohíba. El segundo punto, resaltó la necesidad de que haya una “regulación exhaustiva” y el establecimiento de una serie de requisitos o condiciones para la celebración del contrato (Rodríguez-Yong, Camilo. A.; Martínez-Muñoz, Karol Ximena, 2012, p. 67).

Bernal Camargo (2009) dice que “La legislación colombiana vigente conserva en lo esencial la tradición romano-germánica, puesto que, como se evidencia en el CC Colombiano respecto a la maternidad, no existe duda frente a que ésta se presume por el hecho mismo del parto, salvo que exista falso parto o suplantación”.

Sin embargo, a pesar de que no exista una regulación específica aplicable a la figura de la M.S, la Corte Constitucional ha reconocido que esta práctica no se encuentra expresamente prohibida. Inclusive puede estar legitimada en el art. 42 de la Constitución Política que establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados

⁷⁶ El proyecto de ley N° 46 de 2003 de la Cámara de Representantes colombiana en su art. 9 y 16 consideraban nulo los contratos de M.S. En cambio, los proyectos de ley N° 196 de 2008 y N° 037 de 2009 de la Cámara de Representantes de ese país sí autorizan la celebración del contrato de M.S en casos donde uno de los miembros de la pareja no tuviera la capacidad reproductiva.

⁷⁷ Corte Constitucional T-968/09, M.P. María Victoria Calle, 18-12-2009.

naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. (Rodríguez-Yong, Camilo. A.; Martínez-Muñoz, Karol Ximena, 2012, p. 68).

En conclusión, en Colombia el contrato de M.S ha sido reconocido como válido pero a falta de regulación, hoy, carece de fuerza jurídica.

* * *

En los países estudiados se demuestra que se han desarrollado tanto proyectos de ley que quedaron estancos como casos llegados a la Corte que se resolvieron de alguna forma (a favor o en contra) pero no por ello se ha logrado la seguridad jurídica como para poder realizar la práctica sin temores a no encontrar respaldo legal. Ello nos induce a afirmar que existe interés en la regulación de la práctica estudiada y que parecieran ser intentos fallidos que no dejan avanzar en esta problemática. Un ejemplo claro es la eliminación de la figura de “gestación por sustitución” del anteproyecto de Código civil argentino⁷⁸. El artículo que lo contemplaba fue suprimido, porque resulta ser un tema cuestionado por la Iglesia Católica (esta afirmación se propagó en diversos medios de comunicación⁷⁹).

Nos parece importante resaltar que La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, está trabajando en un convenio específico que regule los acuerdos internacionales de M.S, ya que el número de casos está aumentando y es imperiosa la necesidad de regulación (Lamm, 2012).

⁷⁸ Art. 562 Anteproyecto CC argentino

⁷⁹ Diario *Infonews* “Alquiler de vientres”, una deuda pendiente del nuevo Código Civil”, 27 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.infonews.com/2013/11/27/politica-110396-alquiler-de-vientres-una-deuda-pendiente-del-nuevo-codigo-civil-nuevo-codigo-civil.php>

Diario *Misiones Cuatro* “La Iglesia volvió a expresar su oposición a la reforma del Código Civil”, 26 de agosto de 2012.

Disponible en:

<http://www.misionescuatro.com/ampliar.php?id=38809>.

Diario *Infobae* “El oficialismo retiró el alquiler de vientres del anteproyecto de reforma del Código Civil”, 15 de noviembre de 2013.

Disponible en:

<http://www.infobae.com/2013/11/15/1523907-el-oficialismo-retiro-el-alquiler-vientres-del-anteproyecto-reforma-del-codigo-civil>

Todos los sitios fueron visitados por última vez el día 1 de agosto de 2014.

CAPÍTULO V: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

A raíz del tema tratado en el presente trabajo se abren debates respecto a las convicciones e ideologías de los distintos sectores de la sociedad. A continuación expondremos los argumentos a favor y en contra de la práctica que nos ocupa.

Argumentos en contra de la M.S

Cuando se habla de M.S los principales argumentos que se escuchan son los vinculados con el carácter antinatural de la práctica por la manipulación genética que merecen las TRHA, el cura Alberto Bochaty, director del Instituto de Bioética de la Universidad Católica Argentina, se opone y, al respecto, dice: “Acá no se está curando un riñón, un hígado, sino que se manipulan seres humanos para implantarlos a embriones extraños con finalidades no siempre médicas. Se está privando al embrión de un desarrollo, de un progreso natural, ordinario, para pasar a un método sumamente extraordinario. Yo puedo técnicamente concebir un embrión, con un óvulo de una persona con el espermatozoide de un segundo, al vientre de un tercero, para que después la madre legal sea una cuarta. ¿Pero es ético? El alquiler de vientres tiene un índice de fracasos muy alto que es del 95%”⁸⁰ (sobre este punto nos hemos referido en el capítulo III).

Asimismo, están los que se manifiestan respecto a la instrumentalización de la mujer que presta el vientre y los que se oponen a la M.S porque consideran que se atenta contra el

⁸⁰ “Vientre se alquila: maternidad en debate”, *La Nación: sociedad*, 31 de agosto de 2008.

interés superior del niño, entre otros argumentos en contra. Respecto al primer argumento de este párrafo, Seleme (2013, p. 2) advierte el problema de equiparar dos problemas diferentes: el de la “cosificación” del cuerpo de la mujer y el de su “mercantilización” y dice: “si lo que parece moralmente inadecuado es que el cuerpo de la mujer sea usado como un mero objeto – como una incubadora- la solución no puede consistir en permitir dicho uso sólo a título gratuito. La mujer es “cosificada” aun si el uso de su cuerpo se realiza sin que ésta reciba contraprestación. Si esta fuese la razón para no permitir la subrogación comercial, entonces también existirían razones para prohibir la subrogación gratuita”.

Siguiendo lo expuesto anteriormente, la Organización Panamericana de la Salud (OPS), afirma: "La mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado, y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre” (Arteta Acosta, 2011, p. 94).

En el mismo orden de ideas de la OPS, en el libro *The mother machine*, Gena Corea (1986), dice: “la madre subrogada ha sido tenida simplemente como un recipiente del semen del hombre, como una incubadora, es decir, como un objeto. Se les paga por desempeñar una función biológica, la de gestar, olvidándose que ésta aparece sentimientos y afectos que dejan huella en la mujer. Para compensar el riesgo físico y afectivo propio del estado gestacional se ofrece dinero, lo cual ha venido configurando la M.S como un oficio y hasta una profesión.”

Por otro lado, el argumento que señaló la Iglesia Católica⁸¹ cuando se contempló la figura de la M.S en el anteproyecto del CC argentino, fue que dicha práctica no solo colabora con la “degradación a la mujer gestante”, sino que “es posible que sea fuente de más desigualdad por la explotación para estos fines de mujeres pobres”. Sobre este punto debemos decir que dicha explotación de la mujer se resuelve regulando a favor de la M.S por contrato remunerado. Sabrina Berger, al respecto y argumentando a favor de la M.S, dice: “Hay que

⁸¹ La exposición estuvo a cargo del propio presidente del Episcopado, monseñor José María Arancedo. Ver: http://www.clarin.com/sociedad/Iglesia-alquiler-vientres-fomenta-explotacion_0_761323967.html

pagarle mucho a la mujer portadora. Si le pagás mucha plata no se explota. No hay sometimiento⁸²”.

Finalmente, hay personas que se oponen a la práctica porque dicen que los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán secuelas psicológicas y sociales. Sin embargo, no encontramos estudios que demuestren los efectos sociales y psicológicos sobre los niños que nacen por M.S.

Argumentos a favor de la M.S

Un argumento a favor de la M.S, ya establecido en el presente trabajo, es el que se vincula con la libertad reproductiva y la autonomía personal. Debemos entender que la madre que presta su vientre lo hace de manera consciente y posee motivos valederos para celebrar un contrato. Consideramos que se debe respetar la posición de una persona que quiere disponer de su cuerpo⁸³ ya sea porque desea prestar su vientre por gustarle estar embarazada o porque desea cobrar dinero por ello o porque, simplemente, quiere brindarle la posibilidad de ser padres o madres a otras personas. No respetar el deseo individual de una persona no resulta coherente con la doctrina del núcleo esencial al derecho al libre desarrollo de la personalidad⁸⁴ y autonomía como máxima expresión de la dignidad humana. En otras palabras, al considerar a la persona autónoma y libre, como lo preceptúa la Constitución, se hacen inviables todas aquellas normas en donde el legislador desconoce la condición mínima

⁸² Berger, al respecto, dice que la contracara de pagar mucho dinero es que el marido (de la mujer gestante) obligue a su mujer. Si se paga poco, la explotación es segura.

⁸³ Silvia Cuevas Morales dice, al referirse a la disposición del cuerpo respecto del aborto, que “tener el control de la capacidad reproductiva y de nuestra sexualidad sigue siendo funcional a las necesidades de nuestros cuerpos autónomos, cuerpos que se alejan del determinismo biológico y social el cual las sociedades patriarcales le otorgan a las mujeres”.

Ver: “Cuerpo propio, cuerpo político; el aborto como línea de acción”. Disponible en: <http://www.laotrapagina.com/articulo-257.html>

⁸⁴ La sentencia esgrimida por el Tribunal Colombiano establece que “El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio genérico y omnicompreensivo cuya finalidad es cobijar aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes en su propia vida. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía consiste en que es la propia persona quien debe darle sentido a su existencia y en armonía con ésta, un rumbo” (Sentencia C-355/06, Corte Constitucional colombiana).

del ser humano como ser capaz de decidir sobre su propio rumbo y opción de vida (Sentencia C-355/06, Corte Constitucional colombiana).

Argumentos de esta índole son presentados por Gana Winter (1998) cuando se refiere a la autonomía personal:

- El fin altruista de poder dar vida a otra persona y de ayudar a quienes no puedan hacerlo
- El motivo económico de preferir ganar dinero de esta forma que en otras profesiones, (razón opuesta al punto expuesto en el punto anterior).
- Intento reparador y de liberación de culpa a raíz de algún aborto o por entrega o abandono de un niño
- La estima y respeto otorgado por la sociedad, religiosa o no, de la mujer embarazada.

La M.S es una técnica en la que personas adultas ejercen libremente sus derechos sin lastimarlos derechos de otras personas, por lo cual las críticas a quienes ejercen la práctica no pueden considerarse. Robertson, defensor de esta práctica piensa que la M.S es una modalidad más para ejercer la paternidad y se equipara a las otras formas de acceder a la misma sin transmisión de linaje genético (Arteta, 2011).

Respecto a las críticas que se vinculan con la explotación de la mujer, Arteta (2011), dice que “al ser un acuerdo voluntario y libre, no se puede hablar de explotación. Todos los participantes se benefician de la subrogación”.

Finalmente, exponemos el siguiente argumento, proveniente desde la perspectiva liberal, dominante en el pensamiento económico. Argumento expuesto por Bonilla (1998, p. 206) cuando dice que la operación de “alquiler del útero” es un ejemplo típico de “mejora paretiana”: “todas las partes involucradas en la transacción están mejor después de realizarla que antes (en términos económicos: aumenta su “bienestar” o “utilidad”), o al menos eso esperan, como lo demuestra el hecho de que todos participan en ella voluntariamente. Es también de suponer, para esta perspectiva, que ninguna persona ajena mejorará o empeorará su situación por el hecho de que ésta se lleve o no a cabo. Por lo tanto, puesto que algunos individuos mejoran y nadie empeora, la transacción debería efectuarse, o, por lo menos, no habría razones justificadas para prohibirla”. Algunos autores⁸⁵ consideran que si el contrato

⁸⁵ Ver: Van Niekerk, Anton; Van Zyl, Liezl.

es remunerado se utiliza a la mujer como un objeto para lograr un fin. Por otro lado, el realizar un contrato con el fin de que una mujer preste su vientre a cambio de una remuneración conlleva traducir lo dicho a la comercialización de derechos y a la mercantilización de bebés.

Permitir la M.S debería ser el camino. Los fundamentos residen en que en otros países la práctica es reconocida y utilizada, hay niños nacidos gracias a ella. Hay reconocimiento expreso de las parejas homosexuales. Como venimos diciendo, se necesita seguridad jurídica, debemos atender los intereses de la sociedad, protegiéndola lo máximo posible (Seleme, 2013, 2).

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto en el presente trabajo, se podría concluir que toda persona que lo desee, sin discriminación de sexo u orientación sexual, posee derecho a acceder a la M.S, siempre que posea los recursos económicos para hacerlo.

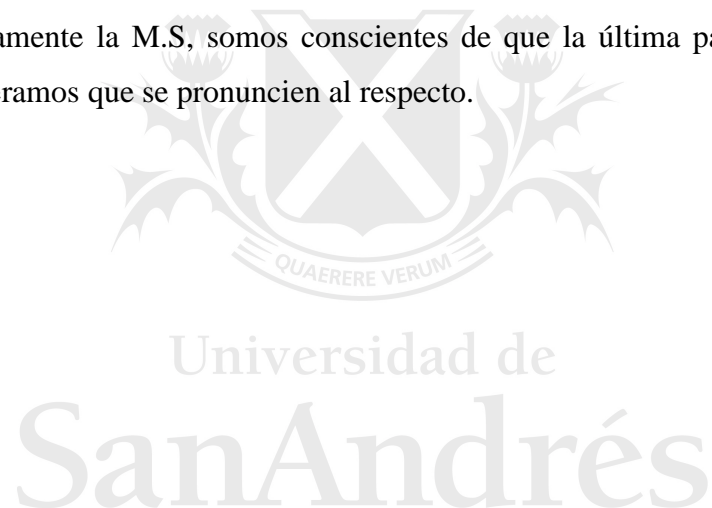
Debemos recordar que lo descrito en este trabajo no es un escenario únicamente argentino, es un denominador común en el resto de los países analizados en donde existieron proyectos de ley. En dichos países, la M.S existe haya o no regulación.

Consideramos que la prohibición de dicha práctica en tiempos que corren significaría desperdiciar los avances que ofrece la ciencia.

Sin embargo, si el objetivo es incorporar la M.S como contrato resulta necesario estudiar la legalidad del objeto contractual y los elementos del contrato exhaustivamente. Si se resuelve la prohibición de tal práctica, se regularía sin mayores conflictos. En cambio, si estamos frente a la segunda opción, es decir, la admisión de tal técnica es necesario redactar una ley de manera que no genere incentivos no deseados para la sociedad. Es necesario que exista un acuerdo entre privados (que puede estar controlado por órganos del Estado o no), para dar menos lugar a vacíos legales y así proteger lo máximo posible a los individuos involucrados. Como expusimos a lo largo del presente trabajo, nosotros consideramos necesario un reconocimiento amplio de la práctica en cuestión y, a su vez, pretendemos su respectiva regulación.

El fallo argentino (*NN O DGMB M S/Inscripción de nacimiento* (Juzgado Nacional Civil N° 86, Buenos Aires) que reconoció la inscripción de la nena nacida bajo la práctica de M.S demuestra que, junto a los casos que existen en los países de América Latina, la acción de la sociedad civil genera un impacto en el Poder Judicial, abre una puerta al reconocimiento de la práctica. Al fin y al cabo, podría terminar siendo un juego de parte de los grupos sociales que están interesados en la práctica. Cuantas más personas se animen a recurrir a la técnica, más rápido se va a lograr una respuesta por parte de los legisladores. En este camino, Gustavo Maurino (2009) sostiene que “quienes carecen de entidad como actores políticos significativos encuentran en la justicia y en el discurso de los derechos una vía privilegiada para incidir públicamente, tal vez la única relevante”.

Por lo cual, el derecho regula situaciones existentes y la M.S, hoy, es una realidad en los países latinoamericanos. Más allá de que nosotros nos inclinemos a favor de una regulación que admita ampliamente la M.S, somos conscientes de que la última palabra la tienen los legisladores y esperamos que se pronuncien al respecto.



BIBLIOGRAFÍA

Alterini, Atilio A. 2009. "Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría General". Buenos Aires: AbeledoPerrot. Segunda edición actualizada.

Alterini, Atilio A. 2012. "Presentación" en *Código Civil Argentino Sistematizado*. Buenos Aires: La Ley. Consultado: 30 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.laley.com.ar/product/files/41307313/41307313.pdf>

Arboleda, Juan Pablo Stiefken. 2008. "Altruismo y solidaridad en el Estado de Bienestar". Tesis Doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en:

<http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/9974/Treball+de+cerca.pdf?sequence=1>

Arriaga, Carol. 2007. "Derechos en torno a la reproducción asistida". El adelanto de las mujeres a través del trabajo parlamentario: comentarios a las iniciativas de género en la LVII, LVIII y LIX legislaturas de la Cámara de Diputados, Cámara de Diputados, LX Legislatura, México.

Disponible en:

http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Ceameg/pron3/archi/asistida.pdf

Arteta Acosta, Cindy. 2011. "Maternidad Subrogada". *Revista Ciencias Biomédicas*. 2, 1: 91-97. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en:

<http://revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciabiomed/article/viewFile/65/60>

Bar-Tal, Daniel; Raviv, Alona, y Goldberg, Marta. 1982. "Helping behavior among preschool children: an observational study". *Childdevelopment*, 53: 396-402. Disponible en: Jstor.

Belgrano Rawson, Milagros. 2012. "Ley de matrimonio igualitario y aborto en Argentina: notas sobre una revolución incompleta". *Revista Estudios Feministas*. 20, 1: 173-188. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a10v20n1.pdf>

Berger, Sabrina M. 2012. "La copaternidad en los casos de maternidad subrogada". *La Ley*. 30 de agosto. Cita Online: AR/DOC/4418/2012

Bernal Camargo, Diana Rocío. 2009. "Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia". *Revista Republicana*. 6: 15-30. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf>

Bonilla Zamora, Jesús. 1998. "Úteros en alquiler". *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*. 18: 205-212.

Brena, Ingrid. 2012. "La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XII: 25-45.

Winter, Claudia Gana. 1998. "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?". *Revista Chilena de Derecho*. 851-866.

Corea, Gena. 1986. "The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs". *MCN: The American Journal of Maternal/Child Nursing*, 11, 5: 357-363.

Escobar, Enrique Federico Rodolfo. 2011. "Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al sistema jurídico guatemalteco". Tesis de grado. Universidad de San Carlos de Guatemala. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8881.pdf

Faerna, Ángel F. Universidad Complutense de Castilla, Madrid. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/A/altruismo.pdf>

Ferrer, Urbano. 1981. "Los valores en el ámbito jurídico". Comunicación presentada a las Jornadas Internacionales de Filosofía Jurídica y Social, Pamplona, 6-7 de febrero. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en:

http://dspace.si.unav.es/dspace/bitstream/10171/12037/1/Los%20valores%20en%20el%20C3%A1mbito%20jur%20C3%ADdico%20%20Vol%209_1982-9.pdf

Galle, Cynthia L. 1992. "Surrogate Mother Contracts: A view of Recent Legislative Approaches". *Journal of Health Law, American Health Law Associations*, 25, 6: 175-180.

Hatzis, Aristides N. 2009. "From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece". *Portuguese Economic Journal*: 8, 3: 205-220.

Herrera, Marisa, y otros. 2012. "Técnicas de Reproducción Humana Asistida". En *Teoría y Práctica del Derecho de Familia Hoy*. Buenos Aires: Eudeba.

Javaloy Soler, Patricia. "Factores psicosociales explicativos del voluntariado universitario". Tesis doctoral. Universidad de Alicante. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en:

http://media.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/a74/d7e/799/18e/4c3/b9a/42e/cc5/e1a/fba/86/mimes/a74d7e79-918e-4c3b-9a42-ecc5e1afba86.pdf

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Eleonora Lamm, y Marisa Herrera. 2012. "Regulación de la gestación por sustitución". *La Ley*. 10 de septiembre. Cita Online: AR/DOC/4747/2012

Krimmel, Herbert T. 1983. "The Case against Surrogate Parenting". *TheHasting Center Report*, 13, 5 : 35-39.

Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/3560577>

Lamm, Eleonora. 2012. "Gestación por sustitución". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3: 1-49. Consultado: 22 de julio de 2014.

Mackinnon, Catherine. 2011. "Trata, prostitución y desigualdad". Ministerio Público de la Defensa: Discriminación y género. Las formas de la violencia. Encuentro Internacional sobre Violencia y Género. Taller: Acceso a la Justicia y Defensa Pública, CABA, 10 y 11 de junio de 2010: 15-30.

Maurino, Gustavo. 2009. "Los nuevos derechos humanos en la Argentina reciente". Arnson, Cynthia et al. (Comps.) *La nueva izquierda en América Latina: Derechos humanos, participación política y sociedad civil*. Washington: Woodrow Wilson International Center for Scholar. 67-79.

Disponible en:

<http://theislamistsarecoming.wilsoncenter.org/sites/default/files/Nueva%20Izquierda%20Enero%2020091.pdf>

Mir Candal, L. 2010. "La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada". *Revista Redbioética/UNESCO*, 174-188. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf.

Nakash, A.;Herdiman, J. 2007."Surrogacy. *Journal of Obstetrics & Gynecology*".*Journal of Obstetrics &Gynaecology*.27, 3: 246-251.

Disponible en:

<http://informahealthcare.com/doi/abs/10.1080/01443610701194788?journalCode=jog>

Portalis, J E. 2004. "Discurso Preliminar". *Código Civil Francés*. Buenos Aires: Traducción de S. de la Canal, Buenos Aires.

Rodríguez López, Dina. 2005. "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato". *Revista de Derecho Privado, nueva época*. IV, 11: 97-127. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.pdf>

Rodríguez-Yong, Camilo. A.; Martínez-Muñoz, Karol Ximena. 2012. "El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense". *Revista de derecho (Valdivia)*. 25, 2: 59-81. Consultado: 22 de julio de 2014. Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003

Ruiz Martínez, Rocío. 2013. "Maternidad subrogada: revisión bibliográfica". Tesis de grado. Universidad de Cantabria. Consultado: 22 de julio de 2014. Disponible en: <http://bucserver01.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>

Seleme, Hugo Omar. 2013. “La Maternidad por Subrogación y los límites de la autonomía”. *La Ley*. 18 de enero. LXXVII, 13: 1-4.

Van Niekerk, Anton; Van Zyl, Liezl. “The ethics of surrogacy: women's reproductive labour”. *Journal of medical ethics*, 1995, 21, 6: 345-349. Consultado: 3 de agosto de 2014.
Disponible en: <http://jme.bmj.com/content/21/6/345.full.pdf>

Comisión de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. 2012. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

“XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003” , en Rosario. 25, 26 y 27 de septiembre de 2003. Consultado: 30 de julio de 2014.

Disponible en:

<http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/2-ano/derecho-civil-i/aportes-teoricos/XIX%20Jornadas%20Nacionales%20de%20Derecho%20Civil.pdf>

“XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997”, en Buenos Aires. 25 y 26 de septiembre. Consultado: 30 de julio de 2014.

Disponible en:

http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_108.htm

Tribunales nacionales

Caso *NN O DGMB M S/Inscripción de nacimiento*. Maternidad subrogada en Argentina. Juzgado Nacional Civil N° 86, Buenos Aires. Consultado: 22 de julio de 2014

Disponible en: <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>

Tribunales extranjeros

Corte Constitucional colombiana C-355/06, caso de aborto en Colombia, 10-05-2006. Consultado: 1 de agosto de 2014.

Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

Corte Constitucional colombiana T-968/09, M.P. María Victoria Calle, 18-12-2009. Consultado: 1 de agosto de 2014.

Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Leyes

Ley N° 23.515. Promulgada: 08-06-1987. (B.O. 26.157, 12-06-87).

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21776/norma.htm>

Ley N° 26.618. Promulgada: 21-07-2010. (B.O. 31.949, 22-07-10).

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

Ley N° 26.618. Promulgada: 21-07-2010. (B.O. 31.949, 22-07-10).

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Consultado 21 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/atala-sentencia-integra-1.pdf>

Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. CIDH, 18 de noviembre de 2012. Consultado 21 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/data/cidhfa.pdf>

Notas periodísticas

Barco, Gustavo. 2008. "Ventre se alquila: maternidad en debate". *La Nación: sociedad*. 31 de agosto. Consultado: 19 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1044703-ventre-se-alquila-maternidad-en-debate>

Carbajal, Mariana. 2014. "Fertilización asistida y Código Civil". *Página 12*. 21 de marzo. Consultado: 19 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/242313-67314-2014-03-21.html>

De Masi, Victoria. 2013. "Por ahora, los "alquileres" sólo resultan posibles en el exterior". *Diario Clarín*. 26 de junio. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/ahora-alquileres-resultan-posibles-exterior_0_944905556.html

Giacometti, Marina. 2013. "Alquiler de Ventres, una deuda pendiente del nuevo Código Civil". *Info News*. 27 de noviembre. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.infonews.com/2013/11/27/politica-110396-alquiler-de-ventres-una-deuda-pendiente-del-nuevo-codigo-civil-nuevo-codigo-civil.php>

Gil Domínguez, Andrés. 2013. "El derecho a la vida y sus proyecciones". *Diario Clarín*. 29 de abril. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: http://www.clarin.com/opinion/derecho-vida-proyecciones_0_910109025.html

Guijo, Florencia. 2013. “La Argentina tiene Ley de Fertilización Asistida”. 19 de junio. *Organización Asuntos del Sur*. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.asuntosdelsur.org/la-argentina-tiene-ley-de-fertilizacion-asistida/>

“La ciudad celebra la primera adopción de pareja homosexual”. *El Ciudadano y la gente*. 24 de abril 2013. Consultado: 19 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.elciudadanoweb.com/la-ciudad-celebra-la-primera-adopcion-de-una-pareja-homosexual/>

“La Iglesia volvió a expresar su oposición a la reforma de Código Civil”. *Misiones Cuatro*. 26 de agosto de 2012. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.misionescuatro.com/ampliar.php?id=38809>.

Zunino E., Noelia. 2011. “Dos historias chilenas de vientre en alquiler”. *Diario Tendencias*. 28 de mayo. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://diario.latercera.com/2011/05/28/01/contenido/tendencias/26-70560-9-dos-historias-chilenas-de-vientre-de-alquiler.shtml>

Páginas web

Anunciadero. 2014. “Avisos clasificados gratis en Argentina”. Consultado: 21 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.anunciadero.com/argentina/alquilo/alquilo-vientre-p1.htm>

Subrogar Consultores. 2014. “Acerca de la maternidad subrogada y la ovodonación”. Consultado: 21 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.subrogarconsultores.com.ar/sobre-la-maternidad-subrogada-ovodonacion.html>

Surrogacy. 2014. “Surrogacy in Russia and abroad”. Consultado: 22 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.surrogacy.ru/es/history.php>

Centro de Bioética, persona y familia. 2013. “Legitimación judicial de un alquiler de vientre”. Consultado: 22 de julio de 2014.

Disponible en: <http://centrodebioetica.org/2013/06/legitimacion-judicial-de-un-alquiler-de-vientre/>

Películas y videos

“Mamás Con Panza Ajena -- América Noticias Segunda Edición,”YouTube video, 10:17, Publicado por “Dr. FernandoAkerman,” 1 de noviembre de 2011.

Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=m5gcQRZmnSg>

“38. Alquiler De Vientres, Si No Está Prohibido, Al Parecer Está Permitido,”YouTube video, 23:10,Publicado por “TAInfrarrojo,” 3 de mayo de 2012.

Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=1AdIIDoITSw>

“Maternidad Subrogada: La Historia De MaicaY Juan De Gregorio,”YouTube video, 21:12, Publicado por “sentirypensar,” 16 de agosto de 2013.

Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=PYT89-WA5YE>

“Audiencia Pública. Caso Artavia Murillo y otros (FIV) Vs. Costa Rica”.Vimeo video, 2:26:40, Publicado por “CorteIDH,”2013. Disponible en: <http://vimeo.com/48973738>

Artículos en línea

WorldHealthOrganization. 2010. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Trad. Red latinoamericana de Reproducción Asistida. Consultado: 30 de julio de 2014.

Disponible en:

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1



ANEXOS

ANEXO I: ENTREVISTA A SABRINA BERGER

ENTREVISTA A SABRINA BERGER, Phd.

Abogada y representante legal de Un Hijo Es Posible.

“Esto lo haces en 5 minutos o no lo logras en 50 años.”

Rocío Carbajal [RC]:- ¿Por qué el interés en la M.S?

Sabrina Berger [SB]: - Fue una propuesta de ellos a mí para ayudarlos. Me interesó la humanización del cuerpo humano desde lo jurídico.

No tuve hijos por M.S porque la naturaleza me acompañó pero bien hubiera podido hacerlo si tenía la plata.

RC: - ¿Por qué se dio cuenta que hacía falta una regulación?

SB: - Porque es una forma más de tener hijos. Muy condenada sin saber muy bien por qué. Mucha gente dice “pobre, qué vergüenza sacarle el hijo a la madre” pero no es la madre.

Hoy se aconseja que la portadora no sea la misma que da el óvulo, al principio si era así. Podemos hacerlo pero tenemos que darlo en adopción y sobre esto no se puede contratar, no podemos pactar a futuro que vas a dar tu hijo en adopción. En cambio cuando el embrión no es biológicamente de la portadora, si se puede contratar.

Hoy tenemos un caso, el primer fallo de subrogación en Argentina. En nuestro país se realiza la práctica pero de manera desprolija, desordenada.

RC: - ¿Qué opinión tiene de la mujer portadora?

SB: - No quieren pagar porque les parece mal para tener un hijo pero si lo tienen gratis parece mal porque es una explotación. Es un círculo vicioso.

Hay que pagarle mucho para que no sea una explotación.

La india es comercial, en EEUU no. En EEUU le están pagando un promedio de 2000 y 4000 dólares por mes porque la suma es entre 20000 y 40000 que se divide en 10 mensualidades. Se deposita todo en una cuenta, generalmente gestionado por la misma agencia, funciona como un fideicomiso.

Son chicos de propaganda, los embriones con malformaciones no se implantan. Percibiendo entre 2000 y 4000 dólares por mes en EEUU no sos más rico ni más pobre pero en la India que el sueldo mensual es de 40 dólares, le pagan 5000 y ahí hacen la diferencia. Por lo cual, hay dos sistemas: el que es muy rentable como en India y el que es una especie de viáticos y algún gusto que te quieras dar como en EEUU.

Yo soy de la idea de pagar mucho. En definitiva, acá en Argentina, se paga mucho por tratamientos. Por ejemplo, en fertilidad si no te lo cubre la prepaga, lo pagas si podes. A nadie le parece mal.

RC:- ¿Si vos regulas de esa forma unos pocos pueden tener acceso, cómo lo ves?

SB:- Es como tener un Mercedes Benz. Cualquiera puede si tiene la plata. Si pagamos poco explotamos. Y si lo hacemos gratis hay problemas. La igualdad en la ley es “el que tiene plata puede, el que no tiene plata facilitemos créditos bancarios. Un derecho al hijo no existe. Hay un derecho a tratar de tener un hijo, entonces el Estado, en rigor, te tiene que garantizar salud, educación y vivienda pero no te tiene que garantizar un hijo. Con lo cual, quien no puede tener un hijo bajo ningún concepto no tendrá. Yo no tengo un Mercedes Benz porque el Estado no me tiene que garantizar un auto.

Si el Estado le paga a la portadora empezamos con una burocracia infernal.

Hay un proyecto de Ley que se llama “Proyecto Prieto” que estaba destinado al fracaso porque la mitad de la ley creaba la agencia nacional de la M.S y esto tiene que quedar en la autonomía privada.

RC:- ¿La mujer cómo la plantea ante esta situación?

SB:- Si le pagas mucha plata no se explota. No hay sometimiento, excepto que un marido obligue a su mujer, esta es la contracara de si la plata es mucha.

Si se paga poco, la explotación es segura.

¿Vos le dejarías tu bebe a una persona que no sabes si toma alcohol, si pasa frío, si se enferma de cualquier cosa? No, no le doy mi embrión ni mi bebé. Este es el mito de la pobre mujer paraguaya explotada. El que desea el bebe es el primero en tomar estos recaudos. Imaginate que el bebe de la casualidad por M.S no existe.

Nadie elegiría⁸⁶ una mujer borracha, que no se cuide o que robe para que geste a su hijo. En EEUU hacen una muy linda analogía diciendo que la mujer que lleva al bebé en su vientre “es como una niñera previo al nacimiento”.

⁸⁶ Lo subrayado fue modificado por la persona entrevistada con posterior autorización para utilizar la presente entrevista como anexo en el presente trabajo.

En EEUU el promedio de la mujer portadora suelen ser enfermeras o personas ligadas a la educación, muy sensibles a los niños. Maestras, enfermeras. Viven en una casa chiquita. Es como si acá fuera una enfermera dueña de un pequeño departamento 2 ambientes en Paternal. Es muy difícil que estas mujeres estén sometidas porque generalmente tienen estudio, tiene un ingreso de dinero, le gustan los niños.

RC:- ¿Le ha pasado de estar con personas que desean pasar por este proceso?

SB:- Todo el tiempo pasa gente por el estudio. Pareja de varones, pareja de hombre-mujer. Yo asesoro, no soy agencia. Yo soy la pata legal de "Un hijo es posible".

(El primer caso en Argentina) Lo lograron los que tuvieron el bebe en el Diagnostico, todos los argumentos que pone la jueza son los que siempre dije yo. El art. 242 establece que madre es la que tiene el parto. Recordemos que esto es de la época de Vélez, nunca se imaginó lo que se venía después. Otro artículo dice que la prueba biológica puede descartar todo otro tipo de prueba, gracias al ADN. Esto cubre algunos casos, no cubre por ejemplo el caso en que le hacen el ADN al bebé, resulta que no es el ADN de la portadora, es el ADN de quien reclama la maternidad biológica, lo inscriben a nombre de esa mujer y ya está. ¿Cuál es el problema? Si hay un ovulo donado (caso de gays o mujer que superó los 50 años). En este sentido hay un vacío legal. El Código Nuevo lo suple cuando habla de la "voluntad procreacional", expresa la voluntad y reemplaza cualquier nexo que esté ausente en lo biológico. Si la biológica, finalmente, es quien va a criar al chico, el Código Civil no tiene obstáculos.

RC:- ¿Has asesorado a hombres?

SB: - Si. De hecho uno de los fundadores de Subrogar acaba de recibir a su beba Victoria.

Desde que entró el matrimonio igualitario la M.S parece ser la única forma.

Esta es la visión opuesta del aborto, es dar vida como sea y la Iglesia no se debería oponer a esto. Combaten el aborto porque no es dar vida y combaten la M.S porque es dar vida por manipulación, combaten todo. Mi respuesta a la Iglesia es ¿Quién puso en el hombre la capacidad para hacer esto?.

Yo tuve tres nenas y pienso en lo mal que me hubiese sentido si no hubiese podido tenerlas. ¿Cómo condenar a la gente que a toda costa quiere un hijo?

RC:- ¿Por qué no la opción de adoptar?

SB:- Porque no es fácil, porque hay muchas personas que no pueden establecer un lazo con quien no tiene su biología, eso hay que respetarlo. Hay personas que no sienten que pueden amar a un niño que no se le parezca. La ley de adopción debería ser más flexible, no puede ser que haya una obsesión en establecer un vínculo biológico, de re vincular.

La familia de la villa que tiene 10 chicos, no saben donde están muchas veces, no los cuidan, duermen afuera. ¿Por qué a esos nenes no se los dieron a otra familia? ¿Habría que cambiar los tiempos o penalizar a los padres que tienen a los chicos en esas condiciones? ¿Dónde está el interés superior del niño? ¿Quién dijo que el interés superior del niño está dentro de la familia biológica? Ahí sí que hay muchos hijos de la casualidad.

Hay gente que necesita tener una trascendencia, yo no soy nadie para decir si está bien o mal, me parece que hay que respetarlo. Está bien que quien quiera adoptar chicos lo haga pero el que no quiere, ¿por qué tiene que hacerlo?

Los hijos adoptivos son hijos de segunda, ¿por qué pobres chicos?. Está demostrado desde lo psicoanalítico⁸⁷ que en una pareja infértil, uno es infértil. Uno habla de pareja infértil pero es uno, el otro la liga de rebote. Entonces muchas veces a la persona sana dentro de la pareja le dan un hijo adoptivo y nunca se termina de encariñar tanto como la otra parte de la pareja lo hace. En cambio, si agotas todas las opciones para que ambos puedan llegar a tener un hijo biológico o uno solo de los dos hasta la pareja queda más sana. Vos no puedes, busquemos donante de esperma pero el óvulo lo pongo yo y los dos quedamos conformes, el hijo es de quien pueda serlo.

Y si son los dos infértiles, todo perfecto.

RC:- Respecto al turismo reproductivo, si en argentina se regula, ¿pondría alguna cláusula para evitarlo?

SB: -Para mí el modelo perfecto es EEUU. Por ahí pagando un poquito más pero finalmente el mercado lo va a regular. Digo EEUU porque es donde hay más experiencia, hace treinta años que se hace y corrigieron todos los errores. Tienen unos contratos interminables, de 40 páginas como mínimo (contrato con la donadora, con la portadora, con la agencia, con el abogado). Cuanto más largo es el contrato más chicos es el juicio, capaz que inexistente. Cuanto más pones en el contrato, menos hay para discutir. El de Illinois es genial porque ya la partida de nacimiento sale a nombre de los padres que lo encargaron, en otros estados tenes que hacer un pequeño tramite en tribunales.

⁸⁷ Estudio realizado por la psicoanalista Eva Giberti.

RC:- ¿Cuáles son las dificultades de traer el modelo norteamericano a la Argentina?

SB:- Ninguno, mentalidad. Esto lo haces en 5 minutos o no lo logras en 50 años. Cuando mezclas sexo y dinero se genera confusión y acá estamos mezclando sexo, dinero, poder y no poder.

RC:- ¿Respecto al Anteproyecto?

SB:- El anteproyecto es raro porque te ponía que todo remite a ley posterior, con lo cual sacamos el código hoy y hacemos la ley especial de persona, adopción, la ley especial de M.S se hace el año 2020. Vamos a estar con el famoso vacío legal, ¿vale la ley vieja, el anteproyecto, qué vale?

El anteproyecto está lleno de incompatibilidades, 80 autores, muchos artículos y ello hace que haya incompatibilidad.

El embrión es persona desde que se implanta en el seno materno pero trae un problema. Qué pasa con el embrión en probeta? Si soy técnico de un laboratorio, se me cae un tubo de ensayo ¿mate a una persona? Si empezamos con estas disposiciones van a cerrar las puertas los laboratorios.

El inicio y el final de la vida humana es difícil, ¿cuándo empieza y cuando termina? Es para biólogos más que para abogados, es un concepto que nos tiene que venir de la medicina.

RC:- ¿Consideras que el contrato remunerado, ofende la dignidad humana?

SB:- Si una mujer se pone a sí misma en el mercado, viene alguien y la contrata ¿cómo puede decir que la están ofendiendo?

Entonces tenemos un vicio en el consentimiento y estamos frente a un ilícito civil.

Gestational Surrogacy Agreement

Agreement is made this _____ day of _____, _____ by and between _____ (hereinafter referred to as ASurrogate@), _____ (hereinafter referred to as Surrogate's Husband@), _____ hereinafter referred to as AGenetic Father@), and _____, (hereinafter referred to as AIntended Mother@).

The term ASurrogate@ refers to the woman who will undergo an embryo transfer procedure utilizing an embryo(s) created with the sperm of the Genetic Father and the egg(s) of a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), and carry said embryos to term for birth and delivery to the Genetic Father and Intended Mother. The term AGenetic Father@ refers to the sperm donor whose sperm will be used to fertilize the eggs of a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), to create embryos to be transferred to the Surrogate. The term AIntended Mother@ refers to the wife of the Genetic Father. The term AChild(ren)@ means each Child(ren) born to the Surrogate pursuant to the terms of this Agreement.

This Agreement is made with reference to the following facts:

1. The Genetic Father is a married individual over the age of eighteen (18) years who is desirous of entering into the following Agreement.
2. The Genetic Father desires to have a child who is biologically related to him.
3. The Intended Mother is incapable of conceiving or carrying a pregnancy to full term, or has been advised by a physician that a pregnancy would be dangerous to her health and/or the health of anychild(ren) she may conceive.
4. The Surrogate is a married individual over the age of eighteen (18) years who is desirous of entering into this Agreement.
5. The Surrogate and Surrogate's Husband are a married couple willing to relinquish custody of a child(ren) born to the Surrogate for the benefit of and upbringing by the Genetic Father and Intended Mother.

NOW THEREFORE, in consideration of the mutual promises contained herein and with the intention of being legally bound hereby, the Parties agree as follows:

SECTION I

PURPOSE AND INTENT

⁸⁸Agradezco a la Dr. Sabrina Berger por haberme facilitado un modelo de contrato estadounidense de M.S.

The sole purpose and intent of this Agreement is to enable the Genetic Father and Intended Mother to have a child(ren) by means of the Genetic Father fertilizing in vitro an ovum from a designated Egg Donor (not a party to this Agreement) and to transfer and implant said embryo(s) into Surrogate, who agrees to carry the embryo(s) to term and relinquish custody of the Child(ren) born pursuant to this Agreement to the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate intends to carry the Child(ren) of the Genetic Father to term and thereafter deliver the Child(ren) to the Genetic Father and Intended Mother, as legal, biological and natural parents, a Child(ren) to the fullest extent she is capable of doing so.

It is the Parties' intention to try up to three (3) embryo transfer attempts. Further, it is the Parties' intention to transfer a maximum of three (3) embryos per attempt, or the number of embryos recommended by a physician, over a period of one year. If the contemplated pregnancy has not occurred after the third transfer attempt, this Agreement may be terminated by any party giving written notice to all Parties, and the treating physician.

In the event of any claim or dispute between the Parties concerning the transactions contemplated by this Agreement, it is the desire of the Parties that their mutual intentions, as reflected in this Agreement, control the disposition of such dispute.

SECTION II

REPRESENTATIONS

Genetic Father and Intended Mother represent that they are a married couple, each over the age of eighteen years, who desire to enter into this Agreement. Genetic Father further represents that, to the best of his knowledge, he is capable of producing semen of sufficient nature for in vitro fertilization and subsequent embryo transfer into Surrogate.

The Surrogate represents that she is married at this time, and desires, along with her husband, to enter into this Agreement.

The Surrogate represents that she is over the age of eighteen years, and that she desires to enter into this Agreement for the reasons stated above, and not for herself or her husband to become the parent of any Child(ren) conceived by Genetic Father and a designated Egg Donor (not a party to this Agreement). The Surrogate further represents that she has made an informed decision to enter into this Agreement. Said decision has been made after careful consideration and counseling with respect to all aspects of each issue involved in this Agreement. The Surrogate further represents that she enters into this Agreement voluntarily, and in the absence of economic or emotional duress of any kind, and that she enters into this Agreement of her own free will.

The Surrogate further believes that she is capable of conceiving and carrying normal healthy children to term, but agrees that neither she nor her husband is desirous of forming and will not form or attempt to form a parent-child relationship with any Child(ren) she may bear pursuant to the provisions of this Agreement, and that they shall freely and readily, in conformance with applicable statutory regulations, terminate all parental rights to said Child(ren) pursuant to this Agreement.

The objective of this Agreement is for the Surrogate to carry and deliver the biological Child(ren) of the Genetic Father. This objective will be accomplished through medical procedures using assisted

reproductive technology. Specifically, these procedures included the retrieval of an ovum(s) from a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), in vitro fertilization of the ovum(s) with Genetic Father's sperm, and future implantation of the embryo(s) into the Surrogate.

At birth, the Surrogate and Surrogate's Husband will relinquish the Child(ren) to the Genetic Father and Intended Mother, and the Genetic Father and Intended Mother will assume all parental rights and responsibilities for the Child(ren) from that time forward. Genetic Father acknowledges paternity of the Child(ren) to be conceived and agrees to have his name listed on the Child(>s)(rens) birth certificate(s). Surrogate will comply with all legal actions necessary to have the Intended Mother's name placed on the birth certificate.

Following, and to the extent requested before the birth of the Child(ren), the Parties will each sign documents and do whatever acts are necessary to fulfill the intent of the Parties, and to make the Genetic Father and Intended Mother the actual and legal parents of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband represent that they will freely, readily, and within a reasonable period of time after the execution of this Agreement and after the birth of the Child(ren) effectuate the intent of this Agreement, and take all necessary legal actions to permanently terminate any parental rights to the Child(ren) pursuant to this Agreement, and to assist in effecting the objective and intent of this Agreement and ensure the custodial placement of the Child(ren) with the Genetic Father and Intended Mother. The Surrogate and Surrogate's Husband will enter into any Consent Agreements with respect to Genetic Father's and Intended Mother's custody and parentage of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband represent that they believe the Child(ren) conceived pursuant to this Agreement is morally and contractually that of the Genetic Father and Intended Mother, and should be raised by the Genetic Father and Intended Mother without any interference by the Surrogate and/or Surrogate's Husband and without any retention or assertion by them of any parental rights. The Surrogate and Surrogate's Husband agree that as soon as is medically possible, institute or participate in proceedings in the State of Ohio or other jurisdiction required to terminate their respective putative parental rights. Subsequent to the birth of the Child(ren), all Parties agree to voluntarily participate in any blood testing necessary to conclusively legally determine the paternity of the Child(ren), as ordered by a court or requested by either Party.

Genetic Father and Intended Mother have employed the services of *Agency's Name* to assist them in the egg donation aspect of this Agreement. It is understood that *Agency's Name* is not a party to this Agreement.

As it relates to the provisions of this Agreement, Genetic Father and Intended Mother agree to indemnify, defend and hold harmless the Surrogate and Surrogate's Husband from and against any and all causes of action, suits, claims, losses, damages, costs and expenses (including, without limitation, attorney fees, court costs and litigation expenses) suffered or incurred by either Surrogate or Surrogate's Husband as a result of or in connection with the participation, involvement or activities of either *Agency's Name* (not a party to this Agreement) or the designated Egg Donor (not a party to this Agreement).

SECTION III

COMPLIANCE

All Parties warrant that all information provided to medical professionals for the purpose of the intent and objective of this Agreement is true and accurate to the best of their knowledge, and that no information is or will be omitted, falsified, embellished or altered for their own benefit or to mold compliance with any term of this Agreement.

Psychological Examinations

Surrogate, Surrogate's Husband, Genetic Father and Intended Mother shall have psychological testing to the extent their medical advisors determine such testing necessary prior to the transfer and implantation of said embryo(s) to the Surrogate. All medical and psychological information shared pursuant to this Agreement, shall remain confidential and shall be disclosed only to the Parties to this Agreement. The Parties understand that a Court may permit or require access to this information after the birth of the Child(ren), if necessary for the best interest of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband expressly waive their privacy rights to psychological information provided they are notified in advance as to what and when such information is to be disseminated.

Physical Examinations

Surrogate and Surrogate's Husband shall have medical examinations, blood and other tests as determined by Genetic Father and Intended Mother and their advisors. The Surrogate and Surrogate's Husband expressly waive the privilege of confidentiality and permits the release of any reports or information obtained as a result of said examinations to Genetic Father and Intended Mother provided they are notified in advance as to what and when such information is to be disseminated.

Genetic Father and Intended Mother shall have full access to the results of testing conducted to detect the presence of any diseases that may be indicated by the Surrogate's or Surrogate's Husband's personal and family history, including testing for sexually transmitted diseases and Rh factor compatibility.

Prior to the embryo transfer, Surrogate, Surrogate's Husband and Genetic Father shall undergo a physical examination under the direction of and in the sole discretion of a physician(s) designated by and acceptable to the Parties to determine whether the physical health and well-being of all Parties to this Agreement is protected. Said examination shall include testing for venereal diseases, including HIV and AIDS, in order to protect the health of the Surrogate and Child(ren). The Parties agree to undergo any necessary medical testing that a designated physician deems necessary while this Agreement is in effect.

Sexual Intercourse by Surrogate

Surrogate agrees and promises that she will not have sexual intercourse with anyone from the first day of her menstrual cycle before the embryo transfer until the date that pregnancy has been confirmed in writing or otherwise by the physician conducting the embryo transfer. Surrogate further agrees that she will not engage in any activity in which there exists a possibility that semen could be introduced into her body, such that the possibility of a pregnancy, other than one contemplated by this Agreement, could occur.

The Surrogate further agrees that she will not have unprotected intercourse with anyone other than her husband during the term of the pregnancy, and will use her best efforts to protect the fetus(es) from any and all communicable and venereal diseases.

SECTION IV

DUTIES OF SURROGATE

The Surrogate agrees to comply to the best of her abilities with all medical instructions given to her by her physician and obstetrician, and any other medical professionals involved with the objective and intent of this Agreement.

The Surrogate agrees to follow a prenatal examination schedule as prescribed by her independent obstetrician, as well as to adhere to and follow all requirements of her treating obstetrician and physician, such as taking medication and vitamins. The Surrogate agrees to submit to any medical tests or procedures deemed necessary or advisable by her obstetrician and/or physician, including, but not limited to, amniocentesis. The Surrogate agrees to submit to amniocentesis at the request of the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate agrees not to participate in dangerous sports or hazardous activities, and not to knowingly allow herself to be exposed to radiation toxic chemicals or communicable diseases.

The Surrogate agrees not to smoke any type of cigarettes, drink alcoholic beverages or excessive caffeinated beverages, or to use any illegal drugs, prescription or non-prescription drugs without the written consent of her physician and/or obstetrician.

The Surrogate agrees not to travel outside of the United States of America after the second trimester of the pregnancy, with the exception of the event of an extreme illness or death in the Surrogate's family and only upon the written consent of her physician and/or obstetrician.

SECTION V

CUSTODY

Gender: Genetic Father and Intended Mother agree to accept custody of any and all Child(ren) born pursuant to this Agreement, regardless of gender, number, health, physical condition, psychological condition, premature or full term.

The Surrogate and Surrogate's Husband agree to relinquish all claims to parental rights and custody of the Child(ren) born pursuant to the terms of this Agreement immediately after the birth of said Child(ren), and enter into any Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody, and/or step-parent adoption of said Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband further agree that Genetic Father and Intended Mother shall select the name(s) of the Child(ren), and that any birth certificate(s) issued through the medical facility in which the Child(ren) is born shall reflect the name(s) chosen by the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate and Surrogate's Husband agree to make no attempt to contact or maintain communications with the Child(ren) born pursuant to this Agreement, or with any member of the stated Parties' families subsequent to the birth of the Child(ren) without the Genetic Father or Intended Mother's prior written approval. Further, Surrogate and Surrogate's Husband agree that they will not intervene or interfere with the upbringing of the Child(ren), or in the lives of the Genetic Father, Intended Mother and Child(ren), unless otherwise agreed in writing and signed by all Parties.

In the event that custody of the Child(ren) is awarded to the Surrogate or her family, or any individual or organization not related to the Genetic Father, by any court decision or otherwise, the Genetic Father shall be indemnified by the Surrogate for any and all moneys he is required to pay for child support or medical procedure related expenses pursuant to any court order, and shall be entitled to immediate reimbursement from the Surrogate for all allowable reasonable and actual expenses paid by the Genetic Father and Intended Mother to the Surrogate pursuant to this Agreement or expended on behalf of the Surrogate.

In the event that the Genetic Father predeceases the birth of the Child(ren) or anticipated Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody and/or step-parent adoption of the Child(ren), said Child(ren) shall be placed in the custody of the Intended Mother with full intent to proceed with all legal avenues to ensure Intended Mother becomes the custodial parent of the Child(ren).

In the event that the Intended Mother predeceases the birth of the Child(ren) or anticipated Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody and/or step-parent adoption of the Child(ren), said Child(ren) shall be placed in the custody of the Genetic Father.

If both the Genetic Father and the Intended Mother are deceased or incapacitated, the Child(ren) shall be placed according to the provisions of the following paragraph.

_____ of (city), (State) shall be the guardian of the Child(ren) and take custody of the Child(ren) upon the birth of the Child(ren). In the event that both Genetic Father and Intended Mother predecease the birth of the Child(ren), the terms of this Agreement shall be carried out to the fullest extent possible, and all parties shall abide by the requests set forth in Genetic Father's and Intended Mother's wills.

In the event of the Genetic Father and Intended Mother's premature demise prior to the Child(>s)(rens) birth and the completion of the contemplated legal proceedings as herein set forth, _____ of (city), (State), shall be responsible for all of the arrangements for the Child(ren). Further, any Child(ren) born pursuant to this Agreement shall have all testamentary and inheritance rights from the Genetic Father and Intended Mother as a natural Child(ren), and shall have no testamentary or inheritance rights from the Surrogate.

SECTION VI

BIRTH, ABORTION, SELECTIVE TERMINATION AND DEATH OF THE FETUS(ES)

Birth

The Surrogate shall give birth at _____ Hospital in (city), (State).

Abortion

The Parties recognize that the Surrogate has the constitutional right to abort or not abort the pregnancy, however, the Parties intend to conform, to the best of their ability, to the following terms of this Agreement.

An abortion procedure shall not occur beyond the twentieth (20th) week of pregnancy, unless a medical doctor, the treating physician or Surrogate's obstetrician, or some other medical professional states that such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate.

The Surrogate waives any rights she may have to abort the pregnancy, except for medical reasons verified by a physician chosen by the Genetic Father and Intended Mother, or some other independent physician or obstetrician, not already involved with the Surrogate's pregnancy, and/or if such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate. If the fetus(es) has been determined by any designated physician to be physically or psychologically abnormal, the decision to abort the pregnancy or not to abort the pregnancy shall be the sole decision of the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate agrees to accept a clinical abortion under the circumstances stated in the foregoing paragraphs. However, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, Surrogate agrees to the termination of all expenses under Section IX of this Agreement. Further, Genetic Father and Intended Mother shall not be responsible for those medical expenses incurred by the Surrogate due to unforeseen complications of which would have been avoided had an abortion occurred. Furthermore, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, all further performance required by the Genetic Father and Intended Mother under the terms of this Agreement is excused.

Genetic Father and Intended Mother agree that if a medical emergency occurs affecting the Child(ren) where either the Genetic Father or Intended Mother cannot be contacted, the decision with respect to the course of action to be taken shall be left to the treating physicians and/or obstetrician, with no liability to the Surrogate. All medical costs and expenses not covered by the Surrogate's health insurance policy will be the responsibility of the Genetic Father and Intended Mother for such procedures. However, all reasonable efforts shall be made to contact Genetic Father and Intended Mother prior to termination of the pregnancy.

The Surrogate agrees not to abort the fetus(es) upon her own discretion, or against the medical advice of a medical professional. If the Surrogate seeks a termination of the pregnancy without the consent of the Genetic Father and Intended Mother, or without the advice of a medical professional, the Surrogate agrees to reimburse the Genetic Father and Intended Mother a sum of money equal to all expenses already paid by the Genetic Father and Intended Mother, including but not limited to, all legal and medical expenses with respect to this Agreement.

If the Surrogate undergoes an abortion with medical consent and consent of the Parties, she will be entitled to the amount of expenses accrued corresponding to the length of the pregnancy.

Selective Termination

In the event that the embryo transfer results in three (3) or more fetuses, the Parties to this Agreement may agree to fetal reduction in order to reduce the number of fetuses. Surrogate's refusal to selective reduction, so long as, in the opinion of the Surrogate's obstetrician, said reduction will not endanger the health of the Surrogate or the remaining embryos, as provided herein, constitutes a breach of the Agreement by Surrogate.

Surrogate agrees that she will not undergo fetal reduction without the express written consent of the Genetic Father and Intended Mother, except where such procedure is necessary to prevent serious physical harm of the Surrogate. Consent of all Parties shall not be unreasonably withheld.

All Parties understand that in light of applicable controlling law regarding a woman's right to an abortion, the Courts may determine that any promise that purports to limit that right may be unenforceable.

Death of the Fetus(es)

The Parties agree that if the fetus(es) die prior to the 24th week of pregnancy, this Agreement shall terminate, with no further obligations or duties of performance by any party, except as provided for by way of terms of actual incurred expenses. Genetic Father and Intended Mother agree to remain liable for medical costs incurred to the date of such death pursuant to the terms of Section IX, and shall hold the Surrogate harmless from liability for said death, unless the death of the fetus(es) is caused by the Surrogate's own wanton recklessness, failure to comply with the terms of this Agreement, failure to reasonably follow all prescribed medical regimens, or other conduct intended to harm the fetus(es).

In the event of the death of the fetus(es) subsequent to the 24th week of pregnancy, Genetic Father and Intended Mother will continue to pay expenses pursuant to the terms of this Agreement for a six (6) week recovery period, and agree to hold the Surrogate harmless from liability for said death, provided the death of the fetus(es) is not caused by the Surrogate's own wanton recklessness, failure to comply with the terms of this Agreement, failure to reasonably follow all prescribed medical regimens, or other conduct intended to harm the fetus(es).

SECTION VII

ASSUMPTION OF THE RISK

Surrogate and Surrogate's Husband understand and agree to assume all risks involved in the anticipated medical procedures, and to hold Genetic Father and Intended Mother, and all other Parties involved in the execution of this Agreement (excluding medical professionals), harmless against all risks. Surrogate and Surrogate's Husband represent that they have consulted with a physician or surgeon of their choice, and are aware of all medical risks, including, but not limited to, death, disability, the inability to have children, discomfort, lost wages, multiple births, Cesarean Section delivery and bed rest, which may result from the conduct contemplated by this Agreement.

Genetic Father and Intended Mother have been advised of all possible risks of abnormalities and/or birth defects of children born to healthy women. Notwithstanding the language of Section VI, Genetic Father and Intended Mother agree to take custody of, and assume legal and parental responsibility for any Child(ren) immediately after the Child(ren)s birth, regardless of whether the Child(ren) suffers from any congenital or other abnormalities or defects. Surrogate and Surrogate's Husband shall be held harmless from delivering a Child(ren) with abnormalities or defects as long as the Surrogate has not breached the terms of this Agreement.

SECTION VIII

SELECTION OF PHYSICIANS AND COUNSELOR

Genetic Father and Intended Mother shall select a physician(s) to conduct examinations, both medical and psychological, to order and review medical and blood tests, and perform all necessary tests and procedures.

The Surrogate shall execute all necessary medical releases for the benefit of Genetic Father and Intended Mother.

Genetic Father and Intended Mother shall have full access to all medical records of Surrogate for information with respect to the intent and objective of this Agreement.

SECTION IX

PAYMENT OF CERTAIN ACTUAL AND REASONABLE EXPENSES

This Agreement provides for certain actual and reasonable expenses to be paid on behalf of the Surrogate and Genetic Father and Intended Mother. Such payments are not in any way to be construed as payment for the Child(ren). Such actual and reasonable expenses are as follows:

Surrogate's Living and Medical Expenses B Responsibility of Genetic Father and Intended Mother

1. Surrogate's Living Expenses:

(a) Genetic Father and Intended Mother shall pay for certain Living Expenses of the Surrogate subsequent to the confirmation of pregnancy with a positive HCG TEST performed by a medical doctor and before the birth of the Child(ren) and for no more than four (4) weeks after the birth of the Child(ren). Examples include, but are not limited to, housing, automobile, related insurances for housing and automobile, real estate taxes and maternity clothing.

(i) Except for in the case of multiple births, the total Living Expenses under this Agreement shall not exceed (\$_____) or (\$_____) per any one month for ten (10) months or for each month the Surrogate remains pregnant, whichever period is shorter (except if otherwise provided for in Section VI). Furthermore, monthly total Living Expenses shall not exceed the following:

(a) \$0.X per mile for any/all surrogacy related expenses

(b) maternity clothing, meals and life insurance

First payment is due five (5) days following confirmation of pregnancy with a positive BETA TEST performed by a medical doctor. Subsequent payments are due on the monthly anniversary thereafter as long as the fetus(es) remains viable.

(ii) In the case of a multiple birth, the total Living Expenses in (i) above shall be revised not to exceed (\$_____) or (\$_____) per any one month for ten (10) months or for each month the Surrogate remains pregnant, whichever period is shorter (except if otherwise provided for in Section VI). In the event of more than one multiple birth, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional _____ (\$X) per multiple birth.

(iii) The sum of _____ Dollars (\$X) per IVF/embryo

transfer attempt, including mock cycles, for travel, and \$X per hour for child care (if any) to be paid within five (5) days of embryo transfer.

(iv) In the event the Surrogate's Husband incurs lost wages as a result of the IVF, the total Living Expenses in (i) and (ii) shall be increased prorata at a rate of \$_____ per day.

(v) In the event the Surrogate's treating physician or obstetrician orders bed rest or other contingencies for Surrogate in connection with the pregnancy and birth of the Child(ren), the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional One Hundred Dollars (\$_____) per week of bed rest or other contingencies. Such amount are payable during each week of bed rest or other contingencies and shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after cesarean section delivery.

(vi) In the event the Surrogate undergoes a Cesarean Section delivery, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional _____ (\$X).

(vii) In the event the Surrogate undergoes an invasive procedure, including but not limited to, an amniocentesis, D&C, cerclage, or loss of reproductive organs, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased an additional _____ (\$X) per invasive procedure.

(viii) Surrogate shall be reimbursed for childcare expenses at a rate of \$7 per hour for medical appointments related to the IVF procedure and any resulting pregnancy. Payment to be made with monthly payment.

2. Surrogate's Medical Expenses

(a) All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses incurred during, or resulting from complications arising from embryo transfer, that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother. Said expenses shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after a cesarean section delivery.

(b) All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses associated with any testing done at the request of the treating physician or Surrogate's OB/GYN that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother. Said expenses shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after a cesarean section delivery.

(c) The costs and fees of medical service providers for paternity testing pursuant to above referenced language in this Agreement shall be paid by Genetic Father and Intended Mother.

All of the Surrogate's Living Expenses and the Surrogate's Medical Expenses to be paid by the Genetic Father and Intended Mother must be supported by a receipt. The Parties agree that this Agreement takes into consideration all time to be spent, pain and suffering, personal discomfort and other personal inconveniences and costs to be incurred by Surrogate in performance of all the terms and obligations set forth in this Agreement.

SECTION X

INSURANCE

Health

At the time the Surrogate executes this Agreement, Surrogate represents that she has in force a valid health insurance policy. The policy is expected to pay a significant portion of all medical bills relating to pregnancy, pregnancy-related complications, labor and delivery, and hospitalization, with the exception of the IVF procedure.

The Surrogate shall provide to Genetic Father and Intended Mother written documents proving that such health insurance policy is in full force and effect. Further, the Surrogate agrees to notify the Genetic Father and Intended Mother of any change in her health insurance status in sufficient time to make alternative arrangements.

The Surrogate shall submit all medical bills related to any resulting pregnancy to her insurance company, as well as provide copies of any rejected claims to Genetic Father and Intended Mother and contest rejections if warranted.

Genetic Father and Intended Mother shall be responsible for all of Surrogate's medical expenses that are related to the embryo transfer procedure and/or pregnancy that are uninsured, having followed all agreements stated in the forgoing paragraphs in this Section.

Surrogate agrees to submit a copy of her present medical insurance policy to Genetic Father and Intended Mother prior to any tests or prior to incurring any expenses or payment of funds pursuant to this Agreement, or prior to any attempted compliance with the intent and/or objective of this Agreement.

The Surrogate represents that she has medical coverage, which includes complete pregnancy care and delivery, and provisions for payment of a Cesarean Section delivery, if required. The Surrogate makes no warranty that her medical insurance will pay any or all costs associated with the pregnancy contemplated by this Agreement, and the Genetic Father and Intended Mother agree to make all payments in the event that the Surrogate's medical insurance does not pay her medical expenses, unless non-payment is the result of the Surrogate's negligence, such as the failure to submit expenses to the insurance company for reimbursement.

Should the Surrogate, due to unforeseeable circumstances, risk losing her medical insurance, she shall immediately notify Genetic Father and Intended Mother so that provisions can be made to address the options of converting the policy to COBRA coverage so that the Surrogate will not suffer loss of medical coverage. Should the Surrogate have to convert her policy, the cost of said policy shall be paid by the Genetic Father and Intended Mother.

The foregoing paragraphs shall not apply to an abortion in violation of this Agreement, or a miscarriage which is the result of the Surrogate's negligence or breach of this Agreement.

Life

The Intended Mother and Genetic Father shall pay the costs of term life insurance on behalf of the Surrogate. Benefits shall be in the amount of _____ (\$X) dollars. _____ (\$X) dollars of said amount shall be directed toward a beneficiary of the Surrogate's choice and the Intended Parents shall be the beneficiary of the remaining _____ (\$X) dollars. Evidence of said insurance and the premiums due shall be furnished to the Genetic Father and Intended Mother.

SECTION XI

EARLY TERMINATION OF AGREEMENT

Before the Surrogate becomes pregnant, this Agreement may be terminated under the following conditions:

1. By Genetic Father and Intended Mother if the Responsible Physician's opinion is that the Surrogate will not become pregnant within three (3) cycles.
2. By Genetic Father and Intended Mother if the Responsible Physician determines that the Surrogate is not a good candidate for carrying out this Agreement.
3. By Genetic Father and Intended Mother if the Surrogate has not become pregnant after three (3) cycles.
4. By the Surrogate if the Genetic Father and Intended Mother is found by a medical professional to not be good candidates for carrying out this Agreement.
5. At the discretion and with written approval of all Parties.

In the event of early termination of this Agreement, Genetic Father and Intended Mother shall be responsible for Surrogate's costs and expenses incurred to date, subject to the limitations of Section IX of this Agreement.

SECTION XII

BREACH

The Parties agree to declare any material breach or allegation of any material breach in writing to the breaching party within a reasonable period of time after the non-breaching party becomes aware of the breach.

If the nature of an alleged breach is such that it cannot be reasonably cured, or if it can be cured but the breaching party fails to cure the breach within a reasonable period of time after notification, this Agreement may be immediately terminated by the non-breaching party by giving written notice of termination, by certified mail, without further liability or responsibility by the non-breaching party.

Surrogate agrees to refund all expenses paid to her by the Genetic Father and Intended Mother if she breaches any material portion of this Agreement.

Genetic Father and Intended Mother agree to pay all anticipated expenses of the Surrogate and expenses the Surrogate would have been entitled to pursuant to this Agreement if they breach any material portion of this Agreement as set forth below.

The Surrogate breaches this Agreement if she:

1. Aborts the pregnancy in violation of this Agreement without the consent of the Genetic Father and Intended Mother.
2. Acts in a manner dangerous to the well being of the unborn Child(ren) by failing to follow the directions of her physician, using medications or drugs not prescribed by her physician, using any

tobacco product, using alcohol, attempting to intentionally inflict harm to the unborn Child(ren), or acquiring a venereal disease during the pregnancy.

3. Knowingly provides false or misleading information to any physician or psychotherapist as specified herein.
4. Becomes pregnant prior to the embryo transfer.
5. Fails to timely cooperate with legal proceedings to effect the intent and objective of this Agreement, and establish the Genetic Father and Intended Mother as the parents of the Child(ren).
6. Fails to relinquish custody of the Child(ren).
7. Violates any other provision of this Agreement.

If the Surrogate breaches this Agreement or fails to fulfill her obligation:

1. She relinquishes her entitlement to the payment of expenses, and if she has received the benefit of any portion or all of the payment of such expenses, she must immediately refund it to the Genetic Father and Intended Mother.
2. She will be responsible for all monetary expenses incurred by the Genetic Father and Intended Mother, including, but not limited to, medical expenses, psychological expenses, travel expenses, and all legal expenses.
3. She becomes liable for expenses already incurred incident to this Agreement.
4. She becomes liable for any necessarily incurred legal expenses to effect the intent and objective of this Agreement, and establish the Genetic Father and Intended Mother as the Child(rens) parents

The Genetic Father and Intended Mother breach this Agreement if they:

1. Fail or refuse to pay the expenses as agreed.
2. Refuse to accept the Child(ren) immediately following the birth, unless a blood test excludes the Genetic Father as being the biological father of the Child(ren) or unless the admitting hospital is found to be at fault for the resulting breach.
3. Knowingly falsify or omit any material information relating to questions contained in this Agreement or any other document prepared in the anticipation of the intent and objective of this Agreement.

If the Genetic Father and/or Intended Mother breach this Agreement, then they agree to be obligated as follows:

1. To pay all actual expenses, subject to the limitations of Section IX of this Agreement, of the Surrogate incurred to the date of breach, provided the Surrogate is not pregnant.
2. To pay child support costs pursuant to State Law upon the birth of the Child(ren).
3. To pay for all reasonable costs related to placing the Child(ren) for adoption, if the Surrogate places the Child(ren) for adoption.

4. To pay all legal fees associated with enforcement of this Agreement.
5. To pay all legal fees of the Surrogate to defend against collection suits for unpaid medical bills.

The exclusion of the Genetic Father as a parent of the Child(ren), or the inclusion of the Surrogate as a parent of the Child(ren) by maternity or paternity testing shall constitute a material breach on the part of the Surrogate, except in the event that an act of the treating doctor was the causative factor resulting in the exclusion of the Genetic Father as a parent of the Child(ren). Absent a causative factor by the treating physician, the Genetic Father and Intended Mother shall have no obligations whatsoever with respect to the Child(ren), and all expenses paid on behalf of the Surrogate shall be reimbursed.

SECTION XIII

ATTORNEY FEES AND COST

In the event litigation is required to interpret or enforce the terms of this Agreement, the prevailing party shall be entitled to reasonable attorney fees, court costs, and to any other relief that the Court may deem just and appropriate.

SECTION XIV

INDEPENDENT LEGAL COUNSEL

The Parties hereby acknowledge that they have been advised to retain and consult with their own independent legal counsel regarding the terms of this Agreement.

All documented legal fees incurred by Surrogate, not to exceed Five Hundred Dollars (\$500.00), as indicated by way of billing from counsel or counsel's firm as follows:

- (a) For advice with regard to representation or clarification of any portion of this Agreement;
- (b) For representation regarding Maternity/Paternity and/or adoption, and any other proceedings relating to custody.

By signing and otherwise executing this document, the Parties represent that they have consulted with independent counsel regarding the terms, conditions, rights, duties, liabilities and enforceability arising under the conduct contemplated by this Agreement.

SECTION XV

MISCELLANEOUS

During the term of this Agreement, all Parties agree to immediately inform the other Parties, in writing, of any material change in their circumstances that may reasonably affect this Agreement. These changes include, but are not limited to, change of address, illness or death of a Party, loss of employment, change of employment, change in insurance coverage, change in marital status, and exposure to communicable diseases.

Any Party may withdraw their consent to this Agreement and may terminate this Agreement with written notice given to the other Party any time prior to the embryo transfer, subject to expenses under Section IX and any other relevant terms of this Agreement.

All Parties' obligations under this Agreement, with the exception of the sections relating to expenses, are conditioned upon the approval of the Parties' results of exams and tests.

All Parties voluntarily enter into this Agreement expecting to be bound by each of the terms and conditions as set forth above, notwithstanding any subsequently approved or enacted legislation to the contrary. Any party may attempt to enforce this Agreement in Court. However, all Parties understand that a court may refuse to enforce this Agreement, in whole or in part, as against public policy or otherwise. The Parties assume the risk of unenforceability in entering into this Agreement. Surrogate and Surrogate's Husband will be held harmless and reimbursed for any and all expenses under this Agreement relating to the enforceability of this Agreement in the event a court determines this Agreement is not valid, unless the Surrogate or Surrogate's husband were in breach of this Agreement.

Privacy/Confidentiality: The Parties, recognizing the potential of the performance of any controversial medical procedure to attract media attention, and agree that in the interest of privacy and preservation of family values, none of the Parties shall communicate with any media entity regarding the events which shall occur pursuant to this Agreement without the express written consent of all Parties named in this Agreement.

All Parties hereto agree that they will not provide nor allow themselves, nor their agents, to provide any information to the public, news media or any other individual or group which could lead to the disclosure of the identity of the Parties hereto or the Child(ren).

In anticipation of any necessity of an adoption, the Parties agree that upon the completion of an adoption of the Child(ren) conceived pursuant to this Agreement, to permanently close the adoption file pertaining to said Child(ren), except as otherwise provided by law.

Severability: In the event that any provision of this Agreement is deemed to be invalid or unenforceable, the same shall be deemed severable from the remainder of this Agreement and shall not cause the invalidity or unenforceability of the remainder of this Agreement. If such provision shall be deemed invalid due to its scope or breadth, such provision shall be deemed valid to the extent of the scope or breadth permitted by law.

Warranties: No warranties have been made as to the ultimate results, costs, liabilities and/or obligations of the Parties relative to each other which may result from any judicial process arising and resulting from the actions and/or conduct of the Parties to this Agreement. Further, the Parties understand that no person can warrant the conception of a Child(ren), the physical or mental health of any Child(ren) born pursuant to this Agreement, or the gender of any Child(ren) born pursuant to this Agreement.

Voluntary: Each party acknowledges that he or she fully understands the Agreement and its legal effect and that he or she is signing the same freely and voluntarily and that neither party has any reason to believe that the other did not freely and voluntarily execute said Agreement.

Any party may attempt to enforce this Agreement in court. However, all Parties understand that a court may refuse to enforce this Agreement, in whole or in part. The Parties assume the risk of unenforceability in entering into this Agreement.

Governing Law: This Agreement shall be governed by the laws of the State of (State).

Integrated Contract: This Agreement represents the entire Agreement between the Parties to the Agreement, and all agreements, covenants, representations, and warranties, express or implied, oral or written, are contained herein. No other agreements, covenants, representations, or warranties, express or implied, oral or written, have been made by any party to the other with respect to the subject matter of this Agreement.

SECTION XVI

AMENDMENT

This Agreement may be amended upon the written consent of all Parties, notarized and executed prior to the birth of any Child(ren).

We have read this page and the foregoing Seventeen (17) pages of this Agreement, and it is our intention, by subscribing our signatures below, to enter into a binding legal obligation.

Name, Surrogate

Date

Name,
Surrogate's Husband

Date

Name, Genetic Father

Date

Name, Intended Mother

Date