

MONICA VANESA GONZALEZ



MATERNIDAD SUBROGADA: VACIO LEGAL

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

CARRERA: ABOGACIA

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

AÑO 2017

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por el apoyo incondicional brindado, sin los cuales no hubiese sido posible concluir mis estudios superiores.

*“No puede haber una revelación más intensa del alma de una sociedad
que la forma en que trata a sus niños”*

Nelson Mandela

RESUMEN

Con el avance de la ciencia médica, y las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), el modelo “tradicional” de familia está cambiando. Se podría además agregar que ha evolucionado desde la constitucionalización del derecho privado en referencia al moderno texto civil argentino. Cada vez es más frecuente la concreción de casos de maternidad subrogada, y en la actualidad el derecho argentino no aporta respuestas concretas para la protección de todas las partes vinculadas, y sobre todo para la protección del interés superior del niño. Este trabajo indagará sobre la figura de la “maternidad subrogada” (o también denominada “gestación por sustitución o “alquiler de vientre”), es decir, aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer acepta embarazarse y llevar en su vientre a un niño para una persona, con la intención de entregárselo. Es relevante analizar la legislación aplicable a estos casos, cómo se protege la diversidad de derechos en juego, qué sucede con la voluntad procreacional, como fundamento para las nuevas técnicas de reproducción, y analizar si existen casos en Argentina y cómo fueron resueltos los mismos, puesto que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha dejado un “vacío legal” en relación al tema, pero de ninguna manera lo ha prohibido.

Palabras claves: legislación - maternidad subrogada – vacío legal – derechos – Argentina.

ABSTRACT

With the advancement of medical science, and the new Techniques of Assisted Human Reproduction (TRHA), the "traditional" family model is changing. It could also be added that it has evolved from the constitutionalization of private law in reference to the modern Argentine civil text. It is becoming increasingly common for cases of surrogacy to take place, and Argentine law does not currently provide concrete answers for the protection of all parties involved, and above all for the protection of the best interests of the child. This work will investigate the figure of "surrogate motherhood" (or also called "gestation by substitution" or "belly rent"), that is to say, that agreement of wills between two subjects by means of which a fertile woman agrees to become pregnant and to take in its Belly to a child for a person, with the intention of giving it to him. It is relevant to analyze the legislation applicable to these cases, how to protect the diversity of rights at stake, what happens to the procreational will, as a basis for new reproduction techniques, and to analyze if there are cases in Argentina and how they were solved, Since the new Civil and Commercial Code of the Nation has left a "legal vacuum" in relation to the subject, but in no way has prohibited it.

Keywords: legislation - surrogate maternity - legal vacuum - rights - Argentina.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN..... p. 10

**CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA Y LA
MATERNIDAD SUBROGADA..... p. 15**

✚ Introducción

- 1. Aspectos generales..... p. 17
 - 1.1. Familia..... p. 18
 - 1.2. Evolución..... p. 20
 - 1.3. Maternidad..... p. 21
 - 1.4. Paternidad..... p. 23
- 2. Maternidad Subrogada..... p. 24
 - 2.1. Concepto..... p. 25
 - 2.2. Evolución histórica..... p. 26
 - 2.3. La maternidad subrogada y la visión desde la bioética..... p. 27
 - 2.4. Una observación del derecho internacional..... p. 27
 - 2.4.1. Estados Unidos..... p. 28

2.4.2. México.....	p. 29
2.4.3. Rusia.....	p. 30
2.4.4. Otros Estados.....	p. 30

 **Conclusiones Parciales**

CAPÍTULO II: LA FILIACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS..... p. 33

 **Introducción**

1. Concepto de Filiación.....	p. 35
2. Determinación de la Filiación.....	p. 37
2.1. Definición general.....	p. 37
2.2. Modos de determinación.....	p. 38
2.3. Prueba de la filiación.....	p. 40
2.4. Determinación de la maternidad.....	p. 41
3. El régimen filiatorio y los derechos humanos.....	p. 43
3.1. Derecho a la identidad.....	p. 44
3.2. Derecho a la verdad.....	p. 45
3.3. El interés superior del niño.....	p. 45
3.4. Principio de no discriminación.....	p. 48
3.5. Protección integral de la familia.....	p. 48
3.6. Libertad de intimidad.....	p. 49

 **Conclusiones Parciales**

CAPÍTULO III: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ARGENTINA..... p. 51

✚ Introducción

1. La maternidad subrogada en el derecho argentino..... p. 53
 - 1.1. La maternidad subrogada en el proyecto de Código Civil y Comercial..... p. 54
 - 1.2. La doctrina argentina y su opinión de la maternidad subrogada..... p. 57
2. Es la maternidad subrogada una TRHA..... p. 59

✚ Conclusiones Parciales

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA..... p. 64

✚ Introducción

1. Análisis Jurisprudencial..... p. 65
 - 1.1. Jurisprudencial Internacional..... p. 65
 - 1.1.1. C.I.D.H.: “Forneron e Hija Vs. Argentina” (2012)..... p. 66
 - 1.1.2. El caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica..... p. 68
 - 1.1.3. Un examen de los casos “Mennesson” y “Labassee” resuelto por T.E.D.H..... p. 71
 - 1.1.4. T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2017): el derecho al respeto de la vida familiar establecida..... p. 74
 - 1.2. Jurisprudencia Nacional..... p. 77
 - 1.2.1. El año 2012 en Argentina se resolvió un caso de maternidad subrogada favorablemente..... p. 77
 - 1.2.2. El caso: “B., B. M. y Otro c/ G., Y. A. s/ Impugnación de Filiación” (2016)..... p. 79

 **Conclusiones Parciales**

CONCLUSIONES..... p. 83

BIBLIOGRAFÍA..... p. 86

I. Doctrina..... p. 86

II. Legislación..... p. 91

a) Nacional..... p. 91

b) Internacional..... p. 91

III. Jurisprudencia..... p. 92

INTRODUCCIÓN

La medicina ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas en materia reproductiva, permitiendo solucionar problemas en materia de fertilidad, mediante las denominadas “TRHA”, que significa Técnicas de Reproducción Humana Asistida (es la posibilidad de acceder al proyecto parental a través del recurso o “asistencia” de la biotecnología), legitimando la posibilidad de que muchas personas y parejas hagan realidad su sueño de tener un hijo propio a través de las diversas técnicas de reproducción asistida.

En efecto, la “maternidad subrogada” o también denominada gestación por sustitución, gestación subrogada, o simplemente alquiler de vientres, se ha transformado en una herramienta para un número importante de parejas infértiles y homosexuales. Mediante esta técnica la madre subrogante no tiene ningún vínculo genético con el bebe.

La madre biológica se somete a un tratamiento de estimulación ovárica para poder obtener varios óvulos que son fecundados con el espermatozoides de su pareja y/o de un donante anónimo. Asimismo, hay que marcar que “Madre” es quien asume el proyecto parental que puede no coincidir con la mujer aportante de óvulos.

Los embriones resultantes son transferidos al útero de la madre subrogada la cual llevará a término el embarazo. Así los niños nacidos mediante esta técnica: ¿a quién tienen como madre?, ¿A quién dio a luz o a quien aportó material genético y tuvo la voluntad procreacional?, ¿Es decir puede haber 3 mujeres relacionadas?

Es evidente el desarrollo exponencial de la ciencia en relación al derecho, lo que provoca que haya todavía muchas preguntas por resolver, preguntas sin respuestas suficientes, para que se proteja y garantice el interés superior del niño.

La Ley N° 26.061 entiende por interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la máxima satisfacción integral de los derechos reconocidos en ella.

Se debe reconocer que si bien gracias a estas técnicas de reproducción humana asistida vienen naciendo personas que a nivel genético, biológico legal o social resultan teniendo más de dos situaciones (progenitores son siempre dos los que aportan el material genético, padres pueden ser más, hay que marcar que el proyecto parental

puede darse recurriendo a varios sujetos que deben ser ubicados relacionalmente porque a partir de allí surgirán derechos y obligaciones), esta situación en si misma plantea diversos problemas y dilemas éticos que se generan por ejemplo al presentarse conflictos de derechos entre quienes acceden a ellas para lograr su anhelo de ser padres/madres, las personas donantes (que por regla general suelen buscar la confidencialidad o anonimato), la madre portadora y quienes nacen gracias a estas técnicas.

En el proyecto del Código Civil y Comercial se trató el tema en cuestión, pero finalmente se lo descartó por los dilemas éticos y jurídicos que conlleva la gestación por sustitución, es decir, el actual Código Civil y Comercial de la Nación (2015), no prevé la maternidad por subrogación, pero tampoco la prohíbe expresamente, lo cual no evita que este fenómeno ocurra, provocando un estado de indefensión y de inseguridad jurídica.

Nos encontramos entonces con una gran laguna legislativa en relación a esta temática, lo que genera repercusión social planteando más interrogantes que respuestas, en virtud de que no existe una legislación específica en nuestro país que contemple la figura.

A raíz de esta situación expuesta, es necesario responder el siguiente problema de investigación que despertó este Trabajo Final de Graduación: *¿Cuáles serían las normas que se deberían adoptar frente a un caso de maternidad subrogada?*

El presente trabajo tiene como *objetivo general* analizar cuáles serían las normas que se deberían adoptar frente a un caso de maternidad subrogada. En consecuencia, este es el propósito que subyace a todas las líneas del trabajo.

Los *objetivos específicos* que nos propusimos en el desarrollo de los diferentes capítulos fue analizar y describir el concepto de familia; analizar, conceptualizar y describir la figura de la maternidad subrogada o la gestación por sustitución; analizar y examinar la relación existe entre la filiación y los derechos humanos; analizar y describir la maternidad subrogada en Argentina; identificar las distintas opiniones doctrinales prevalecientes en nuestro derecho en relación a la figura de la maternidad subrogada; analizar qué protección se otorga al menor nacido mediante esta TRHA en relación a los derechos humanos; analizar y describir la jurisprudencia en torno a la

maternidad subrogada; con el fin de que el lector pueda comprender acabadamente la figura de la maternidad por subrogación y que la misma no se encuentra legislada en el ordenamiento jurídico argentino, lo que no implica su prohibición, pero si abre una discusión notoria en el ambiente del derecho.

En referencia al Marco Metodológico, el tipo de investigación que se utilizó en el presente trabajo es el descriptivo, el cual permitió abordar una investigación científica adecuada a la cuestión propuesta, que es la figura de *“la maternidad subrogada o la gestación por sustitución”* en sus diferentes aspectos como aquellos que se relacionan al tema, puesto que es preciso especificar esta temática en cuanto a sus aspectos importantes, su dimensión, elementos y condiciones, y de ese modo llegar a un desarrollo apropiado. En función al tipo de problema de investigación y a los objetivos planteados, se consideró que la óptima es la *“Estrategia Metodológica Cualitativa”*, aplicada en las ciencias sociales, poniéndole mayor énfasis a la descripción del tema en cuestión. En cuanto a la delimitación temporal, se tomó el período que va desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield de 1871 (derogado) teniendo especialmente en cuenta la vigencia de Código Civil y Comercial de la Nación (2015) hasta la actualidad, para poder ver la evolución, beneficios o perjuicios, ventajas o desventajas que muestra la *“maternidad subrogada”* con respecto a los argumentos legales o no que tratan de fundamentarla. En el ámbito espacial, se analizó el derecho argentino y comparado, además de la jurisprudencia nacional e internacional. Asimismo, se consultaron autores nacionales e internacionales.

Con este trabajo se abordará un tema controvertido tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, con la justificación de ofrecer y difundir información de estas cuestiones y dar una conclusión final, para lograr un debate serio mediante el cual, si bien se permita concretar el deseo de muchas familias de tener un hijo, también se protejan los derechos de todas la partes intervinientes y quede al resguardo el interés superior del niño.

Las técnicas de reproducción humana asistida, han permitido que muchas parejas con problemas de fertilidad o parejas del mismo sexo, puedan cumplir con el deseo de tener un hijo con aporte de material genético propio.

Estas nuevas técnicas suscitan gran polémica por la diversidad de derechos que se encuentran en juego y se pretende establecer cómo el derecho argentino protege en

estos casos al interés superior del niño y los derechos de las demás partes en juego, ya que si bien el Código Civil y Comercial no contempla ésta figura (ya que fue desechada en el proyecto del mismo) tampoco está prohibida.

De manera tal que este trabajo será no solo de utilidad teórica debido a la “*laguna jurídica*” que se presenta en relación al tema abordado, si no también y fundamentalmente de utilidad práctica impactando en el desarrollo de ésta figura jurídica.

El Trabajo Final de Graduación se divide en cuatro capítulos: en el primero, llamado “*aspectos generales del derecho de familia y la maternidad subrogada*”, se abordarán los siguientes temas: aspectos generales (familia, evolución, maternidad y paternidad); maternidad subrogada (concepto, evolución histórica, la maternidad subrogada y la visión desde la bioética); y una observación del derecho internacional (Estados Unidos, México, Rusia y otros Estados).

En el segundo capítulo denominado “*la filiación y los derechos humanos*”, se desarrollarán: concepto de filiación; determinación de la filiación (definición general, modos de determinación, prueba de la filiación y determinación de la maternidad) y por último, el régimen filiatorio y los derechos humanos donde se puntualizará en nociones como el derecho a la identidad, derecho a la verdad, el interés superior del niño, principio de no discriminación, protección integral de la familia, y libertad de intimidad.

En el tercer apartado titulado “*la maternidad subrogada en argentina*”, se esbozarán los temas: la maternidad subrogada en el derecho argentino (la maternidad subrogada en el proyecto de Código Civil y Comercial y la doctrina argentina, y su opinión de la maternidad subrogada) y para terminar, se tratará la cuestión de si es la maternidad subrogada una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

En el cuarto y último capítulo del presente trabajo, nombrado el “*análisis de la jurisprudencia entorno a la maternidad subrogada*”, se realizará un análisis jurisprudencial, en sus niveles internacional y nacional. Por consiguiente, se divide en dos partes, una primera en un análisis de la Jurisprudencial Internacional (C.I.D.H.: “*Forneron e Hija Vs. Argentina*” (2012); el caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”)* vs. Costa Rica; un examen de los casos “*Menesson*” y “*Labassee*” resuelto por T.E.D.H.; y T.E.D.H.: “*Paradiso y Campanelli vs. Italia*” (2017): el derecho al

respeto de la vida familiar establecida). Y la segunda parte y ultima, en un examen de la Jurisprudencia Nacional: el año 2012, el Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Civil Nº 86 resolvió un caso de maternidad subrogada favorablemente; y el caso: “B., B. M. y Otro c/ G., Y. A. s/ Impugnación de Filiación” (2016).

Finalmente, se formulará una conclusión en la que se ambicionarará demostrar la necesidad de una regulación concreta, que permita proteger los derechos de todos los intervinientes en este instituto y la protección del interés superior del menor.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

Introducción

En el capítulo primero llamado “*aspectos generales del derecho de familia y la maternidad subrogada*”, se abordarán los siguientes temas: aspectos generales (familia, evolución, maternidad y paternidad); maternidad subrogada (concepto, evolución histórica, la maternidad subrogada y la visión desde la bioética); y una observación del derecho internacional (Estados Unidos, México, Rusia y otros Estados).

El objetivo que nos propusimos en el primer capítulo fue introducir al lector a los aspectos generales de la familia, para eso desarrollamos las nociones de familia, su evolución, maternidad y paternidad, puesto que a través del tiempo, el concepto de “Familia” ha evolucionado, pero también las particularidades de las definiciones de maternidad y paternidad.

En la actualidad, existen muchas personas que no han logrado tener hijos biológicos por diferentes cuestiones, pero el progreso de la ciencia ha convertido este problema en un nuevo paradigma, ya que cabe la eventualidad de gestar sin necesidad de una relación sexual anterior, inclusive en un vientre ajeno al material genético que formó el embrión. A raíz de ello, apareció lo que denominamos “maternidad por subrogación”, la cual envolvió una relación con las reglas del derecho de familia. La maternidad subrogada debe ser entendida como el proceso por el cual una mujer gesta y tiene a un niño, concebido sin copula y genéticamente extraño, a cuenta de otra mujer.

Por último, la noción de maternidad, como el nuevo método de traer un hijo al mundo, y por sobre todo dar vida a un niño bajo el cuidado de una persona o matrimonio, evidencia una evolución humana y “afectiva” que la legislación no puede obviar, ya que los casos con el tiempo se van a multiplicar, como ha pasado en otros países del extranjero que se analizarán y expondrán en el presente capítulo.

1. Aspectos generales

A través del tiempo, el concepto de “Familia” ha evolucionado.

Con respecto a la actualidad de la Argentina, Marisa Herrera ha manifestado que:

“El Código Civil y Comercial da un vuelco copernicano en la regulación de las relaciones de familia al colocar en el centro de la escena a la persona como principal objeto y objetivo de protección, quien debe elegir con libertad la forma de organización familiar que quiere integrar sin que el Estado a través de la ley le indique o favorezca una sola de ellas condicionando así dicha elección” (Herrera, 2015, p. 11).

En definitiva, la persona es protegida desde la perspectiva de elegir con libertad (autonomía personal) como constituir y organizar su familia, en este punto podemos hablar de un progreso en el Código Civil y Comercial de la Nación respetando y garantizando los derechos fundamentales de los individuos en concordancia con los postulados constitucionales y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, se ha expresado:

“La llamada “constitucionalización del derecho civil” y la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el Derecho de familia. El anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de “democratización de la familia”, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del “Derecho de familia” al “Derecho de las familias” en plural; esta opinión se sustenta –entre otras razones- en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la “protección integral de la familia”, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta”.¹

¹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, del año 2012. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Del examen anterior se advierte la “democratización de la familia” en lo plasmado por el Código Civil y Comercial de la Nación con una amplia conceptualización y principios marcados por las normas de derechos constitucionales e internacionales.

A continuación, se verán algunas nociones del derecho de familia, además hay que tener en cuenta que el Código Civil y Comercial de la Nación parte de una noción básica acentuado en la “familia”, que puede poseer origen en un hecho biológico, pero las relaciones jurídicas están ajustados por la cultura de cada colectividad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a la naturaleza, depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, entre otras (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

1.1. Familia

La familia es un conjunto de personas asociadas por el parentesco. Esta unión se puede formar por relaciones consanguíneas, afinidad y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Esta última, fue agregada al actual Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 558 y ss.

Además, la familia puede estar conformada por un vínculo creado y reconocido legal y socialmente, como es el matrimonio o la adopción.

Señalan Herrera y Lamm:

“Ya se preguntaba hace tiempo y con acierto la reconocida historiadora y psicoanalista francesa —para seguir a tono interpelando al derecho francés — Elizabeth Roudinesco acerca de si la familia está en ‘desorden’ —una manera más moderna de preguntarse sobre si la familia está en crisis, como se afirmaba hace varios años atrás— y quien para incomodar aseveró: ‘No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... Siempre se nos está diciendo que un

apocalipsis está a punto de pasar, ¡y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos'..." (Herrera y Lamm, 2014, p. 5)

En consecuencia, no deberíamos tenerle miedo o pensar en una crisis en la noción del término familia, los cambios de las leyes son muchas veces demandas de la sociedad, y otras también son legalizar lo que ocurre en la realidad.

Es interesante, entender como indican Herrera y Lamm que los progresos y evolución en materia de familia no significan un apocalipsis, ni una crisis, sino solamente un cambio.

En verdad, en los hechos, siempre han existido distintos modelos familiares (Solari, 2015).

Ha expresado con razón Néstor E. Solari,

“Los tratados internacionales con jerarquía constitucional han impulsado jurídicamente el reconocimiento y protección de las distintas formas familiares existentes. La visualización de los modelos familiares en las legislaciones va alcanzando cada vez mayor consenso en el ámbito jurídico. La diversidad de modelos familiares, que se manifiestan desde lo sociológico, permite destacar un nuevo escenario en las legislaciones modernas, tendientes a incluir múltiples fenómenos culturales, tanto locales, regionales como universales, que expresan la diversidad cultural. Si bien han existido desde siempre dichas realidades sociales, puede decirse que su reconocimiento es reciente en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares.” (Solari, 2015, p. 2)

Asimismo, hay que indicar que no se trata de un fenómeno nuevo en torno a los distintos tipos de familia que se daban en la realidad, sino de un avance de la sociedad en reconocer los derechos de las personas en sus relaciones de familia.

Por último, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como fenómeno novedoso de los últimos tiempos, y las diferentes modelos de familias siempre han vivido en lo social (Solari, 2015).

1.2. Evolución

En Código Civil de Dalmasio Vélez Sarsfield sustentaba que la familia alcanzaba a la mujer y los hijos legítimos y naturales (tanto los que coexistan al momento de su constitución como los que naciesen después) el número de sirvientes necesarios y también las personas que a la fecha de la constitución del uso o habitación vivían con el usuario y las personas a quienes estos daban alimentos. Esta era una noción de familia tradicional (Chechile, 2015).

Con el tiempo, en el año 2005, con la sanción de la Ley N° 26.061 la noción de familia surge asociada con el lugar que un individuo ocupa para otra, con lo familiar y lo que califica la relación es lo significativo y afectivo para la persona (Chechile, 2015). En síntesis se puede decir que la norma junto a otras leyes posteriormente sancionadas, le proporcionaron al concepto jurídico de familia un sentido que contrariaba la propia regulación del Código Civil anterior de Vélez, puesto que se había formado una nueva institucionalidad legal.

La conceptualización del termino familia en sentido tradicional está quedando cada vez más antigua, por su diversidad, y debido a su evolución.

La “*familia nuclear restringida*”, es aquella que está formada por el padre, la madre y los hijos. En cambio, la “*familia extensa*”, agrega a los sujetos ya nombrados anteriormente, a los abuelos de ambos lados, los tíos, primos, entre otros. Las *familias compuestas*, que son aquellas que están concertadas por el padre y la madre, y conjuntamente con cierto miembro que sólo tenga vínculos sanguíneos con uno de ellos (Zannoni y Bossert, 2016).

En la modernidad, surgieron otras clases de familias de la ya expuestas, una de ellas son las *familias monoparentales* que es aquella que cuenta con uno de los padres. La existencia de estas familias está estrechamente emparentada con la muerte de uno de los miembros de la pareja, pero actualmente también atañe separaciones o relaciones sexuales ocasionales (Zannoni y Bossert, 2016).

Otra modalidad son las llamadas *familias ensambladas* que son aquellas en las cuales dos familias por medio de una relación sentimental de los padres, se ensamblan o unen conformando una nueva familia (Zannoni y Bossert, 2016).

Actualmente, también se considera familia a aquellas compuestas por padres o madres del mismo sexo y sus hijos.

En su actual obra de derecho de familia donde analiza la incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la autora Ana María Chechile entiende que el nuevo Código no adopta una definición concreta de familia, pero ha ampliado la conceptualización jurídica de la familia en dos sentidos: no privilegia una forma explícita, sino que, también de la tradicional familia matrimonial, añade la regulación de las formas familiares actuales como las uniones convivenciales y las familias ensambladas, y abandona concluyentemente el componente heterosexual en la conformación de la familia, no solo en cuanto a la indiferencia del sexo al reglamentar los efectos de las parejas, sino además al revolver la procreación con la regulación de la de la filiación fundada en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Chechile, 2015).

Como se muestra en las diferentes nociones de familia se observa una evolución y aceptación por parte de la comunidad Argentina. Además, el Código Civil y Comercial de la Nación ha actualizado su visión regulando las formas de la familia respetando los derechos de los individuos cimentados en la libertad de elegir como constituir y organizar su familia.

1.3. Maternidad

La maternidad es la vivencia que tiene una mujer por el hecho biológico de ser madre. Ahora bien, la maternidad jurídica es aquella que queda determinada por la ley. Desde la perspectiva jurídica, la maternidad compone parte de la institución jurídica de la filiación (vínculo natural o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede proceder de la relación por naturaleza o por ficción de la ley).

Del misma forma, la maternidad también es entendida como el vínculo real o supuesto de la madre con el descendiente (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2011).

Ahora bien, la maternidad es la experiencia personal que desempeñan algunas mujeres en algún momento de su vida al dar a luz a su hijo. La maternidad señala un

asentamiento en la existencia de las madres después del advenimiento de su hijo, es decir, tienen una transformación de prioridades en su vida. Este cambio, está derivado conjuntamente por la importancia que tiene este hecho y por la responsabilidad de tener a un niño a quien cuidar.²

Es interesante reflexionar sobre el nombre maternidad subrogada o maternidad por subrogación, denominación usualmente conocida en el mundo y en Argentina.

En relación expresan María E. Sánchez Uthurriague y Silvina B. Fernández:

“A nuestro criterio, no es acertado llamarla “maternidad”; sería como al donante de espermatozoides y óvulos llamarlos respectivamente padre/madre, cuando en verdad son simples donantes, sin voluntad de emplazarse en un lazo filiatorio en relación con el niño por nacer. En este caso, la mujer que lleva a cabo el embarazo no es madre, sino gestante.”
(Sánchez Uthurriague y Fernández, 2015, p. 2)

El concepto clásico de maternidad se representa en dos hechos: el suceso material del parto, y la identificación de la mujer que naturalmente dio a luz al infante.

Existen tres clases de maternidades: genética, gestacional y socioafectiva.

La maternidad socioafectiva es aquella que esta compuestas por dos elementos: sociales y afectivos. En efecto, de cumplirse estos, otorgan a una mujer el status de madre en relación a un niño.

En cambio, manifiesta Claudio Gana Winter refiriéndose a las maternidades genética y gestacional, lo siguiente:

²Véase, Definición de Maternidad. En *Definición ABC. Tu Diccionario Hecho Fácil*. En un pasaje del texto se agrega textualmente: “La maternidad es un aprendizaje, es decir, ninguna mujer descubre qué implica ser madre hasta que experimenta esta vivencia en primera persona e inicia una etapa de nuevas responsabilidades en las que tiene menos tiempo para sí misma. La maternidad es una experiencia que va más allá de la edad, es decir, el vínculo que existe entre madre e hijo está marcado por el instinto de protección que la madre siempre tiene hacia su hijo incluso cuando este ha crecido y puede tomar sus propias decisiones. Un instinto de protección que está marcado por el amor incondicional, generoso y sin límites que toda madre siente por su hijo. Se trata de un amor desinteresado que nutre la autoestima del hijo a través de esta aceptación incondicional y este cuidado...”.

Disponible en: <http://www.definicionabc.com/social/maternidad.php>

“Así, madre biológica o gestacional es la mujer que durante nueve meses gesta al embrión en su vientre, para luego dar a luz al niño, sin importar que origen genético tiene el embrión. El óvulo puede ser aportado por esta mujer, por la mujer que forma parte de la pareja contratante, o bien por un donante ajeno. Este tipo de maternidad será plena en el caso de que se reúnan en la misma mujer el aspecto genético y gestacional, y parcial en el caso contrario. Vale decir que puede existir una disociación entre la maternidad genética y la gestacional...” (Gana Winter, 1998, pp. 852)

Bajo esa tesitura, la *maternidad genética* está representada por la mujer que aporta el material genético y la *maternidad gestacional* por aquella mujer que ofreció llevar nueve meses al embrión en su vientre, ya sea por un favor o por una remuneración de una persona o de una pareja.

1.4. Paternidad

En cuanto a la paternidad, en su concepto tradicional, padre es aquel que contribuyo con sus gametos, es decir, con su dotación genética a través de las relaciones sexuales, fundamentando la filiación por naturaleza en la vera copula.

Actualmente, las técnicas de reproducción humana modifican este concepto, admitiendo que no siempre quien aporta su material genético sea el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo. Se reconocen verdaderas ficciones. En consecuencia, pasan a privilegiarse la filiación del afecto o de la voluntad (Arámbula Reyes, 2008).

Ahora bien, es necesario aclarar que el otro polo filial no necesariamente es paternidad, puesto que puede no haber, es decir, pueden ser dos mujeres con proyecto parental.

2. Maternidad Subrogada

En la actualidad, existen muchas personas que no han logrado tener hijos biológicos por diferentes cuestiones, pero el progreso de la ciencia ha convertido este problema en un nuevo paradigma, ya que cabe la eventualidad de gestar sin necesidad de una relación sexual anterior, inclusive en un vientre ajeno al material genético que formó el embrión.

La ciencia médica ha encontrado el recurso con las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Estas técnicas surgieron para las familias que tenían problemas y suelen apelar a las técnicas de reproducción humana asistida para satisfacer sus deseos de maternidad o paternidad. Es en este contexto social y cultural que en el año 2014 se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, teniendo en cuenta la necesidad de adaptar el derecho a la realidad y sortear planteos y declaraciones officiosas de inconstitucionalidad, adecuando la legislación interna a la internacional y constitucional e intentando de esta manera ofrecer a la sociedad una mayor seguridad jurídica (Chechile, 2015).

Al respecto Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y su relación con la maternidad subrogada, han precisado María E. Sánchez Uthurriague y Silvina B. Fernández:

“La gestación por sustitución como una TRHA (Técnica de Reproducción Asistida) que consiste ni más ni menos que en una forma de acceso a la parentalidad dentro de las diversas formas familiares. Existen distintas denominaciones para las cuales se conoce a la técnica aludida: gestación por sustitución, alquiler de vientre, maternidad subrogada o suplente, entre otras.” (Sánchez Uthurriague y Fernández, 2015, p. 2)

Por consiguiente, se abre paso a la figura de la maternidad subrogada o también denominada gestación por sustitución, la cual se presenta en el mundo como un fenómeno social.

En Argentina, por un lado su aceptación por parte de la comunidad ha sido resistida (seguramente este fue el motivo de su eliminación del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación donde la figura estaba regulada), por otro lado, una minoría, más bien, la ve con buenos ojos en miras de solucionar problemas de pareja que no consiguen tener hijos biológicos por diferentes causas, y además es una forma de traer una nueva vida al mundo.

2.1. Concepto

La expresión “*subrogar*”, tiene el siguiente significado en la lengua española: sustituir, o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.³

La maternidad subrogada debe ser entendida como el proceso por el cual una mujer gesta y tiene a un niño, concebido sin copula y genéticamente extraño, a cuenta de otra mujer (Camacho, 2009).

Esta es la práctica a través de la cual una mujer gesta o carga en su vientre un infante para otra mujer, con el propósito de entregárselo posteriormente a su nacimiento.

Se deberían precisar algunas particularidades conceptuales, puesto que existen quienes efectúan una diferencia entre “infertilidad” e “ingestabilidad”.

En consecuencia, se ha dicho que la *infertilidad* tiene una causa que hace que su material genético no sea apto o útil para generar un embrión, pero tienen la posibilidad, con ovodonación, de gestar un niño.

La *ingestabilidad*, es comprendida como la imposibilidad de gestar, ya sea por diferentes causas como por ejemplo: ausencia de útero, enfermedades congénitas, entre otras, gozando de material genético fértil, competente para procrear, es decir, que son a quienes le interesa la regulación de la maternidad sustituida. En consecuencia, las causas pueden ser la infertilidad, ingestabilidad u otras.

³Véase, Diccionario de la Real Academia a Española.

Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=YZ2is6w>

Ahora bien, la maternidad subrogada puede conceptualizarse como la práctica por la cual una mujer consiente llevar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con la obligación de, una vez llevado a término el embarazo, otorgar al recién nacido al comitente o comitentes, desistiendo aquélla a la filiación que supiera incumbirle sobre el hijo así gestado (Sánchez Arísti, 2010).

2.2. Evolución histórica

El avance de la ciencia ha favorecido a aquellas parejas o personas que no consiguen tener hijos biológicos por distintas circunstancias.

Esta evolución histórica ha colocado al mundo jurídico a un cambio en su legislación, o por lo menos en repensar sus leyes al respecto, algunos países han receptado la maternidad por subrogación, y otros se niegan en legislarla (por lo tanto las parejas deciden llevar adelante este proceso en otro país).

Este progreso es explicado correctamente por las autoras María E. Sánchez Uthurriague y Silvina B. Fernández:

“La gestación por sustitución es la única posibilidad para algunas familias de que sus hijos tengan con ellos identidad genética. Es la solución para aquellas mujeres que por alguna causa están imposibilitadas de gestar; también para las parejas conformadas por dos hombres, ya que deberán necesariamente recurrir a un vientre ausente en su pareja, aportando alguno de los dos el material genético para engendrar a su hijo, incluso para varones solos que deciden llevar adelante un proyecto de parentalidad sin recurrir al instituto de la adopción. Es decir, para estos tipos familiares, la única opción posible de tener hijos biológicos es acudiendo a la gestación sustituida.” (Sánchez Uthurriague y Fernández, 2015, p. 3)

Es ineludible que tanto el concepto de maternidad, como el nuevo método de traer un hijo al mundo, y por sobre todo dar vida a un niño bajo el cuidado de una persona o matrimonio, representa una evolución humana y afectiva, que la legislación

no puede obviar, ya que los casos con el tiempo se van a multiplicar, como ha pasado en otros países.

2.3. La maternidad subrogada y la visión desde la bioética

En relación a la maternidad subrogada y la visión desde la bioética, describen Marisa Herrera y Eleonora Lamm, lo siguiente:

“Un estudio realizado por el Consejo de Estado sobre la revisión de las leyes de bioética adoptadas por la sesión plenaria de la Asamblea General el 9 de abril de 2009, en la cual se analiza la cuestión de la gestación por sustitución, afirmándose, entre otras consideraciones, que ‘en la realidad, la vida de estas familias es más complicada’, destacándose que, en ausencia de transcripción del acta de nacimiento, en todos los trámites que hacen a la vida cotidiana de los niños, como en particular, el derecho hereditario o incluso los derechos fiscales, los niños se ven perjudicados al ser considerados para la ley como ‘terceros’...” (Herrera y Lamm, 2014, p. 2)

El Estudio realizado por el Consejo de Estado desde el punto de vista de la bioética destaca la importancia de una regulación legal, y acentúa el respeto a los niños que nacen por el tratamiento de maternidad por subrogación o gestación por sustitución. Agrega con respecto a estas familias que acuden a estos procedimientos, sus vidas muchas veces son más complicadas de lo que parecen y además discriminar a los niños por estas circunstancias no tiene un fundamento legal ni lógico (Herrera y Lamm, 2014).

2.4. Una observación del derecho internacional

Realizando una observación del derecho internacional, o bien, el llamado derecho comparado, la gestación por sustitución o maternidad por subrogación se halla “*prohibida*” de forma expresa en un total de catorce Estados: Alemania, Austria,

España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía.⁴

Asimismo, en diez Estados no existe una reglamentación sobre la maternidad por subrogación, o quedaría prohibido en virtud de las interpretaciones de las normas jurídicas de carácter general, o no se tolera, o el asunto de su legalidad es problemática. Así encontramos a los países como Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino (Herrera y Lamm, 2014).

La maternidad por subrogación es legal en siete Estados: Albania, Georgia, Grecia, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia y Ucrania.

En la generalidad de los recién nombrados que permiten la gestación por sustitución, la denominan “gestación por sustitución altruista”, puesto que incluye la posibilidad de compensación económica, estando viable la gestación por sustitución onerosa en Georgia, Rusia y Ucrania.

Además, estaría consentida o tolerada en los Estados de Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia (Herrera y Lamm, 2014).

2.4.1. Estados Unidos

La maternidad subrogada o la gestación por sustitución en los Estados Unidos es legal, y el fundamento de su legalidad es que se trata de una elección extraordinaria que da a numerosas personas la opción de convertirse en padres cuando de otro forma no podrían.

Muchos individuos (parejas, matrimonios, un solo hombre y/o mujer que quiere tener un hijo) viajan a los EE.UU, puesto que esta práctica está prohibida o rigurosamente restringida en varios países de todo el mundo.

En Argentina se conoció a través de los medios de comunicación un caso popular, del famoso y mediático “Ricardo Fort”, que fue padre de los mellizos Marta y Felipe mediante la gestación por sustitución o alquiler de vientre.⁵

⁴ Véase, Vicente David Rojas Paico. *Alquiler de Vientre*. Consultado el día 1 de mayo de 2017.

Disponible en: https://www.academia.edu/29694726/vientres_alquiler.pdf

Cada vez más personas están acudiendo a la maternidad por subrogación en los EE.UU., y una vez realizado con éxito, es decir ya siendo padres (con su hijo), vuelven a su país, donde tal método está prohibido o no legislado.

2.4.2. México

Desde el Estado de México, la maternidad subrogada ha sido materia de debate en las distintas ciudades que la componen.

Sólo cuatro departamentos mexicanos se manifiestan sobre la “gestación por sustitución”:

Por un lado, Tabasco y Sinaloa, que consienten la maternidad subrogada.

Un interesante dato es que el caso de “Tabasco”, al sur de México, fue durante 18 años el único en el mundo. Sin conformar en una legislación de salud o de reproducción asistida, se consintió este tratamiento a través de una reforma del Código Civil de 1997 por decreto. En dicho cuerpo legal, se expresaba que la filiación era la de los contratantes, es decir, que serían los padres legales.⁶

⁵ Véase, el artículo periodístico “Ricardo Fort presentó a sus hijos mellizos concebidos por alquiler de vientre” (2009), publicado en *la Nación*, el día Miércoles 30 de Diciembre de 2009. En un pasaje del texto periodístico se expresa: “fueron concebidos mediante el método de alquilar el vientre de una mujer en California, Estados Unidos. ‘Vas a la clínica y te dan un catálogo con todas las madres posibles. Además de elegir si vos querés una chica rubia de ojos celestes o una morocha, tenés a disposición su historia clínica. Yo busqué que no tuviera antecedentes de cáncer ni ninguna enfermedad rara, me fijé que los abuelos hayan sido bien longevos... Y también busqué que no hubiese antecedentes de calvicie, porque en mi familia todos tenemos mucho pelo’, contó Fort en un reportaje para la revista Gente. Luego de la elección de ‘la donante’, la compañía se encarga de buscar una madre para que lleve el embarazo, ‘la portadora’ que recibe una importante cantidad de óvulos de ‘la donante’ ya fecundados. La portadora, a quienes los nenes visitan, sólo funcionó como un horno’, grafica Fort...”. Consultado el día 1 de mayo de 2017.

Disponible en: <http://www.lacapital.com.ar/escenario/ricardo-fort-presentoacutec-sus-hijos-mellizos-concebidos-alquiler-vientre-n321267.html>

⁶ Véase, Santos, Yaiza (2016). “Retrato de la maternidad subrogada en México”, publicado en *El País Semanal*, el 17 de Diciembre de 2016. Consultado el día 1 de mayo de 2017.

Disponible en: <http://elpaissemanal.elpais.com/documentos/maternidad-subrogada-en-mexico/>

Y por otro lado, Coahuila y Querétaro donde está prohibida dicha práctica.

2.4.3. Rusia

El Estado de Rusia contempla la posibilidad para los futuros padres de conseguir el reconocimiento legal o la determinación de la paternidad con un infante nacido de una gestación por sustitución que se practica en el extranjero.

En consecuencia, está permitida la transcripción inmediata de la sentencia extranjera, o por la inscripción del certificado de nacimiento extranjero en los registros de estado civil, o incluso del mismo modo mediante la adopción.

En el Capítulo IV se desarrollará y analizará el famoso y reciente caso “*Paradiso y Campanelli*”, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2017. El hecho se refiere a la gestación subrogada de un matrimonio italiano que decidió concurrir a Rusia para poder ser padres por este método.

2.4.4. Otros Estados

En referencia a la “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución” y su reconocimiento en el derecho comparado, han expresado Marisa Herrera y Eleonor Lamm:

“Y que tal reconocimiento estaría excluido en los siguientes 11 Estados: Andorra, Alemania (excepto, quizás, cuando el padre de intención o de voluntad es también el padre biológico o el que prestó el material genético), Bosnia-Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía. De este modo, se demuestra que tanto la cuestión de la gestación por sustitución en general, como así también, el reconocimiento de los acuerdos de gestación celebrados en otros países, observan un tratamiento jurídico dispar o en otra palabras, no hay uniformidad de criterio encontrándose las más diversas posturas legislativas.” (Herrera y Lamm, 2014, p. 3)

En el Estado de Francia está prohibida la maternidad por sustitución, inclusive aquella que se efectúa en el extranjero (en Estados que admiten este método, como los EE.UU por ejemplo).

Pero el problema surge cuando los padres y el hijo obtenido bajo esa modalidad vuelven a su país. En ese caso, Francia se niega a tomarlos como padres a los que aportaron el material genético para el procedimiento de la gestación por sustitución.

Más adelante se desarrollarán dos casos paradigmáticos⁷, donde el Estado Francés y dos familias llevaron la contienda al T.E.D.H., donde salieron triunfadoras estas últimas, y las niñas nacidas bajo este tratamiento médico obtuvieron su reconocimiento legal francés.

En ciertos países (Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia, entre otros) donde se prohíbe la maternidad por subrogación, el reconocimiento legal es posible en la hipótesis en lo referente al padre e hijo. En efecto, sería así, cuando el procedimiento es realizado en el extranjero.

Además, sería viable en algunos países (Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y, posiblemente, Luxemburgo) solamente en el supuesto de que el padre es igualmente el padre biológico, en otras palabras, el que contribuyó con el material genético.

Conclusiones Parciales

Es indiscutible que los conceptos de familia, maternidad y paternidad, han evolucionado, y se podría decir que también se han modernizado y ajustado a los tiempos que corren en la sociedad. Además, el Código Civil y Comercial de la Nación consagra y reconoce la libertad en la forma de organizar la familia.

La familia puede ser definida como el conjunto de personas asociadas por el parentesco. Esta unión se puede formar por relaciones consanguíneas, afinidad y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Asimismo, la familia puede estar

⁷ Véase, Capítulo IV: T.E.D.H.: “Mennesson v. France” (2014) y “Labassee v. France” (2014)

conformada por una relación creada y reconocida legal y socialmente, como es el matrimonio o la adopción.

Existen muchas personas que no han logrado tener hijos biológicos por diferentes cuestiones, pero el progreso de la ciencia ha convertido este problema en un nuevo paradigma. La ciencia médica ha encontrado la solución con las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), y dentro de este ámbito, aparece la figura de la maternidad por subrogación o la gestación por sustitución, como una forma de acceso a la parentalidad dentro de las diversas formas familiares.

Como se ha visto, la maternidad subrogada es el proceso por el cual una mujer gesta y tiene a un niño, concebido sin copula y genéticamente extraño, a cuenta de otra mujer. Esto evidencia una evolución humana y afectiva que la legislación no puede obviar, ya que los casos con el tiempo se van a multiplicar, como ha pasado en otros países del extranjero.

El derecho comparado nos ha demostrado, según el análisis que se ha realizado de los diferentes Estados, que es necesario una regulación de la figura de la maternidad por subrogación, ya que instala en la sociedad una seguridad jurídica correcta dentro del ordenamiento jurídico. Su prohibición no logra disminuir los casos, ya que muchas personas que quieren tener un hijo bajo este régimen acuden a los Estados en donde está permitida dicha práctica, con la intención de volver a su país de origen, donde muchas veces la situación se complica.

Desde el punto de vista de la bioética se destaca la importancia de una regulación legal, y se insiste con el respeto a los niños que nacen por el tratamiento de maternidad por subrogación o gestación por sustitución.

Por todo ello, queda en evidencia lo admirables y particulares que resultan las decisiones tomadas por la mujer que se ofrece para gestar esa nueva vida, aportando posibilidades a otras personas que desean formar una familia, y por los flamantes padres que se convencen de utilizar esta técnica, propiciando un ambiente familiar en espera del niño en camino.

CAPÍTULO II

LA FILIACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO II

LA FILIACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Introducción

El segundo capítulo denominado “*la filiación y los derechos humanos*”, tuvo como objetivo presentar al lector el desarrollo de los siguientes temas:

En primer lugar, se trata de presentar y exponer el concepto de “filiación”. Asimismo, abordar la noción de determinación de la filiación con el propósito de analizar la definición general, modos de determinación, prueba de la filiación y determinación de la maternidad.

Por último, también nos propusimos analizar y presentar el régimen filiatorio y los derechos humanos, donde se puntualizará en nociones como el derecho a la identidad, derecho a la verdad, el interés superior del niño, principio de no discriminación, protección integral de la familia y libertad de intimidad.

Es necesario subrayar que la filiación es la relación jurídica que une a una persona con sus padres. Del mismo modo, “estado de familia”, es la mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más significativas consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, indudablemente, a éstos con aquél.

La Constitucional Nacional, a partir de la reforma 1994 dispuso expresamente que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional (superior a las leyes, e igual jerarquía que la Constitución), lo que implica en la actualidad que el “régimen filiatorio” goza de protección constitucional e internacional, puesto que está basado por los derechos humanos que protegen a las personas, y en especial cuando son niños.

1. Concepto de Filiación

La filiación es la relación jurídica que une a una persona con sus padres.

Actualmente, Eduardo A. Zannoni y Gustavo A. Bossert han definido a la filiación como “*el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos*” (Zannoni y Bossert, 2016, p. 283).

Otra noción de filiación ha sido expuesta por María Josefa Méndez Costa:

“La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquél.” (Méndez Costa, 1986, p. 13)

Una noción clásica la conceptúa como el “*vínculo jurídico o el lazo de parentesco*”, enfatizando en la situación jurídica creada entre los padres con el hijo.

Además, otra definición que acentúa en el atributo de la persona física, como integrante del estado, es propuesta por Puig Peña, entre otros autores, los cuales entienden que la filiación es aquel estado jurídico que la ley establece a determinados sujetos, derivado de la relación natural de procreación que la liga a un tercero (Méndez Costa, 1986).

La evolución producto del avance de la ciencia ha transformado los conceptos tradicionales de muchas cosas, así por ejemplo, actualmente el concepto de prensa ya no es el mismo pensado hace un siglo atrás, es decir, que cuando se pensó en su dimensión solamente se hacía referencia a la prensa escrita en papel (diarios, revistas, libros, etc.), y hoy el concepto es mucho más amplio, ya que abarca a los medios de comunicación masiva a través de cualquier soporte, incluidos los informáticos. Lo mismo sucede con el concepto de familia, madre u otras nociones o principios tradicionales del derecho de familia, pensemos en el ejemplo de las técnicas de reproducción humana asistida como un avance científico de la medicina y que ha hecho cambiar y precisar conceptos como

la voluntad procreacional que establece el Código civil y Comercial de la Nación en su art. 562.

El concepto de familia también fue atravesado por esta corriente que podríamos llamarla “moderna” como resultado del avance tecnológico y de la ciencia médica, especialmente en lo que concierne al derecho de familia

Ello autoriza a concluir que el concepto clásico de familia ha variado, o está en crisis.

La familia matrimonial habitual, centrada en la procreación por naturaleza, como único prototipo consagrado por el derecho. Y actualmente se agregan las uniones convivenciales, desde que en la realidad social, junto a ella conviven otras formas de vivir en familia y otras maneras de procreación, todos instaurados sobre el mismo eje central, el afecto (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2012).

Con respecto a las *clases de filiación*, encontramos las siguientes en el derecho argentino:

El art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación⁸, establece que la filiación puede producirse:

- *Por la Naturaleza*: es la que pertenece al hecho biológico de la procreación.

- *Por Técnicas de Reproducción Humanas Asistida (TRHA)*: es la que se ocasiona con un tratamiento o procedimiento médico (ciencia médica), donde el presupuesto elemental es la “voluntad procreacional” de quienes se someten a este método.

- *Por Adopción*: es la que incumbe a un lazo creado por la ley.

⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

De igual manera, la filiación puede ser: *Matrimonial*, que es la que pertenece a los hijos de personas unidas entre sí y por el matrimonio; y *Extramatrimonial*, que es la que concierne a los hijos de sujetos no unidos entre sí por el matrimonio civil.

2. Determinación de la Filiación

En esta parte del trabajo, se desarrollarán los temas referentes a la determinación de la filiación según el derecho argentino, pero para ello, primero se analizará y describirá su conceptualización en general.

2.1. Definición general

La determinación de la filiación involucra marcar jurídicamente quien es el padre o la madre de un individuo (Chechile, 2015).

La filiación, por naturaleza reconoce un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres.

Asimismo, cuando esa ligadura biológica pueda acreditarse de manera fehaciente, la paternidad o la maternidad permanecen jurídicamente determinadas.

A través de la determinación, la ley argentina carga la filiación a determinados progenitores.

En consecuencia, esa determinación de la filiación o atribución de la misma, es una realidad biológica cierta como la que se ejemplifica con el parto de la madre, o al menos presunta, como la que sobreviene con la presunción de paternidad del cónyuge de la madre (Zannoni y Bossert, 2016).

2.2. Modos de determinación

La determinación de la filiación comprende diferentes modos: 1) legal, 2) voluntaria o negocial, y 3) judicial.⁹ Hay que remarcar que la determinación de la filiación involucra indicar jurídicamente quien es el padre o la madre de una persona.

La *determinación de la filiación es legal* cuando la propia ley con asiento en positivas condiciones de hecho lo implanta (por ejemplo: la maternidad se prueba con el nacimiento y la identidad del nacido, así lo subraya explícitamente el art. 565 del Código Civil y Comercial de la Nación).

La determinación de la maternidad reside en marcar a alguien según la ley como madre de un individuo. Y en el caso de la paternidad la ley indica quien es el padre según corresponda.

En tiempos pasados nuestro Código Civil de Vélez Sarsfield, solicitaba que la madre reconociera a su hijo nacido fuera del matrimonio y fue recién con la Ley N° 23.264 que se implantó explícitamente la determinación de la maternidad por el hecho del parto, equiparando la filiación matrimonial con la extramatrimonial. Por lo tanto, la determinación legal a través del parto prevalece sobre la voluntad de la madre (Chechile, 2015).

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación dispone sobre la determinación de la maternidad del siguiente modo:

“En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrico o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido.

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 569. Formas de determinación: “La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas; b) por sentencia firme en juicio de filiación; c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”.¹⁰

En definitiva, la filiación por naturaleza se constituye con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido lo que determina la maternidad.

Otra cuestión a tener en cuenta, es la determinación de la filiación matrimonial (es la que pertenece a los hijos de personas unidas entre sí por el matrimonio) y la extramatrimonial (es la que incumbe a los hijos de personas no unidas entre sí por el matrimonio) donde el Código Civil y Comercial de la Nación lo marca normativamente.¹¹

En conclusión, también hay que decir que no debe confundirse la determinación con la prueba, puesto que esta última nacerá de la partida de nacimiento y aparte de si es matrimonial del acta de matrimonio (Chechile, 2015).

Al respecto de los modos de determinación de la filiación “voluntaria y judicial” han manifestado Eduardo A. Zannoni y Gustavo A. Bossert:

“Es voluntaria, (o negocial) cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo. Se trata de un acto jurídico familiar al que la ley reconoce plenos efectos para el emplazamiento en el estado de hijo. Finalmente, es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, con base en las pruebas relativas al nexo biológico producidas en un juicio de filiación”. (Zannoni y Bossert, 2016, p. 285).

¹⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 565.

¹¹ Véase, el Código Civil y Comercial de la Nación: por un lado para *determinación de la filiación matrimonial* los arts. 566 a 569; y por el otro lado para la *determinación de la filiación extramatrimonial* los arts. 570 a 575.

En definitiva, la *determinación voluntaria* es la que se le carga a la persona que reconoció de manera expresa o tácita a un hijo.

La *determinación judicial* es la declarada en una pronunciamiento judicial a través de un juicio de filiación promovido por el interesado (en el caso de ser menores interviene la asesoría de menores) en el ámbito de familia.

En los casos de técnicas de reproducción humana asistida, la madre es también quien da a luz, en efecto se determina la maternidad por el parto (Chechile, 2015).

Ahora bien, el Código Civil y Comercial ha apelado a la idea de voluntad procreacional como modo de atribuir la filiación y además dispone las reglas generales concernientes a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (Zannoni y Bossert, 2016).

2.3. Prueba de la filiación

El Código Civil y Comercial de la Nación establece con respecto a la “prueba de la filiación” que si se presenta la *filiación matrimonial*, ella se comprobará con la inscripción del nacimiento y el certificado de matrimonio de los padres en el Registro Civil, o con la sentencia que constituye el lazo de filiación si éste fue desconocido.¹²

En cambio, si se presenta una situación de *filiación extramatrimonial*, el reconocimiento realizado por el padre ante el Registro Civil, o por el dictamen judicial firme pronunciado en el juicio de filiación.¹³

Por último, en los casos de *técnicas de reproducción humana asistida*, la filiación se probará por el consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas.¹⁴

¹² Véase, el Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 569.

¹³ Véase, el Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 569.

¹⁴ Véase, el Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 569.

2.4. Determinación de la maternidad

Se ha manifestado:

“La determinación de la maternidad ha encontrado su fundamento en los adagios romanos *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), que importan suponer que la maternidad se acredita por el parto de la mujer o, en otras palabras, que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) atribuye ipso iure la maternidad. Así, como es sabido y conforme surge de las disposiciones del aún vigente Código Civil en el art. 242 y lo dispuesto en lo pertinente por la Ley 24.540 de Régimen de Identificación de Recién Nacidos, modificada por la ley 24.884 esta es la línea que surge de nuestro ordenamiento legal, por sobre el elemento voluntarista de aceptación o asunción de la filiación”.¹⁵

La determinación de la maternidad es el vínculo o lazo biológico resultante del parto (tanto para la filiación matrimonial o extramatrimonial).

Eduardo A. Zannoni y Gustavo A. Bossert señalan:

“Modernamente, las legislaciones tienden a implementar sistemas adecuados para que la determinación de la maternidad quede objetivamente establecida, aunque la mujer que dio a luz no reconozca expresamente al nacido. Ello requiere acreditar ciertas circunstancias: a) El parto de la mujer; es decir que ella ha dado a luz al niño que se le atribuye como su hijo. b) La identidad del nacido; el niño que la mujer dio a luz en el parto es el que, más tarde, se inscribe como su hijo.”(Zannoni y Bossert, 2016, pp. 287-288)

La *determinación de la filiación matrimonial*, establece que se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos posteriormente de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio, de nulidad del

¹⁵ Juzgado de Familia N° 1, 1ra Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza: “O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. Por Medida Autosatisfactiva” (2015)

matrimonio, la separación de hecho, y el fallecimiento. Ahora bien, esta regla es *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario.¹⁶

La *determinación de la filiación extramatrimonial*, resultará concluyente por el reconocimiento, la sentencia firme en juicio de filiación, y el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.¹⁷

¹⁶ Véase, las siguientes normas del Código Civil y Comercial de la Nación:

Art. 566. Presunción de filiación: “Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”.

Art. 567. Situación especial en la separación de hecho: “Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial”.

Art. 568. Matrimonios sucesivos: “Si median matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz, se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene vínculo filial con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge. Estas presunciones admiten prueba en contrario”.

¹⁷ Véase, las siguientes normas del Código Civil y Comercial de la Nación:

Art. 570. Principio general: “La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”.

Art. 571.- Formas del reconocimiento: “La paternidad por reconocimiento del hijo resulta: a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental”.

Art. 572. Notificación del reconocimiento: “El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal”.

Art. 573. Caracteres del reconocimiento. “El reconocimiento es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo. El reconocimiento del

3. El régimen filiatorio y los derechos humanos

El régimen filiatorio está atravesado por los derechos humanos que protegen a las personas, y en especial cuando son niños.

Ha expresado Marisa Herrera:

“En la actualidad, auspiciada por la reforma constitucional de 1994, nos encontramos ante una legislación infra constitucional que está guiada por la doctrina internacional de los Derechos Humanos. Esto ha significado una profunda revisión crítica de la gran mayoría de las instituciones jurídicas del derecho civil, en especial, de toda la regulación relativa a las relaciones de familia. En otras palabras, los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional desde 1994, han interpelado de manera audaz todo el plexo normativo inferior” (Herrera, 2015, p. 5).

Cuando se analiza el instituto de la “filiación” es imposible no mezclar su examen con los derechos humanos que subyacen en ella, como ser el derecho a la identidad, a la verdad, el interés superior del niño, principio de no discriminación, la protección integral de la familia y la libertad de intimidad.

Se debe dejar en claro, como bien enseña Eleonora Lamm, que el elemento determinante de la filiación es nada menos que la mencionada “voluntad procreacional”, es decir, el propósito de querer engendrar un hijo con material biológico propio,

hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo”.

Art. 574. Reconocimiento del hijo por nacer: “Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida”.

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

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”.

acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior (Lamm, 2011).

Ahora bien, al tercero le falta esa voluntad, es por eso que no se le puede atribuir la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, porque le falta indisputablemente el componente volitivo (voluntad), es decir, la intención de ser la madre del nacido (Lamm, 2011).

3.1. Derecho a la identidad

Se ha expresado que “el hecho biológico de la generación es siempre el mismo, cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo” (Méndez Consta, 1986, p. 14).

Además, ha señalado Eduardo A Sambrizzi una opinión expuesta en la Congregación para la Doctrina de la Fe:

“En la ‘Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación’, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, conocida comúnmente como Instrucción Donum Vitae, que fuera aprobada por el papa Juan Pablo II el 22 de febrero de 1987, se afirmó con relación a la maternidad subrogada, que la misma es contraria “a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen” (Sambrizzi, 2012, p. 314).

El derecho a la identidad es un derecho humano por el cual todos los individuos desde que nacen tienen derecho exclusivo a contar con los atributos, filiación según su realidad biológica, y cultural que admiten su identificación como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos.

3.2. Derecho a la verdad

Los niños tienen derecho a la verdad, es decir, conocer su realidad biológica, como sus orígenes familiares (padres, abuelos, tíos, etc.).

En consecuencia, cada persona que habita en el suelo argentino tiene derecho a conocer su identidad real.

Asimismo, el Estado argentino es el encargado de proteger y ampliar el ámbito de protección de este derecho a la verdad que consecuentemente engloba la identidad original de la persona que recién comienza a recorrer su vida, como los niños recién nacidos.

3.3. El interés superior del niño

En el derecho argentino tanto constitucionalmente como internacionalmente se reconoce que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.¹⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) fue aprobada por el Estado de Argentina a través de la Ley N°23.849 en el año 1990.

Al respecto ha manifestado Néstor E. Solari:

“La Convención se focaliza en tres pilares fundamentales, a los fines de garantizar la protección integral de los derechos del niño: la familia, la comunidad y el Estado. En tal contexto, incorpora nuevas obligaciones por parte de los representantes legales, de la sociedad y del Estado, deberes que indudablemente deberán ser cumplidos y exigidos como verdaderos derechos para los niños. Las obligaciones del Estado y de los representantes legales del niño cambiaron el rumbo de la visión sobre la niñez, significando un cambio estructural en la materia.” (Solari, 2015, pp. 428-429)

¹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Art. 19. Derecho del Niño.

La Convención, concibe al “niño” como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.¹⁹

En referencia al “*interés superior del niño*”, el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece lo siguiente:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Asimismo, la Convención asegura el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Se agrega el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular,

¹⁹ Véase, la Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 1.

salvo si ello es contrario al interés superior del niño, entre otros derechos que protegen al niño a la familia en relación con este último.²⁰

En relación al interés superior del niño y su estrecha vinculación con la figura de la maternidad por subrogación, ha expresado Eduardo A. Sambrizzi:

“Las personas no tienen un derecho subjetivo a tener un hijo, sino únicamente un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión relativa a procrear en forma natural. Resulta asimismo claro que el interés superior del niño, que es la pauta que debe tenerse en cuenta cuando de los mismos se trata, implica no solo que tengan –de ser posible– tanto un padre como una madre, sino también de resguardar su identidad, que está dada por elementos biológicos, que resultan de la naturaleza, y no, en cambio, del contenido de una ley que omita tener en cuenta a tal efecto la relación con la gestante. Resulta además inadmisibles crear huérfanos artificiales, que es lo que ocurriría si el comitente del niño fuera una sola persona” (Sambrizzi, 2012, p. 323).

La objeción que se le hace a este argumento, es que parte de la tesis de considerar a la práctica de la maternidad subrogada como inmoral. Si esta gestación por sustitución es utilizada y en efecto a ello nace un niño con material genético de una o dos personas como sería el caso de una unión convivencial o un matrimonio, en Argentina donde no está legislado la maternidad por subrogación debe primar el interés superior del niño en relación a su familia.

La Convención sobre los derechos de los niños tiene rango superior a las leyes, y además, posee jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional argentina de 1994.²¹

²⁰Véase, la Convención sobre los Derechos del Niño.

²¹ Véase, la Constitución Nacional. Art. 75 inc. 22.

3.4. Principio de no discriminación

Con respecto al principio de no discriminación, está consagrado con mayor énfasis constitucionalmente a partir de la reforma constitucional que otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos.

El art. 17 (protección de la familia) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José de Costa Rica, establece que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención...”.²²

3.5. Protección integral de la familia

La protección integral de la familia es esencial y fundamental en un estado de derecho. Es decir, desde una perspectiva social y jurídica la familia debe ser protegida con mayor fuerza por la ley, para que las personas gocen de bienestar general.²³

Al respecto, ha expresado Marisa Herrera:

²² Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

²³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica la consagra la “protección integral de la familia” en el art. 17: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta

Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto a l matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

“La noción constitucional de familia más acorde sería aquella que responda a una tipología flexible, sensible y adaptable rápidamente a los cambios sociales, de allí que la clasificación amplia sea considerada la que mejor satisface estas necesidades. Ésta es la que adopta la Constitución argentina al referirse de manera general a la "protección integral de la familia" en su art. 14 bis sin preocuparse por definir o darle contenido a un término eminentemente sociológico y por lo tanto, dinámico” (Herrera, 2015, p. 14).

Al mismo tiempo, esta actitud constitucional es la misma que siguen diversos tratados internacionales de derechos humanos, que entienden que la familia debe ser resguardada dado su carácter de núcleo social o célula básica de la sociedad, sin procurar conceptualizar cuáles son las formas de organización que están dentro de la noción de familia” (Herrera, 2015).

3.6. Libertad de intimidad

La libertad de intimidad se halla protegida en el derecho argentino desde el punto de vista constitucional e internacional a través de los tratados de derechos humanos.

En referencia a los niños, se entiende que tienen derecho a la protección contra las injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, y contra los ataques a su honra y reputación.²⁴

Es indispensable que la intimidad este resguardada, entendida esta como inherente a la persona humana, es decir, una vida privada en razón al amparo de injerencias no deseables y de indiscreciones excesivas consiente a la personalidad de cada uno de ampliarse libremente, la protección de la vida privada será en aquel momento igualmente un criterio concluyente del carácter democrático de toda sociedad.²⁵

²⁴ Véase, la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁵ Véase, los Tratados Internacionales de derechos Humanos consagrados en el art. 72 inc. 22 de la Constitución Nacional que reconocen y protegen la intimidad personal de las personas (adultos y niños).

Conclusiones Parciales

Como se puede apreciar, la filiación es la relación jurídica que une a una persona con sus padres. Es el estado de familia que toda persona tiene derecho a tener en una sociedad democrática, y donde las garantías constitucionales son primarias en relación a los derechos constitucionales e internacionales de derechos humanos.

Desde el punto de vista jurídico, la filiación es conceptualizada como el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos.

Una de las clases de filiación es la producida por Técnicas de Reproducción Humanas Asistida (TRHA), dentro de la cual se encuentra la maternidad por subrogación, y ligado a ello se habla del elemento determinante de la filiación: la “voluntad procreacional”, es decir, la intención de querer fecundar un hijo con material biológico propio, asistiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

A todo lo dicho debe sumarse el hecho de que el Estado argentino debe bregar por hacer cumplir estos derechos. No obstante ello, se siguen vulnerando derechos humanos, vulneración que supone una afectación de los derechos a la identidad, a la verdad, el interés superior del niño, el principio de no discriminación, la protección integral de la familia y la libertad de intimidad.

CAPÍTULO III

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ARGENTINA

CAPÍTULO III

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ARGENTINA

Introducción

En el capítulo tercero titulado “*la maternidad subrogada en argentina*”, se esbozarán temas como la maternidad subrogada en el derecho argentino, donde también se hará mención y analizará la maternidad subrogada en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Asimismo, se le ofrecerá al lector las posturas de la doctrina argentina y su opinión sobre la maternidad subrogada.

Para terminar el presente capítulo, se analizará la maternidad subrogada como una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Hay que dejar en claro, que en Argentina, la denominada “maternidad por subrogación” o “gestación por sustitución”, o también llamado “alquiler de vientre”, no ha sido admitida en el Código Civil y Comercial de la Nación, por lo menos expresamente, pero eso no implica que la haya prohibido.

La discusión de la maternidad por subrogación o la gestación por sustitución cada día abre aún más espacio para escribir su historia, y se podría indicar que estamos en un comienzo -“quienes están a favor y quienes están en contra”- tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del derecho argentino.

1. La maternidad subrogada en el derecho argentino

En Argentina, la denominada “maternidad por subrogación” o “gestación por sustitución”, o también llamado “alquiler de vientre”, no ha sido admitida en el Código Civil y Comercial de la Nación, por lo menos expresamente.

Por lo tanto, a prima facie nos encontramos ante un vacío legal con respecto a los casos que se puedan presentar en el país.

Algunos casos ya han llegado a la justicia con distintos pronunciamientos por parte de los tribunales, ya sea antes o después de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial en el año 2015.

Según el análisis realizando por Eduardo A. Sambrizzi:

“La razón y el sentido común se rebelan ante dicha práctica, mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de ella misma o de quien encargó al niño –aunque también puede ser de una tercera persona–, fecundado con gametos ya sea del marido de aquella o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó. O, también, de gestar un embrión de terceros, produciéndose de esta manera una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, para procurar satisfacer un deseo de ser madre, que si en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo; además, esa disociación provoca una situación de incertidumbre con relación a la filiación, debido a la dicotomía existente entre madre genética y madre gestante, desatendiéndose de tal manera el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses” (Sambrizzi, 2012, p. 313)

El debate de la maternidad por subrogación o la gestación por sustitución cada día abre aún más espacio para escribir su historia, y se podría decir que estamos en un comienzo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del derecho argentino.

1.1. La maternidad subrogada en el proyecto de Código Civil y Comercial

En el art. 562 del proyecto de reformas al Código Civil se admite la maternidad subrogada.²⁶

Explica Marisa Herrera:

“Situaciones como éstas acontecen cada vez con mayor frecuencia en la realidad social. Así, la llamada maternidad subrogada, vientre subrogado, alquiler de vientre, vientre portador, gestación por otro, o gestación por sustitución como lo denominaba el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial y que se mantuvo cuando adquirió estatus de proyecto al ser presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación y que se quitó al llegar al recinto de la primera cámara, la de Senadores en noviembre del 2013, coloca en crisis una máxima del derecho filial desde una perspectiva tradicional como lo es "madre cierta es". Justamente, en estos casos, quien gesta no tiene voluntad procreacional sino que lo hace para que otra persona o una pareja sean los padres del niño que nace de esta especial TRHA. La particularidad de esta técnica es que el proyecto parental compromete el cuerpo y la salud de una tercera persona con quien después el niño no tendrá vínculo jurídico filial alguno. Esto más allá del derecho de los niños a saber que se ha nacido de este modo, diferenciándose una vez más el derecho a

²⁶ Proyecto de Código Civil y Comercial (2012). Art. 562. Gestación por sustitución: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

tener vínculo filial del derecho a conocer los orígenes, en este caso, el origen gestacional” (Herrera, 2015, p. 347)

Ahora bien, se permite un “contrato de maternidad por subrogación”, que debe ser pactado únicamente previa autorización judicial, correspondiendo al juez homologar lo convenido si se confirman las circunstancias establecidas en el proyecto de Código Civil.

Las circunstancias que se deben acreditar son las siguientes: *a) que se ha tenido en mira el interés superior del niño que pueda nacer) que la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica) que al menos uno de los comitentes ha aportado su material genético) que el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) que la gestante no ha aportado material genético propio; f) que la gestante no ha recibido retribución) que la gestante no se ha sometido a un proceso de maternidad subrogada más de dos (2) veces; y h) que la gestante ha parido, al menos, un hijo propio.* (Sambrizzi, 2012, pp. 318-320)

Al respecto de la maternidad subrogada en el derecho argentino, han manifestado Marisa Herrera y Eleonora Lamm:

“No se trata de una problemática que se observa sólo si se cruza el Atlántico, sino también que se presenta en América Latina y para hilar territorialmente más fino, en Argentina, con planteos judiciales en los que se ha pretendido el reconocimiento o validez de gestaciones por sustitución realizadas en el exterior, como así también en el país. Precisamente, esta perspectiva realista —como opuesta a la hipocresía— ha sido la seguida en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial del 2012, posteriormente quitada en la versión aprobada por la Cámara de Senadores el 28/11/2013.” (Herrera y Lamm, 2014, p. 1)

El fundamento de la inclusión de la maternidad por subrogación en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, se expresa en la manifestación que:

“Sería inconsecuente no autorizar para ellas las técnicas de reproducción humana asistida...se entiende más beneficioso contar con una regulación de pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como,

principalmente, a los niños nacidos de estas prácticas...ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar del vacío legislativo o su expresa prohibición”.²⁷

Como bien señalan las especialistas, el actual Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir del 1 de agosto de 2015, ha dejado afuera los casos de madres por subrogación, es decir que no aprobaron el proyecto que contemplaba estos casos.

En consecuencia, esta afirmación y realidad efectiva en Argentina, deja al descubierto el “vacío legal” en el que nos encontramos cuando se presentan estos casos de hijos nacidos en un vientre ajeno pero con material genético de una pareja (gestación por sustitución, madres por subrogación o alquiler de vientre).

Sustentan desde un punto de vista realista las autoras Marisa Herrera y Eleonor Lamm:

“Tapar el sol con las manos puede ser una salida rápida e incluso efectiva para evitar que los rayos molestos peguen de manera directa, pero tapar la realidad es algo diametralmente opuesto; es imposible. La gestación por sustitución es una realidad que si se pretende que sea soslayada, los principales perjudicados serán los más vulnerables y a quienes diversos instrumentos internacionales, regionales y nacionales obligan a priorizar: los niños... en definitiva, un guiño positivo en favor de formas más contemporáneas de alcanzar la maternidad/paternidad, de seguir ampliando el terreno de las filiaciones, las identidades y las familias, en el que la noción de pluralidad habría venido a mover la estantería familiar” (Herrera y Lamm, 2014, p. 5).

La relación de familia creada entre padres e hijos, estos últimos traídos al mundo por esta técnica de gestación por sustitución o maternidad por subrogación, demuestra la *“realidad de lazos de afecto que buscan su lugar en el campo jurídico para no seguir siendo prohibidos, ni silenciados sino simplemente, regulados”* (Herrera y Lamm, 2014, p. 5).

²⁷ Proyecto de Código Civil y Comercial (2012)

En contra de la normativa del proyecto de reforma que admitía “la maternidad por subrogación” bajo el nombre de gestación por sustitución (art. 562), ha expresado Eduardo A. Sambrizzi:

“Concluir en nuestro total y absoluto desacuerdo con la norma proyectada, que permite que cualquier persona capaz, hombre o mujer, haya o no contraído matrimonio, viva sola o en pareja, pueda convenir con una mujer que esta gestic un hijo para serle entregado luego de nacido. Un convenio de esa naturaleza ha sido considerado inmoral por la mayor parte de nuestra doctrina, que ha entendido que, de celebrarse, el mismo sería nulo, de nulidad absoluta. Resulta claro que las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano” (Sambrizzi, 2012, p. 322).

Algunas opiniones, como la de Sambrizzi, interpretan que en el contenido del Proyecto de Reformas: la gestante permanece desplazada como madre, pasando de tal forma el niño a constituir una mercancía que aquella se obliga a entregar, convirtiéndolo en el objeto de un contrato. Al mismo tiempo, el niño puede inclusive no tener siquiera una madre, porque de acuerdo a lo proyectado, igualmente puede un hombre solo –o dos– contratar la gestación (Sambrizzi, 2012).

1.2. La doctrina argentina y su opinión de la maternidad subrogada

En la doctrina argentina, en general la mayoría de los especialistas entre los autores como Gustavo A. Bossert, María J. Méndez Costa, José Ignacio Cafferata y José W. Tobías, encuentra en dicha práctica un convenio de naturaleza que violenta la dignidad de la persona, por considerárselo inmoral, no existiendo duda de que de ser justificado, hoy se determinaría su nulidad por atención de lo establecido en el art. 279 del Código Civil y Comercial de la Nación²⁸, que considera nulo por ser de objeto ilícito

²⁸ Código Civil y Comercial de la Nacional. Art. 279: “El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

al acto contrario a las buenas costumbres, o que incurriera sobre cosas que no se encuentran en el comercio.

Con respecto a las cosas que no se hallan en el comercio, como argumento para negar el método de la maternidad por subrogación Eduardo A. Sambrizzi, ha manifestado:

“Y ninguna duda existe sobre que las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada” (Sambrizzi, 2012, p. 314).

Para Ramírez Novalón y Moro Almaraz, la maternidad por subrogación debe ser negada, ya que la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, por lo que una convención o contrato como el concerniente se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de procurar contratar un útero durante nueve meses de gestación, quebranta los principios de orden público, conjuntamente de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato. (Sambrizzi, 2012)

Otros autores como Eduardo Zannoni, entienden críticamente que la “maternidad subrogada”, es contraria a los intereses del niño así nacido, por estar dividido el vínculo materno filial, dando lugar a problemas muy difíciles de resolver en materia de filiación, separadamente de crear en los afectos conflictos sociales y psicológicos irreparables. En consecuencia, agregan que el niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, no consiguiendo tanto el embrión como el niño, absorber el tratamiento de cosas. (Zannoni y Bossert, 2016)

Otros autores han dicho que “la gestación por sustitución o la maternidad por subrogación” incumbe comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, causada por el camino a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes procuran acceder a la construcción de un vínculo parental (Fama, 2011)

Ha expresado recientemente Néstor E. Solari:

“Entiendo que la gestación por sustitución debe ser admitida y reconocida por parte del derecho positivo. Su inclusión deviene necesaria en razón de los adelantos de la ciencia médica y, fundamentalmente, de la práctica cada vez más creciente de las personas y de las parejas para recurrir a esta forma o medio de emplazamiento en el vínculo paterno filial. El cambio sustancial que ello significa, y los derechos e intereses en conflicto, exigen —paralelamente— un debate legislativo acorde con la importancia y la entidad que tales cambios requieren. Es de esperar que el legislador aborde esta compleja temática en los próximos tiempos, con el fin de poder contar con los consensos necesarios para su debida inclusión” (Solari, 2015, p. 208).

La maternidad por subrogación actualmente encuentra un vacío legal, que requiere urgentemente un debate legislativo en relación a esta figura. Ahora bien, que no esté reglamentado no significa que esté prohibido.

2. Es la maternidad subrogada una TRHA

En relación a la maternidad subrogada y la TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida) ha manifestado Marisa Herrera:

“Cabe destacar que las TRHA también involucran derechos humanos, además del derecho a la identidad que está detrás de todo el derecho filial cualquiera sea su causa fuente, también compromete de manera directa el derecho a formar una familia, el derecho a la libertad y autonomía reproductiva y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación tal como lo dispone el art. 14.1 b. del Protocolo de San Salvador y lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012 que se profundizará en el apart. 4.3.”. (Herrera, 2015, p. 316)

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como tratamiento médico y científico dentro de esta rama, son reconocidas en el actual Código Civil y Comercial de

la Nación a partir de agosto del año 2015, cuando entró en vigencia en todo el territorio argentino.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) son conceptualizadas como:

“El conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el espermatozoides conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana” (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2011, p. 1).

En definitiva, para muchos es una práctica que consiente la fecundación de un ser humano, sin necesidad de anterior liga sexual entre un hombre y una mujer.

En otro lado han examinado las especialistas Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonor Lamm, que gracias al reconocimiento de la utilización de estas técnicas se ha amplificado cuantiosamente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto usuales como no tradicionales, en tanto si bien conseguiremos hablar de la utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para parejas heterosexuales -casadas o no- y dentro del marco de la llamada fecundación homóloga, además y esencialmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual, entre otras (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2013).

Asimismo, la denominada fecundación o procreación “homóloga” es la que contempla los supuesto de “gestación por sustitución o maternidad por subrogación”.

La gestante en el procedimiento de maternidad subrogada es una pieza principal para dicho tratamiento médico.

La gestación por sustitución podría entenderse así con respecto a sus variantes o supuestos, a) que los gametos sean aportados por el matrimonio o pareja contratante; b) que ambos gametos provengan de donantes (puede ser una sola persona, pareja, uniones

convivenciales o matrimonio; c) que la gestación lo sea con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de donante; y d) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja contratante, el semen, o la posibilidad de que se escoja el semen de uno de los varones de la pareja contratante, tratándose de una unión entre varones del mismo sexo (Fama, 2011).

Aquí, la “voluntad procreacional” juega un papel central para aquellos que quieran tener hijos a través de la figura de la maternidad por subrogación o gestación por sustitución. En consecuencia, siempre la “intención o voluntad” de quienes quieren tener un hijo es lo que va a primar en estos casos. Asimismo, esta posición se sustenta con el material genético que aportan las personas, ya sean una sola, o una pareja, en unión convivencial o en matrimonio.

Conclusiones Parciales

Se ha visto que en Argentina, la denominada “maternidad por subrogación” o “gestación por sustitución” o “alquiler de vientre”, no ha sido receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación, por lo menos expresamente. Por lo tanto se aprecia un vacío legal con respecto a los casos que se puedan presentar en el país.

Ahora bien, la legislación argentina tampoco ha prohibido esta práctica.

Es una lástima que el proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, que contemplaba la maternidad por subrogación, no fuera aceptado en el Código que se encuentra vigente. Era una buena manera de regularizar la figura, que como se dijo no está prohibida en el ordenamiento jurídico argentino.

El proyecto de Código Civil y Comercial entendía que era más beneficioso contar con una regulación de pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de estas prácticas. Asimismo, agregaba con razón que ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar del vacío legislativo o su expresa prohibición.

La figura en cuestión se encuentra vinculada con la interpretación y aplicación correcta de la “voluntad procreacional” que juega un papel central para aquellos que

quieran tener hijos a través de dicha técnica. En consecuencia, siempre la “intención o voluntad” de quienes quieren tener un hijo es lo que va a primar en estos casos, posición que se sustenta con el material genético que aportan las personas.

La discusión se va asentando cada vez más, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina. Y ante esta problemática, se puede concluir que la falta de una normatividad jurídica específica, prudente y comprometida sobre la materia, a pesar de no ser una situación nueva, produce una realidad carente de protección jurídica a la persona por nacer.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

Introducción

En el cuarto y último capítulo del presente trabajo nombrado el “*análisis de la jurisprudencia en torno a la maternidad subrogada*”, tiene como objetivo que el lector pueda observar las sentencias pronunciadas en el ambiente nacional e internacional en lo concerniente a la maternidad por subrogación.

El análisis de la jurisprudencia en torno a la maternidad subrogada ha generado una polémica, y a la vez, una sugestiva discusión en referencia a los derechos humanos, pues como se pudo observar a lo largo del trabajo, el régimen filiatorio está atravesado por números derechos protectorios concernientes a las personas adultas, pero también - con mayor fuerza- a los niños, como ser la identidad, derecho a la verdad, derecho a una familia (verdad biológica del niño), entre otros. Esta es una cuestión primordial que se quiere mostrar con este análisis jurisprudencial tanto nacional como internacional.

Para ello, se realizará un análisis jurisprudencial, en sus niveles internacional y nacional. Por consiguiente, se divide en dos partes, una primera en un análisis de la Jurisprudencia Internacional, y la segunda parte y ultima, en un examen de la Jurisprudencia Nacional.

Por último, debe expresarse para que el lector comprenda que la figura de la “maternidad subrogada o gestación por sustitución” no ha pasado desapercibida en los tribunales argentinos. Es innegable que no existen muchos casos donde la justicia se ha pronunciado sobre el fondo del asunto (más aún, con el prematuro Código Civil y Comercial de la Nación que reciente entro en vigencia en agosto de 2015), ni siquiera todavía un caso ha llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero existen algunas sentencias sobre esta temática, que a continuación se presentarán en el apartado.

1. Análisis Jurisprudencial

A partir del examen de los distintos fallos, que a continuación se describirán y expondrán, se abordarán las interpretaciones de diferentes tribunales nacionales e internacionales, que se han pronunciados en relación a los alcances y derechos de las personas.

Antes de pasar al análisis mencionado, hay que indicar que la “determinación de la filiación” implica expresar jurídicamente quien es el padre o la madre de un sujeto. Una forma es la “Judicial”, que es la manifestada en una sentencia judicial que la declara como consecuencia de un reclamo realizado. El nuevo Código Civil y Comercial incorporo las cuestiones de filiación concernientes con el matrimonio igualitario, así como las propias de las técnicas de reproducción humana asistida. En este caso, la filiación se determina a través de la voluntad procreacional, mencionada mediante el consentimiento informado. Por estas razones señala Ana María Chechile, que actualmente se tiene que hablar de determinación de la filiación y no de la paternidad o la maternidad (Chechile, 2015).

1.1. Jurisprudencial Internacional

A continuación, se desarrollarán algunos fallos que han analizado la práctica de la maternidad subrogada y el conflicto de derechos que ella genera a raíz de su aceptación o no por los Estados.

Pero lo relevante de los casos que se plantean es que coloca en el mundo internacional de los derechos humanos ciertos conceptos y definiciones tanto de la figura de la gestación por sustitución, como los concernientes a los derechos de filiación.

1.1.1. C.I.D.H.: “Forneron e Hija Vs. Argentina” (2012)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Forneron e Hija Vs. Argentina” (2012) examinó cuestiones sobre varios procesos judiciales concernientes a la guarda judicial y ulterior adopción de “M” por parte del matrimonio “B-Z”, sin contar

con la anuencia del “Fornerón” (padre biológico de “M”), sin un régimen de visitas a favor de aquel, y la falta de investigación penal sobre la supuesta “venta” de la niña al matrimonio de guarda.²⁹

Precisando el caso, el 16 de junio de 2000 nació M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de “Fornerón”. El día sucesivo la Sra. Enríquez concedió su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio “B-Z”, en presencia del Defensor de Pobres y Menores de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta.

La C.I.D.H explicó que existen indicios de que la entrega de “M” al matrimonio “B-Z” pudo haber sido a cambio de dinero.

Asimismo, los magistrados entendieron que no contaba con los elementos suficientes para llegar a una conclusión, debido a la falta de una investigación penal sobre los hechos del presente caso.

En definitiva, el 27 de abril de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó, por unanimidad, que el Estado de Argentina es internacionalmente responsable por el quebrantamiento de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por la inobservancia de su deber de adoptar normas de derecho interno, en detrimento de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija, así como a los derechos del niño en perjuicio de “M”.

Lo interesante del fallo es que la C.I.D.H brinda una serie de conceptos y definiciones en asuntos de protección de la familia (como el alcance del término “familia”)³⁰, y especialmente, lo relacionado a los derechos de los niños, manifestando la Corte que siempre debe primar el “interés superior del niño”³¹.

²⁹ Véase, C.I.D.H.: “Forneron E Hija Vs. Argentina” (2012)

³⁰ Véase, C.I.D.H.: “Forneron E Hija Vs. Argentina” (2012), donde se expresó además: “los el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal...”.

³¹ Véase, C.I.D.H.: “Forneron E Hija Vs. Argentina” (2012). Los jueces manifestaron: “la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño

Al respecto, la Corte interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

“El derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos...”.³²

Los magistrados claramente expresan que el derecho más importante es que el niño crezca con su familia biológica, y el estado debe tomar todas las medidas que sean necesarias para salvaguardar los derechos de los niños (lo cual no puede desconocer las practicas, con el avance de la ciencia médica, de los casos de madres por subrogación), teniendo en cuenta siempre el interés superior del niño.

Ello autoriza a concluir que en los casos de maternidad por subrogación, la familia biológica o de origen es quien apporto el material para la fecundación, y que la tercera persona que llevara adentro al niño hasta el nacimiento es una madre ficticia o subrogante. Pero no se podría discutir que la familia del niño que nazca de un tercero que solamente es “madre gestante”, sea su familia de origen o biológica.

El fallo “Forneron e Hija Vs. Argentina” ofrece una serie de nociones significativas en materia de familia y que puede repercutir cuando analizamos un caso de gestación por sustitución como por ejemplo lo es el interés superior del niño que estaría por encima de la voluntad de los padres.

para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”.

³² C.I.D.H.: “Forneron E Hija Vs. Argentina” (2012)

1.1.2. El caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica

El hecho que da origen a la casusa es que la FIV (fecundación in vitro) fue realizada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por el centro privado llamado “Instituto Costarricense de Infertilidad”.

En ese periodo nacieron 15 niños costarricenses.

La técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica el 15 de marzo de 2000.³³

La demanda inicial fue presentada ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual aprobó el Informe en el cual efectuó una serie de recomendaciones al Estado. Al punto de conceder tres prórrogas al Estado para el cumplimiento de los encargos, la Comisión decidió someter el caso a la Corte.

Asimismo, la Comisión mostró que el caso se corresponde con alegadas infracciones de los derechos humanos que habrían acontecido como resultado de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación in vitro (FIV) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una disposición expresada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En consecuencia, se invocó que esta proscripción absoluta formó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia.

De la misma forma, se fundamentó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les imposibilitó el acceso a un tratamiento que les hubiera consentido superar su escenario de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Se agregó que este obstáculo habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

La Comisión³⁴ requirió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declarare la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica, por el

³³ El Estado de Costa Rica fundamento que: no existe consenso en relación con el estatuto jurídico del embrión; no existe consenso sobre el inicio de la vida humana, debe también otorgarse margen de apreciación sobre la regulación de la técnica de la FIV; y no es válido el argumento de que como existen otros Estados que, por omisión legislativa, permiten la práctica de la [FIV], lo que se conoce como la tesis del margen de apreciación.

quebrantamiento de los arts. 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, además en correspondencia con los arts. 1.1 y 2.³⁵

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 29 de julio de 2011 sometió a la jurisdicción de la C.I.D.H., según con los arts. 51 y 61 de la Convención, el caso contra el Estado de Costa Rica.

En definitiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó los casos y consideró que el Estado de Costa Rica no puede prohibir las técnicas de reproducción humana asistida, ya que viola las normas de la Convención sobre Derechos Humanos.³⁶

En esa línea de idea consideró que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, la libertad personal y a la vida privada y familiar.

³⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (o CIDH) es una de las dos entidades del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Tiene su sede en Washington D. C., Estados Unidos.

³⁵ C.I.D.H.: “Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (2012).

Las familias y personas perjudicadas concretamente fueron: Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

³⁶La C.I.D.H. al respecto manifestó: “En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso”.

Al mismo tiempo, la forma como se edifica dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona, tanto considerándolo individualmente como en pareja.

La C.I.D.H. dictamina correctamente que el Estado de Costa Rica perjudicó a las personas del presente caso que acudieron a las técnicas de reproducción asistida para poder tener un hijo, ya que por diferentes motivos se veían impedidos a tener niños biológicos por procesos normales.

En conclusión, la C.I.D.H. con razón declara el quebrantamiento de los arts. 5.1 (derecho a la integridad personal)³⁷, 7 (derecho a la libertad personal)³⁸, 11.2 (protección de la honra y de la dignidad)³⁹ y 17.2 (protección a la familia)⁴⁰, en

³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Art. 5 (derecho a la integridad personal), 1.: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

³⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Art. 7 (Derecho a la Libertad Personal): “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Art. 11 (Protección de la Honra y de la 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...”.

⁴⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Art. 17 (Protección a la Familia): “...2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a

correlación con el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos)⁴¹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de las personas del caso. Estos principios y derechos anteriormente nombrados podrían –aportar o contribuir con otros aspectos como la voluntad procreacional- para solucionar futuros casos de maternidad por subrogación en Argentina donde nos encontramos con un vacío legal.

1.1.3. Un examen de los casos “Mennesson” y “Labassee” resuelto por T.E.D.H.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.)⁴², en el año 2014 tuvo que juzgar dos casos similares y polémicos, ya que se discutía la legitimidad y aceptación de la “maternidad por subrogación” (gestación por sustitución o también denominado en algunos países alquiler de vientre).

Los dos casos son: por un lado “*Mennesson*”, y por el otro lado “*Labassee*”, ambos en contra del Estado de Francia.

El caso “*Mennesson*” se trata de un matrimonio heterosexual francés (Dominique y Sylvie Mennesson) que concurrió a California (EE.UU) para poder ser padres a través de un tratamiento de gestación subrogada. El procedimiento se llevó a cabo con normalidad, es decir, se utilizó el óvulo del donante y el semen de Sylvie

fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención...”.

⁴¹Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Art. 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 1.:“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁴² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o también denominado y conocido como “Tribunal de Estrasburgo”, es la Corte destinada a enjuiciar, bajo determinados presupuestos, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio. Para más información de su función y actividad puede recurrirse a la página web oficial del T.E.D.H.

Disponible en: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

Mennesson, que tuvo como resultado positivo el nacimiento de las gemelas Mennesson.⁴³

En el caso “Labassee”, es un matrimonio heterosexual francés (Francis y Monique Labassee) que acudió a Minnesota (EE.UU) para poder llegar a ser padres mediante el método de maternidad por subrogación. La realización del tratamiento fue exitoso, se utilizó también el óvulo de un donante y el semen del señor Labassee, circunstancia en que nació una nena.⁴⁴

Los dos hechos sentenciados por el T.E.D.H. muestran plataformas fácticas y jurídicas análogas.⁴⁵

En efecto, se dio la negativa del Estado francés, tanto de las esferas del poder administrativo y judicial, de reconocer la filiación de niños nacidos por gestación por sustitución, entre éstos y quienes asumieron la voluntad procreacional de ser padres por medio de esta exclusiva técnica de reproducción humana asistida.

Los Tribunales de Estados Unidos determinaron que reconocían a “los padres de intención” como los padres legales de los niños de ambas parejas.

En consecuencia, los matrimonios retornaron a Francia.

Ya asentados en su país de origen, ambos matrimonios fueron a inscribir a los pequeños en el registro de nacimientos, pero las autoridades francesas le hicieron saber los múltiples problemas legales que se generaban, hasta que posteriormente los certificados de nacimiento en el registro civil francés fueron anulados.

Las autoridades francesas fundamentaron que la gestación subrogada o maternidad por subrogación era ilegal en el país, y que todo contrato de este tipo era nulo, por lo que no era viable reconocer legalmente a las hijas de ninguno de los dos matrimonios.

De igual manera, el Estado de Francia expresó que no quebrantaba el derecho a la vida privada y familiar, puesto que la anulación de la inscripción en el registro civil no imposibilitaba a las niñas que vivieran en Francia con los matrimonios franceses.

⁴³Véase, los fallos del T.E.D.H.: “Mennesson v. France” (2014) y “Labassee v. France” (2014).

⁴⁴Véase, los fallos del T.E.D.H.: “Mennesson v. France” (2014) y “Labassee v. France” (2014).

⁴⁵Véase, los fallos del T.E.D.H.: “Mennesson v. France” (2014) y “Labassee v. France” (2014).

Al mismo tiempo manifestó que no se veía afectada la correspondencia legal reconocida por los Estados Unidos.

El T.E.D.H. analizó los casos de las familias “*Menesson*” y “*Labassee*”. Además, discutió acertadamente la negación de reconocer legalmente el estado de familia como violación al derecho a la vida privada y familiar.

El Tribunal se pronunció diciendo que no se veía perjudicado el derecho a la vida familiar, ya que no se impedía a las niñas vivir en Francia con los padres de intención.

Por último, los jueces determinaron que se había quebrantado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en cuanto al derecho al respeto de la vida privada de las niñas.⁴⁶

Por consiguiente, los magistrados entendieron que los dictámenes franceses que negaban el establecimiento de una “relación jurídica de filiación” entre las niñas nacidas como consecuencia de un convenio de *gestación por sustitución* que era absolutamente legítimo bajo el ordenamiento jurídico de los Estado Unidos, en que se efectuó, desconociendo a quienes formaban según esa legislación como padres, excedieron el amplio margen de apreciación de los Estados.

En síntesis, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que la interferencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar por parte del Estado de Francia (autoridades administrativas y judiciales) se observa en el desconocimiento de una relación de filiación entre padre e hijo que era legítima, según surge de la interpretación jurídica del art. 8 del Convención Europea de Derechos Humanos.

Del mismo modo, del art. 8 surge el derecho “al respeto de su vida privada”, contexto que para el T.E.D.H fue quebrantado en referencia a las niñas de las familias.

⁴⁶ Convención Europea de Derechos Humanos. Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En la sentencia, se condenó e intimó al Estado de Francia a que dentro de los tres meses consecutivos a la fecha en que el fallo resulte firme proceda a pagar a cada una de las niñas un total de 5.000 euros en concepto de daño inmaterial. Por consiguiente, también al Señor y la Señora Mennesson, la suma de 15.000 euros, más cualquier impuesto que pueda ser debido a la base imponible, las costas y gastos.⁴⁷

1.1.4. T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2017): el derecho al respeto de la vida familiar establecida

El famoso y reciente caso “Paradiso y Campanelli”, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2017, se ha suscitado por el hecho de la gestación subrogada de un matrimonio italiano que decidió concurrir a Rusia para poder ser padres por ese procedimiento.

El hecho comienza así: la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli conformaban un matrimonio italiano, que por diferentes motivos no podían tener hijos.

En consecuencia, acudieron a una empresa de Rusia para llevar adelante el procedimiento de “gestación por sustitución”.

La “gestante” fue conseguida por la empresa, y a través de la técnica de fecundación in vitro, nació el niño en febrero de 2011.

El niño fue inscrito como hijo de la Sra. Paradiso y del Sr. Campanelli, acorde a las normas de Rusia.

El matrimonio volvió a Italia, para llevar una vida familiar tranquila y sin problemas, pero cuando pretendieron inscribir el nacimiento del hijo en la ciudad de Collerorto (Italia) su solicitud fue negada. En efecto, el niño se quedó sin identidad formal.

Según la legislación italiana, el método de gestación por sustitución es ilegal, y se considera a “la gestante” por subrogación como la madre.

⁴⁷Véase, los fallos del T.E.D.H.: “Mennesson v. France” (2014) y “Labassee v. France” (2014).

Siguiendo, el matrimonio fue acusado de alteración del estado civil y de incumplimiento de la legislación italiana e internacional sobre adopción.

Para agravar aún más la situación se agregó un dato al expediente: se realizó una prueba de paternidad para comprobar si el Sr. Campanelli era el padre del niño, pero para asombro del matrimonio, el resultado fue negativo.

Se comprobó que la empresa rusa había utilizado el semen de un donante en cambio del semen del Sr. Campanelli.

El Tribunal de Menores de Campobasso, requirió que inmediatamente se colocara al niño en adopción. Asimismo, los jueces fundamentaron su dedición en que “no existía filiación” alguna con el niño, y además se había vulnerado la ley del Estado de Italia.

En fin, les prohibió al matrimonio cualquier contacto con el niño, que fue enviado a un hogar para chicos, sin informar a la pareja su destino.

En el año 2015, el T.E.D.H., analizó el caso y entendió que el Estado italiano violó las normativas del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las autoridades de Italia, quebrantaron el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo concerniente al “derecho al respeto de la vida familiar establecida”, esto se puso en evidencia cuando “quitaron” al niño de los brazos del matrimonio (es una medida extrema, y aplicable solo cuando existe peligro para el niño) y lo alojaron en un hogar de chicos con opción de aplicar la adopción a otra pareja.⁴⁸

Asimismo, los jueces entendieron que en el caso se vulneró el derecho a la identidad del menor, que no se prevaleció el “interés superior del menor”, y no se reconoció la relación familiar de hecho entre la pareja y el niño, aunque jurídicamente no sea una familia para la ley de Italia.⁴⁹

Para finalizar, el T.E.D.H. no expresó en ningún caso que se procediera a devolver al niño a su familia original que serían los “Campanelli”, puesto que el niño ya

⁴⁸ T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2015)

⁴⁹ T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2015)

había perfeccionado lazos emocionales con la “familia adoptiva “que lo tiene consigo desde el 2013.

En el año, 2017 el T.E.D.H. a través de su “Gran Sala” revocó lo anteriormente dicho en el año 2015, y entendió que el Estado de Italia no violó el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al colocar al niño en un hogar para chicos con la posibilidad de ser adoptado, circunstancia que finalmente se concretó y lo separó de la familia “Campanelli”.⁵⁰

Los magistrados expresaron que no hubo quebrantamiento del “derecho al respecto a la vida familiar”, ya que no puede interpretarse en el caso enjuiciado existiese una verdadera “vida familiar”, por la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, y la corta duración de las relaciones entre ellos.

Asimismo, agregó que la convivencia con el hijo en Italia duró de 6 meses, si bien la Sra. Campanelli había también convivido con el niño dos meses más en Rusia.

Terminó diciendo el Tribunal que la medida tomada por el Estado de Italia fue legítima (exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales, únicamente, en el caso de relación biológica o de adopción legal, con el objetivo de proteger a los niños), y la separación del niño de los demandantes no provocó daños graves o irreparables.⁵¹

Por lo tanto el T.E.D.H. en el caso “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2017), concluyó que debe prevalecer el derecho al respeto de la vida familiar establecida.

En referencia a lo trascendental del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos contra la “gestación por sustitución” en el año 2017 dictado por la “Gran Sala” del T.E.D.H. se ha sostenido que este tipo de pronunciamientos estampan límites a las biotecnologías aplicadas a la procreación humana, y el valor de vías científicas e innovaciones tecnológicas aplicadas a la solución de los problemas de infertilidad e esterilidad que sean cuidadosas de la originalidad de la transmisión de la vida humana. De la misma forma, las soluciones a las condiciones socioeconómicas que perturban a

⁵⁰ T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2017)

⁵¹ T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2017)

mujeres y pueden llevarlas a buscar salidas extremas que perjudican su dignidad, por medio de acciones como la maternidad subrogada. (Lafferriere, 2017)

1.2. Jurisprudencia Nacional

La figura de la “maternidad subrogada o gestación por sustitución” no ha pasado desapercibida en los tribunales argentinos. Es cierto que no existen muchos casos donde la justicia se ha pronunciado sobre el fondo del asunto (más aún, con el prematuro Código Civil y Comercial de la Nación que reciente entro en vigencia en agosto de 2015), ni siquiera todavía un caso ha llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero existen algunas sentencias sobre esta temática, que a continuación se analizarán y describirán.

1.2.1. El año 2012 en Argentina se resolvió un caso de maternidad subrogada favorablemente

En Argentina existen varios casos suscitados en la realidad, y que han sido resueltos por la justicia en virtud del vacío legal que existe en relación a la materia abordada.

Uno de los primeros casos donde se discutió la “maternidad por subrogación”, es el estrepitoso que ocurrió en el año 2012, en el Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Civil N° 86 en la causa: “N.N. O D G M B M s/ inscripción de nacimiento” (2013), que ha resuelto favorablemente un caso sobre la inscripción de una niña nacida mediante el uso de ésta práctica.⁵²

Es el caso, un matrimonio luego de una dilatada exploración en pos de concebir un hijo y posteriormente de haber cursado dos complicados embarazos, y que no han conseguido terminar a tiempo, estando en el último de ellos, era necesaria una intervención compleja que llevó a la extirpación de su útero, por lo que a partir de allí,

⁵²Este caso también fue analizado en el excelente trabajo realizado por las autoras Sánchez Uthurriague, María E. y Fernández, Silvina B. (2015). Gestación por sustitución: necesidad de una pronta solución. En *Revista Niños, Menores e Infancias*, N° 10, Instituto de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

volvería nula toda posibilidad de llegar a un embarazo, implantando así que la única alternativa sería acudir a una Fertilización In Vitro con subrogación uterina.

La pareja comenzó y calculó la contingencia de acceder a tener un hijo, a través de la gestación por sustitución en el extranjero, sin embargo esta eventualidad fue rechazada ágilmente en virtud de los altos costos de los mismos.

Po consiguiente, la pareja tenía una amiga, que conocía la situación que estaban atravesando y el agravamiento del problema, y quien voluntariamente se brindó a gestar en su vientre al futuro infante.

En consecuencia, el matrimonio emprendió un procedimiento terapéutico, a través de una “fertilización in vitro”, donde se consiguió un embrión, que luego se implantó en la amiga de la pareja, causando el embarazo en el primer intento, y con el correr del tiempo, naciendo una nena el 19 de Abril del año 2012.

Un dato a tener en cuenta es que la gestante era mayor de edad y se sometió a este proceso, sin requerir remuneración.

La niña nacida a través de la TRHA quedó con el matrimonio desde sus primeros minutos de vida.

Fue el matrimonio quien interpuso la demanda pidiendo la inscripción de la pequeña. Y es, en efecto, el elemento concluyente de la filiación la denominada “*voluntad procreacional*”, que muestra la finalidad de querer engendrar un hijo con material biológico propio, concurriendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para que cargue su gestación.

1.2.2. El caso: “B., B. M. y Otro c/ G., Y. A. s/ Impugnación de Filiación” (2016)

Un caso resonante es el acontecido en la provincia de Mendoza, en el cual la hermana del hombre comitente es quien se ofreció a colaborar para que el matrimonio pueda tener un hijo biológico.

El Juzgado de Familia N° 1, de la 1ra Circunscripción Judicial, de la Provincia de Mendoza en la causa: “O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. Por Medida Autosatisfactiva” (2015), bajo la investidura judicial del juez Dr. Neirotti tuvo que analizar lo siguiente:

La pareja contribuyó con el material genético, ya que el problema que los hacía estériles radicaba en la imposibilidad de gestar, pero sus aportes genéticos eran definitivamente idóneos.

En definitiva, el hecho es el siguiente: “La Sra. OAV, una mujer mayor de edad y con dos hijos propios a fines de 2013 y principios de 2014 se interesó por motivos personales en ayudar a procrear a una pareja que no pueda tener hijos. Que investigando en internet y consultando a distintos profesionales, conoce a la pareja de FJJ y GAC, que residía en Buenos Aires, quienes convivían desde 2007 y que a la fecha no podían gestar hijos. Que la Sra. GAC ha sufrido una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé. Sin embargo, conserva sus óvulos. De esta manera, la Sra. OAV, conmovida por su caso, decide ayudarlos a gestar un bebé, en forma altruista y gratuita”.⁵³

En consecuencia, el tratamiento de gestación por sustitución se llevó a cabo normalmente con las partes de común acuerdo, además se comunicaron habitualmente

⁵³ Juzgado de Familia N° 1, 1ra Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza: “O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. Por Medida Autosatisfactiva” (2015). Además, otro de los datos que surgen de la sentencia es que: “La Sra. OAV se sometió a numerosos estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso, en la función de mujer gestante. Además, se inscribió en la OSDE a fin de contar con cobertura médica tanto durante la realización de la técnica, como durante el embarazo y con posterioridad al parto. Además, suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014, estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación. Detallan el procedimiento al que se sometieron: fecundación in vitro con óvulos extraídos de la Sra. GAC y espermatozoides del Sr. FJJ, y posterior implantación de dos embriones en el útero de la Sra. OAV, habiendo anidado sólo uno de tales embriones, el que gestaría esta última”.

durante el embarazo, teniendo siempre presente la “Sra. OAV” que el bebé que gestaba era para la “Sra. GAC y el Sr. FJJ”.

El 9 de enero de 2015 nació en el Hospital Español de Mendoza el niño al que colocaron el nombre de JC. El infante fue recibido en la sala de partos por la Sra. GAC, (“madre genética y procreacional”), puesto que todos los médicos intervinientes estaban al tanto del contexto, y anunciaron con alegría y emoción del primer caso de gestación por sustitución en el hospital. El médico otorgó el certificado de nacimiento de “JC” a nombre de quien dio a luz (OAV) y el día 12 de enero la Sra. OAV y el niño estuvieron dados de alta.⁵⁴

EL 14 de enero la Sra. OAV se presenta espontáneamente a requerir el reconocimiento de filiación del recién nacido, en la justicia de Familia. De la misma manera, comunica que han conseguido turno para el 30 de enero para la toma de muestras a fin de efectuar el examen de ADN entre las partes y el menor.

Los actores “OAV, GAC y FJJ” presentaron la Acción Declarativa de Filiación como Medida Autosatisfactiva, con el objeto de que se reconozca la verdadera filiación materna y paterna de un niño recién nacido (JC) a través una técnica de reproducción asistida, con sus padres genéticos.

Asimismo, requieren que se decrete la declaración de la partida de nacimiento del niño JC y su D.N.I. como hijo de GAC y FJJ y se coloque el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor, desde la fecha de la concepción, a favor de sus padres genéticos.

Aportan al expediente las pericias de ADN, que dieron positivas, es decir, no cabe dudas que el niño era hijo de la pareja “Sra. GAC y el Sr. FJJ”, y que la Sra. OAV solamente fue madre gestante.

En la sentencia el magistrado dictó una “Acción Declarativa de Certeza”, propenso a determinar la filiación de un niño recién nacido, por una técnica de reproducción humana asistida.

⁵⁴Véase, Juzgado de Familia N° 1, 1ra Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza: “O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. Por Medida Autosatisfactiva” (2015).

Al respecto, el magistrado siguió la línea más progresista en materia de gestación por sustitución o maternidad por subrogación, y dictaminó favorablemente en relación a la pareja y su intención de tener un hijo, circunstancia terminante para fijar los lazos filiatorios en el presente caso de JC.

En efecto, se manifestó que “el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante TRHA, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera”.

Conclusiones Parciales

La jurisprudencia nacional e internacional en torno a la maternidad subrogada ha generado polémica discusión en referencia a los derechos humanos. Como se ha visto, el régimen filiatorio está atravesado por números derechos protectorios concernientes a las personas adultas y, con mayor fuerza, a los niños, como la identidad, el derecho a la verdad y el derecho a una familia (la verdad biológica del niño), entre otros.

La jurisprudencia internacional sobre el tema colocó en la mesa la discusión de los derechos humanos. En principio, se ha logrado un avance en la aceptación de la práctica de la maternidad por subrogación. Pero un reciente fallo volvió a desconocer la figura de la maternidad por subrogación sin expedirse sobre el fondo de la cuestión, y solamente colocando al niño como actor principal de los derechos afectivos de familia.

Con respecto a la jurisprudencia argentina, el tema no ha pasado desapercibido en los tribunales, y si bien es cierto que no existen muchos casos donde la justicia se ha pronunciado sobre el fondo del asunto (más aún, con el prematuro Código Civil y Comercial de la Nación que recientemente entró en vigencia), ningún caso ha llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Actualmente, está siendo reconocida la práctica de la maternidad por subrogación haciendo prevalecer la voluntad procreacional de los padres biológicos, y existiendo un tercero (madre gestante) que ayuda a estas parejas o personas a cumplir un sueño que se fundamenta en el principio afectivo que edifica y construye una familia.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El presente Trabajo Final de Graduación se centró en la importancia de la figura de la maternidad por subrogación (también denominada gestación por sustitución o alquiler de vientre).

El problema de investigación que disparó este trabajo es el siguiente: *¿cuáles serían las normas que se deberían adoptar frente a un caso de maternidad subrogada?*

Con el avance de la ciencia médica, y las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), se puede observar que el modelo “tradicional” de familia está cambiando, evolucionando.

Cada vez es más frecuente la concreción de casos de maternidad subrogada, y la realidad es que en la actualidad el derecho argentino no aporta respuestas concretas para la protección de todas las partes vinculadas, y sobre todo para la protección del interés superior del niño. Este trabajo pudo indagar sobre la figura de la “maternidad subrogada”, es decir, aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre a un niño para una persona, con la intención de entregárselo.

Se consideró relevante analizar la legislación aplicable a estos casos, considerando que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha dejado un “vacío legal” en relación al tema, si bien no lo ha prohibido.

Los conceptos de familia, maternidad y paternidad han evolucionado, y se han modernizado y ajustado a los tiempos que corren en la sociedad, sumado a la consagración y reconocimiento por parte del Código Civil y Comercial de la Nación a la libertad en la forma de organizar la familia.

La familia, como conjunto de personas asociadas por el parentesco, puede basarse en uniones derivadas de relaciones por consanguinidad, por afinidad y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

La realidad es que existen muchas personas que no han logrado tener hijos biológicos por diferentes cuestiones, y frente a ello, la ciencia ha encontrado la solución con las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), ámbito dentro

del cual aparece la figura de la maternidad por subrogación, como una forma de acceso a la parentalidad dentro de las diversas formas familiares.

La maternidad subrogada, entendida como el proceso por el cual una mujer gesta y tiene a un niño, concebido sin copula y genéticamente extraño, a cuenta de otra mujer, refleja una evolución humana y afectiva que la legislación no puede obviar, ya que los casos con el tiempo se van a multiplicar, como ha pasado en otros países del extranjero.

La voz “subrogado” significa para la lengua española sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona. Lo cierto es que, a pesar de esta precisión conceptual, el debate se precipita igualmente con respecto a estas prácticas en Argentina.

Es indiscutible que las técnicas de reproducción humana asistida han permitido que muchas parejas con problemas de fertilidad o parejas del mismo sexo puedan cumplir con el deseo de tener un hijo con aporte de material genético propio. Pero estas nuevas técnicas suscitan gran polémica por la diversidad de derechos que se encuentran en juego, pudiendo observarse cómo el derecho argentino protege en estos casos al interés superior del niño y los derechos de las demás partes en juego.

Desde el punto de vista jurídico, la filiación es el vínculo jurídico determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos, y una de las clases de filiación es la producida por Técnicas de Reproducción Humanas Asistida (TRHA) que es ocasionada con un tratamiento o procedimiento médico (ciencia médica), donde el presupuesto elemental es la “voluntad procreacional” de quienes se someten a este método. En consecuencia, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la mencionada “voluntad procreacional”, es decir, la intención de querer fecundar un hijo con material biológico propio, asistiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 se trató el tema en cuestión, pero finalmente se lo descartó por los dilemas éticos y jurídicos que comporta la temática.

Como se ha dicho al respecto del actual Código Civil y Comercial de la Nación (2015), se presenta una gran laguna legislativa, o bien un vacío legal, en relación de esta figura, lo que genera repercusión social planteando más interrogantes que respuestas, en

virtud que no existe una legislación específica en nuestro país que contemple la maternidad por subrogación.

Con respecto a la jurisprudencia internacional, se puede observar la discusión en torno a los derechos humanos, y en principio se ha logrado un avance en la aceptación de la práctica de la figura. Pero un reciente fallo volvió a desconocer la maternidad por subrogación, sin expedirse sobre el fondo de la cuestión, y solamente colocando al niño como actor principal de los derechos afectivos de familia.

En cuanto a la jurisprudencia argentina, la misma no ha pasado desapercibida en los tribunales. No existen muchos casos donde la justicia se ha pronunciado sobre el fondo del asunto (más aún, con el prematuro Código Civil y Comercial de la Nación que reciente entro en vigencia en agosto de 2015).

Actualmente, está siendo reconocida la práctica de la maternidad por subrogación haciendo prevalecer la voluntad procreacional de los padres biológicos, y existiendo un tercero (madre gestante) que ayuda a estas parejas o personas a cumplir un sueño que se fundamenta en el principio afectivo que edifica y desarrolla la familia.

En Argentina es imprescindible una regulación y reglamentación pertinente, conforme los tratados internacionales y las normas jurídicas argentinas que protegen al niño y promueven el bienestar general tanto del niño como de su familia. Es inevitable una norma jurídica que encierre los límites, reglas y directivas donde se proyecte una reglamentación de esta práctica, la cual constituye una realidad social, importando una necesidad humana de las personas, como es el derecho a tener hijos, y el derecho de estos infantes a tener una familia.

Del mismo modo, habrá de esbozarse una ley pensando en el futuro y teniendo en cuenta la realidad social y el avance de la ciencia médica que faculte, califique y efectúe un control de estos procedimientos.

El derecho argentino, y por ende, sus normas jurídicas que regulan la vida de las personas y sus relaciones entre sí, se deben ajustar a los nuevos requerimientos de la realidad, puesto que de lo contrario se transformaría en algo arcaico, caduco o absolutamente inútil.

BIBLIOGRAFIA

I. Doctrina

- **ARÁMBULA REYES, ALMA (2008).** *La maternidad subrogada.* México: Servicio de Investigación y Análisis, Política Exterior Subdirección de Gobierno de México.
- **AZNAR J. y ZUNÍN M. (2015).** La maternidad subrogada de alquiler o voluntaria y sus implicaciones bioéticas y jurídicas. En el *Observatorio de Bioética*, Universidad Católica de Valencia, traducción del trabajo del “*GrouponBioethics*” de la Conferencia de Obispos de la Unión Europea – COMECE titulado Subrogación Gestacional. La cuestión europea y las reglas internacionales. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2016/05/maternidad-subrogada.pdf>
- **BAFFONE, CRISTIANA (2013).** La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. En *Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM)*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 137, mayo-agosto de 2013, pp. 441-470. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v46n137/v46n137a1.pdf>
- **BASSET, ÚRSULA C. (2016).** Maternidad subrogada: determinar la filiación por el pacto ¿es contrario a los derechos humanos? En el *Diario la Ley*, 2 de Mayo de 2016.
- **BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR (2004).** *Manual de Derecho de Familia.* Tomo I y II, 7º Ed. Actualizada y Ampliada, 1ra Reimpresión, Buenos Aires: Astrea.

- **BORDA, GUILLERMO A. (1993).** *Tratado de Derecho Civil. Familia.* Tomo I y II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- **BUERES, ALBERTO J. (2014).** *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, Comparado y Concordado.* Tomo I y II, 1º Ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- **CAMACHO, JAVIER MARTÍN (2009).** *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores.* Tesis doctoral. México: UNAM.
- **CANO, MARÍA ELEONORA (2002).** Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada. En *Revista Persona*. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- **CHECHILE, ANA MARÍA (2015).** *Derecho de Familia.* 1º Ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- **CHÍA, EDUARDO A. y CONTRERAS, PABLO (2014).** Análisis de la sentencia Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, 2014, pp. 567-585.
Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art15.pdf>
- **FAMÁ, MARÍA VICTORIA (2011).** *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal.* 2º Edición Ampliada y Actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- **FAMÁ, MARÍA VICTORIA (2011).** Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación. Publicado en *LA LEY* el día 21 de Junio de 2011.

- **FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E. (2009).** *Manual de Derecho de Familia*. 2º Ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- **GANÁ WINTER, CLAUDIO (1998).** La maternidad gestacional. ¿cabe sustitución? En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 4. pp. 851-866.
- **GONZÁLEZ MAGAÑA, IGNACIO (2014).** La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule. En la *Ley Online*, Cita Online: AR/DOC/3853/2014.
- **GONZÁLEZ, A., MELÓN P. y NOTRICA, F. (2016).** La maternidad por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. En *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*, www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF150426.
- **HERRERA, MARISA (2014).** Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en *Infojus*, Id Infojus: DACF140723.
- **HERRERA, M. y LAMM, E. (2014).** Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar. Publicado en *LA LEY* 02/07/2014, Cita Online: AR/DOC/2285/2014.
Disponible en: http://www.colectivoderechodefamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/MH_EL.-Un-valiente-fallo-del-TEDH.pdf
- **HERRERA, MARISA (2015).** *Derecho de Familia*. 1º Ed., 1ra reimpresión, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- **KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014).** Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. Publicado en *Revista Jurídica La Ley* del 08 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las->

- **KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA M. y LAMM, E. (2011).** La reproducción médicamente asistida. Merito, oportunidad y conveniencia de su regulación. Publicado en *LA LEY* el día 08 de agosto.
- **KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA M. y LAMM, E. (2012).** Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. En la *Revista Derecho Privado* Año I - N° 1 – Mayo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires.
- **LAFFERRIERE, JORGE N. (2017).** Importante fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos contra la maternidad subrogada. Publicado en *Ed. Microjuris.com Argentina*. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/04/05/importante-fallo-de-la-corte-europea-de-derechos-humanos-contra-la-maternidad-subrogada/>
- **LAMM, ELEONORA (2011).** La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. En *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 50, Abeledo-Perrot.
- **LORENZETTI, RICARDO L. (2015).** *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo I a XI. 1ra Edición, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- **MEDINA, GRACIELA (1997).** Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana. Publicado en *La Ley*, 1997-C, 1433.

Disponible

en:

<http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf>

- **MENDEZ COSTA, MARIA J. (1986).** *La Filiación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- **RIVERA JULIO C. y MEDINA G. (2014).** *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- **RIVERA JULIO C. y CROVI, LUIS D. (2016).** *Derecho Civil. Parte General*. Director: Graciela Medina Graciela y Rivera Julio, 1ra Ed., 1ra Reimpresión, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- **RIVERA, JULIO C. y ROVEDA, EDUARDO (2016).** *Derecho de Familia*. Director: Graciela Medina Graciela y Rivera Julio, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- **SAMBRIZZI, EDUARDO A. (2012).** La maternidad subrogada (gestación por sustitución). En *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho.
- **SÁNCHEZ ARISTI, R. (2010).** Gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. En *Revista Humanidades, Humanidades Médicas*, N° 49. Barcelona, España, Abril 2010. Disponible en http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf
- **SÁNCHEZ UTHURRIAGUE, MARÍA E. y FERNÁNDEZ, SILVINA B. (2015).** Gestación por sustitución: necesidad de una pronta solución. En *Revista Niños, Menores e Infancias*, N° 10, Instituto de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

- **SOLARI, NÉSTOR E. (2015).** *Derecho de las Familias*. Buenos Aires: La Ley.
- **ZANNONI, EDUARDO A. Y BOSSERT GUSTAVO A. (2016).** *Manual de Derecho de Familia*. 7º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea.

II. Legislación

a) Nacional

- Constitución Nacional
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Civil (derogado)
- Ley N° 26.862 de Reproducción Medicamentosa Asistida
- Decreto Reglamentario PEN N° 956/2013. Reglamenta la Ley N° 26.862

b) Internacional

- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención Europea de Derechos Humanos

III. Jurisprudencia

- C.I.D.H.: “Forneron E Hija Vs. Argentina” (2012)
- C.I.D.H.: “Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (2012)
- Juzgado Nac. de 1ra Inst. en lo Civil N° 86: “N.N. O D G M B M s/ inscripción de nacimiento” (2013)
- T.E.D.H.: “Mennesson v. France”(2014)
- T.E.D.H.: “Labassee v. France” (2014)
- Juzgado de Familia N° 1, 1ra Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza: “O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. Por Medida Autosatisfactiva” (2015)
- T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2015)
- Juzgado Nacional, 1ra Inst. en lo Civil: “B., B. M. y Otro c/G., Y. A. s/Impugnación de Filiación” (2016)
- T.E.D.H.: “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2017)