



**LA VIABILIDAD DE LA GESTACION POR
SUSTITUCION Y FILIACION EN ARGENTINA**

Autor

Marta Elena Saavedra

Argentina - 2016

Abogacía

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará la situación a la que se enfrentan parejas gays en su búsqueda de un hijo biológico que les permita llevar adelante el proyecto parental en Argentina, a través de la técnica de reproducción humana asistida “Gestación por Sustitución”, sin contar con un marco regulatorio adecuado que permita la igualdad de derechos tan buscada con la incorporación de leyes tan relevantes como lo fueron la ley de matrimonio igualitario, de igualdad de género y la ley que regula el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, incorporadas en la reforma de nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Este vacío legislativo al que los mismos se enfrentan conlleva a graves problemas al momento de la filiación de los niños/as nacidos producto de la utilización de la técnica de Gestación por Sustitución, de modo que son los jueces los que deben resolver ante situaciones controversiales que puedan presentarse al no contar con una legislación adecuada al respecto para establecer la filiación de estos menores y resolver las diferentes problemáticas que surgen cuando la misma es llevada a cabo.

Palabras claves: Gestación por Sustitución - Proyecto Parental - Voluntad Procreacional - Filiación.

ABSTRACT

In this paper the situation that gay couples face in their search for a biological child to enable them to carry out the parental project in Argentina is analyzed through the technique of assisted human reproduction "pregnancy by Substitution", without with an adequate regulatory framework to equal long-sought rights with the incorporation of laws as relevant as they were the equal marriage law, gender equality and the law regulating the use of assisted human reproduction, incorporated in new reform Argentine Civil and Commercial Code. This legislative gap that leads them to face serious problems when the affiliation of children / as born product of using the technique of Gestation by substitution, so that the judges who must resolve to controversial situations They may be submitted to not have adequate legislation in this regard to establish paternity of these children and resolve the various problems arise when it is carried out.

Keywords: Gestation by substitution - Parental Project - Will Procreacional - Filiation.

INDICE

Resumen.....	Pág. 2
Introducción.....	Pág. 6
Marco Metodológico.....	Pág. 8

Capítulo I: “La Familia”

Introducción.....	Pág. 12
1.1.- Aproximación al concepto de familia.....	Pág. 13
1.2.- Nuevas familias.....	Pág. 14
1.2.1- Familias Homoparentales.....	Pág. 17
1.3.- Fin o fundamento de la familia.....	Pág. 18
1.4- Procreación humana.....	Pág. 19
Conclusiones Parciales.....	Pág.23

Capítulo II: “Técnicas de Reproducción Humana Asistida” (TRHA)

Introducción.....	Pág. 26
2.1.- Generalidades.....	Pág. 27
2.2.- Definición de TRHA.....	Pág. 28
2.3.- Clases de TRHA mayormente utilizadas.....	Pág. 29
2.3.1.- De baja o alta complejidad.....	Pág. 30
2.3.2.- Homólogas o heterólogas.....	Pág. 30
2.3.3.- Intracorpóreas o extracorpóreas.....	Pág. 30
A.-Técnicas sin micromanipulación de gametos.....	Pág. 31

B.- Técnicas con micromanipulación de gametos.....	Pág. 32
2.4.-TRHA en Argentina incorporación de la ley n° 26.862 al nuevo Código Civil y Comercial Argentino.....	Pág. 33
Conclusiones Parciales.....	Pág. 38
Capítulo III: “Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada”	
Introducción.....	Pág. 41
3.1.- Definición de Gestación por Sustitución.....	Pág. 42
3.2.- Clases de Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución.....	Pág. 45
3.3.- Países que permiten y países que prohíben el uso de la Gestación por Sustitución.....	Pág. 47
3.4.- Argentina, un país que nada dice al respecto.....	Pág. 49
Conclusiones Parciales.....	Pág. 54
Capítulo IV: “Las partes en la Gestación por Sustitución”	
Introducción.....	Pág. 56
4.1.- Generalidades.....	Pág. 57
4.2.- Futuros padres.....	Pág. 58
4.2.1.- Concepto de padre.....	Pág. 58
4.2.2.- La paternidad y el vínculo filial.....	Pág. 59
4.2.3.- El deseo de un hijo biológico unido a la voluntad procreacional.....	Pág. 61
4.3.- Madre gestante.....	Pág. 63
4.4.- El niño nacido de TRHA; Gestación por Sustitución.....	Pág. 67
4.4.1.- La filiación biológica del niño.....	Pág. 67

4.4.2.- El interés superior del niño.....	Pág. 72
Conclusiones Parciales.....	Pág. 74
Conclusiones Finales.....	Pág. 76
Bibliografía.....	Pág. 79

INTRODUCCION

En los últimos años en la búsqueda de la igualdad de derechos la República Argentina experimento un gran cambio a nivel social e histórico con la sanción de la Ley N° 26.618 y Decreto 1054/10 de Matrimonio Igualitario, abriendo con ella una puerta a la inserción de nuevos paradigmas y dando paso a la búsqueda de igualdad de derechos entre los miembros de nuestra sociedad. Otro avance importante fue la incorporación de la Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida y Decreto 956/13 permitiendo de ésta manera la constitución de nuevos modelos y estructuras familiares especialmente a aquellos que por algún tipo de condicionamiento se vea imposibilitado de procrear hijos propios.

Partiendo de los cambios producidos en nuestro país y en el mundo en lo que respecta al reconocimiento de nuevos modelos y estructuras familiares entre personas del mismo sexo y los grandes avances que experimentamos en el campo de la genética y biotecnología, analizaremos lo que sucede cuando dos hombres unidos como pareja (gays) con la finalidad de constituir un núcleo familiar, deciden ir en búsqueda de la paternidad de hijos biológicos a través del uso de técnicas de reproducción humana asistida. Entendiendo que en estos casos su realización solo será posible mediante el uso de la Maternidad Subrogada también conocida como Gestación por Sustitución, debido al tipo de infertilidad estructural o incapacidad para concebir en su vientre que los mismos presentan, necesitando necesariamente del vientre de una mujer para poder gestar a un niño/a y cumplir de este modo el anhelado deseo de constituir una familia, en la búsqueda de la paternidad biológica de personas gays y el reconocimiento de la copaternidad.

Cuando se habla de Gestación por Sustitución *“podríamos decir al respecto que se trata de un proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar a un bebé de otra pareja o persona hasta el momento de su nacimiento, a partir del momento del mismo ésta madre gestante entregará a éste niño renunciando a los derechos que sobre él pudiera tener, muchas veces y en la gran mayoría de los casos esta técnica es realizada a cambio de un beneficio económico* (Reuter, 2009 pág. 20).

Dicha problemática nos lleva a observar que si bien esta técnica Gestación por Sustitución no fue regulada en nuestro país con la incorporación de la Ley N° 26.862 de Acceso

integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, la misma tampoco se encuentra prohibida permitiéndonos de este modo analizar el principio de reserva previsto en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública , están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

La insuficiencia de las leyes y la falta de regulación en lo que respecta a Gestación por Sustitución, genera un importante vacío normativo en nuestro país, enfrentando a las partes que la realizan a graves problemas no solo al momento de la filiación y reconocimiento de los niños nacidos producto del uso de esta técnica, sino también a diversos conflictos que se presentan desde el momento en que este niño es gestado en el vientre de la mujer que será la gestante, hasta su nacimiento y posteriormente el reconocimiento de sus respectivos derechos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin contar con un marco regulatorio y protectorio adecuado para llevar este procedimiento delante de manera en que ninguno resulte perjudicado, ni se afecte el interés superior del niño.

De ello surge que en la actualidad, muchas de estas parejas decidan buscar alternativas para realizar esta técnica en países que cuentan ya con una legislación adecuada al respecto, regresando luego al país con el niño/a y enfrentando muchas veces problemas en cuanto a la filiación y reconocimiento legal de los mismos, salvo cuando son inscriptos en el país donde se realizó esta técnica porque la legislación de dicho país se los permite y otorgan nacionalidad a estos niño/a.

MARCO METODOLOGICO

El eje central del problema de investigación pretende el análisis de la Técnica de Reproducción Humana Asistida; Maternidad Subrogada, en adelante adoptaremos la terminología de Gestación por Sustitución para referirnos a la misma y analizaremos como a través de ella sería posible la constitución de una familia homoparental de individuos gays, pretendiendo responder a las preguntas de:

¿Cómo se efectiviza el acceso al proyecto parental por parte de parejas o individuos gays, si la Maternidad Subrogada no se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial Argentino? y ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas más sobresalientes en Argentina frente a éste vacío normativo?

Pretendemos con el presente trabajo realizar un análisis de tipo exploratorio y descriptivo que nos permita aproximarnos al estudio de la temática elegida, contribuyendo con nuevas ideas que puedan ser útiles para investigaciones posteriores en base a la información recolectada, recurriendo de este modo al análisis de fuentes doctrinarias, legales y jurisprudenciales, como así también dar un enfoque cualitativo en cuanto a la problemática planteada, teniendo como objetivo general el análisis del vacío normativo que encontramos en la legislación Argentina con respecto al uso de TRHA; Gestación por Sustitución en la búsqueda de la paternidad biológica que permita la constitución de una familia homoparental gay en nuestro país.

Consideramos de real importancia el análisis de la realidad social a la que se enfrentan en la actualidad las parejas o individuos gays que buscan constituir una familia, queriendo cumplir el anhelado deseo de ambos de ser padres, pretendiendo establecer vínculos no solo afectivos sino también biológicos con sus futuros hijos, compartiendo dicha paternidad con una persona de igual sexo, a la cual eligieron para emprender una vida juntos y aspirando a la constitución familiar en donde ambos puedan llevar adelante el proyecto parental , compartiendo en dicho caso la paternidad de sus hijos y aspirando el reconocimiento filiatorio del mismo por parte del Estado, en la búsqueda del ejercicio de la copaternidad.

Actualmente el modo que los mismos tienen para acceder a este proyecto de vida en común es a través del uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA); Gestación por Sustitución, la cual en muchos países es llevada a cabo y ya se encuentra regulada,

permitiendo de este modo que parejas que no solo por su condición sexual sino también por diversas imposibilidades no puedan gestar un niño, puedan recurrir a ella concretando el anhelado deseo de procreación.

Si bien sabemos que la Gestación por Sustitución no se encuentra regulada en nuestro país, tampoco se encuentra un impedimento legal para llevarla a cabo, generando de este modo situaciones jurídicas controversiales para dichas parejas, al momento no solo de la filiación de niños/as nacidos productos de la utilización de este tipo de técnicas.

En la actualidad una solución empleada es recurrir a otros países para poder llevar adelante la práctica de esta técnica, en la mayoría de los casos el costo de la misma es muy elevado, pero a dichas parejas se les reconoce la copaternidad. Otra opción muchas veces realizada en nuestro país es llevar adelante el embarazo con una mujer a la cual la legislación Argentina va a considerar la madre de este nacido, ya que el artículo 18 de la Ley N° 26.862, establece que las personas nacidas mediante el uso de TRHA son hijos de la mujer que los da a luz, por lo cual se intentará obtener posteriormente la adopción del menor por parte de uno de los miembros de dichas parejas y el reconocimiento filiatorio por parte del Estado para llevar adelante el proyecto parental o bien recurrir a los precedentes judiciales y estar supeditados a los veredictos de la justicia en materia de filiación y reconocimiento de estos niños.

También se hará un breve análisis del anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial 2012, en el que si bien se proponía la incorporación de la figura de Gestación por Sustitución, la cual se presentaba como una técnica de manera altruista debido a que la gestante no podía recibir ningún tipo de compensación económica, dicha figura no llegó a ser incorporada en la reforma dejando de este modo un importante vacío normativo en el cual ni se prohíbe, ni se permite su práctica.

Analizando casos como: A) - Juzgado Nacional 1° Inst. Civil N°86., “NN o DGMB MS/Inscripción de nacimiento”. Fallo: 38.316 /2012 (2013). B) - Juzgado En lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 17. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “B.F.M. y Otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”. SENTENCIA: 18/12/2014.C)-“Caso Tobías”: Resolución 38/12 de la Subsecretaría de Justicia de la CABA, y si a partir de dichos casos se podría acelerar el proceso de filiación de los niños nacidos producto del uso de esta técnica y a su vez que ocurre en nuestra

legislación, cuando debe registrarse un niño cuya identidad biológica no corresponde a la madre gestante sino a los padres que aportaron el material genético y que rol juega aquí el interés superior del niño y la voluntad procreacional de los padres biológicos.

Se tendrá en cuenta que actualmente se encuentran en nuestro país Centros Reproductivos o mediadores en estos casos, que ante la ausencia de legislación sobre Gestación por Sustitución se instalan practicando dicha actividad, basados en sus propios criterios, que paulatinamente se van incrementando y lucrando frente a ésta problemática, confrontando no solo de este modo con problemas de orden ético y moral sino también jurídico, por la elaboración de contratos sin base y sustento legal.

Razones que inducen a realizar un trabajo de investigación sobre la temática elegida para determinar que normas podrían ser aplicables y cuales son transgredidas con el uso de ésta técnica y a su vez aspirar a que en un futuro no muy lejano el Estado pueda brindar un marco regulatorio adecuado para los problemas que de ella surgen, limitando tanto el accionar de muchos de estos centros clandestinos y de gente que solo busca lucrar sin tener en cuenta el interés superior del niño, considerando al mismo un objeto de venta.

A través del análisis de este vacío normativo, consideramos que actualmente no es posible que algunos ordenamientos sigan ignorando la existencia y utilización del uso de ésta técnica ni tampoco restándole importancia a su realización, en muchos casos de manera clandestina. Si bien muchos son los aspectos a tener en cuenta al momento de su regulación ya sea prohibiendo o permitiendo su uso en cuyo caso la ley no solo deberá dar protección, sino también controlar adecuadamente todo tipo de controversias que puedan suscitarse desde que la misma es llevada a cabo, teniendo en cuenta situaciones como el interés superior del niño, el rol que juega la madre gestante y los padres biológicos, el control de los centros médicos u organismos que la lleven a cabo, entre otros aspectos. Buscando de este modo que el Estado salvaguarde los intereses de todos sus habitantes.

Capítulo I

La Familia

CAPITULO 1: LA FAMILIA

INTRODUCCION

En el presente capítulo analizaremos la institución u organización de la familia y las distintas concepciones que van surgiendo de ella a medida que el tiempo transcurre.

Se busca una aproximación al concepto de familia, pretendiendo individualizar las principales características que hagan posible redefinir a la misma de modo tal que podamos identificar sus fines principales, teniendo en cuenta que el derecho y la voluntad de procrear puede considerarse un elemento característico de cada ser humano, en la búsqueda de la constitución de una familia, pese a ello en algunos casos el deseo de procreación no siempre es un fin para todos, ya que a medida que pasa el tiempo los modelos familiares van redefiniéndose constantemente.

Tendremos en cuenta que la evolución de la familia en nuestra sociedad nos permite la aceptación de nuevos modelos y estructuras familiares, entre los cuales pondremos mayor énfasis en lo que hoy es denominada la “familia homoparental”, bien sabido es que si bien actualmente en nuestro país estos nuevos modelos familiares cuentan con igual protección que lo que se consideró en su momento la familia tipo o también conocida como familia nuclear, todavía faltan pulir algunas situaciones que pueden presentarse en torno a la misma lo que nos adentrará en el análisis de la temática planteada.

1.1.-APROXIMACION AL CONCEPTO DE FAMILIA

Si bien en la actualidad no encontramos una definición universal de **familia** se entiende que la misma es una de las organizaciones más importante en la vida de un ser humano, ya que dentro de cada familia podemos encontrar como componentes importantes una residencia por lo general en común, encontrando a sus miembros unidos por lazos afectivos, de amor, respeto, autoridad, convivencia, intereses tanto colectivos como individuales, lo que va a permitir a medida que los mismos van interactuando establecer vínculos sólidos que sentarán la bases de dicha familia.

Remontándonos a finales del siglo XVIII la familia se encontraba generalmente constituida por un hombre (padre) como jefe del hogar quien salía a trabajar para sostener a sus miembros, una mujer (madre) quien se ocupaba de los quehaceres del hogar y la crianza de sus hijos, quienes por lo general superaban el número de tres. Con el correr del tiempo este estereotipo de familia conocida para muchos como familia nuclear, fue tomando distintas formas implicando con ello grandes cambios en la sociedad¹. (Sánchez, C. V. 2008)

El diccionario de la Lengua Española² (entre otras definiciones) define Familia; “*como un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*”.

Por su parte, La Declaración Universal de Derechos Humanos³ en su Artículo 16, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴ Artículo VI, La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 17; prevén la institución de la familia como un derecho del hombre y como elemento natural y fundamental de la sociedad la cual debe contar con protección por parte del Estado y de los miembros de cada comunidad en su conjunto, cabe aclarar que la protección brindada a la familia

¹ Sánchez, C. V. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. *La revue du REDIF*, 1, 15-22. Recuperado 25/05/2015 de: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/PF/AM/05/cambios.pdf

² De la Lengua Española, D. (2001). Real Academia Española. Vigésima.

³ Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado el 20/05/2015 de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado el 20/05/2015 de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado el 20/05/2015 de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

por parte de los diferentes estamentos, nada tiene que ver en las decisiones internas de las mismas ya que es ella quien decide su situación en razón de sus intereses, de allí surge el dicho; **“cada familia es un mundo”**, confirmando que cada uno de los miembros que la componen tienen derecho de manifestar sus ideas y decidir sobre la suerte de los intereses que en conjunto como familia pretendan.

Partiendo de esta base podemos decir que la familia se compone por un grupo de personas que se unen ya sea por vínculos jurídicos, familiares, de parentesco, matrimonio, afinidad, filiación, adopción y que deciden vivir juntos constituyendo dicha familia como unidad básica y organizada, manifestándose en primera instancia por uniones interpersonales que muchas veces se consolidan a través del matrimonio, otras a través de simple uniones convivenciales o uniones libres y de hecho.

Esto dio paso a la conformación de nuevos modelos de familia, sin encuadrar a uno de ellos como el ideal para la sociedad, de ello que se considere que la familia esté o no formalizada por un acto legal como es la institución del matrimonio siempre tendrá como principio la unión de dos personas con fines de amor y en la mayoría de los casos de procreación, tanto así que en las uniones convivenciales, libres o de hecho son los hijos procreados quienes van a consolidar esta institución.

No obstante ello, hoy también sabemos que la procreación no es el único modo en que se puede consolidar un vínculo familiar ya que el mismo puede alcanzarse hoy en día a través de la adopción, la constitución de familias ensambladas, homoparentales, monoparentales, uniones convivenciales, entre otras.

1.2.-NUEVAS FAMILIAS

Con el correr del tiempo el concepto de familia fue evolucionando debido a los cambios sociales experimentados y el avance en el campo de la genética y biotecnología en los últimos años. Ampliando de este modo el marco de posibilidades para la constitución de nuevos modelos de familias.

Estos avances tecnológicos permitieron a muchas parejas o individuos generalmente con algún tipo de infertilidad o imposibilidad para concebir, contar con nuevas posibilidades en lo referente a la procreación de sus hijos y dando paso a la constitución de una familia, en aquellos casos en donde antes este anhelo resultaba un sueño lejano para los mismos, por no contar con tecnología adecuada para su realización, como así tampoco con marcos regulatorios y protectorios en lo que se relacionaba al uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante: (TRHA).

En la actualidad podemos observar que el modelo de familia convencional padre, madre e hijos, tuvo cambios radicales. Con la aparición del matrimonio o uniones convivenciales o de hecho entre personas del mismo sexo, solos, con hijo o en busca de los mismos para la construcción de una familia, como también así lo que hoy se denominan familias ensambladas.

Con la incorporación de la Ley N° 26.618 – Decreto N° 1054/10 de Matrimonio Igualitario⁶ y la Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana médicamente asistida – Decreto N° 956/13⁷ en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino, se ampliaron los horizontes en cuanto a la constitución de lo que hoy denominamos nuevos modelos de familia, permitiendo de este modo la unión entre personas de igual sexo y brindándoles la posibilidad de acceder al uso de estas TRHA, dando lugar a la procreación de hijos para la constitución de una familia no solo a parejas heterosexuales sino también homosexuales, e incluso permitiendo que personas que no se encuentran en pareja también puedan acceder a su uso.

Dentro de los nuevos modelos familiares encontramos los que hoy se pueden denominar:

- Familia Nuclear: conformada por padre, madre y uno o más hijos. Este modelo prevalece desde tiempos remotos.
- Familia Extensa: conformada por familiares, consanguíneos, afines, etc., generalmente compuesta por un gran número de miembros que cohabitan en un mismo lugar.

⁶Ley 26.618. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

⁷Ley 26.862. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

- Familia Ensamblada: encontramos diversidad de vínculos entre dos o más familias, no teniendo que ver solo con un parentesco de consanguinidad precisamente. Pudiendo ser el caso de un soltero, viudo, divorciado con hijos que contrae nuevo matrimonio estableciendo con los parientes del nuevo cónyuge parentesco por afinidad. Como también así es común ver a un niño que convive con su madre y su nueva pareja y que producto de la misma unión hayan tenido más hijos.
- Familia Monoparental: conformada por hijo/os que conviven con un solo progenitor.
- Familia Homoparental: parejas de dos hombres o dos mujeres que se convierten en progenitores de uno o más niños. Pudiendo serlo por medio de la adopción, inseminación en el caso de mujeres o maternidad subrogada, o también la incorporación de hijos biológicos de alguno de los progenitores en cualquiera de los casos.
- Uniones de Hecho: conformada por parejas que se unen para cohabitar unidas por vínculos de afecto y sexuales sin estar casados legalmente. (Cavagnaro, M. V., Battú, E., Campiña, C., Cavigliasso, M., Sánchez, F., 2014; Espinosa Hincapié, E. L., & Gómez Cuartas, C., 2015; Sánchez, C. V., 2008).

Podemos observar de este modo que la institución familiar va redefiniéndose constantemente surgiendo nuevos modelos en función a avances sociales, tecnológicos, culturales, médicos, éticos y jurídicos entre otros.

De éstos nuevos modelos se puede inferir, que en la actualidad no es bueno encuadrar un sólo modelo de familia como el indicado, como antes lo era la familia nuclear, ya que vemos que el avance de la ciencia, tecnología, ideologías, elecciones sexuales personales hoy nos enfrenta a grandes cambios sociales y culturales en lo que a constitución de una familia se refiere, de allí se infiere que sea cual sea el modelo elegido que constituya una familia, debe ser protegido tanto por la sociedad como por el Estado al cual pertenezca.

1.2.1.-Familias homoparentales

Ya hemos mencionado que entendemos como familia homoparental aquella que se constituye entre parejas de dos hombres o dos mujeres que se convierten en progenitores de uno o más niños. Pudiendo serlo por medio de la adopción, inseminación en el caso de mujeres, gestación por sustitución, o también la incorporación al núcleo familiar de hijos biológicos de alguno de los progenitores en cualquiera de los casos. (Cavagnaro, M. V., Battú, E., Campiña, C., Cavigliasso, M., Sánchez, F., 2014; Espinosa Hincapié, E. L., & Gómez Cuartas, C., 2015; Sánchez, C. V., 2008).

A partir de lo expuesto cabe inferir que en muchos países como lo es hoy en Argentina, grandes fueron los cambios experimentados en lo que respecta al reconocimiento de estos tipo de familias, permitiendo la incorporación de marcos regulatorios de derechos y obligaciones que de las mismas se desprenden y adquiriendo de este modo la protección otorgada por el Estado de la familia como bien jurídico protegido.

En nuestro país esta situación se vio concretada a partir de la regulación del Matrimonio Igualitario: uniones convivenciales, la Ley de Identidad de Género N° 26.743⁸, la regulación del uso de las TRHA, que permitió que dichas familias pudieran constituirse como tales.

Muchas son las opiniones que surgen a partir del uso de las TRHA y en varios casos el uso de éstas llegan a satisfacer el deseo y la necesidad de aquellas personas que anhelan convertirse en padres o madres biológicos/as, que por diversas circunstancias no pueden concebir o gestar un niño/a de modo natural, en la actualidad todavía nos enfrentamos en Argentina a situaciones donde la insuficiencia y falta de regulación en lo que respecta a Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución se refiere.

Esta insuficiencia nos enfrenta a graves problemas al momento de la filiación y el reconocimiento de estos niños, no solo problemas que se presentan cuando estos niños ya nacieron, sino desde el momento de su gestación hasta su nacimiento y posteriormente el reconocimiento de sus respectivos derechos, al no encontrarse regulado el uso de la Gestación por Sustitución considerando que la misma es también una TRHA.

⁸ Ley 26.743. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

Podemos observar cómo se amplió el panorama con estas leyes, incorporando con las mismas valores en cuanto a la tolerancia y el respeto por las elecciones hacia ciertas formas de vida, que fueron juzgadas durante mucho tiempo y de hecho se considera que por lo mismo todavía falta bastante por hacer frente a este vacío normativo, en cuanto a esta técnica conocida como Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución.

1.3.-FIN O FUNDAMENTO DE LA FAMILIA

La finalidad de la familia siempre va a estar ligada a la actividad de la vida conyugal o convivencial de dichas uniones, el proyecto de vida común de ambas partes donde se establecen vínculos afectivos, unidos en muchos casos, al deseo de dar vida a un nuevo ser, sabiendo que la posibilidad de procrear es una de las grandes facultades del ser humano, para que alcancen parte de su desarrollo personal, visto esto como un acto de voluntad que lleve implícito ese don de dar la vida, este acto natural de gran trascendencia que permita la perpetuación de la especie humana, podemos inferir de esto, que uno de los fines podrá estar dado por la posibilidad de consolidar esta unión de amor a través de la procreación entre otras finalidades, ya que con el paso del tiempo el fin o fundamento de la familia se van redefiniendo permanentemente en función de las necesidades de cada grupo humano⁹. (Cavagnaro, M. V. 2008).

Aunque este deseo de procreación y de dar vida a un nuevo ser no siempre se logra y muchas pueden ser las causas tales como los distintos tipos de infertilidad, que sin intervención de la ciencia médica se hace imposible superar, quedando de esta manera coartada la posibilidad de cumplir con tan anhelado deseo de procreación.

Visto está que se presentan situaciones en la actualidad que ni siquiera con la intervención de la ciencia médica se permite satisfacer el anhelo de ser padres biológicos de un niño/a, pero no se considera que por ello esta unión de amor entre dos seres ya sea a través del matrimonio o uniones convivenciales o de hecho no permitan la constitución de una familia. Por más que no exista un vínculo de parentesco por consanguinidad, vamos a encontrar parentescos

⁹ Cavagnaro, M. V. 2008 “La mediación: una respuesta a los conflictos emergentes en los nuevos modelos de familia” Recuperado el 15-06-2015 de: <http://www.infojus.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-mediacion-una-respuesta-conflictos-emergentes-nuevos-modelos-familia-dacf080093-2008-11/123456789-0abc-defg3900-80fcanirtcod>

por afinidad, consolidándose de este modo un núcleo familiar, en el cual quizás a través de la adopción, familias ensambladas o reconstituidas entre otras permita la ampliación de la misma.

Considerando a esta voluntad de procreación como una finalidad principal para algunas parejas que desean constituir una familia compuesta con hijos biológicos, veremos que a partir de ella y su concreción se irán desprendiendo otras finalidades en lo que a la constitución de una familia respecta, que serán consecuencia de la misma tales como: lograr la felicidad, unidad, estabilidad, armonía, organización del hogar entre otras, para que esto permita en el caso de haber niño/as cuidar de ellos brindándoles el sustento y la educación para que aprendan a valerse por sí mismos teniendo en cuenta el interés superior de los mismos.

Siempre se debe tener en cuenta que los intereses individuales de los miembros de una familia muchas veces son distintos a los intereses colectivos de los mismos, de ello se desprende que deberán llegar a un consenso adecuado compatibilizando los intereses de cada uno de ellos en post del interés familiar dentro de un marco de respeto y tolerancia y armonía de acuerdo al ordenamiento jurídico de cada país.

1.4.-PROCREACION HUMANA

Cuando hablamos de Derechos Reproductivos¹⁰ entenderemos por los mismos, aquellos derechos que se les reconoce a los seres humanos estén en pareja o solos para decidir libremente y con responsabilidad la cantidad de hijos que en su caso decidan tener, cuando, con quien, como, logrando de este modo controlar cada uno su vida reproductiva de un modo razonable como lo consideren de manera más conveniente sin afectar derechos de terceros.

Los mismos se encuentran reconocidos en instrumentos internacionales, leyes nacionales de diversos países, lo que va a implicar reconocerlos como universales ya que abarcan a todos los seres humanos. Dentro de ello encontramos todo lo referente a la salud reproductiva, derecho a la vida, a la procreación entre otros.

¹⁰ Federación de Planificación Federal Estatal. Recuperado el 25/08/2015 de: <http://www.fpfe.org/carta-de-los-derechos-sexuales-y-derechos-reproductivos/>

De este modo la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹ en:

Artículo 16 inciso 1: “ Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

Nos hemos referido a la procreación humana como uno de los fines principales para muchos seres humanos, en la búsqueda para constituir un núcleo familiar en donde los mismos puedan encontrarse unidos en un proyecto de vida común, que en ciertos casos vendrá aparejado con el matrimonio o uniones convivenciales libres o de hecho, o bien el interés de un solo individuo de concretar el anhelo de ser padre o madre sin precisamente estar vinculado a otra persona, pudiendo constituir de éste modo un tipo de familia monoparental. Cualquiera sea la forma que se adopte para su constitución deberá considerarse a la misma como un bien jurídico al cual el Estado debe brindar la protección necesaria.

¡Tomar la decisión de dar vida! Esta decisión siempre estará condicionada por la voluntad de procrear y reproducirse de cada individuo ya sean los miembros de una pareja, convivientes, casados o cada uno individualmente, cumpliendo de este modo sus expectativas o necesidades en función al deseo de realizarse como padres o seres humanos.

El derecho a fundar una familia sin que esto implique solo un mero acto de convivir o casarse, sino más bien represente la posibilidad de cada individuo de consumir un proyecto de vida, considerando de este modo que toda persona tiene derecho de procrear, de elegir con quien hacerlo, como llevar este proyecto adelante y concretarlo como parte de su libertad de elección.

Cabe aclarar que en la actualidad grandes son los debates en lo que respecta a la constitución de nuevos modelos familiares en cuanto a derechos reproductivos y la voluntad de procrear, en donde entran en juego no solo temas religiosos, éticos y morales sino también

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado el 20/05/2015 de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

legales, en donde el rol del Estado juega un papel fundamental al momento de dar soluciones a diferentes problemáticas que al respecto se plantean.

En Argentina con la incorporación de: Ley N° 26.618 de Matrimonio Igualitario, Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana médicamente asistida y Ley N° 26.743 de Identidad de Género, se realizó un gran avance en la búsqueda de igualdad de derechos para quienes por diferentes elecciones o imposibilidades, en cuanto a reproducción sexual se refiere, no pudiesen cumplir con su voluntad procreacional o la constitución de un tipo familiar reconocido por la ley.

Estas leyes permiten replantear la vieja concepción de un único modelo de familia que por tiempos se encontró impuesto como única forma legal de constitución, dando paso de este modo a la igualdad de derechos para que aquellas personas o parejas homosexuales puedan decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad, sin importar si sus elecciones enfocan a personas de igual sexo y permitiéndoles acceder ya sea a través de la adopción, o el uso de técnicas de reproducción humana asistida a la constitución de nuevos modelos familiares que durante mucho tiempo no fueron reconocidos, frustrando los derechos reproductivos de dichas parejas.

El avance a nivel mundial de organizaciones LGBT¹² en la búsqueda del reconocimiento de sus derechos y elecciones, permite inferir que la diversidad sexual produjo un importante cambio en la definición de pareja, que durante mucho tiempo fue vista como un hombre y una mujer, permitiendo de éste modo que muchos países que hoy cuentan con regulaciones legales adecuadas al respecto, no limiten la palabra “pareja” solo a personas de diferente sexo, sino que pueda hablarse también usando este término para personas de igual sexo incluyendo de este modo nuevos modelos familiares. De tal manera se reinscribe una nueva conexión entre sexualidad y reproducción, dando paso a la inclusión e igualdad de derechos¹³. (Vaggione 2008).

¹² LGBT siglas que designan a Lesbianas, Gays, Bisexuales y personas Transgénero

¹³ Vaggione, J. M. (2008). Las familias más allá de la heteronormatividad. *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia Latinoamericana. 1era ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores*. [Versión electrónica] Recuperado 30/10/15 de: <https://programadssr.files.wordpress.com/2013/05/la-mirada-de-los-jueces-las-familias-mc3a1s-allc3a1-de-la-heteronormatividad.pdf>

En nuestro país con la incorporación del uso de las TRHA y su contemplación en el Código, pasó a cobrar real importancia la “**voluntad procreacional**”, abriendo nuevos horizontes en materia filiación que más adelante veremos, considerando de este modo a la misma como una puerta a un nuevo modelo filiatorio para el reconocimiento del niño/a nacido producto de las TRHA. Terminando de este modo con la vieja idea de que sólo el Estado podía reconocer el “estado o condición” de madre o padre a quienes como concreción de una relación sexual carnal concibieran un niño/a o aquellos que como en el caso de adopción les fuere reconocido por ley.

Díaz de Guijarro¹⁴ distinguía a la voluntad procreacional como “el deseo o intención de crear una nueva vida”. (Díaz de Guijarro 1965)

El nuevo Código Civil Argentino¹⁵ prevé en:

Artículo 526: “Voluntad procreacional. Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Hoy en día la llamada voluntad procreacional juega un rol importante para los miembros de nuestra sociedad, ya que a través de ella se podrá delimitar y establecer en muchos casos la resolución de situaciones jurídicas controversiales, que puedan presentarse como sería en casos por ejemplo de Gestación por Sustitución (TRHA), permitiendo de este modo que quienes la realicen, cuente con la posibilidad de recurrir a la voluntad procreacional para asegurar sus derechos filiatorios, ya que nuestro ordenamiento nada dice respecto. Recurrir a la voluntad procreacional sería una alternativa para pelear por el reconocimiento legal del menor nacido mediante el empleo de la técnica de Gestación por Sustitución por parte del ordenamiento

¹⁴ Díaz de Guijarro, E. (1965). La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación.

¹⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 15/04/2015 de:
<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

jurídico en lo que a constitución de una familia homoparental gay se refiere, siendo esta problemática la que nos atañe.

CONCLUSIONES PARCIALES

Se puede inferir que la concepción de “familia” fue cambiando de modo vertiginoso en los últimos años, de modo tal que en la actualidad no podemos encuadrar un modelo familiar como modelo típico o ideal para los miembros de una sociedad. El matrimonio entre personas del mismo sexo, las uniones convivenciales, familias monoparentales, homoparentales, ensambladas etc., constituyen nuestra realidad actual, en la que atrás quedaron los prejuicios que hoy de nada sirven para evolucionar como sociedad y seres humanos dentro de un marco de tolerancia y respeto por los derechos que establece cada ordenamiento jurídico y sin perder de vista los derechos fundamentales, derecho a la identidad, a la vida a la libertad de expresión, igualdad, dignidad humana, etc.

De este modo podremos considerar a la familia como un derecho natural en la vida de cada ser humano, la cual permanentemente va redefiniéndose en virtud de cambios éticos sociales, culturales y jurídicos entre otros, cuya base y fundamento deberá encontrarse en cada sociedad, la cual deberá siempre constituirse en post del bien común de sus miembros, y respetando de esta manera el anhelo de cada ser humano de constituir libremente su familia dentro de los límites y pautas que cada Estado establezca, rompiendo con viejos paradigmas que solo permitían la constitución familiar teniendo como base el principio de tiempos anteriores, donde la misma debía ser fundada desde la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer solamente.

Consideramos por ello que la realidad actual de nuestro país, permite a través de los grandes cambios legislativos que experimentamos en estos últimos años, inferir que cualquiera sea el tipo o modelo familiar que los miembros de nuestra sociedad decidan constituir, deberá ser resguardado por parte de nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta el deseo y la voluntad procreacional de los mismos, siempre y cuando no se afecten derechos de terceras personas ni el interés superior del niño, jugando un papel primordial la protección adecuada por parte del

Estado en cuanto a la institución familiar como uno de los derechos naturales de mayor relevancia en la vida de los seres humanos, sin distinción de diferencias, sociales, políticas, culturales, éticas y jurídica de ninguno de sus miembros.

Capítulo II

Técnicas de Reproducción Humana Asistida

CAPITULO II: TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA. (TRHA)

INTRODUCCION

En el presente capítulo analizaremos que es lo que se entiende por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), en qué momento pueden ser empleadas, como su uso fue incorporando en la sociedad nuevas formas de procreación con la ayuda de la ciencia médica, permitiendo de éste modo que muchas personas que veían frustrada la posibilidad de convertirse en padres biológicos por diferentes tipos de imposibilidades, pudiesen acceder a través del uso de las mismas a la posibilidad de reproducción mediante su uso.

Veremos cuáles son las técnicas más empleadas en la actualidad encontrando entre ellas la que resultara más relevante para nuestro estudio como es el uso de la técnica de Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución, definiéndola y adentrándonos en la temática elegida.

Para finalizar nuestro capítulo analizaremos la importante incorporación que se produjo en nuestro Código Civil y Comercial en lo que respecta al uso de las TRHA y cuáles son los límites que se plantean respecto del uso de las mismas y frente a ésta situación, empezaremos a analizar el vacío legal de no haber contemplado la Gestación por Sustitución teniendo en cuenta que la misma es considerada también una TRHA.

2.1.- GENERALIDADES

Cuando hablamos de fecundación generalmente entendemos a la misma como un proceso que se lleva adelante de modo natural, por la unión de un espermatozoide con un ovulo, células masculinas y femeninas que al unirse dan comienzo a la existencia de un nuevo ser.

Esta acción antes solo era posible entre un hombre y una mujer que mantenían relaciones sexuales carnales, que consistía fundamentalmente en la introducción del pene (miembro reproductor masculino) en la vagina (miembro reproductor femenino), como producto de esta acción el hombre llegaba al orgasmo produciendo la eyaculación o expulsión del líquido seminal que contenía los espermatozoides, que se depositaban en el saco vaginal de la mujer hasta su encuentro con el óvulo, permitiendo de esta manera la fecundación.

El avance de la ciencia nos permite hoy en día contar con otro tipo de técnicas para la fecundación, tal fue el caso de la denominada para muchos Fecundación Artificial abriendo un debate en cuanto a su denominación ya que en el uso de estas formas procreacionales los elementos que se emplean no son artificiales sino naturales, un óvulo y un espermatozoide que si bien son ayudados con instrumentos que la ciencia médica proporciona, al encontrarse los mismos se produce la unión natural de ellos, la cual va a desarrollarse también de modo natural hasta dar nacimiento a este nuevo ser.

Por esta razón consideramos que la denominación correcta sería Fecundación Asistida ya que los elementos fecundantes masculinos y femeninos solo reciben asistencia para su fusión por parte de los profesionales de la ciencia médica.¹⁶(Silva, 1991)

Hoy vemos como la ciencia médica evolucionó al respecto colaborando con el uso de diversas TRHA y permitiendo que personas que presentaban diferentes tipos de anomalías o dificultades para la fecundación y concepción puedan acceder a las mismas para concretar con su voluntad procreacional.

Los grandes cambios producidos en el campo de la tecnología, ciencia y medicina nos enfrentaron al uso de las TRHA y a la necesidad de su regulación por parte de cada ordenamiento. Sabiendo que hoy ya es posible la concepción de un ser humano sin necesidad de

¹⁶Silva, H. S. (1991). *Medicina legal y psiquiatría forense* (Vol. 2). Editorial Jurídica de Chile.

mantener relaciones carnales con otra persona, la cual es sustituida por un laboratorio con profesionales médicos encargados de llevar adelante este proceso.

En 1978¹⁷ tuvo lugar el primer nacimiento producto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el ginecólogo Patrick Steptoe junto a Robert Edwards perfeccionó su sistema de fertilización artificial o fecundación asistida dando nacimiento a la una niña fecundada en probeta o fecundación extrauterina “Louise Brown”, la cual se produjo en Julio de 1978 en un hospital de Manchester, Inglaterra. La madre de esta niña tenía problemas de impotencia generandí dada por obstrucción de las trompas de Falopio, lo que impedía que sea fecundada de modo natural por su marido.

Con la exitosa realización de esta técnica y el gran avance en el campo de la genética y ciencia médica, quedó demostrado que el bloqueo de las trompas ya no era un impedimento para la concepción pudiendo recurrir de este modo a este tipo de técnicas para cumplir el tan anhelado deseo de ser padres.

2.2.-DEFINICION DE TRHA:

Cuando hablamos de técnicas de reproducción humana asistida la Dra. María S. Ciruzzi¹⁸: “Se llaman técnicas de reproducción asistida a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”. (Ciruzzi, M. S. 2012)

El Diccionario Médico define a las Técnica de reproducción como: “*el conjunto de técnicas y de tratamientos médicos destinados a conseguir un embarazo en los casos en que por vías naturales no es posible debido a problemas de infertilidad*”.

¹⁷ Patrick Steptoe y Robert Edwards: quince años de lucha contra una forma grave de esterilidad femenina. [Versión electrónica]. Recuperado 10/08/2015/ de:http://elpais.com/diario/1978/07/28/sociedad/270424815_850215.html

¹⁸ Ciruzzi, M. S. (2012). Las técnicas de reproducción humana asistida en el anteproyecto de reforma al Código Civil: un enfoque bioético. MJ-DOC-5923-AR| MJD5923 [Versión electrónica] Recuperado 04-05-2015 de: <http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/15/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-en-el-anteproyecto-de-reforma-al-codigo-civil-un-enfoque-bioetico/>

En nuestro país la Ley N° 26.862¹⁹ en:

ARTÍCULO 2° — Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

De ellas podemos inferir que se entiende que a través del uso de este tipo de técnicas se busca favorecer o concretar un embarazo, observando que el mismo solo va a ser posible con la unión de un óvulo con un espermatozoide, de allí que este tipo de técnicas generalmente se realizan cuando el uso de distintos tratamientos médicos en casos de infertilidad o diversos problemas no resultan favorable para la fecundación y concepción.

Es el caso de parejas que por algún tipo de impedimento no pueden procrear de modo natural o incluso personas que se encuentran solas y no tienen la intención de intimar con el sexo opuesto para concretar un embarazo.

Podemos considerar a las TRHA como medios de asistencia de la ciencia médica que los profesionales utilizan para sustituir los modos biológicos naturales y asistir el proceso para la fecundación, que por causas diversas no puede llevarse adelante de modo natural.

2.3.- CLASES DE TRHA MAYORMENTE UTILIZADAS

Entenderemos este tipo de técnicas como procedimientos que ayudan a concretar la concepción de un ser humano en el cuerpo de una mujer sin necesidad de mantener relaciones sexuales siendo realizada con la ayuda de profesionales de la ciencia médica. Podemos diferenciarlas en:

¹⁹ Ley 26.862. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

2.3.1.- De baja o alta complejidad²⁰

- **De baja complejidad:** son aquellas que tienen como objetivo la unión del óvulo con el espermatozoide dentro del aparato de reproducción femenino, realizando controles mediante monitoreo ecográfico de manera de hacer coincidir el momento próximo a la ovulación con el coito programado o la inseminación intrauterina por ejemplo.

- **De alta complejidad:** son aquellas que tienen como objetivo la unión entre el óvulo y el espermatozoide en el laboratorio por fuera del sistema reproductor femenino, lo que implicará la extracción de óvulos del organismo de la mujer. (Lew, A., Lisauskas, A., & Longordo, M. 2013)

2.3.2.-Homólogas o heterólogas²¹

Según el origen del elemento fecundante masculino se clasificarán en:

-Homólogas: cuando el elemento fecundante masculino que se utilice corresponda al marido o pareja de la mujer a la cual se le practicará la fecundación, cuando exista algún impedimento para que se deposite el espermatozoide de manera natural.

-Heterólogas: cuando el elemento fecundante masculino a usarse corresponda a otra persona (donante o dador), en la actualidad generalmente se trata de un donante anónimo. (Santamaría, L. S. 2000).

2.3.3.- Intracorpóreas o extracorpóreas

Teniendo en cuenta donde se realiza la fecundación:

-Intracorpóreas: aquellas que son realizadas dentro del propio cuerpo de la mujer, pudiendo ser homólogas o heterólogas;

❖ **IA: Inseminación Artificial:** se inicia con un tratamiento hormonal para conseguir la ovulación y consiste en la introducción de los espermatozoides por el

²⁰ Lew, A., Lisauskas, A., & Longordo, M. (2013) "Fertilización Asistida". [Versión electrónica]. Recuperado el 18/08/2015 de: <http://auditoriamedicahoy.com/biblioteca/Fertilizaci%C3%B3n%20asistida%202013.PDF>

²¹ Santamaría, L. S. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. [Versión electrónica]. Recuperado 12-08-2015 de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

canal vaginal hasta llegar al útero, en el periodo denominado de ovulación, cuando la mujer es capaz de fecundar. Este recorrido del espermatozoide es realizado por los profesionales médicos mediante instrumentos especializados. Si el proceso resulta efectivo comenzará posteriormente el desarrollo del huevo fecundado.

- ❖ **IIUD:** Inseminación Intrauterina Directa.
- ❖ **IIP:** Inseminación Intraperitoneal.
- ❖ **TIPEO:** Transferencia Intraperitoneal de Esperma y Ovocitos.
- ❖ **GIFT:** Transferencia Intratubárica de Gametos; esta técnica se inicia con la estimulación de la ovulación al inicio del ciclo menstrual de la mujer a través de medicamentos que van a facilitar la maduración de varios óvulos. Permite que la fecundación ocurra en la trompa de falopio del modo más natural posible. Se puede realizar en el vientre de la mujer que pretende ser madre y también es utilizada en aquellos casos en que se trate de una madre sustituta o gestante.²²(Santamaría, L. S. 2000).

-Extracorpóreas: aquellas en donde la fecundación se produce fuera del aparato reproductor femenino. También pueden ser homólogas y heterólogas. Desde el punto de vista metodológico se clasifican en:

A.-Técnicas sin micromanipulación de gametos:

- ❖ **FIVET:** Fertilización In vitro y Transferencia Embrionaria; esta técnica permite la fecundación del óvulo con el espermatozoide fuera del útero, por lo que se considera una TRHA extracorpórea, para luego ser transferida al útero de la mujer para que continúe su normal desarrollo.

Es una de las técnicas actualmente más utilizada cuando otros métodos no tuvieron éxito.

²² Santamaría, L. S. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. [Versión electrónica]. Recuperado 12-08-2015 de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

La fecundación in vitro se hace para ayudar a que una mujer quede embarazada y se utiliza para tratar muchas causas de infertilidad²³, como:

- Edad avanzada de la mujer (edad materna avanzada).
- Trompas de Falopio obstruidas o dañadas (puede ser causado por enfermedad inflamatoria pélvica o cirugía reproductiva previa).
- Endometriosis.
- Factor de esterilidad masculino, incluida la disminución del conteo de espermatozoides y obstrucción.
- Esterilidad inexplicable. (MedlinePlus, 2014)

B.- Técnicas con micromanipulación de gametos:

- ❖ **SUZI:** inserción subzonal de espermatozoides.
- ❖ **ICSI:** inyección intracitoplásmica de espermatozoides. (Santamaría, 2000).
- ❖ **FECUNDACIÓN ASISTIDA:** consiste en captar óvulos de una mujer por diferentes métodos para depositarlo en un tubo de ensayo o recipiente apto donde se agregará el espermatozoide obtenido de un hombre, con el objeto de realizar allí la fecundación. Una vez fecundado el óvulo se traslada y se implanta por vía vaginal en el interior del útero de la mujer, donde se pretende que el mismo crezca y se desarrolle de forma natural²⁴. (Santamaría, L. S. 2000).
- ❖ **MATERNIDAD SUBROGADA:** Muchas son los términos que se utilizan para dar nombre a ésta TRHA, entre los cuales encontramos Maternidad Subrogada, Alquiler de Vientre, Madre Sustituta, Madre Gestante o Portadora, Gestación por Sustitución entre otras. Cuando se habla de Maternidad Subrogada: *“podríamos decir al respecto que se trata de un proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar a un bebé de otra pareja o*

²³ Biblioteca Nacional de Medicina de los EEUU. MedlinePlus. Fecundación in vitro (FIV) [Versión electrónica actualizado 03-11-2014]. Recuperado 11-09-2015 de: <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm>

²⁴ Santamaría, L. S. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. [Versión electrónica]. Recuperado 12-08-2015 de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

*persona hasta el momento de su nacimiento, a partir del momento del mismo ésta madre gestante entregará a éste niño renunciando a los derechos que sobre él pudiera tener, muchas veces y en la gran mayoría de los casos esta técnica es realizada a cambio de un beneficio económico”.*²⁵ (Reuter, 2009 pág. 20)

Con el uso de esta técnica se presenta una gran problemática al momento de diferenciar la función que va a tener la madre genética y la madre gestante o portadora, por lo cual deberá tenerse en cuenta que regulaciones legales dispone el país en donde esta técnica es llevada a cabo.

Pueden darse situaciones en donde el embrión implantado en esta madre gestante o portadora nada tenga que ver genéticamente con ella por no haber sido fecundada con su propio material genético, como también casos en que esta madre gestante aporte este material genético para dar vida a este nuevo ser, debiendo renunciar luego a sus derechos maternos filiales.

2.4.- TRHA EN ARGENTINA INCORPORACION DE LA LEY N° 26.862 AL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Ante los inminentes cambios, sociales jurídicos y culturales producidos en los últimos años, Argentina se encontró frente a la necesidad imperiosa de regular el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), si bien muchas fueron las opiniones que hasta hoy en día surgen respecto a ellas, podemos decir que hoy Argentina ya cuenta con legislación al respecto, marcando de este modo un antes y un después a partir de la sanción de la Ley N° 26.862²⁶ y su actual incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino²⁷.

²⁵ Reuter, M (2009) Más allá de la ciencia. Archive Forthe “Maternidad Subrogada: definición, procedimiento y leyes” Category. [Versión electrónica]. Recuperado el 25-05-2015 de: <https://biotech09.wordpress.com/category/maternidad-subrogada-definicion-procedimiento-y-leyes/>

²⁶ Ley 26.862. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

²⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Con la sanción de esta ley se viene a establecer el marco regulatorio dentro del cual se podrá hacer uso de las TRHA, para que aquellas personas que por algún tipo de impedimento, infertilidad, elecciones sexuales diferentes u otra anomalía al momento de procrear, cuenten con los componentes necesarios en la búsqueda de la constitución de una familia cuando los mismos consideren como fin fundamental el ejercicio de sus derechos reproductivos teniendo en cuenta la voluntad procreacional, para que puedan con ayuda de la ciencia médica acceder al uso de este tipo de técnicas contando con un marco regulatorio y protectorio adecuado en post de la real importancia que cobra el derecho de fundar familia y realizar el anhelado deseo de ser padres para los mismos.

El surgimiento de nuevos modelos de familia y su reconocimiento en la sociedad a través de la regulación de leyes tan importantes como fueron la Ley N° 26.743 de Identidad de Género²⁸ y la Ley N° 26.618 de Matrimonio Igualitario²⁹, hicieron inminente y necesaria la regulación de una ley tan importante como la que regula el uso de las TRHA.

Es necesario a partir de esto contemplar la realidad genética y biológica al momento de establecer los vínculos filiatorios. Delimitando de este modo, que el nuevo Código Civil Argentino contempla la filiación por naturaleza, debiendo constatarse la misma a través del vínculo biológico, como así también ahora la filiación en el caso de la utilización de TRHA, a partir de este nuevo modelo filiatorio. Otro de los temas que cobra real importancia es la “voluntad procreacional”, la cual va a ser expresada según este código a través del consentimiento informado ya que del mismo se infiere que se prestó este consentimiento en cuanto a la realización de este tipo de técnicas con la intención de dar vida a un nuevo ser.

El nuevo Código Civil y Comercial³⁰ nos presenta:

Artículo 558: *“Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.*

²⁸ Ley 26.743. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

²⁹ Ley 26.618. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

³⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnica 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”.

Si bien la regulación del uso de TRHA es considerada por muchos un gran avance en materia legislativa, permitiendo con la misma que cualquier persona capaz, mayor de edad pueda someterse al uso de ella siempre y cuando preste su consentimiento informado ante autoridad competente, nada dice respecto de la TRHA Gestación por Sustitución, generando con ello un importante vacío normativo, el cual debió a nuestro criterio ser tratado para dar claridad sobre esta situación, mucho más aun considerando que en la actualidad, es cada vez mayor el número de personas que recurren a ella sin contar con protección adecuada por parte de nuestro ordenamiento.

Consideramos que teniendo en cuenta el artículo 16 de nuestra carta magna, el cual considera que todos los habitantes somos iguales ante la ley, debería haberse contemplado la incorporación de la figura de la Gestación por Sustitución, ya que en la actualidad es el medio del cual dispone una pareja gay para concretar con su voluntad procreacional y llevar adelante la copaternidad de los hijos nacidos producto del uso de esta técnica, debido al tipo de infertilidad estructural que los mismos presentan al momento de la gestación de un niño con el cual quieren establecer no solo un vínculo afectivo sino también biológico.

Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida³¹, (TRHA) establece en su:

Artículo 3: “A los efectos de la presente Ley, se entiende por Técnicas de Reproducción Humana Asistida los tratamientos o procedimientos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidos la fecundación in vitro, la inseminación artificial, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos y de cigotos, sin exclusión de las nuevas técnicas desarrolladas mediante

³¹ Ley 26.862. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

avances técnicos científicos, cuando ellas sean autorizadas por la Autoridad de Aplicación”.

Si tenemos en cuenta el análisis del presente artículo podríamos inferir que en caso que la Autoridad de Aplicación autorice llevar adelante un procedimiento de TRHA: Gestación por Sustitución esta situación unida a la voluntad procreacional y al vínculo biológico que por haber aportado el material genético se establezca con el menor, podría presentar un camino adecuado para pelear el reconocimiento de la filiación de este niño/a, a favor de quienes decidieron llevar a cabo este procedimiento, sin perjuicio de que también pueda ocurrir de este modo la posibilidad de que, ya que nuestro ordenamiento considera madre a la que da a luz, este camino no resulte favorable y deba realizarse por medio de la adopción de este menor o a través de la impugnación de la maternidad en aquellos casos en que el material genético de la madre se trate de un material que haya sido aportado por otra mujer.

Visto está que son amplias las situaciones jurídicas controversiales que se presentan ante el uso de esta técnica, al no encontrar regulación al respecto en nuestro ordenamiento.

Un caso que sentó jurisprudencia fue en Junio del año 2013 (Caso “NN o D G M B M S/Inscripción de nacimiento” Juzgado Nacional Civil N°86, Buenos Aires). Avaló el primer caso formal de Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada. En éste caso la niña fue concebida por una mujer que ofreció su vientre para gestarla con material genético de los padres biológicos. A partir de esto fue la jueza Carmen Bacigalupo del citado juzgado quien otorgó la inscripción a favor de los padres biológicos, observando de éste modo que la justicia reconoció la filiación biológica, apartándose de lo establecido en el:

Artículo 242 del viejo Código Civil Argentino que establecía que: “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”. (Texto ordenado por la Ley 23.264). (Zavalía, 1992)

En el citado fallo podremos observar la importancia que juega la voluntad procreacional la cual puede servir de fundamento en la resolución de casos análogos sentando así un interesante precedente ante la temática expuesta.

En ambos casos la “voluntad procreacional” reconoce la voluntad de engendrar. De esta forma, los hijos e hijas concebidos mediante TRHA serían también hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado los gametos. Si un niño/a nace dentro de un matrimonio (heterosexual u homosexual) gozará de un doble vínculo, ya sea una mamá y un papá, dos mamás o dos papás. Lo cual garantizará la continuidad del vínculo en caso de separación o muerte de uno de los progenitores. También permitirá la circulación dentro o fuera del país y la toma conjunta de decisiones médicas, educativas, religiosa, derechos hereditarios y licencias por enfermedad de los hijos, entre otros.

No menos importante es también el nuevo vínculo que se establece con el resto de los integrantes de la familia garantizando de esta manera los mismos derechos para todos los hijos/as independientemente de la familia en la que nazcan.

La demanda de estos procedimientos crece día a día, junto con la cada vez mayor proporción de familias o personas que enfrentan dificultades para la procreación humana a causa de los distintos tipos de infertilidad o patologías anómalas, muchas de ellas manifestadas como consecuencia de la postergación de la maternidad después de los 30 años de edad, el avance de ciertas enfermedades de transmisión sexual, el estrés de la vida diaria que influye de manera negativa en el organismo, enfermedades habituales en el aparato reproductivo tanto del hombre como de la mujer y un sinnúmero de situaciones que hoy hacen difícil la fecundación de modo natural.³²(López, 2005)

Hoy muchos son los centros especializados que se ocupan de dar soluciones frente a este tipo de problemáticas y por ello consideramos que de importante envergadura fue la incorporación de la Ley N° 26.862 en nuestro país, viniendo a regular el uso de este tipo de técnicas, la que hoy nos permite su uso dentro de un marco razonable y adecuado en cuanto que

³² López, D. R. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto de contrato. *Revista de Derecho Privado*, (11), 96-127. Recuperado 20-06-2015 de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.pdf>

establece los parámetros y límites como así también la reglas y conductas que deberán adoptar los centros médicos y profesionales especializados que la realicen.

De todo esto se desprende que, como toda legislación nueva es normal que comiencen a surgir temas que quedaron inconclusos de regulación, ya que vemos los grandes y constantes avances de la ciencia médica, la biotecnología, la genética considerando que todavía mucho queda por hacer frente al uso y regulación de las TRHA.

CONCLUSIONES PARCIALES

Los avances en materia legislativa en cuanto a TRHA se refiere en nuestro país, fue un gran paso en la búsqueda de igualdad de derechos para los habitantes de la nación, esta ley vino a dar luz donde había oscuridad para todas aquellas personas que anhelaban tener sus hijos y no podían hacerlo por diferentes impedimentos o porque el costo de los tratamientos era demasiado elevado para poder solventarlos.

Si bien consideramos que grande fue el paso al regular este tipo de técnicas una situación que hoy requiere tratamiento legislativo es el uso de la Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución, considerando a la misma como una TRHA vemos que es necesaria su regulación para salvar este vacío jurídico, ya que nada se dice al respecto y no podemos mirar al costado cuando vemos que su uso se hace cada vez más frecuente, sin contar con ningún tipo de regulación ni protección al respecto, que permita el análisis en profundidad de la misma para salvaguardar los intereses de las personas que la lleven a cabo.

Sabemos que esta técnica hoy puede ser la solución para muchas personas que se ven imposibilitadas de gestar un hijo, el cual lleve sus características biológicas, si bien hacemos hincapié en parejas gays debido al tema que nos interesa, esta técnica también permite presentarse como una solución para aquellas mujeres que por diferentes impedimentos se ven imposibilitadas de llevar un embarazo adelante.

Hoy es sabido que no todas las personas que se ven imposibilitadas de gestar a un niño pueden acceder a este tipo de TRHA, ya que el costo de estos tratamientos en otros países es elevado y no cuentan con el sustento económico para realizarlo. De ello se desprende que si bien

la legislación argentina dio un gran paso al regular las TRHA, para darle la posibilidad a aquellas personas quienes veían frustrada la posibilidad de convertirse en padres, nada se dijo respecto al uso de la Gestación por Sustitución dejando de este modo un importante vacío legal.

Capítulo III

Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada

CAPITULO III: GESTACION POR SUSTITUCION O MATERNIDAD SUBROGADA

INTRODUCCION

Habiendo analizado en el capítulo anterior las TRHA nos adentraremos en este capítulo en el análisis de la Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada considerando a la misma una técnica de reproducción humana.

Buscando dar definiciones adecuadas para abordar ya en profundidad la temática elegida, analizando las diferentes clases de maternidad subrogada o gestación por sustitución, como así también realizaremos un breve análisis de la situación en algunos países y como la misma cobra cada vez mayor importancia en la realidad actual a la que nos enfrentamos, principalmente en la vida de personas que por algún tipo de infertilidad o imposibilidad para procrear no pueden acceder si no es a través de su uso a cumplir con el anhelado deseo de constituir una familia siendo padres o madres biológicas de un niño/a.

Para finalizar nuestro capítulo analizaremos de modo general la situación actual en nuestro país en cuanto al vacío normativo en lo que a Maternidad Subrogada se refiere.

Observaremos de este modo que si bien los avances en cuanto al uso de TRHA brindaron soluciones a muchas personas que veían frustrada su voluntad procreacional, hoy se presentan nuevas problemáticas en aquellos países que nada dicen respecto del uso de la Maternidad subrogada como una nueva forma de procreación.

3.1.- DEFINICION DE GESTACION POR SUSTITUCION

Cuando hablamos de Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada como bien explicamos en el capítulo anterior estamos hablando de un tipo de técnica de reproducción humana asistida a partir de la cual muchas son las aserciones utilizadas para denominarla, entre las que encontramos Maternidad Subrogada, Gestación por Sustitución, Madre Sustituta, Madre Gestante o Portadora, Vientres de Alquiler ente otras.

Tratando de aproximarnos a la definición en lo que a esta técnica respecta:

“podríamos decir al respecto que se trata de un proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar a un bebé de otra pareja o persona hasta el momento de su nacimiento, a partir del momento del mismo ésta madre gestante entregará a éste niño renunciando a los derechos que sobre él pudiera tener, muchas veces y en la gran mayoría de los casos esta técnica es realizada a cambio de un beneficio económico”³³.
(Reuter, 2009 pág. 20).

Desde el punto de vista legal podemos decir que la maternidad subrogada o gestación por sustitución es definida como el acto que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer que ofrece o alquila su vientre quedando de este modo sujeta a un pacto o compromiso, mediante el cual deberá ceder todos los derechos que tiene sobre el recién nacido a favor de una pareja o individuo que le encargaron la gestación de este niño, considerándolos padres del mismo.³⁴ (Lema, 1999).

Para López Dina³⁵: *“Se llama maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de útero al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el*

³³ Reuter, M (2009) Más allá de la ciencia. Archive Forthe “Maternidad Subrogada: definición, procedimiento y leyes” Category. [Versión electrónica]. Recuperado 25-05-2015 de: <https://biotech09.wordpress.com/category/maternidad-subrogada-definicion-procedimiento-y-leyes/>

³⁴ Lema, C. (1999). Reproducción, poder y derecho. Editorial Trotta, S.A.

³⁵ López, D. R. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto de contrato. *Revista de Derecho Privado*, (11), 96-127. Recuperado el 20-06-2015 de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.pdf>

recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” (López, 2005 pág. 109).

Para Tinant Eduardo: *“Maternidad subrogada o por sustitución (MS) (Surrogate motherhood); Se trata de la gestación por cuenta o encargo de otro/a, denominada asimismo útero alquilado, alquiler de vientre, madre suplente, etc. Sustitución: ponerse o colocarse en lugar de otro. El embrión es implantado en el útero de una mujer que lleva a término el embarazo en beneficio de los integrantes de una pareja a la que no pertenece”*.³⁶(Tinant, 2015 pág. 2)

Para este autor al cual adherimos, existe una diferencia entre madre portadora y madre sustituta, considerando que la madre portadora va a ser aquella que no establece ningún vínculo biológico con el niño por nacer, debido a que ella no aporta su material genético, mientras que la madre sustituta será aquella con quien el niño si tendrá un vínculo biológico por haber aportado la misma su material genético para la concepción del mismo. (Tinant, 2015).

Del análisis de dichos conceptos surge la pregunta ¿La madre portadora o sustituta debe cobrar por gestar en su vientre a un hijo para otros? En muchos países esta técnica se realiza de modo comercial a cambio de una compensación económica, a través de un acuerdo o contrato de Maternidad Subrogada previsto ya en algunos ordenamientos sin generar mayores problemas. No es el caso de aquellos países en donde por más que no haya regulación al respecto se consideraría a este tipo de contratos nulo por su objeto.

En nuestro país el nuevo Código Civil y Comercial³⁷ establece:

Artículo 1003: *“Disposiciones generales. Se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1a, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero de este Código. Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial”*.

³⁶ Tinant, E. L. (2015). Gestación por sustitución en la reforma: Implicancias bioéticas y jurídicas. *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina*, 10(1). Recuperado el 15-11-2015 de: <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaeem/article/viewFile/6095/5518>

³⁷Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

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

De este modo queda claro que celebrar un contrato de Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución en nuestro país, sería hablar un contrato nulo por su objeto, porque no se puede negociar con la vida de una persona como si la misma se tratase de un objeto de venta, el cuerpo humano no puede ser objeto de negociación.

Por lo cual consideramos que distinta sería la situación si la técnica de gestación por sustitución en nuestro país, se realizase no mediante un contrato establecido en un acuerdo de voluntades por las partes ya que la legislación Argentina no lo permite por más que nada diga respecto del uso de esta técnica, sino más bien apelando a la justicia para que permita su realización de un modo altruista, con fines solidarios colaborando con aquellas personas que anhelan tener hijos biológicos y que por diversos motivos se encuentran realmente imposibilitados de cumplir con el deseo de constituir una familia, hasta mientras los legisladores puedan subsanar este vacío legal en cuanto a Gestación por Sustitución se refiere, de modo que no se permita lucrar de ningún modo con la vida del menor, ni el cuerpo de la madre gestante.

Incorporar la regulación de esta técnica al ordenamiento jurídico con fines altruistas y solidarios, para que sea posible ayudar a parejas que no pueden gestar un niño/a debido a los diferentes tipos de imposibilidades a las que las mismas se enfrentan cuando no pueden llevar adelante un embarazo sería una solución adecuada, no solo para aquellas mujeres que no pueden llevar adelante la gestación de sus hijos en su vientre sino también para parejas gays que por presentar un tipo de infertilidad estructural tampoco pueden hacerlo, siendo esta técnica la única posibilidad con la que los mismos cuentan en la búsqueda de hijos biológicos.

Visto esta, que en otros países se permite el uso de la Gestación por Sustitución de manera altruista, cuando la misma es realizada de forma gratuita por partes de quienes desean colaborar en el proyecto familiar de otros seres humanos sin necesidad de lucrar con el uso de la realización de este tipo de técnica, posición a la que adherimos.

3.2.- CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACION POR SUSTITUCION

Expusimos que la Maternidad Subrogada surge del uso de las TRHA a través de la posibilidad de practicar una Fecundación in Vitro (FIV) o bien una Fecundación Artificial (IA). Para entender con una visión más acabada Corti³⁸ clasifica los acuerdos de maternidad subrogada:

- Subrogación Parcial o Tradicional: en la cual la madre sustituta es inseminada con el espermatozoides del hombre de la pareja contratante, aportando ésta sus propios óvulos quedando la madre y el niño relacionados genéticamente llevando de esta manera a que la madre sustituta renuncie a todos sus derechos de maternidad y admita la adopción por parte de uno de los contratantes.
- Subrogación Total o Gestacional: aquí la madre sustituta es contratada para completar el desarrollo embrionario fecundado in vitro con gametos provenientes de los contratantes o donantes, el cual es transferido para que se lleve a término la gestación.

Estos tipos a su vez, pueden ser:

- Comercial: se dará cuando el contrato de subrogación estipule algún tipo de compensación económica para la madre gestante.
- Altruista: cuando este acuerdo de subrogación se lleve a cabo de forma gratuita, por solidaridad o afecto, generalmente esto ocurre cuando entre las partes existe un vínculo ya sea de amistad o parentesco.

Los distintos tipos de prácticas pueden ser;

- Homólogas: las que se realizan usando los gametos obtenidos de la misma pareja.
- Heterólogas: las que se realizan usando uno o más gametos ajenos a la pareja.(Corti, 2000)

La Maternidad subrogada o Gestación por Sustitución consiste en la estimulación ovárica de la mujer lo que permitirá la extracción de los óvulos que luego son fertilizados con los espermatozoides del padre, lo que dará paso a la formación de embriones que serán implantados

³⁸Corti, I. (2000). La maternità per sostituzione. Giuffrè.

en el vientre de la madre gestante. En cuyo caso estaríamos hablando de una fecundación in Vitro (FIV) con los óvulos de la madre biológica y con los espermatozoides del padre elegido o donantes en su efecto.

Cuando los óvulos de la madre biológica no son óptimos, se procede directamente a la inseminación artificial (IAD) del vientre subrogado con el esperma del padre o donante en cuyo caso si se establece un vínculo biológico entre la madre gestante y el niño.³⁹

En el caso de que se trate de una pareja gay, podemos ver que aquí necesariamente se recurrirá a la donación de óvulos por parte de una mujer o de la misma madre gestante.

El Center for Surrogate Parenting, inc⁴⁰. (Centro de la paternidad subrogada CPS) ofrece dos programas de paternidad subrogada para pareja gay, uno mediante el uso de FIV con una donante de ovocitos y el otro a través del uso de IA mediante la maternidad subrogada tradicional.

En cualquiera de estos procedimientos los miembros de la pareja deberán optar por quien establecerá el vínculo biológico con el niño.

También puede darse el caso en que se elija a la donante de ovocitos y luego se dividan con el espermatozoide de uno para ser fertilizados. Como así también implementar un embrión resultante de cada uno de los miembros en la madre gestante inclusive será posible elegir un familiar de alguno de la pareja que done los ovocitos estableciendo relación genética mientras que el otro compañero dona los espermatozoides.

Como consecuencia de los grandes avances en el campo de la medicina y biotecnología surge la utilización de las TRHA entre las que encontramos la Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución, creando con ellas métodos alternativos para acceder a la maternidad o paternidad de un niño sin mantener relaciones sexuales, si bien grande son los debates que se presentan en torno a ella debido a que no todos los países cuentan con una regulación adecuada

³⁹VDA FertilityConsulting. [Versión electrónica]. Recuperado el 24/06/2015 de: <http://vientredealquiler.com/>

⁴⁰Center forSurrogateParenting, inc.[Versión electronica]. Recuperado el 25/08/2015 de: http://www.creandofamilias.com/subrogada_gay.htm

al respecto, generando controversias al momento de su realización en cuanto al reconocimiento de derechos, por lo cual se hace necesario dar tratamiento legislativo a este tipo de técnica buscando armonizar el ordenamiento jurídico en post de la igualdad de derechos para todos sus habitantes.

3.3.- PAISES QUE PERMITEN O PROHIBEN EL USO DE LA GESTACION POR SUSTITUCION

India y Ucrania permite cualquier tipo de contrato de Maternidad Subrogada ya sea altruista, comercial, homóloga y heteróloga pero no otorgan nacionalidad a estos niños que nacen producto de la utilización de dicha técnica, por lo cual los padres deben recurrir a su país de origen solicitando pasaporte para el niño para poder regresar con el niño lo que en muchos casos es también denegado.

Estados Unidos la regulación de la misma varía en cada estado algunos prohibiéndola como es el caso de Arizona, Distrito de Columbia, Michigan, Nueva York otros permitiendo su uso como es el caso de California, Massachusetts, Ohio, Pensilvania como así también estados que nada dicen al respecto.

Canadá, Australia, Israel, Países Bajos y Reino Unido permiten solo los acuerdos de tipo altruista.

Brasil prohíbe el uso de Gestación por Sustitución de tipo comercial y si bien no existe una legislación específica al respecto la resolución CFM n 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina⁴¹ estableció en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) donde, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética.

⁴¹ Es posible consultar en su texto original, algunos fragmentos de esta resolución en: SebastiãoEspíndola José. "Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida". En Revista Bioética e Ética Médica publicada pelo Conselho Federal de Medicina, págs. (91-108). Sitio Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726569X2002000200008&script=sci_arttext&tlng=en

En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. Permitiendo el uso de la misma cuando sea altruista siendo la madre gestante familiar de la madre genética.

México, tres son los estados que regulan la Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada y son los estados de Tabasco permitiendo el empleo de la misma considerándola legal regulando la misma en el Código Civil de Tabasco⁴² más específicamente en los artículos 92 en el cual se establece que en el caso de hijos nacidos de una madre “gestante sustituta” (mujer que lleva el embarazo a término proporcionando el componente para la gestación pero no el componente genético) se presume la maternidad a favor de la madre contratante ya que el hecho implica aceptación. En los casos en que la participación se trate de una “madre subrogada” (la cual provee el material genético y gestante) deberá estar dispuesto a lo ordenado para la adopción plena. Si la madre gestante sustituta o madre subrogada vive con su esposo el oficial del registro civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el marido.

Por su parte en los siguientes articulados en el código de Tabasco 347, y 360 también se establece cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer se considerara madre legal a la madre contratante (mujer que acuerda utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada).

En nuestro país un nuevo caso que refiere a la problemática planteada es “B.F.M. y OTROS c/ GCBA s/ AMPARO”⁴³ Expte: N°: A12698-2014/0. En el citado se resuelve otorgar transitoriamente pasaportes a los dos niños nacidos en México producto de Gestación por

⁴² Código Civil de Tabasco (2013). [Versión electrónica]. Recuperado el 20/04/2015 de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/427/Tabasco.-%20Codigo%20Civil.pdf>

⁴³ Juzg. En lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 17. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “B.F.M. y Otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”. Recuperado el 18/04/2015 de: <http://www.infojus.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-tributario-nro-17-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-bfm-otros-gcba-amparo-fa14370094-2014-12-18/123456789-490-0734-lots-eupmocsollaf>

Sustitución ya que sus padres pedían la tramitación de los mismos como hijos nacidos de padres argentinos en el exterior para su ingreso al país a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio Público planteo la incompetencia de la misma entendiendo que quien debía resolver era la justicia nacional, por tratarse de una cuestión del derecho de familia. El magistrado Según rechazó dichos argumentos fundamentando que no se discute ni cuestiona la filiación sino que la pretensión tiene como exclusivo objeto la emisión de un acto administrativo emanado de la autoridad competente.

Entre los países que prohíben su uso se encuentran Suiza, China, Francia, España, Alemania, Italia entre otros.

3.4.- ARGENTINA UN PAIS QUE NADA DICE AL RESPECTO

Si bien en Argentina no contamos con una legislación al respecto, amplio es el debate en cuanto a la temática tratada, en la actualidad son cada vez mayores los casos que van sentando precedente en nuestra legislación, lo cual hace absolutamente necesario que se cree una legislación al respecto ya sea prohibiendo el uso de la Maternidad Subrogada o permitiéndola.

El anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial Argentino⁴⁴ presentado en el año 2012 pretendía la incorporación de la figura de Gestación por Sustitución, si bien luego ésta figura queda excluida en la actual reforma preveía:

“ARTÍCULO 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.

⁴⁴ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Comisión de Reformas Decreto 191/2011. Recuperado 05-05-2015 de: http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf

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. (Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Comisión de Reformas Decreto 191/2011).

Aunque el anteproyecto de reforma no fue incorporado al nuevo Código Civil consideramos, que regulaba la Gestación por Sustitución en función de los intereses en juego sin que por ello se considere al niño como objeto de venta, por lo que pretendía que esta técnica se realice de manera altruista y no de modo comercial, evitando de este modo su lucro y contemplando las necesidades de aquellas personas que se veían imposibilitadas de procrear o gestar a un niño, postura a la que adherimos.

Amplio es el debate hoy en día en cuanto al porque no fue incorporado el mismo en el nuevo Código Civil y Comercial, ya que podría haber subsanado un importante vacío normativo en cuanto al uso de TRHA se refiere.

Los avances producidos en nuestra legislación en lo que respecta al uso de TRHA y su incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial abrieron un amplio debate en cuanto a que nada se dice respecto de la Gestación por Sustitución, pero la regulación de las TRHA vino a su vez a establecer claramente la permisión de nuevos vínculos filiatorios, contemplando la filiación por naturaleza debiendo constatarse la misma a través del vínculo biológico, como así también ahora la filiación en el caso de la utilización de TRHA, cobrando real importancia la “voluntad procreacional”.

Consideramos de real importancia recordar que el principio de Reserva establecido en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional⁴⁵: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

De este modo se refiere a la facultad que tiene el hombre de decidir como actuar en su vida, dentro de un marco de respeto y sin perjudicar a los demás, sin vulnerar ni alterar el orden público y sin contradecir lo que la ley dispone, pero pudiendo realizar conductas privadas que por no encontrarse prohibidas tampoco puedan ser objeto de sanción para los mismos si la ley nada dice al respecto, este análisis podría generar en cualquier persona la creencia de que la Gestación por Sustitución al no encontrarse prohibida por nuestra legislación, se encuentra permitida debido a que la ley considera que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Un reciente fallo “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación”⁴⁶ Expte. 714/15 avaló un acuerdo de Maternidad Subrogada celebrado en Mendoza, para hacerlo se tuvo en cuenta la voluntad procreacional de los padres que aportaron el material genético, acompañado del consentimiento prestado por la madre gestante a través del acuerdo

⁴⁵Zarini, H. J. (1996). Constitución Argentina: comentada y concordada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

⁴⁶ JUZGADO DE FAMILIA. MENDOZA, MENDOZA “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación” SENTENCIA 29 de Julio de 2015. Recuperado el 28/09/2015 de: <http://www.infojus.gob.ar/1er-juzgado-familia-local-mendoza-avo-acg-jjf-medida-autosatisfactiva-accion-declarativa-filiacion-fa15190015-2015-07-29/123456789-510-0915-lots-eupmocsollaf>

realizado. En representación del Ministerio Público de Menores se pide la nulidad del contrato por considerar al mismo nulo por su objeto. El Juez Carlos Neirotti resolvió a favor de la pareja (padres biológicos del menor) no haciendo lugar al pedido de nulidad del acuerdo, después de someter al menor a un examen de ADN el cual resulto favorable a dicha pareja considerando que la voluntad procreacional jugó un rol importante en la concepción de este menor.

Este fallo viene a sentar otro importante precedente para la legislación Argentina en lo que a Gestación por Sustitución se refiere, de este modo se puede inferir que es cada vez mayor la necesidad de dar tratamiento a la misma para suplir esta insuficiencia legal no tratada aun por el Estado, que hoy en día enfrenta a las partes que recurren a su uso, a graves problemas no solo al momento de la filiación y reconocimiento de los niños nacidos, sino también a diversos conflictos que se presentan desde el momento en que este niño es gestado en un vientre ajeno y el posterior reconocimiento de sus derechos cuando el mismo llega al mundo, sin poder afirmar que dichas partes cuentan con un marco regulatorio y protectorio adecuado para llevar este procedimiento adelante en nuestro país y por ello sin que ninguno resulte perjudicado ni se afecte el interés superior del niño.

Debido a la falta de regulación legal en nuestro país podemos observar como el uso de la Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada se hace cada vez más frecuente en países donde ya cuentan con regulación al respecto, muchas son las parejas que deciden emprender el rumbo a dichos países en la búsqueda del anhelado deseo de convertirse en padres o madres y regresan cuando ya tienen a su hijo, en muchos casos sin problemas porque los mismos son reconocidos en los países donde es llevada a cabo, pero en muchos otros casos, enfrentándose los mismos a problemas al momento de la filiación de estos niños en nuestro país, debiendo recurrir a la justicia para poder ingresar con los menores como hijos propios.

Asimismo se presentan casos en que al no existir una regulación al respecto, esta técnica es llevada a cabo de modo clandestino, permitiendo lucrar con la vida de estos menores anotándolos al momento de su nacimiento a nombre de la madre biológica o la madre que encargo al niño/a mediante coimas a directivos de hospitales o parteras, violando la ley que establece que madre es quien da a luz en Argentina, pasando estas situaciones desapercibidas ya

que al momento de establecer el nexo biológico nadie puede determinar que hubo una madre gestante, dando por sentado que la madre es la que establece el vínculo biológico.

Un informe realizado en el programa “La cornisa”⁴⁷ del periodista Luis Majul estableció que en la provincia de Misiones, más precisamente en Oberá, se denunciaron en un año 168 casos de entregas de bebés en muchos casos realizando supresión de identidad de estos niños, por lo que no sería extraño pensar que también puedan darse situaciones en las cuales directamente se realicen casos de Gestación por Sustitución para poder establecer vínculos biológicos con los niños nacidos y de este modo ante cualquier situación controversial que se presente, se recurra a la justicia para acreditar el nexo biológico con dicho menor, sabiendo que los jueces van a fallar en función de las pruebas aportadas.

Es común que en estos casos donde la realización de Gestación por Sustitución es llevada a cabo de modo clandestino burlando la ley al momento del registro de estos niños, quienes decidan llevarla adelante recurran a la búsqueda de mujeres que viven en condiciones infrahumanas ofreciéndoles dinero y mejorar su calidad de vida entre otras cosas, ocupándose de los gastos de alimentación durante la gestación del niño/a por nacer.

Si bien la ciencia brinda en los últimos años grandes esperanzas a los seres humanos en cuanto al uso de TRHA se refiere, dando la posibilidad de procreación a aquellas personas que no podrían hacerlo por medios naturales, hay que subsanar las brechas existentes en la actualidad entre el ordenamiento jurídico y la ciencia médica, en cuanto a ausencia de legislación respecto a la Gestación por Sustitución. Todas estas razones deben impulsar a los legisladores a dar solución y regulación a este tipo de técnica estableciendo los parámetros dentro de los cuales la misma pueda ser llevada a cabo evitando todo exceso en el que se pueda incurrir, sin afectar de este modo la dignidad de la persona humana, ni el interés superior del menor.

⁴⁷ Informe "Buscadores de vientres" y "las niñas madre" en Misiones, "La cornisa" de L.Majul - 07/06/15. [Versión electrónica]. Recuperado el 25/11/2015 de: https://www.youtube.com/watch?v=Ym-X23yjA_E

CONCLUSIONES PARCIALES

Frente al gran incremento de la práctica de estas nuevas formas de procreación, entre las que encontramos la Gestación por Sustitución, vemos como hoy la ciencia médica le proporciona el uso y empleo de esta técnica a parejas o personas que por medios naturales no pueden lograr la procreación, encontrando opiniones y problemas que surgen alrededor de su uso, no sólo de orden ético, religioso, moral o social, sino el mayor problema al cual se enfrentan muchos países como es el nuestro, en lo que se refieren a cuestiones de tipo normativa ante la falta de una legislación adecuada que regule de alguna manera este tipo de situaciones.

Nuestra realidad nos lleva a observar que esta técnica es cada vez más utilizada por personas que veían frustrada su voluntad de procreación, para quienes la misma se convirtió en la esperanza de tener hijos biológicos en la búsqueda de la constitución de una familia, provocando esta falta de regulación brechas imprevisibles, particularmente en lo que respecta a la lucha por la igualdad de derechos que se pretendió alcanzar en nuestro país con la incorporación de leyes tan importantes como Identidad de Género, Matrimonio Igualitario y Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Se presentan situaciones de parejas que cuentan con la posibilidad económica y deciden irse a países donde esta técnica es llevada adelante sin mayores complicaciones por contar con una regulación adecuada que brinda seguridad jurídica a las personas que deciden llevar adelante un embarazo mediante Gestación por Sustitución, como fue el caso de la vedette Florencia de la V y la periodista Marisa Brel entre otros.

Es en el marco de estas situaciones que consideramos necesario un control adecuado en lo que a Gestación por Sustitución se refiere, ya que la misma es realizada por miembros de nuestra sociedad a veces hasta de modo clandestino, por lo cual se aspira a que el Estado intervenga cuanto antes para subsanar este vacío jurídico, evitando hacer uso y abuso de esta técnica, en la mayoría de los casos comercializando el vientre de la mujer gestante y considerando a este niño como un objeto de venta para obtener una remuneración a cambio, por lo cual se hace necesario armonizar los intereses y derechos de todos los habitantes.

Capítulo IV
Las Partes en la Gestación por Sustitución

CAPITULO IV: LAS PARTES EN LA GESTACION POR SUSTITUCION

INTRODUCCION

Más allá de todos los debates que surgen alrededor del uso de esta técnica, pretendemos desarrollar en el siguiente capítulo el rol que juega cada parte cuando la misma se lleva adelante en la búsqueda de cumplir con los derechos procreacionales de cada individuo.

En el capítulo anterior vimos los distintos tipos de maternidad subrogada, partiendo de ello podemos hablar que hoy en día, sobre todo en países que no cuentan con un marco regulatorio, se produjo un cambio importante en cuanto a redefinir el concepto de “madre” a partir del uso de la Gestación por Sustitución, por lo cual trataremos de explicar a partir de un análisis realizado las distintas concepciones que de ello surgen.

Así mismo pretendemos analizar la situación de las partes cuando llevan adelante la TRHA; Gestación por Sustitución y como se presenta la situación en nuestro país al no contar con una legislación adecuada al respecto, al momento de la filiación y el reconocimiento de niños/as nacidos producto de la utilización de la técnica de Gestación por Sustitución.

4.1.- GENERALIDADES

En la actualidad el debate de la Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada en el mundo es cada vez mayor, ya que en muchos países esta técnica se encuentra regulada, dando lugar, para que aquellas personas que no cuentan con legislación en sus países, puedan recurrir a estos en búsqueda de la concepción de sus hijos.

En Argentina el uso de esta técnica nos enfrenta a grandes vacíos normativos, por lo cual se hace cada vez más necesario una pronunciación respecto a esta problemática.

El primero de Agosto de 2015 entró en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial⁴⁸, el cual plantea ya en su artículo 19 el comienzo de la persona humana desde el momento de la concepción dejando atrás el artículo 70 del viejo Código Civil y Comercial⁴⁹ que consideraba el comienzo de la existencia de la persona humana desde la concepción en el seno materno.

Dicho de otro modo, podemos contemplar que desde el momento de la unión de un óvulo con un espermatozoide ya estaríamos en presencia de una persona humana, si bien el artículo 21 del nuevo Código Civil y Comercial viene a plantear que a partir del nacimiento con vida quedarán irrevocablemente adquiridos los derechos y obligaciones de este concebido, consideramos que de dichos articulados surgen importantes temas a tratar, ya que con el uso de las TRHA se plantean posibilidades en cuanto a todo aquello que no fue previsto por la norma, como el uso Gestación por Sustitución para quienes deciden llevarla a cabo, considerando que todo lo que no está prohibido se encuentra permitido.

La incorporación del matrimonio igualitario, también despierta grandes polémicas, en cuanto a que NO es posible considerar que si dicha ley se regule en búsqueda de igualdad de derechos y obligaciones, no se haya contemplado aun, que la única posibilidad para que una pareja gay pueda procrear hijos biológicos sería mediante la Gestación por Sustitución.

Si bien se redefinió el concepto de familia en nuestro país, permitiendo como nueva estructura que la familia homoparental cuente con igualdad de derechos, las mismas deberían

⁴⁸Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Recuperado el 15/04/2015 de:
<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁴⁹Código Civil Argentino (1992).

disponer libremente de sus derechos reproductivos y de su voluntad procreacional permitiéndoles el acceso a este tipo de técnica (gestación por sustitución) y brindándoles la posibilidad de contar con un marco regulatorio adecuado para el ejercicio de sus derechos. Si tenemos en cuenta como el nuevo código prevé la filiación biológica, como también la filiación mediante el uso de TRHA en la cual va a jugar un papel fundamental la voluntad procreacional de los mismos en la búsqueda del proyecto parental, se hace incomprensible porque no se tuvo en cuenta esta problemática al momento de regular el uso de leyes tan importantes.

De esto surge que las parejas gays en búsqueda del proyecto parental, en la actualidad deban recurrir a otros países donde encuentran seguridad jurídica al respecto para concretar el deseo de convertirse en padres y llevar adelante el proyecto parental debido a que hoy nuestro país sigue sin contar con una regulación adecuada respecto del uso de esta TRHA.

4.2.-FUTUROS PADRES

Entenderemos por los mismos a aquella pareja gay (tema bajo análisis), que encargan la realización de la técnica de Gestación por Sustitución en búsqueda del proyecto parental.

4.2.1.- Concepto de Padre

Según Manuel Ossorio⁵⁰ se define PADRE como: *“varón que ha engendrado a otra persona y que con arreglo a ella se encuentra en el primer grado civil de parentesco de la línea recta masculina ascendente, como la madre lo es en la línea femenina. De la relación paterno filial se derivan diversas obligaciones y derechos, principalmente los que se refieren a la patria potestad, a la prestación recíproca de alimentos, a las sucesiones legítimas, a los deberes de asistencia, al consentimiento matrimonial de los menores de edad, a la corrección, a la transmisión del apellido y al nombramiento de tutor, entre tantísimos más”*. (Ossorio, 2006 pág. 673).

⁵⁰Ossorio, M. (2006). Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Argentina. Editorial Heliasta. Recuperado el 06/04/2015 de: <http://www.geocities.ws/rfariasfiguera/Diccionario%20Juridico.pdf>

El Diccionario de la Real Academia Española⁵¹ (entre otras definiciones) define “padre” como: *Varón o animal macho que ha engendrado a otro ser de su misma especie. Varón que ejerce las funciones de padre. Cabeza de una descendencia, familia o pueblo.*

Entenderemos dentro del tema que nos ocupa, que si bien sabemos que todos los seres humanos tenemos un padre biológico, sin el cual nuestra concepción no hubiese sido posible, “padre” será aquella persona masculina que aportando su material genético establezca un vínculo biológico con sus hijos ya sea de modo natural, como también podrá serlo aquel que pueda adquirir este estado por medio de la adopción, o a través del empleo de técnicas de reproducción humana asistida como lo estipula el actual Código Civil Argentino.

4.2.2.- La paternidad y el vínculo filial

En Argentina hasta antes del 01 de Agosto de 2015, fecha en la cual entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial⁵², se consideraba que la filiación tenía lugar únicamente por naturaleza (haciendo referencia al vínculo biológico que se establecía entre los padres y los hijos) y por adopción cuando la ley otorgaba a una persona el estado de padre o madre de un niño/a.

Hoy en día se amplió el panorama en cuanto a los modos filiatorios, incorporando como un nuevo modelo filiatorio, al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, permitiendo de este modo el análisis de la paternidad biológica, legal, teniendo como pilar fundamental para determinación de “la voluntad procreacional” en el uso de las TRHA, entendiendo a la misma como el deseo de engendrar un hijo.

A partir de lo expuesto haremos una diferenciación entre:

Padre biológico: podrá entenderse como aquel que aporte el material genético para que la concepción sea posible;

⁵¹De la Lengua Española, D. (2001). Real Academia Española. *Vigésima, I.*

⁵²Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Recuperado el 15/04/2015 de:
<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

a) pudiendo ser la misma de modo natural, después de mantener relaciones sexuales.

b) por haber aportado material genético para la realización de TRHA; Gestación por Sustitución al verse imposibilitados de gestar un niño en su vientre, en este caso bajo análisis por tratarse de una pareja gay, por el tipo de infertilidad estructural que ambos presentan.

c) por haber aportado su material genético como donante anónimo para que otras parejas puedan procrear.

Padre legal: va a ser aquel padre reconocido por el ordenamiento jurídico al cual pertenezca, de modo tal que el mismo pueda ser el padre biológico o bien el cual haya adquirido la paternidad por adopción o por empleo de las TRHA.

Padre anónimo: considerando que será aquel que se convirtió en donante de material genético para un banco de espermias, siendo el mismo a su vez el padre biológico por haber aportado su material genético pero sin llegar a disponer de la paternidad legal del menor ya que el mismo participa solo como donante.⁵³

Cuando hablamos de este padre anónimo, quien dona sus espermias para técnicas reproducción humana asistida, surge un interrogante ¿Qué ocurre cuando personas que nacieron a partir del uso de estas técnicas quieren conocer su verdadera identidad biológica?, al respecto podemos decir que en caso de que ello ocurra nuestro Código Civil y Comercial⁵⁴ prevé:

Artículo 564: “Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede;

- a) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;*
- b) Revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.(Código Civil y Comercial 2014)*

⁵³ Anonymous Father’s Day [Versión electrónica]. Recuperado el 10/09/2015 de: <http://www.anonymousfathersday.com/about/>

⁵⁴ Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

De esto surge que podría existir la posibilidad de que dichas personas que buscan conocer su identidad biológica, puedan hacerlo mediante razones debidamente fundadas siempre y cuando los jueces lo permitan. Pero ¿cuáles serían razones debidamente fundadas? Al no aclarar el artículo esto quedaría a criterio absoluto de los jueces y es allí donde consideramos que la norma al respecto debería haber tratado en profundidad el tema para brindar mayor claridad frente a esta problemática.

El derecho a conocer por quienes fueron engendrados, es tan importante que la norma debería prever soluciones concretas sin limitar la posibilidad del acceso a este tipo de información, de modo tal que cada persona que desee conocer sus orígenes pueda acceder a esta información libremente, sin que por ello se genere responsabilidades para estos padres anónimos donantes de su material genético, quienes simplemente decidieron ayudar en la concreción del proyecto familiar de otras personas.

4.2.3.- El deseo de un hijo biológico, unido a la voluntad procreacional

La incorporación del matrimonio igualitario junto con el uso de TRHA en Argentina, nos permite observar cambios sustanciales en cuanto a la búsqueda de igualdad de derechos, dichas regulaciones permiten que aquellas personas que no puedan procrear independientemente del sexo que sean, puedan acceder mediante el uso de este tipo de técnicas a la concreción del tan anhelado deseo de convertirse en padres o madres.

Pero ¿cómo se plantea la situación cuando una pareja gay también desea concretar el anhelo de convertirse en padres biológicos?, en la actualidad estas parejas aspiran a tener los mismos derechos y privilegios para concretar este deseo de traer al mundo a un hijo biológico, para brindarles amor, cuidado, educación, protección, entre otras cosas como lo haría cualquier familia que ame a sus hijos, sin enfrentarse a ningún tipo de discriminación por parte del Estado y la sociedad en su conjunto.

Si tenemos en cuenta que la filiación que se realice mediante el uso de las TRHA deberá estar de acuerdo a la llamada “voluntad procreacional” prevista en el nuevo Código Civil y Comercial⁵⁵:

Artículo 562: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. (Código Civil y Comercial 2014).

Sigue como prevalencia de nuestro ordenamiento el principio de que madre es la que da a luz, considerando de este modo que se presentaría una contradicción, ya que cuando una pareja gay decide buscar un hijo biológico no pretende que el vínculo de este niño se establezca con la persona que lo gestó mediante Gestación por Sustitución, salvo casos excepcionales, o cuando no cuentan con otra alternativa para llevar adelante el proyecto parental, buscando de este modo el reconocimiento de la copaternidad para ejercer los derechos y deberes que surgen dentro de cada núcleo familiar y cada ordenamiento jurídico.

Cuando hablamos del interés de procreación humana o hablamos de la voluntad procreacional de los mismos, hacemos referencia a uno de los fines fundamentales en la constitución de una familia para muchos seres humanos, el cual vendrá aparejado desde el matrimonio o la unión conyugal libre o de hecho e incluso individual de cada ser humano sin importar el sexo de las personas, abriendo así un amplio debate en cuestiones donde las parejas gays se ven imposibilitados de gestar un niño/a, bien es sabido que ningún hombre puede llevar adelante un embarazo en su vientre, no siendo por ello menor el deseo de procrear y traer al mundo a un hijo biológico.

La incorporación de la ley 26.618⁵⁶ en la búsqueda de igualdad de derechos para todos los miembros de la comunidad vino a regular la institución del matrimonio entre personas de igual sexo y también incentivo al reconocimiento de dichas personas por parte de nuestro

⁵⁵ Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁵⁶ Ley 26.618. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

ordenamiento y la sociedad en su conjunto, permitiendo que lleven adelante el ejercicio de sus derechos como cualquier habitante de la nación, ante estos cambios de gran envergadura que se incorporaron desde su entrada en vigencia, encontramos la posibilidad de la inscripción de niños como hijo de ambos progenitores sin importar el sexo de estos. Así el artículo 36 en su inciso “c” establece: *“El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonio entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad...”*

Acompañando el pensamiento de Gil Domínguez⁵⁷ *“Toda las personas tienen derecho de concebir un hijo/a conforme a la situación que su orientación sexual determine, de lo contrario el avance progresivo y pro homine de la ley de matrimonio igualitario se vería burlado por la imposición de posturas que fueran superadas argumentalmente en el debate de la ley. La única forma que tiene una pareja gay de concebir un hijo/a es mediante la Maternidad Subrogada como genuina forma de expresión de la voluntad procreacional y del amor filial”*.

De este modo y con lo expresado anteriormente, vemos que para ellos se hace indispensable que el ordenamiento se pronuncie respecto al uso de la TRHA: Gestación por Sustitución, siendo la solución más adecuada para que los mismos puedan llevar adelante el proyecto parental y ejercer libremente su derecho procreacional que les permita fundar una familia constituida con hijos biológicos, el tan respetado derecho de fundar familia que bien establecido se encuentra previsto en instrumentos internacionales y en nuestro ordenamiento en la búsqueda de la igualdad de todos ante la ley.

4.3.-MADRE GESTANTE

Muchas son las aserciones para definir a la mujer que lleva adelante un embarazo para concebir a un hijo para otra persona, entre ellas encontramos; “madre gestante”, “madre portadora”, “madre sustituta”, “madre por encargo”, “madre subrogada”, “madre de alquiler”

⁵⁷ Gil Domínguez, Andrés, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LA LEY 12/03/2012, 2012-B, pág. 1251.

entre otros, de modo tal que primero trataremos de dar una definición del término “madre” para continuar con nuestro análisis.

Para Manuel Ossorio⁵⁸, madre es; *“La mujer que ha tenido uno o más hijos. En relación con el hijo, constituye el primer grado de parentesco consanguíneo de la línea recta femenina ascendente. La condición de madre trasciende a diversas instituciones jurídicas. Así, en el Derecho Civil, se relaciona, en primer término, con la condición legal de los hijos, ya que según sea el estado civil de la madre en el momento de la concepción y del parto, y también sus circunstancias y las del hombre de quien tuvo el hijo, éste tendrá una u otra calificación: legítimo, natural, adulterino, incestuoso, sacrílego, máncer; en la nomenclatura jurídica argentina, matrimonial o extramatrimonial”*. (Ossorio, 2006 pág. 570).

El Diccionario de la Real Academia Española⁵⁹(entre otras) define “madre”: *Hembra que ha parido. Hembra respecto de su hijo o hijos. Matriz en que se desarrolla el feto. Causa, raíz u origen de donde proviene algo.*

Generalmente cuando hablamos de madre, lo relacionamos automáticamente al vínculo biológico entre la madre y este niño, por ello se consideraba que la maternidad podía presumirse, ya que se entendía que un niño que era gestado en el vientre de una mujer era hijo de la misma y ello se manifestaba a través del parto, hoy en día con el avance tecnológico y mediante el uso de las TRHA, una mujer puede llevar en su vientre y dar vida a un niño que nada tenga que ver con ella biológicamente, dicho de otro modo, el concepto de madre y maternidad hoy en día también va evolucionando y buscando su lugar dentro de la sociedad producto de los grandes avances de la ciencia médica, genética y biotecnología.

La doctrina⁶⁰ considera que según los grados de intervención se hablará de:

⁵⁸ Ossorio, M. (2006). Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Argentina. Editorial Heliasta. Recuperado el 06-04-2015 de: <http://www.geocities.ws/rfariasfiguera/Diccionario%20Juridico.pdf>

⁵⁹ De la Lengua Española, D. (2001). Real Academia Española. *Vigésima, I*.

⁶⁰ Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres (eBook)*. EdicionsUniversitat Barcelona. . Recuperado el 08/05/2015 de: https://books.google.es/books?hl=es&lr=lang_es&id=4gOtBAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=%E2%80%A2%09Lamm,+E

Maternidad Plena: es aquella unida por la relación biológica, genética y gestacional, con el ejercicio y cumplimiento de derechos y obligaciones que surgen de la maternidad.

Maternidad Genética: es aquella donde la mujer aporta el material genético brindando su óvulo para la concepción.

Maternidad Gestacional: es aquella en donde la mujer lleva el embrión en su vientre durante toda la gestación.

Maternidad Legal: aquella en donde la mujer asume frente al hijo los derechos y las obligaciones inherentes a la maternidad, puede darse esta situación sin que exista entre ellos vínculos biológicos generalmente en casos de adopción. (Lamm, E. 2013)

Cuando hablamos de madre gestante, portadora o sustituta entre otros, es necesario reconocer que el avance en el campo de la genética y biotecnología ha dado paso al análisis y reconocimiento de nuevos roles en cuanto a maternidad se refiere, especialmente cuando hablamos de Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución, ésta técnica en la actualidad presenta gran complejidad en varios ordenamientos jurídicos que hoy no cuentan con legislación al respecto. De este modo trataremos de marcar algunas diferencias.

Ya hemos planteado que para Eduardo Tinant⁶¹ existe una diferencia entre madre portadora y madre sustituta, considerando que la madre portadora va a ser aquella que no establece ningún vínculo biológico con el niño por nacer, debido a que ella no aporta su material genético, mientras que la madre sustituta será aquella con quien el niño si tendrá un vínculo biológico por haber aportado la misma su material genético para su concepción. (Tinant, 2015)

De cualquier manera, entenderemos que en lo que se refiere a la búsqueda de la paternidad por parte de individuos o parejas gays, la necesidad de una mujer ya sea como madre portadora o sustituta es el punto cardinal, para poder concretar el deseo de ser padres llevando adelante la voluntad procreacional de los mismos, de ello se infiere que el rol que juega esta

[+\(2012\).+Gestaci%C3%B3n+por+sustituci%C3%B3n.+Ni+maternidad+subrogada+ni+alquiler+de+vientres+\(Vol.+2\).+Edicions+Universitat+Barcelona&ots=yucbLB6LZk&sig=6k4PGf0XzCc3vOXSEFLogxzPEHk#v=onepage&q&f=false](#)

⁶¹Tinant, E. L. (2015). Gestación por sustitución en la reforma: Implicancias bioéticas y jurídicas. *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina*, 10(1). Recuperado el 15-11-2015 de: <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaem/article/viewFile/6095/5518>

madre gestante entre otros, será de real importancia para estos padres, que esperan la llegada de su hijo.

En la mayoría de estos casos, estas parejas deciden optar para que esta madre gestante no establezca vínculos biológicos con el niño, por temor a que se presenten situaciones contradictorias al momento de entregar al niño, como sería el caso de arrepentimiento por parte de la misma creando lazos afectivos con el niño por nacer, entre otros.⁶² (Quaini, F. M.)

A partir de esto observamos que el tipo de subrogación que mayormente se emplea es el de la Subrogación total o gestacional, en la cual la madre gestante no aportara su material genético y solo se limitará a llevar adelante el embarazo en su vientre sin establecer ningún vínculo biológico con el mismo, evitando de este modo problemas al momento de establecer quiénes son los padres biológicos de este menor.

Muchos problemas surgen en torno a las madres subrogadas y cada vez son más mujeres que ofrecen su útero para llevar adelante estos procedimientos, si bien muchos ordenamientos ya cuentan con una regulación adecuada al respecto, hoy son muchos los países en que nada se dice respecto de la Gestación por Sustitución, dando lugar a que muchas mujeres se presten a la realización de esta técnica solo con fines comerciales, como si el niño por nacer pudiese considerarse un simple objeto que luego será entregado a cambio de dinero.

En nuestro país muchas personas lo hacen de manera clandestina, mientras que otros la realizan alegando que la ley nada dice al respecto, como así también están los que directamente recurren a otros países para su realización ya que en ellos encuentran protección de la ley por contar con una regulación adecuada al respecto.

En los países donde la gestación por sustitución se permite, no cualquier mujer podrá ser madre gestante se deberá estar a favor de lo que la ley establece, que generalmente en la mayoría

⁶² Quaini, F. M. Abogada-Derecho Internacional- CABA- Buenos Aires Mendoza. [Versión electrónica]. Recuperado el 25/11/2015 de <http://www.lexaustralis.com/alquilerdevientre.htm>

de los países se requiere que dichas mujeres tengan al menos un hijo propio, buena salud entre otros requisitos importantes para poder llevar al niño en su vientre⁶³. (Quaini, F. M.)

4.4.- EL NIÑO NACIDO DE TRHA; GESTACION POR SUSTITUCION

Cuando hablamos del niño nacido por medio del uso de Gestación por Sustitución, nos estamos refiriendo a ese niño cuyos padres buscaron que su procreación fuese posible a través del uso de esta técnica, por ende entendemos que sin este deseo de cumplir y concretar con su voluntad procreacional el nacimiento del mismo no hubiese sido posible. La llamada “voluntad procreacional” cobra un papel relevante en el uso de estas TRHA. Esa persona de existencia humana que pasa a formar parte de sus vidas desde el momento de su concepción, y la cual necesita de la protección adecuada por parte del Estado como miembro de la sociedad.

4.4.1.- La filiación biológica del niño

Hoy en día con la incorporación de nuevos modelos familiares en Argentina, bien es sabido que en lo que respecta a la filiación de niños que nacen de Gestación por Sustitución, se presentan grandes problemas para las parejas gays que buscan el reconocimiento de la copaternidad, en cuyo caso el único modo que tienen para pelear la legitimidad y el reconocimiento de este niño, será apelando a la filiación biológica y a la voluntad procreacional de los mismos, pretendiendo el reconocimiento por parte de la interpretación que realicen los jueces quienes decidirán al respecto, al no contar con legislación sobre esta problemática, debiendo considerarse por sobre todas las cosas el interés superior del niño.

Para Belluscio⁶⁴ : “*La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona (el hijo) con sus progenitores (el padre y la madre)*”. (Belluscio, 1996 pág. 201)

Zannoni y Bossert⁶⁵ la definen como “*vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad quedan, jurídicamente, determinadas*”. (Zannoni y Bossert 2005 pág. 441)

⁶³ Quaini, F. M. Abogada-Derecho Internacional- CABA- Buenos Aires Mendoza. [Versión electrónica]. Recuperado el 25/11/2015 de <http://www.lexaustralis.com/alquilerdevientre.htm>

⁶⁴ Belluscio, A. C. (1996). *Manual de derecho de familia* (Vol. 2). Depalma.

Para dichos autores queda claro que el nexo biológico es un pilar fundamental para determinar la filiación, lo cual permitiría de algún modo inferir que en aquellos casos de niños que nacen producto de esta TRHA sea posible establecer la filiación de los mismos acudiendo a este nexo biológico, ya que el mismo se establece en la mayoría de los casos de Gestación por Sustitución solo con uno de los padres cuando se trata de parejas gays para evitar situaciones controversiales. De modo que la madre gestante no establece ningún vínculo biológico con el menor pero si el padre que apporto su material genético.

Con la incorporación de la Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, se hace necesario tener presente la realidad biológica y la voluntad procreacional al momento de establecer los vínculos filiatorios de los niños nacidos producto del uso de TRHA, ya hemos dicho que con la entrada en vigencia de dicha ley el nuevo Código Civil Argentino se contempla la filiación por naturaleza, debiendo constatarse la misma a través del vínculo biológico, como así también ahora la filiación en el caso de la utilización de TRHA, considerando un nuevo modelo filiatorio que cobra real importancia a través de la llamada “voluntad procreacional” la cual va a ser expresada según este código a través del consentimiento informado ya que del mismo se infiere que se prestó este consentimiento en cuanto a la realización de este tipo de técnicas con la intención de dar vida a un nuevo ser.

El nuevo Código Civil y Comercial establece en su artículo 558 que la filiación tendrá lugar por naturaleza, por el uso de TRHA y por medio de la adopción. Estableciendo de este modo tres tipos filiatorios.

Otro artículo que cobra relevancia en el nuevo Código Civil y Comercial⁶⁶:

Artículo 529; “Concepto y terminología. Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad.

⁶⁵ Bossert Gustavo A, y Zannoni Eduardo A. (2005). Manual de Derecho de Familia, 6ª Edición, Buenos Aires Argentina: Editorial Astrea. p. 441

⁶⁶Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Recuperado el 15/04/2015 de:
<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral”.

De este modo sería injusto no contemplar el registro de los niños nacidos de Maternidad Subrogada por voluntad de una pareja o persona gay ya que se negaría la posibilidad de constituir una familia y garantizar la continuidad del vínculo en caso de separación o muerte de uno de los progenitores, como todos aquellos derechos y obligaciones que surgen en torno al Derecho de Familia en nuestro ordenamiento y garantizar la no discriminación, la protección integral de todas las familias.

Un importante caso que sentó precedente fue el “Caso Tobías”⁶⁷: un niño hijo de dos hombres argentinos; Carlos Dermgerd y Alejandro Grimblat, quienes recurrieron a una clínica en Nueva Delhi, éste niño nació en India mediante la práctica de la Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución a principios de Julio del año 2012, el problema se presentó cuando ambos quisieron regresar a Argentina ya que en la India no se otorga nacionalidad a los niños nacidos producto de la realización de la misma, por lo que hizo falta que nuestro país le otorgara la nacionalidad y reconociera la doble filiación paterna para poder ingresar con el niño, esto fue posible y se permitió la inscripción en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos.

La Resolución 38/12 de la Subsecretaría de Justicia de la CABA, instruyó a la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas para que “en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as”⁶⁸.(Gil Domínguez, A., 2012).

Constituyendo de éste modo un interesante precedente Nacional ya que por primera vez se reconoce una inscripción de copaternidad en un caso de matrimonio igualitario.

⁶⁷ Resolución 38-SSJU-2012-CABA. “Caso Tobías”. [Versión electrónica]. Recuperado el 20/02/2015 de:

<http://thomsonreuterslatam.com/2013/01/30/fallo-del-dia-inscripcion-de-nacimiento-de-hijos-de-matrimonios-del-mismo-sexo/>

⁶⁸ Gil Domínguez, Andrés, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LA LEY 12/03/2012, 2012-B, pág. 1251.

Así mismo el artículo 42 de la Ley 26.618 de Matrimonio igualitario⁶⁹ establece:

“Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo”.

Por lo que consideramos que de esta manera se deben garantizar los mismos derechos para todos independientemente de la familia en la cual nazcan o las elecciones personales de cada uno de sus miembros, siempre y cuando dichas decisiones no vulneren los derechos establecidos en la ley y nuestra constitución.

Es decir que una pareja gay es libre de ejercer sus derechos reproductivos ya que toda persona tiene derecho a concebir un hijo dentro de las posibilidades con las que el mismo cuente, sin violar lo establecido por cada ordenamiento jurídico. El gran silencio jurídico por parte de nuestro ordenamiento en lo que a Gestación por Sustitución se refiere y hace presumir que al no haber prohibición del uso de esta técnica, la misma podría ser llevada a cabo.

Acompañamos a Eleonora Lamm⁷⁰, por cuanto consideramos que la voluntad procreacional debe ser determinante para poder establecer el vínculo filiatorio con los comitentes

⁶⁹Ley 26.618. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

⁷⁰Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres (eBook)*. Edicions Universitat Barcelona. [Versión electrónica]. Recuperado el 08/05/2015 de: [https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=uZyrBAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=Lamm,+E.+\(2013\).+Gestaci%C3%B3n+por+sustituci%C3%B3n.+Ni+maternidad+subrogada+ni+alquiler+de+vientres+\(eBook\).+Edicions+Universitat+Barcelona.+&ots=gWHW1pSu7g&sig=dP5NgPFw8Z2gRMbxv2j84_Cm10#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=uZyrBAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=Lamm,+E.+(2013).+Gestaci%C3%B3n+por+sustituci%C3%B3n.+Ni+maternidad+subrogada+ni+alquiler+de+vientres+(eBook).+Edicions+Universitat+Barcelona.+&ots=gWHW1pSu7g&sig=dP5NgPFw8Z2gRMbxv2j84_Cm10#v=onepage&q&f=false)

en los casos de Gestación por Sustitución, cuando se trate de una pareja gay, ya que permitirá establecer a través de la misma su reconocimiento plasmando el deseo de ser padres dado que sin esta denominada voluntad procreacional, no se hubiese llevado a cabo el uso de esta técnica para la concreción del proyecto parental.

Cuando hablamos de parejas gays que recurren al uso de la Gestación por Sustitución para llevar adelante el ejercicio de sus derechos reproductivos, sabemos que el aporte del material genético y el vínculo biológico se podrá establecer solo con uno de los comitentes, por lo cual será necesario establecer mediante la determinación de la voluntad procreacional la filiación del otro comitente.

El anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial Argentino⁷¹ presentado en el año 2012 pretendía la incorporación de la Gestación por Sustitución, siempre que la misma contase con el consentimiento informado previa homologación por parte de autoridad competente, lo que ayudaría a determinar sobre quienes recae ésta voluntad procreacional, permitiendo de este modo la filiación de estos niños a favor de quienes buscaron hacer posible su llegada al mundo.

En la actualidad al no contar con legislación al respecto, muchas veces para acelerar los trámites filiatorios se establece otorgar la filiación del menor a quien establece el vínculo biológico con este, debiendo luego el otro comitente recurrir a la adopción para poder llevar adelante el proyecto parental, por lo que se generan situaciones discriminatorias y desiguales si tenemos en cuenta que la ley de matrimonio igualitario vino a suplir todo tipo de discriminación, teniendo en cuenta que se deben garantizar la igualdad de derechos para todos.

⁷¹Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Comisión de Reformas Decreto191/2011. [Versión electrónica]. Recuperado 05-05-2015 de: http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf

4.4.2.- El interés superior del niño

Buscando aproximarnos a una definición adecuada para entender lo que se entiende por interés superior del niño la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes⁷² sancionada el 28 de Septiembre del 2005 establece en:

ARTICULO 3° “INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;*
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;*
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;*
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;*
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

⁷² Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Podemos inferir que siempre que hablemos de interés superior del niño tendremos que estar de acuerdo que los mismos requieren protección adecuada por parte de todos los miembros de la sociedad y el Estado, cada familia deberá velar por el cumplimiento de sus derechos respetando a los mismos y ayudando en su formación, el cuidado de su salud, educación entre otros, teniendo en cuenta el derecho por la dignidad humana como pilar fundamental para no hacer abuso en función a la vida de estos menores, brindándoles un marco adecuado para el ejercicio de sus derechos.

Un fallo reciente “NN o s/ Inscripción de Nacimiento”⁷³ causa N° 81682/2014, el citado fallo trata el caso de una niña que nació producto de la utilización de la técnica de Gestación por Sustitución, cuyo examen de ADN realizado resulto a favor de la pareja que apporto el material genético para su realización, atento a la voluntad procreacional y los vínculos biológicos establecidos, se solicita la inscripción de la menor como hija de la pareja. La defensora de menores quien asume la representación de la niña determina o conceptualiza lo que se debe entender por interés superior del niño, pretendiendo de este modo que la inscripción se realice a favor de los actores, se tendrá en cuenta el derecho de identidad que tiene la niña, la voluntad procreacional por parte de quienes decidieron su concepción y el nexo establecido a través del vínculo biológico por lo que se resuelve que pese a no contar nuestro ordenamiento con regulación en cuanto a Gestación por Sustitución se refiere, se pueda otorgar la inscripción de la niña a favor de los actores teniendo en cuenta lo antes mencionado.

La Convención sobre los Derechos de Niño⁷⁴ establece en su artículo 8, que los Estados partes deben preservar la identidad de los niños, prestando asistencia para restablecer su identidad en casos de que sean privados de la misma.

⁷³ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 83. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “N.N.O. s/ Inscripción de nacimiento” Sentencia 25 de Junio de 2015 [Versión electrónica] Recuperado 15/12/15 de: <http://www.infojus.gob.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-civil-nro-83-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-nno-inscripcion-nacimiento-fa15020008-2015-06-25/123456789-800-0205-1ots-eupmocsollaf>

⁷⁴ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. [Versión electrónica]. Recuperado el 20/05/2015 de: <http://www.humanium.org/es/convencion-adaptada/>

El artículo 11 de la Ley N° 26.061⁷⁵ establece respecto del derecho de identidad las niñas/os y adolescentes tendrán derecho a conocer a sus padres biológicos, crecer y desarrollarse al cuidado de los mismo siempre que ello sea posible y no se afecten los derechos fundamentales de los mismos, este artículo también establece a los organismos del Estado el deber de garantizarles el vínculo y contacto directo y permanente con sus padres siempre que no se contraríe el interés superior del niño. Por lo que acompañamos la decisión tomada en el presente fallo.

CONCLUSION PARCIALES

El deseo de concretar el proyecto parental en parejas gays es cada vez mayor, nuestro Estado necesita pronunciarse al respecto para dar seguridad a los derechos de estas personas y familias que también son miembros de nuestra sociedad.

Si bien esta situación debe llevar a un análisis detallado y minucioso en cuanto a los derechos que pueden verse afectado por el uso de esta técnica, se deberá garantizar una legislación segura y adecuada para cada una de las partes que intervienen en su realización, creemos necesaria su regulación, para que la Gestación por Sustitución pueda regularse y ser llevada a cabo de manera altruista, evitando de este modo la comercialización de la mujer y el niño por nacer.

Actualmente cuando estas situaciones se presentan en nuestro país en búsqueda del reconocimiento del proyecto parental por parejas gays, queda a criterio de los jueces, quienes deben resolver dichas cuestiones en torno a la filiación de dichos niños y otros problemas que de la misma puedan surgir.

En búsqueda de respuestas claras al respecto, las partes quedan en un estado de total desprotección ya que la ley nada dice al respecto, es por ello que muchas de estas parejas deciden recurrir al empleo de la Gestación por Sustitución en países donde la misma se encuentra regulada y donde en la mayoría de los casos se realiza de modo comercial, por lo cual solo acceden las personas con buen pasar económico o aquellas que siendo tan grande el anhelo de un

⁷⁵ Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Recuperado el 15/04/2015 de: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

hijo biológico, deciden vender hasta lo último que tienen con el objetivo de realizar dicho sueño y concretar con su derecho fundamental y natural de procreación.

Si bien nuestra carta magna considera que todos los habitantes somos iguales ante la ley surge un gran interrogante ¿Por qué no se reguló en esta ley a la Gestación por Sustitución, teniendo en cuenta que podría presentarse la misma como una solución, no solo para mujeres que no pudiesen gestar, sino también para parejas gays que anhelan la paternidad biológica para la constitución de una familia? Dicho interrogante aún se encuentra sin respuesta alguna, generando un importante vacío normativo, el cual requiere ser tratado considerando que las leyes que fueron incorporadas los últimos años en el país vienen a luchar y defender la igualdad de posibilidades y derechos para todos los habitantes de la nación, creemos que esta situación se presenta como contradictoria en la búsqueda de igualdad de derechos para muchos de sus miembros.

CONCLUSIONES FINALES

- La familia, vista como una de las organizaciones más importante en la vida de cada ser humano evoluciona permanentemente, los grandes cambios sociales, tecnológicos, culturales y jurídicos entre otros, hacen que sea necesario contar con protección adecuada por parte de cada Estado para brindar seguridad jurídica a cada uno de sus miembros.
- La regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida vino a hacer posible el derecho de reproducción que tienen aquellas personas que por razones ajenas a su voluntad no pueden acceder al mismo, permitiéndoles encontrar la solución mediante la ayuda de la ciencia médica y el uso de este tipo de técnicas.
- La Técnica de Reproducción Humana Asistida; Gestación por Sustitución, se presentaría como una alternativa para que parejas gays puedan acceder al proyecto parental, en el cual prime la voluntad procreacional al momento de determinar la filiación de los niños nacidos producto de la realización de la misma, contemplando de momento el artículo 19 de nuestra carta magna que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, pudiendo afirmar que estamos frente a una forma de procreación que al no encontrarse prohibida por nuestra ley, sería totalmente viable su realización mientras no haya algún impedimento expreso.
- Es importante que tanto los médicos, las parejas o personas que realizan este tipo de técnica y la sociedad en su conjunto tomen conciencia que un niño nacido de Gestación por Sustitución, no puede bajo ningún punto de vista ser objeto de negociación, aspirando a que se regule la misma de modo altruista vista como un acto de cooperación y solidaridad hacia aquellos que no cuentan con otra posibilidad para concebir, estableciendo a su vez el anhelado vínculo biológico con el menor.

- Pretender que la Gestación por Sustitución sea regulada de modo altruista no quiere decir que por ello no se deban cubrir los gastos producidos a partir de su uso, una ley que acuerde el respeto por los derechos de la persona humana a través de una regulación adecuada que permita contemplar la igualdad para todos sus habitantes como objetivo principal y que a su vez resguarde la salud y protección del niño, la madre gestante y brinde seguridad jurídica a los comitentes que recurran a su uso.
- La necesidad de adecuar las leyes se hace necesaria en la mayoría de los ordenamientos y de modo permanente, por la constante evolución del ser humano y sus conductas, ya que hoy en día queda a criterio y responsabilidad de los jueces el permitir la filiación de estos niños/as por no contar con una legislación adecuada, por lo cual se requiere la entera atención por parte de los legisladores para poder ajustar el sistema legislativo a las necesidades de sus miembros con el fin de armonizar cada ordenamiento jurídico.
- Tanto el hombre como la mujer sin importar sus elecciones sexuales tienen derecho a disponer libremente de su voluntad procreacional y derechos reproductivos, siempre que ello no afecte a terceros ni ponga en riesgo los derechos fundamentales de cada ser humano, ya sea que puedan acceder a sus derechos reproductivos de modo natural o mediante el empleo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cuando no encuentren otro modo para acceder a la maternidad o paternidad.
- Consideramos que una regulación adecuada para la técnica de Gestación por Sustitución, es necesaria no solo para favorecer a parejas gays, sino también a aquellas personas que por algún tipo de infertilidad estructural o incapacidad para concebir no puedan llevar adelante un embarazo, dando soluciones de este modo en casos complejos para ayudar en la concreción del proyecto familiar de cada individuo.
- Se deberá garantizar una legislación segura y adecuada para que las parejas o individuos gays puedan tener la igualdad de derechos que pretendió incorporarse con la sanción de la ley de matrimonio igualitario ya que a partir de la misma se excluye cualquier tipo de discriminación hacia los mismos, un análisis detallado y minucioso en cuanto a los

derechos que pueden verse afectados por el uso de esta técnica sin dejar de tener presente que hoy en día es el medio con el que ellos cuentan para acceder al proyecto parental y evitar cualquier tipo de discriminación por parte de nuestro ordenamiento jurídico que los impulse a recurrir a otros países o realizar esta técnica de modo clandestino en la búsqueda del anhelado deseo de convertirse en padres.

- Se hace necesario tener en cuenta los proyectos que en adelante sean presentados en cuanto a Gestación por Sustitución para que los legisladores puedan regular la misma estableciendo los parámetros adecuados para su realización y se brinde a los habitantes de la nación seguridad jurídica frente a este tipo de situaciones. Las parejas o individuos gays deben contar con la misma posibilidad e igualdad de derechos establecidos con la incorporación de la Ley 26.618 de Matrimonio Civil y Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida en cuanto a la constitución de una familia se refiere y para ello se hace necesaria una pronunciación por parte de los legisladores en cuanto a la técnica de Gestación por Sustitución.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- Anonymous Father's Day [Versión electrónica]. Recuperado el 10/09/2015 de <http://www.anonymousfathersday.com/about/>
- Belluscio, A. C. (1996). Manual de derecho de familia (Vol. 2). Depalma.
- Biblioteca Nacional de Medicina de los EEUU. MedlinePlus. Fecundación in vitro (FIV).[Versión electrónica actualizado 03-11-2014]. Recuperado el 10/08/2015 de: <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm>
- Bossert Gustavo A, y Zannoni Eduardo A. (2005). Manual de Derecho de Familia, 6ª Edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. p. 441
- Carbajal, M. (2012/05/07) “Tobías ya puede tener DNI argentino”. [Versión electrónica]. Página 12. Recuperado de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-197934-2012-07-05.html>
- Cavagnaro, M. V. 2008 “La mediación: una respuesta a los conflictos emergentes en los nuevos modelos de familia” Recuperado el 15-06-2015 de: <http://www.infojus.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-mediacion-una-respuesta-conflictos-emergentes-nuevos-modelos-familia-dacf080093-2008-11/123456789-0abc-defg3900-80fcanirtcod>
- Cavagnaro María Victoria, Battú Estefanía, Campiña Cristina, Cavigliasso Micaela, Sanchez Franco, (2014). “Nuevos modelos de familia y la mediación como escenario de resolución de conflictos” Id Infojus: DACF140262. Recuperado 15-06-2015: <http://www.infojus.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-titulo-nuevos-modelos-familia-mediacion-como-escenario-resolucion-conflictos-dacf140262-2014/123456789-0abc-defg2620-41fcanirtcod>
- Center for Surrogate Parenting, inc.[Versión electrónica]. Recuperado el 25/08/2015 de: http://www.creandofamilias.com/subrogada_gay.htm
- Ciruzzi, M. S. (2012). Las técnicas de reproducción humana asistida en el anteproyecto de reforma al Código Civil: un enfoque bioético MJ-DOC-5923-AR| MJD5923 [Versión electrónica] Recuperado 04-05-2015 de: <http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/15/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-en-el-anteproyecto-de-reforma-al-codigo-civil-un-enfoque-bioetico/>
- Corti, I. (2000). La maternità per sostituzione. Giuffré.

- De la Lengua Española, D. (2001). Real Academia Española. *Vigésima, 1*.
- Días de Guijarro, E. (1965). La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación.
- Espíndola S. J. “Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida”. En Revista Bioética e Ética Médica publicada pelo Conselho Federal de Medicina. págs. (91-108). Sitio Web:http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726569X2002000200008&script=sci_arttext&tlng=en
- Espinosa Hincapié, E. L., & Gómez Cuartas, C. (2015). “Vínculo contractual solemne entre parejas del mismo sexo en Colombia”. Recuperado 08-09-2015 de:
<http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1245/V%EDnculo%20contractual%20solemne%20entre%20parejas%20del%20mismo%20sexo%20en%20Colombia.pdf?sequence=1>
- Federación de Planificación Federal Estatal. [Versión electrónica] Recuperado 25-08-2015 de:
<http://www.fpfe.org/carta-de-los-derechos-sexuales-y-derechos-reproductivos/>
- Gil Domínguez, Andrés, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LA LEY 12/03/2012, 2012-B, pág. 1251.
- Lamm, E. (2012) “Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho”. Recuperado el 08/05/2015 de:
http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf
- Lamm, E. (2013). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres” [Versión electrónica] (eBook). EdicionsUniversitat Barcelona. Recuperado el 08/05/02015 de:
de:[https://books.google.es/books?hl=es&lr=lang_es&id=4gOtBAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=%E2%80%A209Lamm,+E.+\(2012\).+Gestaci%C3%B3n+por+sustituci%C3%B3n.+Ni+maternidad+subrogada+ni+alquiler+de+vientres+\(Vol.+2\).+Edicions+Universitat+Barcelona&ots=yucbLB6LZk&sig=6k4PGf0XzCc3vOXSEFLogxzPEHk#v=onepage&q&f=false](https://books.google.es/books?hl=es&lr=lang_es&id=4gOtBAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=%E2%80%A209Lamm,+E.+(2012).+Gestaci%C3%B3n+por+sustituci%C3%B3n.+Ni+maternidad+subrogada+ni+alquiler+de+vientres+(Vol.+2).+Edicions+Universitat+Barcelona&ots=yucbLB6LZk&sig=6k4PGf0XzCc3vOXSEFLogxzPEHk#v=onepage&q&f=false)
- Lema, C. (1999). Reproducción, poder y derecho. Editorial Trotta, S.A.
- Lew, A., Lisauskas, A., & Longordo, M. (2013) “Fertilización Asistida”. [Versión electrónica]. Recuperado el 18/08/2015 de:
<http://auditoriamedicahoy.com/biblioteca/Fertilizaci%C3%B3n%20asistida%202013.PDF>

- López, D. R. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto de contrato. *Revista de Derecho Privado*, (11), 96-127. Recuperado el 20-06-2015 de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.pdf>
- Majul, L. "La cornisa" - 07/06/15. Informe "Buscadores de vientres" y "las niñas madre" en Misiones, [Versión electrónica]. Recuperado el 25/11/2015 de: https://www.youtube.com/watch?v=Ym-X23yjA_E
- Ossorio, M. (2006). *Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Argentina. Editorial Heliasta*. Recuperado el 06-04-2015 de: <http://www.geocities.ws/rfariasfiguera/Diccionario%20Juridico.pdf>
- Quaini, F. M. Abogada-Derecho Internacional- CABA- Buenos Aires Mendoza. [Versión electrónica]. Recuperado el 25/11/2015 de <http://www.lexaustralis.com/alquilerdevientre.htm>
- Reuter, M (2009) Más allá de la ciencia. Archive Forthe “Maternidad Subrogada: definición, procedimiento y leyes” Category. [Versión electrónica]. Recuperado 25-05-2015 de: <https://biotech09.wordpress.com/category/maternidad-subrogada-definicion-procedimiento-y-leyes/>
- Sánchez, C. V. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. *La revue du REDIF*, 1, 15-22. Recuperado 25-05-2015 de: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_mdlic/DE/PF/AM/05/cambios.pdf
- Santamaría, L. S. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. [Versión electrónica]. Recuperado 12-08-2015 de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Silva, H. S. (1991). *Medicina legal y psiquiatría forense* (Vol. 2). Editorial Jurídica de Chile.
- Steptoe Patrick y Edwards Robert: quince años de lucha contra una forma grave de esterilidad femenina. [Versión electrónica]. Recuperado 10/08/2015/ de: http://elpais.com/diario/1978/07/28/sociedad/270424815_850215.html
- Tinant, E. L. (2015). Gestación por sustitución en la reforma: Implicancias bioéticas y jurídicas. *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina*, 10(1). Recuperado el 15-11-2015 de: <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaeem/article/viewFile/6095/5518>
- Vaggione, J. M. (2008). Las familias más allá de la heteronormatividad. *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia Latinoamericana. 1era ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores*. Recuperado 30-10-2015 de: <https://programaddsrr.files.wordpress.com/2013/05/la-mirada-de-los-jueces-las-familias-mc3a1s-allc3a1-de-la-heteronormatividad.pdf>

- VDA FertilityConsulting. [Versión electrónica]. Recuperado el 24/06/2015 de: <http://vientredealquiler.com/>

LEGISLACION

- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Comisión de Reformas Decreto191/2011. Recuperado 05-05-2015 de: http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf
- Código Civil Argentino (1992) Editorial Zavalia.
- Código Civil y Comercial de la Nación (2014).
- Código Civil de Tabasco (2013). [Versión electrónica]. Recuperado el 20/04/2015 de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/427/Tabasco.-%20Codigo%20Civil.pdf>
- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- Constitución Argentina: comentada y concordada. Zarini, H. J. (1996). Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ley 26.618 de Matrimonio Civil. Promulgada: 21-07-2010.
- Ley 26.743 de Identidad de Género. Promulgada: 23-05-2012.
- Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Promulgada: 25-06-2013.

JURISPRUDENCIA

- Juzg. Nac. 1º Inst. Civil Nº86., “NN o DGMB MS/Inscripción de nacimiento”. Fallo: 38.316 /2012 (2013). Recuperado el 05/05/2015 de <http://www.infojus.gob.ar/juzgado-nacional-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires--inscripcion-nacimiento-fa13020016-2013-06-18/123456789-610-0203-1ots-eupmocsollaf>
- Juzg. En lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 17. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “B.F.M. y Otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”. Sentencia: 18/12/2014. Recuperado el 18/04/2015 de: <http://www.infojus.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-tributario-nro-17-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-bfm-otros-gcba-amparo-fa14370094-2014-12-18/123456789-490-0734-1ots-eupmocsollaf>
- Juzg. Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 83. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sentencia: 25/06/2015. Recuperado de: <http://www.infojus.gob.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-civil-nro-83-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-nno-inscripcion-nacimiento-fa15020008-2015-06-25/123456789-800-0205-1ots-eupmocsollaf>
- Resolución 38-SSJU-2012-CABA. “Caso Tobías”. [Versión electrónica]. Recuperado el 20/02/2015 de: <http://thomsonreuterslatam.com/2013/01/30/fallo-del-dia-inscripcion-de-nacimiento-de-hijos-de-matrimonios-del-mismo-sexo/>
- Juzg. De Familia Mendoza. “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación” SENTENCIA 29 de Julio de 2015. Recuperado el 28/09/2015 de: <http://www.infojus.gob.ar/1er-juzgado-familia-local-mendoza-avo-acg-jjf-medida-autosatisfactiva-accion-declarativa-filiacion-fa15190015-2015-07-29/123456789-510-0915-1ots-eupmocsollaf>

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	MARTA ELENA SAAVEDRA
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	28.037.413
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	LA VIABILIDAD DE LA GESTACION POR SUSTITUCION Y FILIACION EN ARGENTINA
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	<u>MARTA E 80@HOTMAIL.COM</u>
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	UNIVERSIDAD SIGLO 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<p>Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO)^[1]</p>	<p>SI</p>
<p>Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)</p>	<p>SI</p>

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____

_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

