



ANALISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 562 DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Argumentos jurídicos a favor y en contra de la
gestación por sustitución, como una TRHA, para
determinar su posible regulación.

UNIVERSIDAD
SIGLO 21

2017

MARINA VANESA SOSA
TFG - ABOGACIA

Agradecimientos

A mis padres Andrea y Jorge por educarme en base al esfuerzo, el trabajo, la dedicación y el estudio.

A mis hermanos, Flavia, Federico y Florencia, por tenerme como referente y apoyarme cada día.

A mi nona Ketty, que me guía desde el cielo.

A mis abuelos Pocha y Horacio por enseñarme con el ejemplo.

Y finalmente y más importante, a mi compañero incondicional y el amor de mi vida, mi esposo Pablo. No solo por ser mi apoyo desde el primer día, sino por cada palabra de aliento, por confiar en mí y por amarme por encima de todas las cosas.

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

Resumen

La posibilidad de regular la Gestación por Sustitución como una Técnica de Reproducción Humana Asistida, genera un gran debate por diversas tensiones jurídicas y argumentos morales por parte de la doctrina nacional. Actualmente en nuestro ordenamiento positivo es inexistente, debido a que en el Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde agosto de 2015) no regula ni prohíbe de manera expresa dicha figura. La misma fue suprimida del texto aprobado finalmente por el Congreso de la Nación dejando un vacío legal al arbitrio de la discrecionalidad judicial.

El objetivo del presente trabajo es analizar los argumentos jurídicos a favor y en contra de la Gestación por Sustitución. Atento a que es una realidad social y ya existen soluciones jurisprudenciales en el ámbito nacional, investigaremos por qué regularizar esta figura compleja es tan importante y urgente.

Palabras claves: gestación por sustitución – voluntad procreacional – técnicas de reproducción humana asistida – filiación – inconstitucionalidad.

Abstrac

The possibility of regulating Gestation by Substitution as a Technique of Assisted Human Reproduction, generates a great debate by diverse legal tensions and moral arguments on the part of the national doctrine. Currently in our positive regulation is nonexistent, because in the Civil and Commercial Code of the Nation (in force since August 2015) does not expressly regulate or prohibit said figure. The same was deleted from the text finally approved by the Congress of the Nation leaving a legal void to the arbitration of judicial discretion.

The objective of the present work is to analyze the legal arguments for and against the Gestation by Substitution. Mindful that it is a social reality and there are already jurisprudential solutions at the national level, we will investigate why regularizing this complex figure is so important and urgent.

Key words: gestation by substitution - procreational will - techniques of assisted human reproduction - filiation - unconstitutionality.

Tabla de contenido

| | |
|---|----|
| Introducción | 7 |
| Capítulo I: Gestación por sustitución (Aspectos generales) | 11 |
| 1. Concepto..... | 11 |
| 2. Diferencia entre alquiler y sustitución o subrogación | 17 |
| 3. Determinación de la filiación en las TRHA | 19 |
| Capítulo II: Problemática en nuestro Ordenamiento Jurídico..... | 22 |
| 1. Artículo 562 del Anteproyecto de Reforma del CCCN del año 2012..... | 22 |
| 2. Artículo 562 del CCCN – Voluntad Procreacional | 31 |
| 3. Constitucionalidad del artículo 562 del CCCN..... | 35 |
| 4. Conclusión..... | 64 |
| Capítulo III: ¿Cómo funciona en EE. UU e India? | 68 |
| 1. Gestación subrogada en EE. UU | 68 |
| 2. Gestación subrogada en India | 76 |
| 3. Turismo reproductivo | 79 |
| 4. Conclusión..... | 85 |
| Capítulo IV: ¿Es posible su regulación en nuestro país? | 87 |

ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 562 DEL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN

| | |
|---|-----|
| 1. Argumentos jurídicos a favor | 87 |
| 2. Argumentos jurídicos en contra | 94 |
| Conclusión | 101 |
| Referencias citadas y consultadas | 109 |

Introducción

El presente trabajo se plantea analizar los distintos supuestos jurídicos que prohíben (aunque no de manera expresa) la gestación por sustitución y determinar si es posible su regulación. Asimismo, atento a lo establecido en el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) que contiene una prohibición tácita de la misma, analizar si dicha norma atenta contra los principios emanados de nuestra Constitución Nacional (en adelante CN).

Teniendo en cuenta el objetivo planteado, se utilizará el tipo de estudio exploratorio y descriptivo. Se abordarán diferentes perspectivas y puntos de vista jurídicos y científicos, con el fin de comprender de qué se trata la Gestación por Sustitución (en adelante GS), cuáles son sus implicancias y si es posible su regulación.

El artículo 562 del CCCN, señala que los nacidos a través de las técnicas de reproducción humana asistida serán considerados hijos de aquella persona que haya dado a luz y de la persona (hombre o mujer) que prestó su consentimiento previo, informado y libre como regula el artículo 560 y 561, con total independencia de quién haya aportado el material genético.

Se infiere que, si bien nada dice respecto de la GS, la prohíbe de manera tácita ya que no reconoce la maternidad/paternidad de la persona que expresó su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante que consintió gestar para otro.

La no prohibición expresa o silencio respecto de la GS deja un vacío legal que atenta contra la “voluntad procreacional”, el derecho a formar una familia, etc., violando diversos tratados de jerarquía constitucional.

La falta de marco jurídico está generando una jurisprudencia que poco a poco se va consolidando y esto amerita revisar nuevamente la decisión política y legislativa adoptada. Al no estar prohibida se entiende que está permitida (art. 19 de la CN), pero dejar la cuestión al libre albedrío e interpretación de los jueces es peligroso ya que hablamos de Derechos Constitucionales.

Por eso se elaborará un estudio detallado confrontando opiniones y como hipótesis la inconstitucionalidad del artículo 562 y la necesaria regulación de la “gestación por sustitución” como una técnica más de reproducción humana asistida.

Se tomará como punto de partida la entrada en vigencia de la Ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13, tendiente a “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistidas”¹. La misma permitió el acceso a la cobertura médica de tales prácticas a toda persona mayor de edad que necesita apelar al desarrollo de la ciencia médica para poder acceder a la maternidad/paternidad y así ver satisfecho el derecho a formar una familia. Aun así, para muchas personas y/o parejas, cuando las técnicas de fertilización parecen haber agotado las chances para convertirse en padres/madres, la GS se presenta como última esperanza.

En el Capítulo I, se desarrollarán aspectos generales respecto de la GS. Desde su concepto hasta la determinación del vocabulario a utilizar. La diferencia entre alquiler y

¹ Ley de Reproducción Medicamente Asistida N.º 26.862, 2013.

subrogación o sustitución. Cuáles son los alcances de la GS en nuestro país y por qué regularla genera un debate más amplio respecto de otras Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA).

En el Capítulo II, se abordará la problemática en nuestro ordenamiento jurídico. En principio comparando el art. 562 del Anteproyecto de Reforma del CCCN del año 2012 que regulaba la GS y el actual art. 562 del CCCN en vigencia. Asimismo, se analizará el concepto de voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRHA.

En el mismo capítulo se realizará un análisis de la constitucionalidad del actual art. 562 teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica (fecundación In Vitro) del año 2012. Asimismo se verán distintos fallos y sentencias de tribunales nacionales y provinciales desde el año 2013 en adelante, en los cuales se autoriza la GS y la inscripción del nacido como hijo de quienes donaron los gametos y a su vez manifestaron su voluntad de ser padres.

En el Capítulo III, se analizará la legislación comparada. Actualmente en nuestro país no se recomienda llevar adelante una GS, justamente por la ausencia de un marco regulatorio. Atento a que, para el CCCN madre es quien da a luz, se anula cualquier acuerdo privado entre partes, quedando como opción viajar y realizar el tratamiento en países donde exista un marco legal adecuado. Razón por la cual veremos cómo funciona en Estados Unidos e India como destinos principales, a que se refiere el término Turismo Reproductivo y cuáles son los conflictos con nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, en el Capítulo IV se analizarán los argumentos jurídicos a favor y en contra de la GS para determinar si es posible su regulación. Teniendo en cuenta que se trata

de una figura compleja, deben establecerse reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación derivado de dicha práctica. De modo que cuando el niño nazca pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes han querido ser sus padres/madres. Siendo así, propongo la modificación del actual art. 562 de CCCN y la creación de una ley que regule la GS.

Capítulo I: Gestación por sustitución (Aspectos generales)

1. Concepto

En principio, es dable aclarar que existen diversos términos para denominar esta práctica, siendo los más utilizados: “maternidad subrogada”, “maternidad por sustitución”, “alquiler de vientre”, “subrogación de vientre o de útero”, “madre de alquiler”, “madre sustituta”, etc. Para determinar la terminología a utilizar a lo largo de todo el trabajo, me gustaría establecer algunas diferencias entre los conceptos de “maternidad” y “gestación”. Si nos remitimos al diccionario veremos que el significado de la palabra “maternidad” es mucho más amplio que el de gestación, siendo el primero: “estado o cualidad de madre”² y si consultamos un diccionario jurídico este nos dice: “condición de madre - estado natural o jurídico de la madre”³. En cambio, “gestación” significa: “Embarazo, preñez”⁴ - “período de treinta y seis semanas de duración, en el que tiene lugar el desarrollo del embrión hasta su formación completa y durante el cual tiene lugar la formación de todos los órganos”⁵. Utilizar el término maternidad no me parece pertinente ya que este hace referencia a una realidad mucho más extensa que la gestación y con otras implicancias. Además, consolida el estereotipo relativo a la “inevitabilidad del destino biológico” de la mujer.⁶ Estudiosas

² <http://dle.rae.es/?id=ObhmSF0> (Recuperado 12 de octubre de 2017)

³ <http://diccionario.leyderecho.org/maternidad/> (Recuperado 12 de octubre de 2017)

⁴ <http://dle.rae.es/?id=J9v9oys> (Recuperado 12 de octubre de 2017)

⁵ <https://es.wikipedia.org/wiki/Gestaci%C3%B3n> (Recuperado 12 de octubre de 2017)

⁶ En este sentido la Corte de Sudáfrica concluyó que: “durante décadas se ha aceptado que la calidad del papel de padre está determinada por el género. La maternidad era solo de la mujer. En estos días, sin

feministas consagran a la GS como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar a un niño son dos actividades humanas diferentes. Así, gestar un niño es una función biológica y no obliga a criarlo. Una de las características y de los postulados femeninos es que “la biología no debe ser el destino” (Andrews, 1990).

Siguiendo los lineamientos que establece el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y La Ley de Identidad de Género⁷, no podemos dejar de lado que la igualdad de trato entre los sexos demanda que las disposiciones relativas a los hombres y mujeres se realicen por motivos distintos a los biológicos.

Además, si se piensa en dos hombres como futuros padres del niño que nace de dicha práctica, tampoco se podría hablar de maternidad. En este caso el lenguaje no es neutro y no debe ser discriminador, en cambio sí, debe ser inclusivo y por esa razón es que se utilizará el término “gestación”. Asimismo, y siguiendo la terminología esgrimida por el anteproyecto de reforma del CCCN del año 2012 (objeto de estudio), se optará por utilizar la denominación “gestación por sustitución” (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, Aida, 2012).

embargo, la maternidad también puede ser de un hombre. El concepto de maternidad es indicador de una función en lugar de una “persona” y esta función no necesariamente se encuentra en la madre biológica. Incluye el sensible vínculo que deriva de la atención que se dedica en el día a día a las necesidades del niño de amor, el cuidado físico, la nutrición, la comodidad, la paz, la seguridad, el aliento y apoyo... Hoy en día el hombre tiene la libertad de dar a conocer y vivir la sensación de ser madre.” Van der Linde v Van der Linde 1996 (3) SA 509 (0). http://www.justice.gov.za/sca/judgments%5Cscsca_2007/sca07-047.pdf (Recuperado 12 de octubre de 2017)

⁷ La Ley de Identidad de Género de Argentina, que lleva el número 26.743, permite que las personas trans (travestis, transexuales, transgéneros) sean inscritas en sus documentos personales con el nombre y el género de elección, además ordena que todos los tratamientos médicos de adecuación a la expresión de género sean incluidos en el Programa Médico Obligatorio, lo que garantiza una cobertura de las prácticas en todo el sistema de salud, tanto público como privado. Sancionada el 9 de mayo de 2012 es la única ley de identidad de género del mundo que, conforme las tendencias en la materia, no patologiza la condición trans. [https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_identidad_de_g%C3%A9nero_\(Argentina\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_identidad_de_g%C3%A9nero_(Argentina)) (Recuperado 12 de octubre de 2017).

¿Pero entonces que es la “gestación por sustitución”?

La GS ha sido definida por el informe Warnock como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca” (Warnock, 1984). Es decir, una mujer acepta gestar un niño por encargo de otra persona o de una pareja, comprometiéndose (cumplido el término del embarazo e inmediatamente luego de dar a luz) a entregar el recién nacido a los mismos renunciando, desde un comienzo, a la filiación que pudiere corresponderle.

Si nos ponemos a pensar en las razones que movilizan a una persona a recurrir a la GS encontramos que son muchas: infertilidad, esterilidad, diferentes problemas físicos para llevar adelante un embarazo, parejas de igual sexo que quieren ser padres, etc.

Teniendo en cuenta que es una técnica que posibilita el embarazo sin necesidad de que exista un acto sexual, puede llevarse a cabo de distintas maneras: la pareja que solicita la gestación por sustitución aporta el material genético, tanto el óvulo como el espermatozoide, y la gestante sustituta recibe el óvulo fecundado en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento; la mujer gestante, además aporta el material genético (óvulos), el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja solicitante o de un tercero anónimo o conocido;⁸ el material genético es aportado por individuos distintos a la pareja solicitante ya sea el de ambos o solo el de uno de ellos y la madre gestante cede su útero.

⁸ Esta forma es la que menos se utiliza, ya que habría una realidad genética distinta.

Empleando la técnica de la “fecundación in vitro”⁹ se realiza la unión de los gametos. Una vez creado el embrión, este es implantado en la mujer que va a llevar adelante la gestación del embarazo y posterior parto. Una vez que el niño nace, la mujer que dio a luz lo entrega a la pareja o persona solicitante, renunciando a sus derechos como madre.

En una entrevista realizada en Argentina al Dr. Fernando Akerman quien realiza tratamientos de fertilización a través de GS en Florida, Estados Unidos, manifestó que existen dos tipos de subrogación:

La subrogación clásica, en la que la madre subrogante aporta el útero y los óvulos (que está cuestionada y él no la hace porque se crea un vínculo mucho más estrecho con el bebé y puede generar un conflicto emocional) y la subrogación gestacional, en la que la madre subrogante sólo gesta el embarazo. El espermatozoides generalmente es de la pareja y cuando se trata de una pareja gay se usa indistintamente el espermatozoides de uno u otro o bien se dividen los óvulos y se inyecta algunos con los espermatozoides de uno y otros con los del otro (Akerman, 2012).

Si bien la GS se nos presenta como una figura de los nuevos tiempos, se podría decir que tiene sus orígenes en el antiguo testamento. Sin embargo, debe entenderse como una figura muy compleja que genera muchos planteamientos jurídicos y éticos. Asimismo, va en contra de la máxima del derecho romano “mater semper certa est” que consagra que la madre es siempre cierta y que define la maternidad por el hecho del parto. Hoy en día la

⁹ La fecundación in vitro (FIV o IVF por sus siglas en inglés) es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. https://es.wikipedia.org/wiki/Fecundaci%C3%B3n_in_vitro (Recuperado 12 de octubre de 2017).

ciencia posibilita que sea una mujer distinta a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto (Lamm, 2012).

Estamos en condiciones de afirmar que, a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante TRHA, la paternidad/maternidad se presenta de distintas maneras: madre genética, madre gestacional, madre social, padre genético y padre social.¹⁰

Respecto de la maternidad, además podemos subdividirlas en:

- Maternidad íntegra o plena: relación biológica (genética y gestacional) de la mujer con el niño/a y la responsabilidad parental.
- Maternidad genética: es la mujer donante que proporciona el óvulo.
- Maternidad gestacional: es la mujer que lleva adelante la gestación de un embrión, a partir de un óvulo donado.
- Maternidad legal o social: es quien tiene la responsabilidad parental frente al niño/a sin que exista vínculo biológico (ni genético, ni gestacional). (Baffone, 2013)

Aunque la GS se clasifica como una TRHA, la misma encuentra diferencias sustanciales con las TRHA heterólogas más utilizadas y aceptadas.¹¹ Ambas involucran a un tercero (en el caso de la GS, la mujer gestante y en las demás técnicas, un donante) para llevar adelante la concepción y el nacimiento del niño/a, generalmente vinculado genéticamente con alguno de los miembros de la pareja o de la persona que acude a estas

¹⁰ Entiéndase por madre/padre social, quien ejercerá la responsabilidad parental del niño/a.

¹¹ Las técnicas de reproducción humana asistida pueden ser homólogas o heterólogas. Es homóloga cuando el semen o el óvulo pertenecen a la pareja o a la persona que desea concebir. Es heteróloga cuando el semen o el óvulo es aportado por un tercero ajeno (donante) a la pareja o persona que desea concebir. https://es.wikipedia.org/wiki/Reproducci%C3%B3n_asistida (Recuperado 12 de octubre de 2017).

técnicas. Ahora bien, la diferencia radica en la fungibilidad del aporte de estos terceros. Es decir, en el caso de los donantes, tanto el óvulo como el espermatozoides son fungibles, su participación se agota en un único acto y no existe contacto con la pareja o la persona que solicita la técnica. En cambio, en la GS, la pareja o la persona solicitante escoge a una mujer en particular cuya identidad es conocida por ellos y los médicos e incluso durante los nueve meses de gestación se crea un vínculo entre ellos. Siendo así, la participación de la mujer no se agota en un único acto sino que la misma participa activamente durante la planificación de la concepción, embarazo y parto (Ales Uria, 2017).

Asimismo, cabe destacar que dentro de las legislaciones que admiten la GS se dividen en dos grupos: el primer grupo (países como Reino Unido y Australia) tiene una regulación posterior al hecho para determinar la filiación a favor de los solicitantes, es decir que hay una transferencia de la filiación; el segundo grupo (países como Grecia, Israel, Sudáfrica) en cambio, regula el proceso antes de llevar a cabo la GS. Hay una etapa de aprobación del acuerdo entre los solicitantes y la persona gestante, ya sea ante un juez, un notario, un tribunal o comité. Existen una serie de requisitos o condiciones que se deben verificar para autorizar la práctica médica.

Se puede observar que, en el primero de los grupos, se conserva la tradicional regla de la maternidad “mater Semper certa est” y permite a la persona gestante cambiar de opinión, dando lugar a importantes conflictos en caso de que los solicitantes no realicen la transferencia de la filiación o si la gestante se niega a hacerlo, cuestiones que ampliaremos más adelante.

Por otro lado, el segundo de los grupos que requiere de la aprobación del acuerdo antes de la concepción, se anticipa y protege las incertidumbres jurídicas y los cambios

psicológicos o de parecer de las partes. Tal como lo establecía el art. 562 del Anteproyecto de Reforma del año 2012.

2. *Diferencia entre alquiler y sustitución o subrogación*

Para establecer la diferencia, es importante aclarar el significado de cada una de estas palabras. Para ello nos remitimos al diccionario de la Real Academia Española que nos dice:

Alquilar: “Tomar de alguien algo para usarlo por el tiempo y precio convenidos. Dicho de una persona: Ponerse a servir a otra por cierto estipendio.”¹²

Subrogar: “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.”¹³

Sustituir: “Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.”¹⁴

Podemos observar que “subrogar” y “sustituir” son sinónimos y según lo planteado en el punto anterior utilizaremos el término “sustituir”.

Aclarado esto, ahora si podemos hablar de la diferencia entre alquiler de vientre o sustitución de vientre.

Si pensamos en alquiler de vientre, nos estaremos refiriendo a una subrogación con contraprestación económica. Es por esta situación que muchos críticos se oponen a su regulación por las implicancias que tiene un contrato oneroso, cuyo objeto es una persona. También se sostiene que dicha práctica, importa una cosificación de la mujer (incubadora

¹² <http://dle.rae.es/?id=257cMen> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

¹³ <http://dle.rae.es/?id=YZ2is6w> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

¹⁴ <http://dle.rae.es/?id=YpzZ1zs> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

humana) que atenta contra la libertad y la autonomía de la misma suponiendo que su voluntad esta social y económicamente influenciada (Lamm, 2012). Por ejemplo, en la India una mujer puede ganar -en un contrato de alquiler de vientre- un ingreso que es diez veces mayor al de un hombre en un año (este tema los abordaremos con mayor profundidad más adelante).

En cambio, si solo hablamos de la sustitución o subrogación de un vientre sin que medie una contraprestación económica frente a un acto totalmente altruista.

Es decir, se puede realizar dos clasificaciones de la gestación por sustitución según la motivación de la mujer gestante:

- Sustitución comercial: en donde la motivación es meramente económica y en muchos países se desarrolla como un negocio importando un enriquecimiento para la gestante.
- Sustitución altruista: sin motivación económica, ya que la gestante no recibe pago alguno. Aunque debemos aclarar que generalmente debe existir una compensación en base a gastos médicos derivados de la gestación y otros. Generalmente este tipo de acuerdos se dan entre parientes o amigos.

Teniendo en cuenta el objetivo general de la presente tesis, solo haremos referencia a la “sustitución comercial” a los fines comparativos. La que nos importa es la “gestación altruista” a la que hacía referencia el artículo 562 del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación el año 2012 que luego fue reformado.

En consecuencia, no se utilizará el término “comitente/es” que por definición¹⁵ hace referencia a un contrato mercantil u oneroso, que si es utilizado por la mayoría de la doctrina y legislaciones. En cambio, se empleará el término “solicitante/es” que es mucho más acertado.

3. *Determinación de la filiación en las TRHA*

En el Título V del nuevo CCCN están las reglas de la filiación. El art. 558 menciona las fuentes:

ARTICULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Es así, que el nuevo CCCN incorpora las TRHA como tercera fuente de filiación con los mismos efectos jurídicos que la filiación biológica y adoptiva. Aclarando que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, por lo tanto, quien desea tener un nuevo vínculo filial y ya tiene dos, necesariamente debe impugnar y desplazar uno para el nuevo emplazamiento.

¹⁵ Comitente: (Derecho Civil) Persona a quien se representa o en nombre de la cual se actúa. Aquel que actúa bajo la dirección del comitente es el comisionado. Es la parte en el contrato de comisión que encarga la gestión de sus intereses a otra persona a cambio de pagarle una retribución. El comitente está obligado a abonar el precio pactado como retribución del comisionista, que se denomina como el contrato: comisión. Esta suele fijarse como un porcentaje sobre el valor de la operación realizada. También debe el comitente procurar que el comisionista quede indemne de los perjuicios que se deriven del ejercicio de la comisión. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/comitente/comitente.htm> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

Para la regulación del derecho filial en general, es decir, de cada una de las fuentes filiales, la comisión redactora ha tenido en cuenta la obligada perspectiva constitucional-internacional que, en palabras que se utilizan en los Fundamentos, se trata de la "constitucionalización del Derecho Privado". Debiéndose respetar el principio de igualdad; el derecho de todo niño a tener vínculo jurídico de manera inmediata y sin discriminarlo por la orientación sexual de sus progenitores; el derecho a la identidad estática (elemento genético) como dinámica (elemento volitivo); el derecho a fundar una familia también con independencia de la orientación sexual de la persona o pareja que quiera formarla, y el derecho a hacerse de los avances y desarrollo de la ciencia médica, siendo las técnicas de reproducción humana asistida no sólo una práctica que permite acceder a la maternidad/paternidad, sino también a prevenir y curar enfermedades (Herrera, 2015).

Ya en el Capítulo 2 del mismo título, están las reglas generales relativas a la filiación por TRHA. Los art. 560 y 561¹⁶ establecen el concepto de Consentimiento informado, las formas y requisitos del mismo. El art. 562 da el concepto de Voluntad procreacional como nuevo elemento que desplaza y es independiente del dato genético, siendo el consentimiento el elemento determinante a los efectos de la filiación.

Es decir, los nacidos por TRHA son considerados hijos de aquellas personas que expresaron su voluntad procreacional materializada mediante un consentimiento expreso

¹⁶ ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

ARTÍCULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

que establece el Código (arts. 560/561), bajo los requerimientos de una disposición especial, sin distinción alguna (Herrera, 2015).

Vemos que a diferencia de lo que sucede en la filiación por naturaleza, aquí el dato genético ya no es un dato determinante para crear un vínculo jurídico entre la persona y el niño nacido o por nacer, sino que el elemento determinante es el volitivo.

Es decir, toma relevancia la voluntad de ser progenitor de un niño concebido con gametos propios o donados, prevaleciendo la maternidad/paternidad querida por sobre la genética y/o biológica. Siguiendo a Herrera (2015):

El CCCN, en total consonancia con principios constitucionales e internacionales, valoriza el derecho de toda persona a formar una familia gracias al avance científico, sin importar su condición sexual, habilitando acceder a la maternidad/paternidad importando sólo la voluntad procreacional, sean parejas del mismo o diferente sexo y/o personas solas (pág. 503).

Capítulo II: Problemática en nuestro Ordenamiento Jurídico

1. Artículo 562 del Anteproyecto de Reforma del CCCN del año 2012

El anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación presentado en junio del año 2012 regulaba en el artículo 562 expresamente la GS. Lo que significaba una solución a la realidad, ya que permitía la GS previéndose un proceso judicial con reglas propias. Sin embargo, en el debate parlamentario se modificó el artículo mencionado y la figura fue eliminada.

Como se lo explicita en el correspondiente dictamen que ha formado parte del procedimiento legislativo de la legislación civil y comercial:

La gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura, que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y de cuasi silencio legal en el derecho comparado se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma (Herrera y De la Torres, 2016).

Finalmente, el Código se sancionó el 1 de agosto de 2015 y no incluyó la figura, por el contrario, el mismo 562 dispone que la maternidad queda determinada pura y exclusivamente, por el parto.

En efecto, el artículo del anteproyecto que regulaba la GS establecía lo siguiente:

Art. 562: Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los

comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza¹⁷.

Como se hizo referencia en el capítulo anterior, al regularse la GS se requería la intervención de un juez (entre otros requisitos que desarrollaremos más adelante), y en cada caso la filiación se determinaría tomando como base la “voluntad procreacional”, es decir el consentimiento libre, previo e informado de todos los intervinientes, siempre con anterioridad a la implantación del embrión.

Esto es así, ya que el interés superior del niño debía ser la primera pauta a considerar por el juez (art. 562 inc. a), este debía hacer un análisis global de la totalidad de circunstancias que rodeaban la petición de la GS. Teniendo en cuenta este análisis, podía rechazar la autorización si entendía que no estaban dadas las circunstancias para llevar a cabo la práctica.

¹⁷ Art. 562 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012.

A continuación, analizaremos el artículo proyectado en base a la descripción realizada por las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera (2012) (quienes fueron parte de la comisión redactora) de cada uno de los requisitos que exigía y que debían valorarse en el procedimiento judicial, que como mencionamos siempre debía ser previo.

La primera parte del artículo 562 del Anteproyecto del año 2012, habla del consentimiento de las partes intervinientes, es decir, que es indispensable comprobar certeramente que tanto la gestante como los solicitantes han prestado su consentimiento libre, pleno e informado al sometimiento de esta práctica:

Libre, en tanto debe ser prestado sin coerción, violencia, intimidación ni presiones de ningún tipo. Pleno, pues debe ser prestado por alguien capaz de consentir a todas las cuestiones implicadas. Informado, tanto en todos los aspectos médicos como en los psicológicos, todo lo cual supone asesoramiento adecuado, en un contexto en el que las nociones de especialidad e interdisciplina se consolidan en el tiempo y se revalorizan en el proyecto de reforma (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2012).

Asimismo, el inc. b) reza que la gestante debe gozar de plena capacidad, buena salud física y psíquica. Esto es para garantizar que el consentimiento emana de una mujer competente, con autonomía plena, y que no se le generará un perjuicio a su salud.

Para la comprobación de esta exigencia, la mujer debe someterse a estudios físicos y psíquicos previos. Además de esas certificaciones médicas y psicológicas previas, el juez toma la decisión auxiliado por un equipo interdisciplinario que actúa en el marco del proceso judicial de autorización y

que evalúa la salud física y psíquica de la gestante y dictamina sobre su aptitud para actuar como tal. (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2012)

El inc. c) regla que la gestante no puede someterse a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces. Tal como lo explica la comisión redactora:

Este requisito tiende a evitar abusos y que mujeres se conviertan en “maquinas productoras de hijos ajenos”. Es decir, previene la “cosificación” a la que aluden los opositores a la figura. También se justifica a los efectos de evitar la profesionalización de esta práctica. Se trata de una solución equilibrada, que por un lado garantiza la libertad, y por el otro, protege a las mujeres cuando la autonomía no es tal. A los efectos de la funcionalidad del recaudo, la ley especial debe prever la creación de un registro de quienes han actuado como gestantes, que debe ser consultado por el juez antes de autorizar la GS (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2012).

El inc. e) aclara que la gestante no debe ser quien aporta gametos femeninos, es decir que en caso de que la pareja o la persona solicitante no tenga óvulos, debe hacerse con un tercero donante de los mismos.

Esto debe ser así, ya que cuando es la gestante quien también aporta el óvulo, suelen generarse mayores problemas a la hora de entregar el niño. Razón por la cual, el anteproyecto se inclinaba por la GS gestacional.

“La gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio” (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, 2012), es otro de los requisitos respecto de la gestante (inc. h). Para el anteproyecto, este requisito está pensado para garantizar que la mujer

gestante comprende la gravedad del hecho del embarazo y es parte del consentimiento informado:

Solo la mujer que ha gestado y ha dado a luz a un niño puede saber lo que ese acontecimiento implica e irroga, desde el punto de vista físico, médico y psicológico. La gestante debe ser protegida desde que la práctica implica, además de la cesión de su útero, la disposición, aunque sea temporal de su integridad psicofísica. Esta exigencia aparece en la legislación de Israel (la gestante debe haber dado a luz al menos una vez, pero no más de tres veces), Nueva Zelanda (la gestante debe haber completado su familia), Sudáfrica (la gestante debe tener un hijo vivo propio), Rusia, Australia, etc. (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2012).

El inc. f) nos dice que el juez puede autorizar la GS si la gestante no ha recibido retribución. Con esto se establece la gratuidad del acuerdo que preveía el artículo del anteproyecto.

Como veremos capítulos más adelante, en países como la India la GS se convierte en un trabajo y una forma de vida de los sectores más pobres, en donde una mujer puede ganar más que el propio marido en un año de trabajo por cada vez que realiza la práctica.

Claramente es lo que el proyecto, muy acertadamente trato de evitar. No obstante, deben correr por cuenta de los solicitantes los gastos médicos, de asistencia y alimentarios generados por la gestante durante el embarazo y cualquier otro gasto extra que ella pueda tener como consecuencia de la gestación y no genere un enriquecimiento para la misma.

Asimismo, para la Comisión redactora:

No se desconoce que, con fundamento en “la realidad de las cosas y la propia naturaleza humana”, en aras del dinamismo del Derecho y del probable interés de la pareja comitente en incentivar la entrega del nacido en buenas condiciones de salud, algunos autores consideran conveniente que la mujer gestante tenga una “indemnización adecuada”, “una retribución razonable” (como establece el Act. Ingles), una “recompensa” moderada, además de la devolución de los gastos ocasionados desde la implantación hasta el postparto. De cualquier modo, si por fuera del sistema se cuela algún pago antes o después del proceso judicial, el límite al “comercio” o a la explotación comercial está en la cantidad de veces en la cual una mujer puede ser gestante: no más de dos (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2012).

Ahora bien, cuando se plantearon los lineamientos de un nuevo Código de Fondo y más precisamente cuando se pensó en la redacción del estudiado artículo, se supo que como cualquier otra práctica “novedosa” (por decirlo de alguna manera), podían presentarse muchos conflictos alrededor de la GS; incluso el mismo artículo preveía una ley especial que terminara de regular los efectos de la misma.

Sin embargo, esto no significa que la GS sea objetable éticamente. Para la Comisión Redactora son mucho más graves los problemas derivados de la “inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas” (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2012).

Estableciendo un marco legal y permitiendo la intervención judicial previa a la implantación del óvulo en la mujer gestante, tal como lo preveía el artículo 562 del anteproyecto, se pueden solucionar eventuales conflictos.

En miras de interés superior del niño, siendo la autorización judicial previa a la práctica, el certificado de nacimiento podría emitirse directamente con el nombre de los solicitantes e inmediatamente inscribir al niño en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijo de los mismos, sin necesidad de transferencia de la responsabilidad parental.

A modo de conclusión y siguiendo a las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera (2012): “de este proceso judicial previo, se desprenden las siguientes consecuencias, todas ellas a favor de la seguridad jurídica:

- Inexistencia de arrepentimiento.
- Existencia de responsabilidad de los comitentes¹⁸.
- Nulidad de las cláusulas que limitan las libertades de la gestante.

Ahora bien, para el Dr. Ignacio González Magaña (2014):

[...]de los fundamentos del anteproyecto del año 2012 el Derecho Comparado reconoce tres posiciones frente a la GS: a) abstención, b) prohibición y c) regulación; siendo esta última la postura sumida pues resulta beneficioso para la sociedad en conjunto tener una regulación con pautas claras y concretas en referencia a esta técnica de reproducción humana asistida, reconociendo en forma expresa que ni la postura abstencionista ni una regulación prohibitiva

¹⁸ A lo largo de todo el trabajo, reemplacé el término “comitente” por “solicitante”. Ver Capítulo 1.

podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar del vacío legislativo o en caso de existir una expresa prohibición (Gonzalez Magaña, 2014).

Y si bien considera que regular la GS resulta imprescindible, efectúa algunas críticas al texto originario del art. 562 que deben tenerse en cuenta para una futura legislación:

La buena salud física o psíquica de la gestante: Si bien el sentido de la norma es loable en cuanto a intentar fijar un piso mínimo de estabilidad física y emocional de quien va a asumir la responsabilidad de gestar un niño para otro, no resulta clara la norma en cuanto al modo o mecanismo para determinar este “buen” estado de salud de la gestante, lo que puede llevar a establecer diversidad de criterios, entre los sujetos involucrados y el juez o la autoridad que deba expedirse en relación a este punto; con los efectos perniciosos que ello pudiera provocar (Gonzalez Magaña, 2014).

Continúa diciendo:

La gestante no ha recibido retribución: la norma en este sentido aparece redactada en un sentido extremadamente laxo, sobre un punto respecto del cual, a nuestro juicio, no debe existir ningún tipo de duda sobre si la mujer puede o no recibir retribución en su carácter de gestante. La duda radica en que la norma no establece ningún tipo de sanción específica para el caso en que la mujer gestante reciba algún tipo de prestación económica derivada de la gestación para un tercero, delegando en el juez el deber de comprobar que la retribución no ha existido, siendo prácticamente imposible para el magistrado cumplir con tal

recaudo, pues no cuenta con herramientas legales eficientes para comprobar que no ha existido un acuerdo extrajudicial entre el o los comitentes y la gestante, en fraude a este requisito (Gonzalez Magaña, 2014).

Y, por último:

La gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio: no resulta del todo feliz este acápite desde el punto de vista de los derechos reproductivos de la mujer, configurando -en forma tácita- una forma de violencia obstétrica contra su persona (conf. Art. 6 de la ley 26.485). Ello, pues no termina de comprenderse si el hecho de que la mujer que ha tenido un hijo implica que ya no tenga pruritos en gestar para un tercero, o bien, que el hecho de haber tenido un hijo propio haga presumir su capacidad gestacional para asumir el rol de gestante (Gonzalez Magaña, 2014).

Finalmente, el artículo 562 fue eliminado del Código que posteriormente sería aprobado por el Congreso de la Nación. Como consecuencia de la falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas, teniendo en cuenta la complejidad de los debates éticos y morales que derivan de su aplicación. Así también se modificó la redacción del art. 19 que establece el comienzo de la vida humana.¹⁹

Se entiende que estos cambios fueron el resultado de una búsqueda de consenso necesaria para la sanción del texto definitivo, ya que mantener estas diferencias en torno a temas tan sensibles hubiesen evitado la sanción del Código.

¹⁹ ARTÍCULO 19 (Anteproyecto). - Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida.

Aun atendiendo a las críticas del Dr. Ignacio González Magaña, considero que la GS proyectada en el artículo 562, daba una solución valiosa a situaciones que, como veremos a continuación; a nadie perjudica y a muchos beneficia.

2. *Artículo 562 del CCCN – Voluntad Procreacional*

Como vimos en el apartado anterior, el artículo 562 del Anteproyecto de reforma del año 2012 fue eliminado. El nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde el primero de agosto de 2015 introduce en el nuevo artículo 562, el concepto de “Voluntad Procreacional” como fuente de filiación en las TRHA:

ARTICULO 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.²⁰

Es decir, que para determinar la filiación de un niño/a nacido mediante TRHA, se tendrá en cuenta quienes tuvieron voluntad procreacional de darle vida, independientemente de quien haya aportado los gametos.

Pero ¿Cuál es el concepto de Voluntad procreacional?

En principio podría entenderse como el deseo de tener un hijo/a sostenido por el amor filial, el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad parental. La misma se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. Y conforme se desprende el artículo mencionado, es la que acredita el vínculo

²⁰ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N.º 26.994, 2015.

filiación en el caso de las TRHA y se equipara con la prueba genética en el caso de las filiaciones por naturaleza.

Para la Dra. Eleonora Lamm (2015):

Entender con precisión la filiación determinada por las TRHA implica comprender que lo que habilita la impugnación de la maternidad - o paternidad en su caso - es la falta de voluntad procreacional, independientemente del dato genético. Así concretamente el art. 558, referido a la impugnación de la maternidad, dice: En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre (Lamm, 2015).

Es decir que, cuando se trata de una filiación derivada de las TRHA el aporte deja de ser biológico, para comenzar a ser puramente genético (excepto que se trate de una técnica tipo homóloga).²¹

Tal cual lo explica el Dr. Ignacio González Magaña (2014):

Mientras que en la filiación por naturaleza el conflicto es entre lo biológico y lo volitivo, en la filiación derivada de las TRHA el conflicto es entre lo genético y lo volitivo lo biológico importa un plus respecto de lo genético y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo (Gonzalez Magaña, 2014).

²¹ Ver “Nota al pie 10” del Capítulo 1.

Entonces, frente a un conflicto en la determinación de la filiación, siempre que se trate de una TRHA, es el elemento volitivo el que adquiere mayor importancia.

Ahora bien, como explica la Dra. Eleonora Lamm (2015):

Hay que distinguir la GS de las TRHA propiamente dichas. No se puede dejar de advertir que, aunque sería técnicamente posible impugnar la maternidad de la mujer que dio a luz si consintió gestar para otro y en ellos está la voluntad procreacional, esto no deja de presentar los inconvenientes... (Lamm, 2015).

Para la Dra. Lamm (2015), “se estaría “legitimando” una vía que no genera seguridad jurídica y mientras subsista esta situación de falta de marco legal, el interés superior del niño exige entonces la mayor premura posible en resolver”.

Pensemos en la reproducción por medios naturales, en donde existe una voluntad y asunción del riesgo que implica la paternidad/maternidad, más o menos eventual, cuando un hombre y una mujer deciden tener relaciones sexuales. En cambio, en las TRHA (homólogos o heterólogos), no hay un riesgo eventual ya que el acto sexual no existe. En este caso el querer ser padre/madre es totalmente voluntario y se puede demostrar mediante la documentación que acredite el recurso conjunto a un tratamiento.

Como explicamos antes, la determinación de la filiación se basa en la voluntad y en el consentimiento de la técnica, aun si fuera heteróloga (donde se utilizaron gametos de donantes) la maternidad/paternidad no se puede objetar si existió consentimiento previo, informado y libre.

El Dr. Enrique Díaz de Guijarro (1965), sostenía desde mediados de los años 60, que:

La procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados: a) la voluntad de la unión sexual; b) la voluntad procreacional; y c) la responsabilidad procreacional, entendida la segunda como el deseo o intención de crear una nueva vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo. Como consecuencia de aquella, la responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación y de las consecuencias que esta produce, de modo que si la unión sexual -con voluntad procreacional o sin ella- genera la fecundación, nace la responsabilidad directa de los progenitores respecto de la persona por nacer (Díaz de Guijarro, 1965).

Si trasladamos esta idea a la actualidad, vemos que queda reforzado el concepto de voluntad procreacional establecido en el artículo 562 del CCCN, en donde el elemento central, determinante y base, es la voluntad de ser padre y no quien o quienes aportaron el material genético. Es decir, el vínculo filial queda determinado por la voluntad procreacional.

Pero ¿Qué pasa si trasladamos el concepto de voluntad procreacional a la GS?

Por ejemplo, si a una mujer se le implanta el óvulo de otra, consintiendo gestar para otro (y esto es sumamente importante “consentimiento previo, informado y libre”), debe tenerse en cuenta la voluntad procreacional que expresamente reconoce el Código en el artículo estudiado y que está en cabeza de él/la o los solicitantes.

Vemos que existe “voluntad procreacional” en el/los solicitantes de la GS, quienes tienen la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a

la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona y esta tercera persona carece de esa voluntad. Y es aquí donde se presenta el conflicto.

Continuando con la lectura y análisis del artículo 562 del CCCN, el mismo en su primera parte establece que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz...”. Si lo aplicamos textual, siguiendo el ejemplo, correspondería la atribución de la maternidad a la gestante que es quien va a dar a luz el niño, aun faltando el elemento central que atribuye y determina la filiación en las TRHA: la voluntad procreacional. Es decir, la gestante carece de la intención de adquirir derechos y obligaciones (responsabilidad parental) respecto del niño/a que va a nacer.

Claramente existe un conflicto y vacío legal. La GS carece de regulación expresa y en principio estaríamos en condiciones de decir que el artículo la prohíbe tácitamente.

3. Constitucionalidad del artículo 562 del CCCN

3.1. El interés superior del niño

Independientemente de la posición que se adopte frente a la GS, el interés superior del niño debe presidir todo el debate, ya que representa un principio con jerarquía constitucional, a partir de la reforma de 1994 a la CN (art. 75 inc. 22).

Desde que nacemos nuestra personalidad va evolucionando y nos vamos haciendo autónomos y afirmamos nuestro yo. Teniendo en cuenta esto, el derecho protege ese proceso evolutivo contemplando a través de las normas un determinado número de años como minoría de edad legal.

En el ordenamiento jurídico argentino el interés superior del niño es el eje central de cualquier decisión administrativa, judicial o privada ("Gallardo, Guadalupe y Otros c. Dirección de Ayuda Social para el personal del Congreso, 2007). Esto significa que, en

toda cuestión a resolver, los derechos del niño, niña o adolescente deben estar presente y ser prioritarios.

Ahora bien, como sucede con la adopción, por ejemplo, en la GS interviene un tercero a la hora de crear una familia y en estos casos es cuando el estado debe intervenir en su función reguladora como tutor de los menores de edad. Actualmente en nuestro país, los acuerdos de GS son llevados a cabo en un contexto entre privados, en donde no existe una persona imparcial que vele por el interés superior del niño, en cambio, el mismo es invocado a posteriori con una situación afectiva y familiar ya consolidada. Siendo así, los casos llegan a la justicia y los jueces intervinientes deben enfrentarse a una gestación en curso y hasta en algunos casos con el niño ya nacido, y con la mayor urgencia posible deben determinar un emplazamiento filial con una madre gestante que desconoce y niega su rol materno y del otro lado una persona o pareja que reclama la responsabilidad parental sobre el niño nacido o por nacer (Ales Uria, 2017).

Entonces, ¿en los casos de GS, se ve afectado el interés superior del niño?

En principio podríamos decir que, de no ser por la GS el niño nacido o por nacer no existiría. Hubo una persona o una pareja que manifestó su deseo de paternidad/maternidad y no pudiendo hacerlo de otra manera recurrieron a esta técnica conociendo sus implicancias. Es decir, que aun sabiendo lo difícil que era, decidieron traer un niño al mundo para formar una familia y es en este contexto que no se advierte que la dignidad de ese niño, nacido o por nacer, se vea afectada de alguna manera por el hecho de que lo crie y eduque alguien distinto a quien lo gestó y parió (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, & Herrera, 2012).

Como sucede con el instituto de la adopción, debemos separar los elementos genéticos y biológicos de la “voluntad procreacional” y “la responsabilidad parental” y claramente esto genera dificultades, pero no son razón suficiente para negar un vínculo filial.

Para la Dra. Luisa Barón (2012), médica psiquiatra y especialista en fertilidad, directora de la Fundación para la Investigación Médico-Psicológica (Impsi), quien realizó el primer estudio local que indagó acerca de los aspectos emocionales de la maternidad subrogada, expresa que ser gestado y nacer mediante alquiler de vientre no afecta la vida ni la salud del bebé recién nacido:

Esos chicos hoy tienen entre 1 y 3 años y su desarrollo es absolutamente normal, tanto en lo madurativo como en lo emocional y en la relación con sus padres [...] La estabilidad emocional que un niño necesita para su bienestar está más relacionada con la historia previa, la personalidad de sus padres y el afecto que les brindan que con la forma en la que fueron concebidos (Dra. Luisa Barón, 2012).

No hay ningún estudio científico de psicología prenatal relativo a la GS que haya demostrado que esta práctica suponga un daño para el niño, ni siquiera potencial. Por el contrario, todas las investigaciones empíricas que se han realizado han arrojado resultados positivos en la interacción entre padres y niños nacidos por GS en los primeros años de vida. Los especialistas concuerdan que se debe a que los niños nacidos a través de esta técnica son extremadamente queridos y en consecuencia criados por padres mucho más comprometidos.

Entonces, poniendo como eje central el interés superior del niño en principio necesitamos contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica y lo proteja. Asimismo, que asegure que la/las personas que quisieron asumir el papel de padres puedan serlo.

En cambio, podríamos causarle un daño sustancial al niño si tenemos un sistema que prohíbe y condena la GS haciendo que ese niño (nacido o por nacer), no tenga vínculos jurídicos, ni viva con quienes lo quisieron. Es decir, el interés superior del niño no solo justificaría la regulación de la GS, sino que claramente es el principal aspecto para tener en cuenta (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2012).

A modo de conclusión, podemos decir que la regulación de la GS de manera positiva es la mejor forma de proteger el interés superior del niño.

3.2. Análisis del caso “*Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro – 28/11/2012)*” - CIDH.

3.2.1 “*Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro) – 28-11-2012 – CIDH.*”²²

Teniendo en cuenta los principios constitucionales debemos poner de resalto los conceptos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, en el fallo de Artavia del año 2012, en donde se declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar; a la integridad personal, a la salud sexual; a gozar de los beneficios del progreso científico y

²² http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203 (Recuperado 12 de octubre de 2017).

tecnológico; y el principio de no discriminación, consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El fallo que se cuestionó en la Corte, fue pronunciado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (15-03-2000), en el cual se declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N.º 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución, con la consiguiente prohibición de llevarla a cabo en el país, dando lugar en algunos casos, a la interrupción del tratamiento.

La CIDH, en el desarrollo del fallo toma nota del concepto de infertilidad desarrollado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), según el cual se trata de “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (OMS, s.f.).

Además, tuvo en cuenta a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando establece que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Y agregó, “que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades”²³.

Es decir, la CIDH interpretó que la infertilidad es una enfermedad que consiste en la limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que lo discriminan,

²³<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, los cuales incluyen el acceso a las técnicas del más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva.

Asimismo, la Corte pone de resalto el artículo 17 (Protección a la Familia) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴ en donde se reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. De esta forma, y como lo ha venido sosteniendo, el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y esto incluye el derecho a procrear.

Otra consideración que resulta importante en la sentencia de la CIDH es aquella que se relaciona con el derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación, el cual determina que los estados deben abstenerse de producir leyes discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos²⁵.

En el punto 1.4 inc. b) del análisis llevado a cabo por la CIDH respecto de la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, se desarrolla el concepto de discriminación

²⁴Artículo 17. - (Protección a la familia). 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

²⁵http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235&lang=es (Recuperado 12 de octubre de 2017).

indirecta por el impacto desproporcionado. Esto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, puede tener repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con características determinadas. Es posible que quienes hayan establecido esta norma o práctica no sea consciente de las consecuencias y, en tal caso, la intención de discriminar no es esencial y procede la inversión de la carga de la prueba.

Además considero, debe analizarse respecto a la discapacidad, el género y la situación económica. Desde ese triple punto de vista adujo que la “discriminación indirecta en relación con la discapacidad”, presupone a la infertilidad como una enfermedad que consiste en una limitación funcional. Siendo así, quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, para evitar el impacto desproporcionado²⁶.

Con respecto a “la discriminación indirecta con la relación al género” la corte considera que, si bien la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres, produciendo impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad; dado que el empleo de tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres, tiene un impacto negativo desproporcionado sobre ellas. Y por último en razón a “la discriminación indirecta con relación a la situación económica”, explica que la prohibición de la FIV tiene un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento en el extranjero²⁷.

²⁶http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235&lang=es
(Recuperado 12 de octubre de 2017).

²⁷http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235&lang=es
(Recuperado 12 de octubre de 2017).

Es así como la Corte consideró que se vulneran los derechos de integridad y libertades personales, vida privada, intimidad, autonomía reproductiva, acceso a los servicios de salud reproductiva y a fundar una familia. Finalmente, declara la violación de los artículos 5.1²⁸, 7²⁹, 11.2³⁰ y 17.2³¹ en relación con el artículo 1.1³² de la Convención Americana.

3.3 Fallos anteriores y posteriores a la entrada en vigencia del nuevo CCCN

3.3.1 Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario – 2014-12-02 – XXX s/ maternidad por sustitución. Dra. Vittori

La sentencia dictada por la Dra. Valeria Vittori significa un gran avance en lo que respecta al ejercicio del derecho fundamental y el derecho humano a las TRHA en el país.

²⁸ Artículo 5º. - (Derecho a la integridad personal). 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

²⁹ Artículo 7º. - (Derecho a la libertad personal). 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

³⁰ Artículo. 11. - (Protección de la honra y de la dignidad). 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

³¹ Artículo 17. - (Protección a la familia). 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

³² Artículo 1º. - (Obligación de respetar los derechos). 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

Si bien es anterior a la entrada en vigor del nuevo CCCN, me pareció atinado exponerlo. La misma innova al prever una posible solución que se aparta de la jurisprudencia hasta ese momento existente.

El caso trata sobre un matrimonio heterosexual que solicita autorización judicial para un proceso de GS en el país, es decir la transferencia de embriones crioconservados del matrimonio a una mujer que dispuso su útero para gestar y, una vez nacido el niño/a, la inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Rosario; garantizando el derecho a la voluntad procreacional de la no gestante. Es decir que, a diferencia de los casos hasta ese momento conocidos de GS, en este supuesto, la intervención es previa a la provocación del embarazo de la persona que actuará como gestante. La Dra. Valeria Vittori, hizo lugar a la demanda aplicando la fuerza normativa de la CN, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y las condiciones de vigencias dinámicas directas e indirectas emergentes de la jurisprudencia de la CIDH (Artavia Murillo y Forneron).

La magistrada realiza una meticulosa acreditación de los extremos que permite entender las razones y sentimientos de las personas que se ven imposibilitadas de traer un hijo al mundo por medios naturales e intentan, ejerciendo sus derechos, acceder a las distintas técnicas para superar el dolor de no poder procrear.

Atendiendo a la situación que revisten los actores, se trata de una pareja heterosexual siendo la mujer estéril por habersele tenido que practicar una histerectomía total de útero. Previo a dicha intervención quirúrgica, se habían conformado seis embriones con material genético aportado por el marido y gametos femeninos aportados por una donante anónima, habida cuenta de la patología que la mujer padecía y que le impedía la

concepción. Posterior a esto y antes de solicitar la autorización para llevar adelante la GS en el país y sabiendo lo complejo que podía ser, averiguaron para realizarlo en el extranjero, pero lo descartaron por los inaccesibles costos.

Es así, que ante la imposibilidad de formar una familia con el sufrimiento que ello significaba y con la alternativa de la adopción como un camino largo e incierto cuya espera no haría más que profundizar dicho dolor, los actores conocieron a un matrimonio heterosexual que tenía una hija de cuatro años. Comenzaron a formar una amistad, especialmente entre las mujeres, y es ahí cuando la amiga, con el consentimiento de su marido, le ofrece de forma altruista ser la gestora sustituta de los embriones crioconservados. A lo que realizaron una certificación notarial con el objeto de que la mujer gestante y su marido prestaran pleno consentimiento.

Luego de iniciado el proceso judicial la gestante fue evaluada por una junta interdisciplinaria (compuesta por psiquiatras y psicólogos) para ratificar su consentimiento libre, pleno e informado que ya había prestado oportunamente mediante el acta notarial. Asimismo, recibió información médico legal sobre los riesgos del embarazo y del parto y posteriormente prestó el consentimiento informado conforme lo establece la ley 26.529³³ y su modificatoria 26742. También fue evaluada ginecológicamente. Se acreditó que no aportó material genético, que no se sometió posteriormente a un proceso de GS y que no recibió ninguna clase de retribución económica, solamente se acordó el pago de la cobertura de la obra social, alimentación y productos de cosmética para el cuidado de la

³³ Ley de Salud Pública, N.º 26.529, Año 2009. Capítulo III, Del consentimiento informado.

piel. También se practicó un informe socio ambiental del matrimonio petitioner y de la gestante y su grupo familiar.

Es así, que el fallo otorga mucha importancia a la información médico legal recibida por la mujer gestante. Con lo que no solo se ha cumplido con el requisito de evaluarla en términos de salud integral, sino también que la asesoró para que se le garanticen el cumplimiento de sus derechos de forma previa al embarazo, durante este y el post parto.

Basada en estos hechos, la magistrada construyó los contornos y contenidos del derecho a la GS mediante la invocación directa y operativa de la jurisprudencia de la CIDH (Artavia Murillo vs. Costa Rica y Forneron vs. Argentina), respetando la lógica de funcionamiento y validez de la fuente externa invitada a compartir la supremacía constitucional y convencional argentina a efectos de interpretar los alcances de la ley de acceso integral a las TRHA³⁴.

De la jurisprudencia de la CIDH se desprende que:

El reconocimiento y la consolidación del respeto a la autonomía personal, del derecho a la salud reproductiva, de la aceptación del proyecto de vida familiar, como el reconocimiento expreso e irrefutable de formar una familia relacionado con el derecho a la maternidad y la abolición de cualquier acto o decisión que menoscabe o discrimine a personas que por su condición de vulnerabilidad ya sea por razón de su estado físico por cuestión de género o por circunstancias económicas encuentren limitados o cercenados sus derechos fundamentales. La interpretación que de la CADH realiza la CIDH en los casos

³⁴Ley 26.862 REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA - Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, 2013.

analizados, impone que ese sea el norte que debe guiar la decisión de la presente causa (XXX s/ Maternidad por Sustitucion, 2014).

En sintonía con la Ley 26.862³⁵ y citando a Gil Domínguez argumenta que:

La combinación de los artículos de la Ley de Fertilización Asistida, en casos de infertilidad; nos conduce indeteniblemente a la gestación por otra mujer, quedando implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino. Si cualquier persona titulariza el derecho fundamental y humano de acceder a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, por ejemplo por la orientación sexual tal como lo sostuvo la CIDH en el caso “Atala Riffo vs. Chile”, y sin que se exija la acreditación de un diagnóstico de infertilidad, y a la vez, las TRHA comprenden la donación de gametos y/o embriones, no cabe ninguna duda que existen múltiples situaciones que la única forma de garantizar efectivamente el acceso deriva en la gestación por otra (Gil Dominguez, 2013).

La Dra. Vittori, también recuerda que el Proyecto de reforma del CCCN del año 2012 en el art. 562, regulaba la GS. Lo importante de este fallo radica en que se cumplieron la totalidad de los requisitos fijados en el artículo proyectado que, si bien en ese momento no era ley, cada uno de ellos están científicamente avalados, en tanto no solo han sido receptados por legislaciones del derecho comparado que regulan esta figura, sino que diversos estudios científicos han demostrado su necesidad y razonabilidad, por lo que su verificación constituye un aval importante.

³⁵Ley 26.862 REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA - Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, 2013.

Entonces, luego de combinar dentro de nuestro sistema de fuentes la jurisprudencia de la CIDH con la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, vemos la existencia de un derecho a la GS en pos de evitar cualquier forma de discriminación.

La sentencia afirma que:

No se puede desoír la voluntad procreacional del matrimonio quienes han prestado el consentimiento de someterse a la técnica de reproducción humana asistida y solicitan esta autorización para realizar la técnica de gestación por otra mujer; ni resulta ser madre quien ha prestado su consentimiento a someterse a la practica en forma altruista para que cuando se produzca el parto entregar al bebe/es a los padres. Madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva (XXX s/ Maternidad por Sustitucion, 2014).

De esta manera la jueza ordena que, una vez producido en nacimiento, el/los niños/as se registren a nombre del padre aportante del gameto masculino y de la madre en ejercicio de la voluntad procreacional, dejando constancias en el legajo que se utilizaron gametos femeninos de una donante anónima y que la gestación la llevo a cabo una mujer distinta a la madre por voluntad procreacional. Todo ellos como una eficaz garantía del derecho a la identidad pleno del niño en garantía de su interés superior.

3.3.2 “B.J.D. y otros s/ materia categorizar (277)”, Expediente N.º LZ-52635-2016, del Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora, Pcia. De Buenos Aires. Fecha: 30/11/2016

Una mujer, señora J.D.B que no puede llevar adelante un embarazo por ausencia de útero (había tenido un embarazo previo complicado y por falta de retracción del mismo y

peligro de muerte de la mujer, decidieron extirparlo) promovió una medida precautoria, junto a su marido, señor D.A.G, a fin de que se autorizara la inscripción del niño por nacer concebido con material genético de ellos y gestado por la abuela materna, como hijo de la pareja.

Habiendo comprobado que los ovarios de la señora J funcionaban a la perfección, podían acceder a TRHA sin problema alguno, pero les faltaba conseguir un útero para gestar al bebe. Entonces, la madre de la señora J –señora C.- es quien se ofrece a llevar en su vientre a su futuro nieto.

Se realizan los estudios médicos psíquicos y ginecológicos correspondientes y previa suscripción del consentimiento informado de las partes se trasfiere el embrión (concebido por gametos aportados por la señora J. y el señor D., solicitantes) a la señora C. logrando la implantación y consecuente gestación con total éxito.

Siendo la mujer gestante la abuela del niño nacido, podemos decir que estamos frente a una GS llamada “altruista” puesto a que la señora C. no tiene ánimo de lucro, solo quiere ayudar a la pareja a concretar su tan anhelado “proyecto de familia”. Sin perjuicio de lo expuesto este altruismo o gratuidad se predica tan solo de la gestante y ello porque los profesionales intervinientes, sí cobran dinero para llevar adelante los procedimientos e intervenciones indicados precedentemente.

A diferencia del caso anterior, en el presente se realiza la implantación del embrión y siendo la fecha probable de parto hacia fines de noviembre del año 2016, se peticiona de modo urgente la autorización judicial para inscribir al niño por nacer en el Registro Civil como hijo de J. y D., es decir, posterior a la implantación se recurre a la justicia.

A la hora de resolver, la jueza de la causa analiza en profundidad el principio de la Voluntad Procreacional regulada en el artículo 562 del CCCN ya en vigencia. Recorre la jurisprudencia de los organismos internacionales como la CIDH y TEDH y por supuesto hace mención del artículo 562 del Anteproyecto de Reforma del CCCN del año 2012 en donde se regulaba expresamente la GS e invoca los fundamentos del mismo. Asimismo, sostiene que la GS no ha sido prohibida lo que significa que la cuestión queda sujeta a discrecionalidad judicial y aplica el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la CN).

Así en la sentencia firme del 30 De noviembre de 2016 resuelve: teniendo en cuenta la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad y convencionalidad aun sin que haya habido petición de las partes, primero y principal declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCCN en el caso concreto a decidir, porque no reconoce la maternidad de la mujer que expresa la voluntad procreacional, es decir aquella que quiere ser madre, sino de la que da a luz el niño. Se supone que la señora C. no tiene voluntad procreacional, carece de la intención de tener un hijo y todo lo realiza por una cuestión de “*solidaridad familiar o afectiva*”.

En consecuencia, decide el emplazamiento filial del niño como hijo de J y D, la inscripción inmediata del niño como hijo de J y D y proceder con la expedición del certificado de nacimiento correspondiente en el que conste todo lo mencionado, como así también le impone a los progenitores la obligación de informarle a este sobre su origen gestacional teniendo en cuenta dos factores, la edad por un lado y si tiene o no un grado de madurez suficiente para comprender lo sucedido por el otro (B.J.D. y otros s/ materia categorizar (277), 2016).

3.3.3 Juzgado Nacional Civil N.º 102, 18/05/15, “C.F.A. y otro v. R. S., M. L. s/
Impugnación de maternidad”

El señor F. A. C y la señora M. C. C. impugnan la maternidad de M. L. R. S. y solicitan se la emplace como hija de M. C. C. Los actores manifiestan que comenzaron su relación de pareja en 2003 y luego de un año y medio iniciaron la convivencia. Ante la imposibilidad de la señora C. de quedar embarazada, luego de las consultas médicas realizadas y dado el deseo de ambos cónyuges de tener un hijo, hicieron averiguaciones para recurrir a la GS en los EE. UU y en la India, pero desistieron ante los elevados costos imposibles de afrontar. Al tiempo, recibieron el generoso ofrecimiento de M. la niñera del sobrino de F. con quien mantenían un fuerte vínculo afectivo desde hace años y conocía los deseos frustrados del matrimonio. Ella se ofreció a ayudarlos, encontrándose dispuesta a llevar adelante el embarazo, con el material genético que aportaran los accionantes. De este modo y utilizando la técnica de fecundación in vitro, se transfirió a M. el óvulo fecundado. La niña nació el 10/03/2014, y luego de su nacimiento fue reconocida por F (el padre), pero no pudo ser reconocida por C. dado que al momento de su nacimiento fue anotada como hija de M, conforme lo preveía el art. 242 del Código Civil derogado. Es así como los progenitores de la niña inician una acción de impugnación de maternidad contra M, y de reconocimiento de la maternidad por parte de C, para desplazar del estado de madre a M y emplazar a C como madre de la niña E.

La jueza de la causa hace mención de la teoría de la explotación y cosificación de la mujer que es sostenida por quienes se oponen a la práctica y lo concluye teniendo en cuenta el interés superior del niño:

En el supuesto en estudio, la teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada al tratarse de un acuerdo voluntario y libre, que, al no conllevar un interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, tampoco puede tacharse de inmoral. Respecto del argumento de la explotación o cosificación, del que se ha dicho que es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer como también que le impide ejercer su derecho a la privacidad y autodeterminación, estimo que no es el caso de autos. Eleonora Lamm, con cita de Massager y Golombok, refiere que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio advierte que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo y que esa filiación sea reconocida legalmente (In Dret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona Julio 2012) (C.F.A y otro v. R.S.M.L s/ Inpugnanon de maternidad, 2015).

Finalmente, resuelve teniendo en cuenta el concepto de voluntad procreacional:

Resulta procedente acceder a la demanda entablada valorando principalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, respecto de quien han asumido y ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento, así como la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN, y además

consideraciones formuladas en el presente decisorio. En especial el interés superior de la menor que debe prevalecer, a quien solicito le hagan saber, en cuanto sea oportuno, el contenido de este proceso (C.F.A y otro v. R.S.M.L s/ Inpugancion de maternidad, 2015).

Consecuentemente, se procede a desplazar a M. L. R. del estado de madre de la niña E. C y se emplaza como tal a M. C. C.

3.3.4 Juzgado Nacional Civil N.º 83, 30/06/2015, “NN O, s/ inscripción de nacimiento”

En este caso, es un matrimonio heterosexual que ya tiene un hijo, pero la mujer sufrió una histerectomía, perdiendo la posibilidad de volver a gestar. Es una amiga la que se ofrece a subrogar su vientre de manera altruista, para gestar un embrión conformado por material genético de los miembros del matrimonio. Realizan un acuerdo de “voluntad subrogada” que firman ante un escribano público. Aquí también se recurre a la justicia luego de implantar el embrión, incluso después de producido el nacimiento de la niña solicitando se inscriba a la misma como hija del matrimonio solicitante.

Ante esta situación, el juez de la causa sostiene que:

Los avances médicos y el desarrollo de nuevas tecnologías no encuentran a la fecha una solución jurídica a la cuestión, como la que nos ocupa, dado que no se encuentra regulada la maternidad subrogada. En función de todo lo hasta aquí reseñado, entiendo (...) correspondería entonces estar, a lo que surge del convenio de “voluntad procreacional” en cual, en el caso de autos se denominó acuerdo de voluntades maternidad subrogada que luce a fs. 14/16 y el estudio de

ADN de fs. 24/30 acompañado el cual no fuera impugnado por las partes (NN O s/ Incripcion de Nacimiento, 2015).

Asimismo, hace mención al derecho a la identidad: “para hacer lugar a lo requerido con la acción en estudio, debemos remarcar y tener fundamentalmente presente, este derecho de la niña a “su derecho a la identidad” como un derecho personalísimo, a fin de lograr su protección jurídica” (NN O s/ Incripcion de Nacimiento, 2015).

Citando a la Dra. Eleonora Lamm (2012), sostiene que:

[...]la máxima “mater Semper certa est” se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio “mater Semper certa est” hace crisis, y en estos tiempos deja de ser incuestionablemente un hecho cierto (Lamm, 2012).

Finalmente, y atendiendo al interés superior del niño concluye:

Planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, y los ministerios, el estudio de ADN de la niña y los actores, que surgen como padres biológicos será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del CC, ella en tanto esta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación. Así las cosas, entiendo que ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el interés superior del niño, respecto del Derecho a la Identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia (NN O s/ Incripcion de Nacimiento, 2015).

Así, el magistrado resuelve disponer la inscripción de la niña como hija del matrimonio solicitante y la retroactividad de la patria potestad (hoy responsabilidad parental).

3.3.5 “*B.B.M y otro c/ G.Y.A s/ Impugnación de la Filiación – Expte: 70522/2014, Juzgado Nacional en lo Civil N.º 8, Sentencia del 20 de septiembre de 2016.*”

Un matrimonio heterosexual solicita la inscripción de nacimiento de un niño como hijo de ambos, dando cuenta que aquel fue dado a luz por una amiga de la familia, quien subrogó su vientre para ellos, atento que la mujer padece un problema congénito (Síndrome de Rokitasky³⁶) que le impide llevar a cabo un embarazo en forma natural.

Este caso presenta una novedad respecto de los anteriores. Se trata de una GS encargada por una pareja heterosexual con ovo donación. Es decir que se desplaza filiatoriamente al niño para emplazar como madre a la mujer que deseó su concepción, pero no es su ascendiente biológica o genética.

Se recurre a la acción de impugnación de la maternidad de la mujer que llevo adelante el embarazo, previo acuerdo con los accionantes, de un niño engendrado con esperma del padre R. y óvulos donados. Luego de efectuar una fecundación in vitro heteróloga se acordó que los embriones fueran implantados en el útero de la mujer gestante, quien era amiga del matrimonio sin especificar si había acordado una retribución económica a cambio. La mujer gestante presta su conformidad en todo momento

³⁶El síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser se conoce por sus siglas en inglés como MRKHS y también se llama agenesia mülleriana o agenesia vaginal. Es un trastorno congénito en mujeres en las que los conductos de Müller embrionarios no se desarrollan y como consecuencia se presenta una amenorrea primaria con ausencia de vagina y útero, pero con ovarios funcionales. <https://www.reproduccionasistida.org/ausencia-de-utero-sindrome-de-rokitansky-kuster-hauser/> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

manifestado “renunciar a sus derechos filiales”. Nacido el niño en el año 2014, el mismo es inscripto como hijo de la mujer que lo parió.

Planteados los hechos, la jueza debe resolver sobre, la procedencia de la impugnación de la maternidad de la gestante y la atribución de la filiación al matrimonio solicitante. Es así, que se termina resolviendo positivamente ambas cuestiones.

Al igual que en los casos anteriores, la jueza llega a esta conclusión luego de hacer un examen exhaustivo sobre la jurisprudencia dictada por la CIDH (*Artavia Murillo vs. Costa Rica*) y por supuesto aceptando que el elemento de la voluntad procreacional, sin importar el dato genético o biológico, puede constituir fuente suficiente de la filiación: En este marco, la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el “querer ser” progenitor. Siendo así, la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica cuando el vínculo filial encuentre su origen en las TRHA (art. 569 y 575 CCyC) en correspondencia con el criterio seguido en los países que tienen regulada esta tercera fuente filial. “Ello implica ir deconstruyendo la noción de “maternidad”, es decir la voluntad sobre la biología genética (SIC)” (B.B.M y otro c/ G.Y.A s/ Impugnación de la Filiación, 2016).

Asimismo, menciona el derecho a la reproducción y el alcance de la voluntad procreacional a partir de la postura sostenida por un sector de la doctrina en torno a un alcance del derecho fundamental implicado: “En el ordenamiento constitucional y convencional argentino, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio.” (B.B.M y otro c/ G.Y.A s/ Impugnación de la Filiación, 2016)

Otros de los aspectos tenidos en cuenta por la magistrada es la lectura efectuada de la ley 26.862 y su cobertura:

En definitiva, actualmente, en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el dec. 956/2013 y los arts. 558 y 562 del CCyC, la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional. (...) Al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el CCyC, otros interrogantes -sobre todo de orden práctico- siguen abiertos, con la inseguridad jurídica que ello genera, al carecer los Registros de normativa que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme a la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño.

Finalmente concluye:

Bajo esa mirada corresponde hoy tutelar los derechos emergentes de Lorenzo concebido por la voluntad procreacional de quienes hoy peticionan la modificación del acta de nacimiento y consecuentemente la impugnación de la maternidad, por no ser ella la madre del hijo que pasa por suyo, para forjar decididamente lazos jurídicos con quienes ha asumido decididamente su rol, con afectos y seguridad a esa relación familiar que se forjó desde el día del nacimiento, (arg. arts. 3, 9 y 12, CDN; 10, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., CN) (B.B.M y otro c/ G.Y.A s/ Impugnacion de la Filiacion, 2016).

Ordena la impugnación de la maternidad de la mujer gestante y declara el emplazamiento del niño como hijo del matrimonio solicitante, imponiendo a los mismos la obligación de hacerle saber a su hijo la manera en que fue concebido y gestado.

3.3.6 “Otros s/ Filiación” - TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N.º 5 DE
ROSARIO (Santa Fe) - 27/05/2016

En este caso, es un matrimonio unisexual que estaba inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva desde hacía varios años sin resultado positivo. Es por ello, que deciden acudir a una clínica de Buenos Aires para realizar la gestación por sustitución con material genético del matrimonio y ovodonación (óvulos de una mujer distinta a quien iba a gestar) siendo la misma con fines altruista y no onerosa.

El juez se avoca a la causa y luego de hacer una recorrida por distintos puntos de nuestra legislación y la jurisprudencia internacional es sus considerandos, establece que si bien el anteproyecto de reforma del CCCN regulaba la práctica, el texto legal finalmente sancionado la eliminó, pero:

Tampoco la prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a este tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso (Otros s/ Filiación , 2016).

Y como sucedió en las sentencias antes estudiadas, recurre a lo previsto en el art. 19 de la CN.

Asimismo, invoca lo establecido en el art. 558 del CCCN³⁷ en donde se:

³⁷ 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. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos

Incorpora un reconocimiento legal de las personas del mismo sexo casadas o unidas convivencialmente entre sí a tener descendencia ya que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción y cualquiera de ellas, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos. Por tanto, cualquier matrimonio o unión convivencial hetero u homosexual tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por ser imposible a éstos últimos la fecundación natural entre sus componentes, por lo que sería inconsecuente no permitir el uso de técnicas de reproducción humana asistida, según vimos previsto originariamente en el anteproyecto del Código Civil y Comercial (Otros s/ Filiación , 2016).

Respecto de la mujer gestante, el magistrado sostiene que:

Obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su marido, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos, fines que son acordes a los requisitos que exigía el proyecto. Ella junto con su marido en audiencia brindó explicaciones sobre la relación con los peticionantes, el debate entre todos los miembros de su familia, los recaudos que se tomaron y su firme intención de gestar un niño como guiño de amor y solidaridad hacia sus amigos y fundamentalmente como acto ejemplificador

vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

hacia sus propios hijos. “Prestar nuestra panza” fue la expresión de su hija de nueve años (Otros s/ Filiación , 2016).

El juez entiende que:

Esta especialísima y única circunstancia en la existencia de esta mujer, forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo con los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la mujer someterse a esta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad (Otros s/ Filiación , 2016).

Como en las sentencias anteriores, también recurre a lo resuelto por la CIDH en el caso *Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica*, en donde la Corte se expide a favor de la protección a la vida privada y que la misma:

Abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. El mencionado tribunal ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, por tanto considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del

derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica, 2012).

Finalmente, el Dr. Dutto admite:

La existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso fue anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde uno de los integrantes del matrimonio que propicia la modificación de la partida de nacimiento además aportó su esperma, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo. Además de los razonamientos precedentes, debe admitirse la presentación efectuada por el matrimonio que detenta la voluntad procreacional respecto al niño, como una respuesta jurisdiccional encaminada a promover la igualdad de posibilidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a los hombres que necesariamente deben recurrir a la adopción cuando deberían gozar de idéntico derecho que las mujeres a la gestación por sustitución a fin de lograr su ansiada progenitura (Otros s/ Filiación , 2016).

Y resuelve:

Que de acuerdo a la conformidad expresa de todos los involucrados, la legitimación activa de quienes accionaron, el asentimiento del marido de la gestante, la Defensora General que representa complementariamente al niño, el estudio de molecular de ADN sobre exclusión de la maternidad consignada en el acta de nacimiento y cuya impugnación debe prosperar, por no ser la mujer del hijo que pasa por suyo, conf. Arts. 565 y 588 del Código Civil y Comercial

y el consecuente emplazamiento como progenitor, además del consignado en el acta de nacimiento del niño, del otro integrante del matrimonio unisexual, siendo ello la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación (SIC) (Otros s/ Filiación, 2016).”

3.3.7 Juzgado de familia N.º 7 de Viedma “RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)”, Expte. N.º 0260/17/J7 – 06-07-2017

Este caso también trata de una pareja homosexual en unión convivencial desde hace 14 años compartiendo un proyecto de vida en común y familiar que recurren a la justicia para solicitar autorización a una GS. Es decir, realizaron el proceso judicial antes de implantar el embrión.

Los actores manifiestan que conocieron a la mujer que proponen como gestante en el año 2015 y entablaron una relación de amistad con ella y con su grupo familiar y al tiempo nació la idea de facilitarles la posibilidad de ser padres siendo asesorados del procedimiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad con Ovodonación y Subrogación de vientre.

Encontramos en esta sentencia varios puntos coincidentes respecto de las anteriores en la legislación y jurisprudencia tenida en cuenta a la hora de resolver. Como eje de la misma está la voluntad procreacional regulada en el CCCN cuando establece las reglas de la filiación por TRHA:

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o

madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas (Reservado s/ Autorización Judicial, 2017).

Asimismo, el juez de la causa aplica el principio de legalidad (art. 19 de la CN), ya que la GS en nuestro ordenamiento jurídico no se halla regulada “*Así se lo ha entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015).*”

Sostiene que:

En Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás. De esta manera de las constancias de autos surge que el Sr. '(DATO RESERVADO) y el Sr. (DATO RESERVADO) se encuentran en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues queda claro que la única la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución. Ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante la gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer –en este caso su amiga– se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad

personal (art. 7.1 CADH) , a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD” – ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Reservado s/ Autorizacion Judicial, 2017).

Asimismo, y citando al Dr. Gil Domínguez, Andrés:

[...] la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA y a la gestación por sustitución. Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un código civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente, aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y el linaje (Reservado s/ Autorizacion Judicial, 2017).

Respecto de la mujer que va a llevar a cabo la gestación, el magistrado entiende que:

Teniendo en cuenta que la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; que uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos; que los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos; que la gestante

no ha recibido retribución de ningún tipo; que la gestante ha parido tres hijos antes del caso bajo análisis; que la gestante ha prestado su vientre en forma libre luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; que el recurso de éstas técnicas fue utilizado como la única alternativa por los peticionantes dado su imposibilidad biológica de gestar (Reservado s/ Autorizacion Judicial, 2017).

Finalmente resuelve:

En virtud de todo lo expuesto considero que debe hacerse lugar a la autorización solicitada, con fundamento en el derecho a constituir una familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos), y en el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros en particular de los niños, en que éstos necesitan la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento que debe ser inscripto, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y que el impedimento gestacional de la pareja que han expresado ampliamente su voluntad procreacional recurriendo a una TRHA, no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia (Reservado s/ Autorizacion Judicial, 2017).

4. Conclusión

Como podemos ver en los fallos precedentemente estudiados existen argumentos constitucionales, convencionales y legales aplicables que apuntalan la existencia positiva

de un derecho fundamental y un derecho humano a la GS amparado a su vez por el derecho a la no discriminación. La mayoría de los casos fallados por la justicia han sido resueltos favorablemente y no han sido recurridos, habiéndosele dado participación al Ministerio Público y Pupilar como representante promiscuo de los menores. Esto nos muestra la aceptación de todos los organismos que intervienen en la justicia. La falta de un marco legal respecto de la figura de a GS, genera inseguridad jurídica y como en la mayoría de los casos se recurre a la justicia con posterioridad al nacimiento del niño, transcurre un plazo hasta que se determina la filiación a favor de los solicitantes, dando lugar a una serie de inconvenientes y violaciones de distintos derechos del niño.

Claramente la GS es una figura controvertida y compleja, pero citando palabras de las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera (2012):

Si el derecho se retirará o estableciera prohibiciones cada vez que existen dificultades de aceptación por parte de la moral social dominante en determinado momento histórico, los avances a favor de la igualdad y de la libertad serían tremendamente lentos y todo seguiría igual a través de los siglos (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, y Herrera, 2012).

Psicológica y sociológicamente es hoy esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo; pasado un tiempo, suele haber respuestas de tibia aceptación mayoritaria; este es el caso de la fecundación in vitro y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida (M, 2009).

Como sostuvo el Dr. Ricardo Lorenzetti (2012) cuando expuso el proyecto de reforma del CCCN ante el senado y como reflejaron los magistrados a la hora de resolver los casos expuestos en el presente estudio, este nuevo Código Civil toma muy en cuenta

los Tratados de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto recepta la constitucionalización del derecho privado, fijando una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Asimismo, expresó que el nuevo Código busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar esta igualdad: reconociendo que el mismo intenta regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede ni debe desatender (Lorenzetti, Highton de Nolasco, & Kemelmajer de Carlucci, Aida, 2012).

Algunas de las sentencias se dictaron antes de la entrada en vigencia del CCCN y otras fueron posteriores. A lo largo de los últimos años ha habido muchos fallos de diferentes jurisdicciones en los que se ha convalidado la GS (por una cuestión de síntesis no he citado todos). De los citados, se desprenden ciertas líneas de razonamiento convergentes e idénticas fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, resolviendo de manera favorable a la petición de “transferencia” de la maternidad legal de quien gestó (art. 562 CCCN), a favor de quien manifiesta la voluntad procreacional y demanda la responsabilidad parental, llegando incluso a afirmar inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la determinación del vínculo *a matre* con relación a la mujer que da a luz.

Otro de los argumentos coincidente entre los juristas gira en torno a la falta de una regulación expresa sobre la GS. Es decir que no está, ni prohibida, ni permitida legalmente pero igualmente se practica generando conflictos principalmente en el campo procesal.

Los fallos hasta aquí dictados resultan más que importantes ya que reconocen el vínculo filial a quienes tienen la voluntad procreacional de ser padres y que la GS es parte

de la realidad social y cada vez con mayor frecuencia. Pero está claro que estos antecedentes no resuelven la cuestión, por el contrario, dejan entre ver que se puede llevar adelante la práctica y creer que todos los jueces van a fallar a de la misma manera.

El silencio nunca es bueno en cuestiones legales, por lo que es realmente necesario un marco legal que fije parámetros y proteja a todas las partes intervinientes en el proceso.

Capítulo III: ¿Cómo funciona en EE. UU e India?

1. Gestación subrogada en EE. UU

1.1 ¿Cómo funciona?

Estados Unidos es uno de los destinos más comunes para realizar una GS, la mayoría de los pacientes son extranjeros que viajan hasta el país para tener un hijo a través de ese método. Cabe aclarar que la regulación respecto de la GS no es general, sino que cada estado tiene sus propias reglas y se pueden dividir en tres grupos:

- Los estados que tienen leyes y/o jurisprudencia que permiten la GS: Nevada, California, Texas, Arkansas, Illinois, Virginia, Florida, Nuevo Hampshire, Delaware, Nueva Jersey, Tennessee y Washington. Todos con condiciones legales distintas, aunque normalmente se le permite la GS a cualquier modelo familiar y la elección debe ser en doble dirección, es decir la gestante debe elegir a los padres y los padres a la gestante.
- Los estados que, aunque no tienen leyes expresas sobre la GS, se muestran favorables a su práctica (Surrogacy Friendly): Alaska, Colorado, Georgia, Idaho, Carolina del Norte, Minnesota, Maryland, Wyoming, Dakota del Norte, Nuevo México, Montana o Rhode Island.
- Los estados cuya ley la prohíbe expresamente y es considerado delito penal los acuerdos de GS: Arizona, Nueva York y Michigan. Estados como Indiana, Kansas y Luisiana o Nebraska contemplan como nulo el acuerdo de GS, es decir que la gestante será considerada la madre legal por haber dado a luz al bebé (Sandra Fernández, s.f.).

Generalmente el tipo de GS elegida por los pacientes es la subrogación gestacional en donde la gestante no aporta la carga genética y la misma se elige en “doble dirección”. Es decir, la gestante debe elegir primero a los padres de intención y, una vez hayan tenido la entrevista con ella, ellos deben aceptarla también. En caso de que esto no ocurra, no puede realizarse la gestación subrogada con esa gestante.

De igual manera, incluso en los estados en donde la GS está permitida y regulada existen diferencias legislativas. En primer lugar, aquellos donde no solo no se prohíbe, sino que pueden acceder tanto familias gais, como monoparentales o de padres heterosexuales:

Arkansas: existe un estatuto que declara que todos los contratos de gestación subrogada son válidos. Contempla todos los modelos de familia.

California: es probablemente el Estado más favorable, de ahí que sea el destino estrella entre españoles. San Diego o Los Ángeles son las ciudades más populares.

Delaware: desde 2013, cuenta con una ley que permite la subrogación uterina gestacional y detalla el proceso a llevar a cabo.

Florida: se permiten ambos tipos, es decir, la subrogación tradicional y la gestacional. En el primer caso, se considera más bien un tipo de adopción que ha sido previamente apalabrado.

Illinois: la legislación es favorable y deja claro el modo de proceder tanto para la redacción del contrato como a la hora de otorgar a los padres intencionales el certificado de nacimiento.

Nevada: desde octubre de 2013, se permite a todo tipo de familias, tanto si uno, ambos o ninguno ha aportado los gametos.

Nuevo Hampshire: la gestación subrogada está permitida para todas las familias, independientemente de su orientación sexual, desde 2014. Se permite el uso de óvulos o espermatozoides donados (Sandra Fernández, s.f.).

En segundo lugar, aquellos en los que, a pesar de ser legal, el estatuto es bastante complejo y, por esta razón, no son destinos muy demandados. Son aquellos donde podría existir riesgo de complicaciones:

Tennessee: la ley define la gestación subrogada únicamente como un tratamiento accesible cuando ambos miembros de la pareja aportan los gametos.

Texas: se requiere la aprobación legal del contrato antes de iniciar el tratamiento, pero está permitida legalmente. No obstante, la ley es bastante difusa y, por ello, no es un destino muy recomendable.

Utah: no está permitida la gestación subrogada tradicional y se prohíbe expresamente la posibilidad de que sea el marido de la gestante quien actúe como donante de semen. Los padres de intención deben estar casados y al menos uno de los dos debe aportar sus gametos.

Vermont: es de los pocos Estados donde se otorga una post-birth order. Se concede siempre y cuando al menos uno de los dos padres haya aportado la carga genética.

Virginia: aunque es legal, el estatuto vigente es bastante complejo y casi siempre que se consigue el certificado de nacimiento es necesario presentar una apelación previamente.

Washington: solamente está permitida la versión altruista. El pago a las gestantes está considerado delito menor (Sandra Fernández, s.f.).

Finalmente, y como se mencionó en la primera parte de este capítulo, está el grupo de estados en los que no existe una ley claramente definida que diga explícitamente que la GS está permitida, son los denominados *surrogacy-friendly*. Se trata de Estados que no tienen ninguna ley que regule la gestación subrogada, pero que se suelen mostrar favorables a su realización. Son los tribunales correspondientes los que determinan la paternidad en cada caso.

Cabe tener cuidado con el caso de Nueva Jersey, puesto que allí no se permite la gestación subrogada con compensación alguna. Por tanto, cualquier contrato de subrogación gestacional en el que se detalle una compensación a la gestante es considerado nulo. Además, aunque se concede *pre-birth order*³⁸, las gestantes (y su marido, de haberlo) disponen de 72 horas para reclamar los derechos de maternidad. Por tanto, no es un Estado recomendable para padres intencionales extranjeros.

Asimismo, me pareció acertado resaltar lo que sucede en el estado de Idaho, ya que encuentra similitudes con lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, salvando las diferencias existentes con el derecho anglosajón. En dicho estado se entiende que la GS está permitida puesto que no hay ninguna ley, normativa o jurisprudencia que lo prohíba expresamente. En consecuencia, la jurisprudencia al respecto se muestra favorable y por ello, Idaho está aumentando su popularidad como destino para hacer un proceso de gestación subrogada.

³⁸ Todo individuo nacido en territorio estadounidense tiene derecho a ser ciudadano de los EE. UU. de conformidad con la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. https://es.wikipedia.org/wiki/Decimocuarta_Enmienda_a_la_Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos (Recuperado 12 de octubre de 2017).

En Idaho la determinación de la filiación se define posterior al nacimiento. Hasta el 2014, en el certificado de nacimiento aparecía el nombre del padre biológico y de la gestante y luego la madre debía adoptar al bebé de su pareja. Esta situación resultaba imposible para los padres de intención extranjeros ya que la adopción estaba prohibida para ellos y debían realizar el proceso de adopción en su país de origen para luego volver a Idaho a realizar la inscripción en el certificado de nacimiento.

En el año 2014, hubo casos que crearon jurisprudencia y permitieron un cambio en esta forma de actuación. Actualmente, se determina la filiación en favor de los padres de intención en los siguientes casos:

- Parejas heterosexuales (casadas o no) que usan sus propios óvulos y espermatozoides.
- Hombres y/o mujeres solteras que usan sus propios espermatozoides y/óvulos.
- Parejas formadas por dos hombres. Aparecerá el nombre del padre que ha aportado los espermatozoides y el de la gestante.

Así, en los casos en los que se recurre a la donación de gametos y en los que los padres no son los padres biológicos, no se podrá obtener por parte del juez la aprobación para que sean ellos los que aparezcan directamente en el certificado post-nacimiento y no la gestante.

Si no hay vinculación genética con el bebé, no hay jurisprudencia favorable por lo que se deberá proceder a la adopción. No obstante, el proceso de adopción puede resultar muy complicado e incrementar el coste total del proceso en gran medida (Rodrigo, s.f.).

Respecto de la donación de gametos la normativa estadounidense permite la donación óvulos y semen. En la mayoría de los estados en donde la GS está regulada se permite llevar a cabo la misma con gametos de donantes y estos pueden ser anónimos o conocidos siendo a elección de los futuros padres tener una relación o no con ellos (elegirlos en base a fotografías e información o no saber nada). Asimismo, en la mayoría de los estados está prohibida la GS tradicional, en la que la gestante también aporta sus óvulos (Sandra Fernández, s.f.).

Respecto de la cobertura médica de la gestante, sabemos que en Estados Unidos la salud es privada, razón por la cual deben contratarse seguros médicos. Es decir que el primer paso a seguir luego de escoger la gestante es corroborar que su seguro médico cubra la subrogación. Si este no lo cubre, los solicitantes deben pagar los gastos derivados del proceso o “cubrir el pago que le supone el hecho de añadir la gestación subrogada a la póliza de seguro de la gestante” (Sandra Fernández, s.f.).

Además, debe contratarse un seguro de vida a la gestante, que tiene un costo aproximado de 600 dólares, siendo este obligatorio. Si la mujer gestante pierde la vida, el seguro compensa a la familia de la misma con 25.000 dólares y a los solicitantes con 100.000 dólares (montos aproximados).

Es importante que se tenga en cuenta que el seguro de la gestante no cubre los gastos ocasionados posteriores al parto respecto del recién nacido (embarazo gemelar, necesidad de incubadora, parto prematuro, quirófano para el recién nacido, etc.), puesto que no es su hijo. Razón por la cual es importante contratar un seguro especial y contar con un abogado especialista en el tema (Sandra Fernández, s.f.).

Otra cuestión que considerar es la nacionalidad y filiación del bebé nacido a través de esta técnica.

Por regla general, todos los niños que nacen en Estados Unidos son ciudadanos americanos de pleno derecho y desde el momento del nacimiento, aunque los padres tengan la nacionalidad de otro país. Así lo establece la decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.³⁹

Tratándose de un proceso de GS hay que tener en cuenta dos elementos fundamentales, la *pre-birth order* y la *post-birth order* que son ordenes de pre y post nacimiento. Ambos documentos asignan la filiación a los padres intencionados y eliminan cualquier derecho u obligación de la sustituta. En algunos estados incluso estos documentos pueden iniciarse antes de que el bebé nazca (*pre-birth order*) aunque no es eficaz hasta que el nacimiento ocurra. Es decir, que aunque nos encontremos en un estado donde se permitan estos certificados pre natales (California, por ejemplo) los solicitantes serán considerados padres del bebe antes del nacimiento, pero la orden no será efectiva hasta después de que haya venido al mundo (Sandra Fernández, s.f.).

El certificado post nacimiento se emite entre dos y tres semanas después del alumbramiento. Cumplimentado esto, se puede tramitar el pasaporte del bebé para sacarlo del país y retornar a la Argentina. No es necesario permanecer en el país por más de cuatro

³⁹ Enmienda XIV. Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes. <http://biblioteca.libertyfund.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

a seis semanas para cumplimentar todo el proceso, siendo necesario solo tener la visa para turista.

A modo de conclusión podemos afirmar que Estados Unidos es el país con más experiencia en el proceso de GS y por ende el más seguro y el más caro.

En California, por ejemplo, es considerado y regulado como un negocio más en donde se ha superado todo debate a nivel ético. Asimismo, la ley establece una serie de requisitos para evitar conflictos. Uno de ellos es que la gestante y los solicitantes tengan abogados distintos y que todo este firmado y notariado antes de que empiece el proceso.

Al regular de esta manera la práctica lo que se garantiza es la no discriminación y el libre acceso a la tecnología.

1.2 Costos del proceso

Como se expuso antes, el proceso de GS en Estados Unidos es el más elevado comparado con otros destinos. El importe que se paga varía entre los 90.000 y 180.000 dólares dependiendo de varios factores como el estado en el que se realice, siendo California uno de los más caros. Otros de los factores para tener en cuenta son:

- Si hay donación de gametos (óvulos y/o espermatozoides).
- Número de intentos de la FIV necesarios para lograr el embarazo de la gestante.
- Técnicas adicionales en el proceso de FIV.
- Condiciones de la gestante.
- Tarifa de cada agencia y empresa de asesoramiento.
- Costos del seguro médico.

- Número de viaje que tendrán que hacer los solicitantes (aunque se puede reducir a uno, solo cuando nace el niño).
- Siempre se deben contemplar imprevistos propios de un embarazo (Sandra Fernández, s.f.).

2. *Gestación subrogada en India*

2.2 *¿Cómo funciona?*

Hasta hace unos años, India era uno de los países más asociados a la GS internacional. Desde el año 2015 el gobierno realizó muchos cambios al respecto, buscando cerrar de manera parcial el comercio que se generaba sobre las mujeres, y hoy solo permite el acceso a la técnica a los residentes del país con problemas de fertilidad. Asimismo, se les negó la posibilidad a parejas homosexuales.

Una de las principales razones de restringir la práctica fue el caso “*Baby Gammy*”, que involucró a un bebé con Síndrome de Down nacido a través de GS que fue abandonado por sus padres solicitantes al descubrir sus rasgos genéticos.

A India se la consideraba la capital mundial de la GS. Algunos datos revelan que durante el año 2012 el “comercio” de la GS creció alrededor de 2,3 millones de dólares (Delgado, 2016). Al limitarse la práctica se generó una alerta desde el aspecto económico por lo que generaba la “industria” de la subrogación.

Muchas eran las razones tenidas en cuenta por los extranjeros para elegir ese país y no otro. Entre ellas, el precio. Como vimos en el apartado anterior, Estados Unidos es el país más seguro para realizar esta práctica, pero también el más caro. El precio del proceso de GS en India era cinco veces más económico, alrededor de los 25.000 dólares. Cabe

destacar que las madres que alquilan su vientre (la práctica se sigue llevando a cabo en la actualidad), tienen una ganancia aproximada de 4.500 dólares. Teniendo en cuenta que un trabajador promedio gana 215 dólares al mes, por cada vez que una mujer alquila su vientre, gana más de lo que gana un hombre al año. Por esa razón la mayoría de las mujeres gestantes son de clase humilde.

En 2016 se propuso una nueva reforma en la legislación india, respecto de la GS, mucho más estricta que se espera sea aprobada en 2017. De ser así, la GS solo estaría permitida para parejas heterosexuales legalmente casadas (durante cinco años mínimo) y que sean ciudadanos indios y residentes en el país. Además, deben demostrar médicamente que al menos uno de ellos no puede tener hijos naturalmente o que no tengan otros hijos, incluso adoptados.

Otro cambio importante es que la mujer gestante debe ser pariente cercano de los solicitantes, debe estar casada y haber dado a luz al menos un hijo. Solo puede ser gestante subrogada una vez en la vida y tener entre 23 y 50 años. Todas las clínicas deben estar registradas y se prevén condenas de diez años de cárcel y multas de hasta un millón de rupias (15.000 dólares aproximadamente) por el abandono de un hijo nacido mediante GS o por maltrato a la gestante (Sin Cigueña. Website by, s.f.).

2.3 Abusos de dicha práctica.

Hasta el año 2015 e incluso hasta que se apruebe el proyecto de ley que prohíbe pagar un precio por la GS, India era considerada la capital de la gestación subrogada pero también caracterizada por los abusos que sufrían las madres gestantes.

Como mencionamos en el apartado anterior, la GS era considerada un comercio o una industria y en un país en donde existe tanta desigualdad económica, ello trajo diversas consecuencias desfavorables para las mujeres gestantes.

En principio una mujer gestante necesita contar con la autorización de su marido, poniendo en evidencia que su autonomía dependía de él. Debe ser menor de 35 años y tener al menos un hijo propio. Nunca puede tener contacto con los padres solicitantes, para evitar problemas emocionales y por supuesto no tener relación genética con el bebé.

Se pretende que la mujer gestante viva cerca de la clínica y que suspenda todo tipo de actividad laboral, centrándose solo en el cuidado del embarazo. Existían también, pensiones muy precarias en donde se hospedaban durante los nueve meses de gestación con actividades y visitas restringidas.

Respecto del sueldo promedio mensual en el país, la suma que recibía la gestante era muy alta. Muchas mujeres llegaban a ganar más que sus maridos en años, pudiendo gracias a esta práctica, comprar una casa o un vehículo e incluso educar a sus hijos. La mayoría de ellas, consentían la práctica (hasta obligadas por sus maridos) solo por el dinero. Razón por la cual, se comenzó a hablar de explotación del cuerpo.⁴⁰

A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos en donde la elección de mujer gestante es en “doble dirección”, quien acudía a esta práctica en la India recibía un catálogo para poder elegir quien llevaría adelante el embarazo.

⁴⁰Alquiler de vientre ¿Dilema moral? – Documental - RT en español - <https://www.youtube.com/watch?v=matC1ISVnno&t=197s> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

La mujer gestante era obligada a consumir una droga proporcionada por la clínica para no producir leche materna y así acotar las posibilidades de generar lazos con el bebé. También era común la técnica de implantar embriones en varias mujeres y si el embarazo prosperaba en más de una, se las obligaba a abortar para que solo nazca un bebé.

Julie Bindel (2016), periodista del diario “*The Guardian*” viajó a la India para conocer en primera persona la realidad de la GS en el país y concluyó:

Me siento mal ante la idea de vientres en alquiler. Sentada en la clínica, viendo a las mujeres elegantemente vestidas accediendo a servicios de fertilidad, lo único que podía pensar era en lo desesperada que una mujer debe estar para llevar un embarazo por dinero. [...] Viendo la recepcionista sonriente rellenar formularios en nombre de los padres sustitutos, sólo podía preguntarme la miseria y el dolor experimentado por las mujeres que van ser vistas como un recipiente (Bindel, 2016).

Los cambios propuestos en la legislación buscan evitar este tipo de casos. Pero hasta que esto ocurra, India no es el mejor ejemplo de cómo se puede regular la práctica. Por el contrario, es un ejemplo de todo lo que se debe evitar y los derechos que debemos resguardar.

3. *Turismo reproductivo*

3.1 *¿Qué significa?*

Se le llama turismo reproductivo, en adelante TR, al desplazamiento de las personas, a un país diferente al de su lugar de residencia, para llevar a cabo un TRHA en un país donde la legislación sea más permisiva y segura. “La idea de poder combinar el

tratamiento para conseguir un embarazo con unas vacaciones para descansar y visitar nuevas ciudades resulta muy atractiva” (Salvador, 2017).

La principal causa del TR es la falta de regulación de determinadas prácticas de reproducción humana asistida en el país de origen de los pretensos padres o la prohibición expresa de las mismas.

3.2 Conflictos con nuestro ordenamiento jurídico

Como hemos visto hasta el momento, la GS en nuestro ordenamiento jurídico no se menciona. Es decir, no está legislada. Para una parte de la doctrina el artículo 562 del CCCN la prohíbe tácitamente, mientras que para otros está incluida implícitamente en la Ley de Reproducción Médicamente Asistida y en su Decreto Reglamentario.

Bajo este contexto, si la práctica es llevada a cabo en el país y como vimos en los casos estudiados, la filiación del niño nacido o por nacer queda a la libre discrecionalidad de los jueces. Lo cual genera inseguridad jurídica para quienes desean ser padres por medio de GS.

Siendo así, quienes poseen los medios económicos para poder hacerlo y desean ser padres a través de la GS, viajan al extranjero. Claro que no siempre estos procesos se dan de manera sencilla y se generan conflictos con nuestro ordenamiento jurídico.

Para la Dra. Eleonora Lamm (2015), los casos de GS internacionales pueden dar lugar a diferentes problemas:

- Cuando los comitentes desean sacar al niño del país donde nació para llevarlo a “casa”, es decir, a su Estado de residencia.

- Una vez que el niño está en su Estado de residencia de los comitentes (o durante el proceso migratorio) y se procura regularizar la situación legal del niño (Lamm, 2015).

Ya ha habido diferentes resoluciones judiciales respecto de estos conflictos y salvo alguna excepción (que todavía se encuentra en trámite) los jueces se han expedido a favor de la inscripción del niño no solo como hijo de los solicitantes, sino también como argentino.

Entre otros fallos, vamos a citar el del Juzgado de Familia de San Lorenzo en la Provincia de Santa Fé (S. G. E. F y/o G.C.E. s/ Medida C. Autosatisfactiva, 2012). Un matrimonio heterosexual, de nacionalidad argentina y española, celebra un contrato de GS en India (año 2012, cuando todavía era legal para extranjeros). Luego del nacimiento de la beba la inscriben en el Registro correspondiente en la ciudad de Nueva Delhi como hija genética de los solicitantes. Asimismo, acuden a la Sección Consular de la Embajada Argentina con sede en la misma ciudad, a los fines de inscribir a la niña con nacionalidad argentina atento al carácter de argentina nativa de su madre y conforme lo establece la Ley N.º 346 de Ciudadanía y Naturalización. El Consulado Argentino les niega la inscripción, argumentando que la madre quien era argentina nativa no residía en el país.

El juez que entiende en la causa hizo lugar a la demanda y resolvió ordenar al Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto u organismo que corresponda a inscribir a la menor como argentina nativa (S. G. E. F y/o G.C.E. s/ Medida C. Autosatisfactiva, 2012).

El magistrado sostuvo, entre otros argumentos, que se le estaba negando el derecho a una nacionalidad a la menor y discriminarla por la forma de concepción, violatorias a las disposiciones constitucionales como la igualdad (artículo 16 de la CN). Además, manifiesta que se debe verificar el vínculo y la calidad de argentino nativo de cualquiera de los padres, independientemente de las circunstancias del embarazo. Ya que el contrato de GS se celebró en un país en donde es legal y que no está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico (art. 19 de la CN) (S. G. E. F y/o G.C.E. s/ Medida C. Autosatisfactiva, 2012).

Otro de los fallos recientes, es el de una pareja casada que también recurre a la GS en India. Producido el parto, se otorga el certificado de nacimiento correspondiente en donde los solicitantes figuran como padres del niño.

Nuevamente en la Sección Consular de la Embajada Argentina con sede en Nueva Delhi, rechazan la inscripción del mismo como ciudadano argentino, atento a “las características de los hechos, debían contar con una sentencia judicial”.

Ya en sede judicial, la jueza de primera instancia rechaza *in limine* el planteo. Los solicitantes apelan y la cámara hace lugar. Sostiene que:

Se encuentra acreditado, (...) conforme el certificado, han resultado padres del menor, por lo cual se advierte claramente que se encuentran comprendidos en el supuesto reglado en el art. 2º del decreto reglamentario de la ley 346 y que la negativa de formalizar la inscripción correspondiente en el Consulado argentino con sede en Nueva Delhi constituye una omisión que con arbitrariedad manifiesta lesiona derechos fundamentales del niño y su grupo familiar (Lamm, 2015).

Otras de las dificultades que se presentan son las relacionadas a la competencia de los tribunales.

Así fue el caso de una pareja homosexual que celebró un contrato de GS en México y fueron padres de mellizos. Ya en el país, presentan una acción de amparo en la que solicita la inscripción registral de la copaternidad de los dos bebés, a fin de tramitar sus pasaportes. La Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires se declara competente para entender en el asunto, pero el Ministerio Público Fiscal apela el decisorio y afirma que, al tratarse de un tema de familia, ese fuero resultaba incompetente. Finalmente, la Cámara rechaza el planteo y confirma el pronunciamiento del juez de primera instancia.

Algunos de los argumentos esgrimidos por el Tribunal, fueron que trasladar la competencia al fuero civil implicaría elevar al rango relevante la orientación sexual de los actores o el método utilizado para materializar su paternidad, lo cual se encuentra vedado por la Ley de Matrimonio igualitario (voto Dr. Zulueta) (B.F.M.A y otros c. GCBA s/ AMPARO, 2015).

Respecto del segundo grupo de problemas anticipados, sucede que en cuanto la adquisición de la nacionalidad, en algunos de los países donde se admite la GS rige el principio *ius soli*, por lo cual los niños adquieren la nacionalidad de aquellos y ello permite la salida de los niños de esos estados (Lamm, 2015).

Es así como sucede en los Estados Unidos, razón por la cual todos los niños, nacidos por GS en dicho país, ingresaron a Argentina con pasaporte estadounidense. Una vez en el país, nuestra legislación permite su nacionalización por ser hijos de argentinos nativos.

Solo se necesita:

- Partida de Nacimiento original legalizada, apostillada en país de origen, traducida por traductor público nacional si no está en español, testimonio consular o inscripción del Libro de Extraña Jurisdicción del Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de los Registros Civiles Provinciales.
- Partida de Nacimiento original y DNI del padre o madre argentino (si ambos son argentinos presentar solo uno de ellos)⁴¹.

A su vez, el nuevo CCCN establece:

ARTICULO 2634.- Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño⁴².

⁴¹<https://www.argentina.gob.ar/opcion-de-nacionalidad-argentina-para-hijos-de-argentinos-nacidos-en-el-exterior> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

⁴²<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#18> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

Si bien la GS finalmente no se reguló, no impide considerarla incluida en este artículo al ser un tipo de TRHA. Vemos que el interés superior del niño siempre es lo más importante y el artículo brinda seguridad ya que se delimitan las condiciones a cumplir para el acceso al registro y asegura la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas en el extranjero (Lamm, 2015).

4. Conclusión

De la última parte del capítulo anterior, podríamos decir que viajar a Estados Unidos para llevar adelante una GS no es tan difícil y hasta se plantea como una solución para quienes no pueden traer un hijo al mundo naturalmente. Claro, siempre que se cuente con muchos recursos económicos necesarios, ya que también quedó claro que Estados Unidos es el país que mejor regula la GS, pero consecuentemente, es también el más caro. Y en países en donde la práctica es más “económica” se genera inseguridad jurídica.

“Resulta axiológicamente disvalioso, cercenar porque si, alentando a quienes se encuentran con recursos económicos a recurrir a la gestación por otra mujer en países que si lo regulan, para luego petitionar la inscripción del nacimiento en nuestro país (XXX s/ Maternidad por Sustitución, 2014).”

Además, si bien el nuevo CCCN aclara el panorama y brinda seguridad al no haber legislación internacional que unifique criterios, siempre van a surgir inconvenientes. Llevarlos a la justicia, como vimos en los casos ejemplificados, perjudica el interés superior del niño. Ya que estamos frente a procesos largos y en el medio hay un menor apátrida, sin identidad con todo lo que ello significa. Las posibles soluciones siempre son *a posteriori*.

Y claramente la intervención de los organismos judiciales debe ser previa para efectivamente garantizar los derechos (Lamm, 2015)

Capítulo IV: ¿Es posible su regulación en nuestro país?

1. Argumentos jurídicos a favor

A lo largo de todo el trabajo y en los distintos fallos analizados, tanto especialistas en el tema como juristas y jueces son coincidentes en las leyes que invocan para argumentar a favor de la GS.

Entre ellas, la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. La aprobación y puesta en marcha de la misma en el año 2013, supuso un gran avance al regular los adelantos de la ciencia médica. La misma, sostiene que no hay necesidad de que los requirentes de las técnicas de reproducción humana asistida sean estériles o infértiles y brinda la posibilidad de someterse a estas técnicas de fecundación asistida, obligando a la cobertura de la misma por parte de las Obras Sociales, Empresas de Medicina Prepaga o el propio estado nacional. Asimismo, enlaza el derecho a la vida privada con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología necesaria para ejercerlo.

Reconoce las TRHA de carácter homólogo y de carácter heterólogo. El artículo dos establece:

ARTICULO 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.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación⁴³.

Si bien no refiere expresamente a la cobertura de la GS, la protección de la ley es amplia ya que ha tenido en miras a las personas que tienen la voluntad de ser padres. Asimismo, la última parte del artículo citado expresamente dice que podrán incluirse nuevos procedimientos.

Y en armonía con los artículos 7 y 8⁴⁴ del mismo cuerpo legal, la GS queda comprendida implícitamente como una técnica de alta complejidad que puede o no incluir donación de gametos y sin ningún tipo de discriminación hacia los beneficiarios. Ya que,

⁴³ Ley de Reproducción Medicamentada Asistida, N.º 26.862, 2013.

⁴⁴ ARTÍCULO 7º — Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

ARTÍCULO 8º — Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

el artículo 6 dispone que el Ministerio de Salud debe “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho igualitario de todos los beneficiarios” (Ley 26.862, 2013).

Asimismo, la OMS incluye dentro de los procedimientos de las TRHA a la práctica en análisis:

Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la crío preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante (OMS, s.f.).

La GS entonces quedaría incluida en el ordenamiento jurídico como parte del derecho a la voluntad procreacional pues, en algunos casos sería la única vía para la realización afectiva de los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad y libertad personal, a la igualdad y a no ser discriminada con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia (H.M y otro s/ Medidas Precautorias. art. 232 del CPCC, 2015).

Siendo así, las GS como TRHA es una fuente de filiación, tal como lo establece el art. 558 del CCCN: Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las

disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación⁴⁵.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, decimos que la imposibilidad de tener un hijo y según lo establece la OMS⁴⁶, es tratada como una enfermedad. Razón por la cual, en términos jurídicos es tratada como una incapacidad, haciendo que el individuo deba ser protegido. Y en este punto nos amparamos en la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, Ley N.º 26.378⁴⁷.

Respecto de lo planteado, la misma interpretación fue efectuada por la CIDH en la causa “Artavia Murillo vs. Costa Rica” cuando establece que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Y agregó, “que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades”⁴⁸. Es decir, ninguna persona puede verse privada de concretar el derecho a formar una familia o el derecho a ser padre o madre⁴⁹.

⁴⁵ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley N.º 26.944, 2015.

⁴⁶ Infertilidad: enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 (Recuperado 12 de octubre de 2017).

⁴⁷<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

⁴⁸<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

⁴⁹<http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

No hay ninguna norma en la CN o en los instrumentos internacionales de igual jerarquía (art. 75 inc. 22 de la CN) que inhiba llevar adelante la GS. Por el contrario, el principio pro persona refuerza la práctica en base a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH⁵⁰), a la integridad personal (art. 5. 1 CADH⁵¹), a la libertad personal (art. 7.1 CADH⁵²), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH⁵³) y como mencionamos antes, en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme el art. 17 de la CADH.

Ahora bien, como vimos en el Capítulo II del presente trabajo, la GS se había intentado regular en el artículo 562 del Anteproyecto de Reforma del CCCN del año 2012. Finalmente, dicho artículo fue eliminado y reemplazado por el concepto de voluntad procreacional. También vimos, y es el tema principal de nuestra tesis, que fue centro de críticas y debates. Para algunos autores hay un vacío legal acerca de la práctica de la GS. Otros en cambio sostienen que esta práctica se encuentra estrictamente prohibida.

Continuando con lo expresado, vimos en los distintos fallos analizados y resueltos en los últimos años, la interpretación del ordenamiento jurídico ha sido favorable tomando como punto de partida las disposiciones en los Tratados Internacionales con jerarquía

⁵⁰ Artículo. 11. - (Protección de la honra y de la dignidad). 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

⁵¹ Artículo 5°. - (Derecho a la integridad personal). 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

⁵² Artículo 7°. - (Derecho a la libertad personal). 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

⁵³ Artículo 24.- (Igualdad ante la ley). Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

constitucional, lo establecido en la Ley 26.862 y el principio de legalidad dispuesto en el artículo 19 de la CN. Esto es, que “todo lo que no está prohibido se encuentra permitido” y la GS no está expresamente prohibida en ninguna norma de nuestro ordenamiento.

La sanción de la ley 26.618 en el año 2010, que modificó el CC regulando el matrimonio de personas del mismo sexo, también nos da como premisa la permisión de la GS.

Esto es así ya que, si bien la norma no habla de presunciones filiatorias, la adecuación normativa resultaba notoria debido a los múltiples conflictos que pudieran suscitarse a partir de la determinación de la filiación en caso de niños nacidos por TRHA, las que en ese entonces no se encontraban reguladas expresamente (Medina y Gonzalez Magaña, 2013).

A través del matrimonio igualitario, se reconoce jurídicamente el vínculo entre personas del mismo sexo, en igualdad de condiciones que un matrimonio heterosexual. Así, el art. 42 de la ley 26.618 “establece que 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 personas de distinto sexo”⁵⁴.

Recién a partir de la sanción de la ley 26.862 es que resultó imposible impedir el acceso a un matrimonio compuesto por dos mujeres a técnicas de reproducción humana asistida de carácter heterólogas, es decir con espermatozoides de un donante. Ahora, lo mismo

⁵⁴ Ley de Matrimonio Civil, N.º 26.618, 2010

sucede con un matrimonio compuesto por dos hombres. Quienes recurren a una técnica heteróloga por medio de ovodonación y necesariamente a un GS.

Impedirles dicha práctica, es contrario al art. 42 de la ley 26.618, violenta el principio de igualdad y genera situaciones arbitrarias otorgando mejor derecho a quienes naturalmente pueden gestar.

Si a lo expuesto hasta aquí, le sumamos todo el entramado de principios y valores establecidos en la CN, los instrumentos internacionales de igual jerarquía, Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo Ley N.º 26.378, Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, Ley N.º 26.742 sobre identidad de Género (art. 155), Ley 25.673 “Programa Nacional de Salud Sexual y procreación Responsable” (art. 156), Ley 26.529, Derechos de los Pacientes, Ley 26.485 de Protección Integral para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres

⁵⁵ ARTICULO 1º — Modifícase el inciso e) del artículo 2º de la Ley 26.529 —Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el que quedará redactado de la siguiente manera: e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

⁵⁶ ARTICULO 2º — Serán objetivos de este programa: a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia; b) Disminuir la morbimortalidad materno-infantil; c) Prevenir embarazos no deseados; d) Promover la salud sexual de los adolescentes; e) Contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/sida y patologías genital y mamarias; f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable.

en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Ley 23.592 sobre Discriminación (art. 157) y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana respecto a la Convención Americana sobre derechos humanos específicamente en las causas “Artavia Murillo vs. Costa Rica”⁵⁸, “Atala Riffo vs. Chile”, “Forneron e hija vs. Argentina” y las cien reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad (reglas 3,4,7,17 y 24), vemos reforzado, aumentado y completado el marco legal y la necesaria regulación de la GS (Gil Dominguez, 2015).

2. Argumentos jurídicos en contra

Así como hay juristas que sostienen que existen fundamentos para decir que la GS está permitida, para otros como el Dr. Eduardo A. Sambrizzi y el Dr. Jorge Nicolás Lafferriere sostienen que la GS debe considerarse prohibida.

El Dr. Lafferriere (2016) fundamenta su posición en algunos artículos del CCCN como el art. 12 sobre el Orden Público y Fraude a la Ley⁵⁹, art. 279 sobre el objeto de actos

⁵⁷ ARTICULO 1°. - Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

⁵⁸ Desarrollada en el Capítulo III

⁵⁹ ARTICULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

jurídicos⁶⁰, el art. 386 sobre nulidad absoluta⁶¹, el art. 958 sobre la libertad de contratación y límites⁶², y el art. 1004 sobre el objeto prohibido de los contratos⁶³ (Lafferiere, 2016). Como se puede observar, toma como punto de partida el hecho de que la GS se lleva a cabo mediante un contrato que tiene por objeto una persona. Puesto así, considera que hay normas de orden público que se dejan a un lado cuando se considera válida una práctica no contemplada en el derecho de fondo.

Mas allá del hecho de que se afirma que la gestante no recibe contraprestación económica, interviene un centro médico que cobra por todos estos servicios que tiene como objeto a una persona. Y ello es un contrato. (...) En virtud de las normas transcriptas, el juez debería haber declarado de oficio la nulidad absoluta de los acuerdos sometidos a su consideración y haber dispuesto las mejores medidas de protección al niño en razón de la particular vulnerabilidad en que se encuentra. El juez no podría significar desconocer quién es la mujer que dio a luz y que se establece entre madre y niño un vínculo que signa profundamente la vida de la persona (Lafferiere, 2016).

⁶⁰ ARTÍCULO 279.- Objeto. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

⁶¹ ARTÍCULO 386.- Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.

⁶² ARTÍCULO 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

⁶³ 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.

Además, supone que afecta la dignidad y la integridad tanto de la mujer gestante como la del niño, cosificando a ambos y mercantilizando por completo la gestación, el nacimiento, y la maternidad misma.

Otra jurista que se opone a la práctica y propone su prohibición, es la Dra. Chmielak (2017) quien propone prohibirla de modo expreso y claro y en todas sus formas ya que desordena la maternidad y los vínculos que de ella derivan.

Sostiene que la GS convierte al niño en un objeto de contrato o acuerdo, sea este oneroso o gratuito, expreso o implícito y daña su identidad y origen gestacional. Además, la prohibición no implica limitar ejercicio alguno, ya que no hay derecho al hijo, ni tampoco discrimina, sino que implica velar por el instituto de la familia.

Considera que el permitir la subrogación se contradice con el interés superior del niño. Esto es así, ya que se lo considera como una cosa, un objeto de comercio cuando en realidad es sujeto de derecho y más bien se atiende el interés superior del adulto (Chmielak, 2017).

El CCCN establece como regla para determinar el vínculo filiatorio derivado de las TRHA el art. 562: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien los dio a luz y el hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre (...)”⁶⁴.

Para quienes se oponen a la GS, es aquí donde los legisladores dejaron claro la prohibición de la práctica. Ya que, aun en la TRHA, madre es quien da a luz.

⁶⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N.º 26.944, 2015.

Por esta razón, la pretensión de legalizar la GS bajo el fundamento de la voluntad procreacional genera un revuelo en el plano práctico al tener que inscribir al niño en el Registro Civil. Asimismo, quiebra el famoso principio del Derecho Romano “*madre certa est*” transformando, deshumanizando y desarticulando al instituto de la familia y al régimen filiatorio (Chmielak, 2017).

Si el texto legal, establece que madre es la que pare deja en este punto la idea de la voluntad procreacional y se atiene al hecho del parto. La voluntad no es por sí misma una causa suficiente de y autónoma para determinar la filiación:

El problema de hacer de la “voluntad procreacional” una causa suficiente y autónoma para determinar la filiación deriva de que tanto el fallo en análisis como en una medida mucho menor, el CCCN, hayan probablemente confundido el consentimiento para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida (que es un consentimiento médico, si se permite la expresión) con la voluntad de establecerse como padres. (...) El deseo de un niño no es causa suficiente para el emplazamiento filiatorio. Como han señalado diversos autores en la doctrina nacional e internacional: el no desear que un niño sea hijo no es causa suficiente para excluirlo de la paternidad (por lo menos, hasta ahora). Lo contrario implicaría terminar definitivamente con los juicios de reconocimiento de filiación. Bastaría que un padre se niegue a serlo, lo que funcionaría como una condición extintiva retroactiva de todo derecho del hijo a ser emplazado en una relación de parentesco. A la inversa, el desear un niño tampoco es suficiente para emplazar, toda vez que bastaría desear que un hijo de otro fuera mío para situarme en tal emplazamiento jurídico (Basset, 2016).

También sostienen, quienes se oponen a la GS, que tanto la voluntad procreacional como la práctica en sí misma, afectan al interés superior del niño. Solo prevalece el adulto y su aspiración personal de tener un hijo y se ignoran los derechos del menor.

Entre otros, se vulnera el derecho a la identidad del niño por nacer. Ya que, persona e identidad son conceptos íntimamente vinculados entre sí, son las dos caras de una misma moneda (Chmielak, 2017). La identidad es “el conjunto de atributos y características que nos permiten individualizarnos como personas en la sociedad” (Fernandez Sessarego, 1992).

Esa identidad tiene su punto de partida en el origen gestacional del niño, en cómo fue concebido y ello incide en la configuración de esta identidad. En consecuencia, establecer que “quien da a luz es madre” no resulta para nada irracional “la gestación incide en la idéntica genética y epigenética. Es decir, que la regla de determinación por el parto no es arbitraria, al contrario, tiene un fundamento fáctico que el fallo no llega a abordar” (Basset, 2016).

Siendo así, la voluntad procreacional cobra protagonismo, estando por encima del interés superior del niño y se rompe por completo el principio de unidad entre gestación, fecundación y alumbramiento.

Si bien no desconocen que la realidad biotecnológica existe en los hechos, aun así creen que eso afecta tanto a la familia como célula básica de la sociedad como al niño y su identidad “estamos ante una tendencia liberal de privatización de la filiación que no refleja los principios fundamentales que responden a la dignidad de la persona humana” (Lafferiere, 2016) (Chmielak, 2017).

Otro argumento jurídico utilizado por juristas que se manifiestan a favor de la GS es el principio de legalidad establecido en el art. 19 de la CN.

Para el Dr. Sambrizzi este argumento no convence: “por de pronto, puede afirmarse que el hecho de haberse eliminado del Anteproyecto del Código la disposición que la admitía, bien puede ser interpretado en el sentido de no encontrarse permitida la maternidad subrogada” (Sambrizzi, 2016).

Además, señala que no todo lo que no está prohibido, está permitido y pone de ejemplo el Código Penal, ya que no prohíbe matar, sino que establece una pena para el que mata, o para el que roba. Tampoco el Código Civil y Comercial prohíbe el casamiento entre una persona y un animal. Pero además de la circunstancia de establecer el art. 562 de dicho Código que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz.... Claramente resulta la imposibilidad de inscribir al nacido a nombre de una madre distinta a la gestante (Sambrizzi, 2016).

El Dr. Sambrizzi (2016), advierte que en el año 2015 el Parlamento Europeo aprobó por resolución el informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia, habiendo en el párrafo 115 expresado que el Parlamento Europeo:

Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se

examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos (Resolución del Parlamento Europeo, 2015).

Además, considera que un convenio de GS es inmoral y debe prohibirse por ser repugnante a la moral y buenas costumbres. Ya que no se puede pretender ser madre a cualquier precio.

Por último, supone que la admisión de esta técnica, de alguna manera es un fraude al instituto de la adopción, en el sentido de que mediante ella se obvian los requisitos que la ley exige para que la misma pueda ser concedida.

Asimismo, no existe fundamento alguno para afirmar que la circunstancia de que la ley 26.862 disponga que el Ministerio de Salud debe “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho igualitario de todos los beneficiarios”, tenga como consecuencia “que la GS haya quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino como parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional” (Sambrizzi, 2016).

Para estos autores, el artículo 562 del CCCN es constitucional, en cuanto del mismo resulta que madre del hijo que se tuvo por aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida, es la mujer que lo dio a luz.

Conclusión

Como hemos visto a lo largo de todo el trabajo, en los últimos años y a partir de la entrada en vigencia de nuevo CCCN la discusión que gira en torno a la GS ha tomado mucha relevancia.

El mundo va cambiando y los avances de la ciencia crecen y ofrecen oportunidades en todos los aspectos de la vida del ser humano, muchos de ellos en su beneficio y en el caso específico de la TRHA a formar una familia. Si bien la aprobación de la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida y su decreto reglamentario, aprobada y puesta en marcha en el año 2013 marcó un antes y un después en el uso de TRHA, la regulación de la GS no quedó del todo clara.

La entrada en vigencia del nuevo CCCN, tampoco aclaró el panorama. Ya que si bien, establece como regla filiatoria (art. 562) en las TRHA la voluntad procreacional de los progenitores materializada a través del consentimiento previo, informado y libre, también nos dice que “los nacidos por TRHA son hijos de quien los dio a luz”. En este punto se genera el conflicto, en donde se da a entender que la GS quedaría prohibida.

Ahora bien, también vimos que dicha práctica se lleva a cabo en muchos países y es totalmente legal y está regulada. Es por ello, que muchas personas que cuentan con los recursos económicos viajan al exterior y llevan adelante una GS para formar su familia. Luego, inscriben al niño en el país como hijo de quienes solicitaron la GS sin mayores dificultades.

Es decir, que la tácita prohibición del art. 562 del CCCN sería discriminatoria, injusta e hipócrita, ya que solo se aplicaría a personas o parejas (de distinto o igual sexo) que no poseen los recursos económicos para poder viajar al exterior donde sí está permitida.

Sin perjuicio de ello, siendo esta prohibición implícita y no expresa, en la práctica se reconoce legalmente. Tales son los casos desarrollados en el presente trabajo, haciendo esta situación aún más peligrosa ya que, como vimos en la mayoría de los casos se lleva adelante la GS y posteriormente se acude a la justicia. Existiendo una laguna legal respecto de la figura, queda a la libre discrecionalidad de los jueces.

Imaginemos que una vez nacido el niño a través de un acuerdo de GS, se acude a la justicia para impugnar la maternidad de la gestante (reconocida *iuris tantum* por ser quien dio a luz) y el juez entiende que no hay prueba suficiente y rechaza la acción. La maternidad/paternidad le sería reconocida a quien no tiene la voluntad de llevarla adelante y se la negaría a quien/quienes expresaron su voluntad procreacional. Claramente, el más perjudicado sería el niño.

Y aun si el juez, como vimos en todos los casos estudiados, reconoce el acuerdo de GS y le otorga la maternidad/paternidad a los solicitantes, siempre está en perjuicio del niño nacido el tiempo que transcurre hasta que se dicte sentencia. Durante todo ese tiempo se priva al menor de una identidad.

Además, podemos decir que luego de analizar el avance normativo desarrollado precedentemente y los diferentes puntos de estudio descriptos a lo largo de este trabajo, frente a determinadas situaciones de hecho la ley no otorga los mismos efectos a situaciones similares entre sí.

Por ejemplo, la ley 26.618 autoriza a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. La misma ley propone que ninguna norma del ordenamiento jurídico puede 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 personas de distinto sexo.

Ahora bien, si dos mujeres quieren ser madres y procrear un hijo propio se someten a una técnica de fertilización asistida heteróloga (semen de un donante) y el ovulo y vientre de una de ellas indistintamente conforme lo regula la ley 26.862.

Pero si en la misma situación, tenemos a un matrimonio homosexual de dos hombres, los mismos no poseen la misma protección legal. Atento que para poder concebir un hijo propio (con semen de uno de ellos y ovodonación) deberían recurrir a una mujer ajena para que geste ese embrión. Conforme lo establece el art. 562 dicha mujer gestante seria la madre por ser quien va a dar a luz.

Recordemos que el art. 558 nos dice que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. Es decir, estaríamos desplazando de la paternidad a uno de los miembros del matrimonio, debiendo estos tener que recurrir a la justicia para impugnar la maternidad de la gestante.

Dicha situación es incomprensible, atento al principio de igualdad y no discriminación garantizada por la CN, y ratificada por la postura asumida por la CIDH en cuanto estableció que "...la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos quedando proscrita toda norma, acto o practica discriminatoria basada en aquella elección sexual por lo que, ningún acto proveniente de autoridades estatales o de particulares, puede disminuir,

restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual...”⁶⁵.

Misma situación y análisis reviste el caso de un hombre solo que quiera ser padre. No teniendo que pasar por la misma situación, aquella mujer que decide ser madre sola y recurre a la inseminación artificial sin ningún tipo de problema.

Como se analizó en uno de los apartados del presente trabajo, la ley 26.862 reconoce tácitamente la GS. Prevé expresamente que una persona -independientemente de su orientación sexual- guarde sus gametos para poder procrear en un futuro; caso en el cual, si se trata de una mujer con imposibilidad de procrear, no existe otro mecanismo para tener un hijo biológico que no sea a través de la GS.

Incluso será el camino que debería transitar un matrimonio heterosexual, en caso de que la mujer, por algún motivo no pueda concebir, ya que debería recurrir a una tercera mujer que gaste en su lugar, situación que a nivel jurisprudencial ya encuentra precedentes (Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica, 2012).

Ahora bien, la hipótesis planteada al comienzo de este trabajo se refería a la inconstitucionalidad del art. 562 ya que como vimos, implícitamente prohíbe la GS. La inconstitucionalidad del artículo referido fue declarada en algunos de los casos que se desarrollaron en apartados anteriores.

El control de constitucionalidad:

⁶⁵http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235&lang=es
(Recuperado 12 de octubre de 2017).

Es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación, 1865).

Es decir, aquellos actos contrarios a la constitución son inválidos. Ahora bien, después de arribar a esa conclusión, se deben establecer remedios para defender y restaurar la supremacía constitucional. Y recordar, que la reforma de la CN del año 1994 incorporó en el art. 75 inc. 22 ciertos tratados internacionales (vinculados con los derechos humanos) y se les otorga jerarquía constitucional. De este modo, el principio de supremacía constitucional se ha ampliado hacia otras normas fundamentales, conformando lo que ha pasado a denominarse "bloque constitucional" (Bidart Campos, 1996).

El órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, atendiendo a nuestro sistema jurisdiccional difuso son todos los jueces, pudiendo estos hacerlo de oficio, es decir sin que las partes lo pidan en la demanda. El resultado de la misma se limita al caso resuelto (efecto inter partes) descartando la aplicación de la norma a las partes intervinientes en él, y dejando subsistente su vigencia fuera del caso (Bidart Campos, 1996). Tal como se dio en los fallos estudiados.

Siendo así, determinar si el art. 562 es o no inconstitucional es una tarea que solo les pertenece a los jueces y excede el marco de la presente tesis.

De igual manera, atento al análisis propuesto en el presente trabajo y a la opinión concordante de los magistrados en los fallos expuestos, la conclusión es que claramente prohibir la GS atenta contra los principios emanados de la CN y tratados internacionales de igual jerarquía.

A su vez, la GS es algo que sucede cada vez con mayor frecuencia en nuestro país y los órganos judiciales de distintas jurisdicciones se han expedido a favor de la misma, permitiendo la inscripción del menor como hijo de una madre distinta a la que dio a luz y reconociendo la maternidad/paternidad de aquellos que expresaron su voluntad procreacional.

Claro que siempre queda a la libre discrecionalidad de los mismos, conforme no es clara la legislación.

Actualmente hay dos proyectos legislativos presentados en el Congreso, que pretenden brindar un marco jurídico preciso a la GS y de no tratarse en el próximo año perderán estado parlamentario.

Teniendo en cuenta que uno de los fundamentos para eliminar la figura de la GS del CCCN fue la falta de un debate más profundo, los proyectos legislativos que actualmente residen en el Congreso responden a esa necesidad.

Los mismos, se focalizan en distintas aristas que un solo artículo del Código no podía responder de manera correcta. Sumado a esto, la reciente jurisprudencia nacional ha logrado un mayor debate doctrinario generando un gran avance en la materia atendiendo a la realidad socio-jurídica.

Es así, que necesariamente la figura de la GS debe regularse de manera expresa y en consecuencia modificarse el art. 562 del CCCN. Debiendo eliminarse del texto legislativo “son hijos de quien dio a luz” y en consecuencia quede redactado de la siguiente manera:

Artículo 562: Voluntad Procreacional. Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de la/las persona/s que hayan prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya dado a luz o aportado los gametos.

Asimismo, deberá elaborarse una ley que regule específicamente la GS teniendo en cuenta los lineamientos seguidos por la Comisión Redactora en el Anteproyecto de Reforma del año 2012 y que fueran descriptos en el Capítulo II del presente trabajo. Es decir, que el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de GS se ajuste a lo previsto por el CCCN, sea homologado por autoridad judicial y sea el que determine la filiación. Asimismo, el juez que homologue dicho consentimiento deberá tener en miras el interés superior del niño por nacer y acreditar que: la gestante tenga plena capacidad, buena salud física y psíquica; al menos uno de los solicitantes haya aportado sus gametos; el o los solicitantes poseen imposibilidad de concebir o de llevar adelante un embarazo a término; la gestante no debe aportar sus gametos ni haber recibido retribución económica a cambio de someterse al proceso de GS (independientemente de los gastos médicos y cosméticos que deberán soportar los solicitantes); que la gestante no se haya sometido a un proceso de GS más de dos veces y haya dado a luz al menos a un hijo propio.

No obstante, y a diferencia de cómo lo planteo la Comisión Redactora, propongo reemplazar el término “comitente/s” utilizado por la misma, por “solicitante/s” dado el carácter altruista que debe tener la GS.

Dicha ley, debe ser específicamente clara en cuanto a que ningún centro de salud puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin autorización judicial previa. Así, en el seno de un marco legal concreto y exigiendo la intervención judicial previa a la implantación del óvulo en la mujer gestante, se pueden solucionar eventuales conflictos.

También planteo la creación de un Registro Nacional de Mujeres Gestantes, para evitar que una misma mujer se someta a una GS más de dos veces, como así también para que cualquier mujer que cumpla con los requisitos pueda postularse de manera solidaria para subrogar su vientre.

Deben establecerse reglas precisas y así brindar seguridad jurídica a todos los intervinientes, garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y el interés superior del niño o niña. Especialmente cuando su reconocimiento tiene fuente constitucional y supraconstitucional.

Referencias citadas y consultadas

Doctrina

- Ales Uria, M. (11 de mayo de 2017). *La maternidad deconstruida: gestación por sustitución con ovodonación*. Obtenido de Thomson Reuters Información Legal AR/DOC/946/2017:
<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&nnd=2> (Recuperado 12 de octubre de 2017).
- Andrews, L. B. (1990). *Maternidad Sustituta: El reto para las feministas*, en Gostin L. .
Bloomington e Indianapolis, Indiana University Press: *Maternidad Sustituta: Política y Privacidad*. https://urbanasmad.files.wordpress.com/2016/08/existe-un-mc3a9todo-feminista_s-harding.pdf (Recuperado 12 de octubre de 2017).
- Baffone, C. (2013). LA MATERNIDAD SUBROGADA: UNA CONFRONTACIÓN ENTRE ITALIA Y MÉXICO. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Páginas: 441-470.
- Basset, U. C. (2 de Mayo de 2016). *Maternidad Subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?* Obtenido de Thomson Reuters Información Legal AR/DOC/1311/2016:
<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7>

[C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2](https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2) (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Bidart Campos, G. J. (1996). *"Control de Constitucionalidad". "Manual de la Constitución Reformada"*. Buenos Aires: Ediar.

Chmielak, C. L. (10 de mayo de 2017). *Maternidad subrogada y voluntad procreacional*. Obtenido de Thomson Reuters Informacion Legal AR/DOC/596/2017: <https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 03 de julio de 2017).

Comision de Investigacion sobre Fertilizacion humana y embriologia. (1984). *Informe de la Comision de Encuesta sobre Fertilizacion Humana y Embriologia*. Londres: Informe de WARNOCK. – Nuevas Tecnicas de Reproduccion Humana Asisitida, Pagina 91. https://books.google.com.ar/books?id=UmPdDdPaC5UC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (Recuperado 12 de octubre de 2017).

Diaz de Guijarro, E. (1965). *"La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación"*.

Fernandez Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad de la persona* . Buenos Aires: Astrea.

Gil Dominguez, A. (2013). *La ley de acceso integral a los procedimientos y tecnicas Medico Asistenciales de Reproduccion Humana Asistida, sus proyecciones constitucionales y convecionales*. La Ley.

Gil Dominguez, A. (7 de diciembre de 2015). *La gestacion por sustitucion como derecho fundamental y derecho humano*. Obtenido de Thomson Reuters Informacion Legal AR/DOC/421/2015:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Gonzalez Magaña, I. (Noviembre de 2014). *La tacita inclusion de la gestacion por sustitucion en el nuevo Codigo Civil y Comercial de la Nacion. Preambulo necesario de una norma expresa que la regule*. Obtenido de Thomson Reuters Informacion Legal AR/DOC/3853/2014:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Herrera, M. (2015). *Codigo Civil y Comercial de la Nacion Comentado Tomo III*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. Paginas 492-504.

Herrera, M., & De la Torres, N. (3 de NOVIEMBRE de 2016). *La gestacion por sustitucion, nuevamente en la agenda legislativa*. Obtenido de Thomson Reuters Informacion Legal AR/DOC/3039/2016:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., & Herrera, M. (10 de septiembre de 2012). *Regulacion de la Gestacion por sustitucion*. Obtenido de Thomson Reuters

Informacion Legal AR/DOC/4747/2012:
<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Lafferiere, J. N. (2016). *La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil.* Argentina: El derecho.
<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Lamm, E. (2012). Gestacion por sustitucion. *InDret Revista para el Analisis del Derecho*,
Paginas: 1-49.

Lamm, E. (21 de DICIEMBRE de 2015). *Gestacion por sustitucion. Una valiente y valiosa sentencia.* Obtenido de Thomson Reuters Informacion legal AR/DOC/4185/2015.
<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Lamm, E. (2015). *Una vez mas sobre gestacion por sustitucion. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad.* Obtenido de Thomson Reuters Informacion Judicial AP/DOC/786/2015:
<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E., & Kemelmajer de Carlucci, Aida. (2012).

FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Paginas: 78/80.

Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E., & Kemelmajer de Carlucci, A. (2012).

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

M, C. J. (2009). *Maternidad Subrogada: Una practica moralmente aceptable. Analisis*

Critico de las argumentaciones de sus detractores. Recuperado el 2017, de -

<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

Medina, G., & Gonzalez Magaña, I. (17 de junio de 2013). *La ley nacional sobre*

fertilizacion asistida. Analisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires. Obtenido de

Thomson Reuters Informacion Legal AR/DOC/2303/2013:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&ndd=2> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Salvador, Z. E. (4 de mayo de 2017). *Reproduccion Asistida ORG*. Obtenido de

<https://www.reproduccionasistida.org/turismo-reproductivo-conseguir-embarazo/>

(Recuperado 12 de octubre de 2017).

Sambrizzi, E. A. (9 de mayo de 2016). *La maternidad subrogada y la declaracion de*

inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial. Obtenido de

Thomson Reuters Informacion Legal AR/DOC/1135/2016:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7>

[C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D0
2A&stnew=true&nnd=2](http://www.thomsonreuterslatam.com/2013/06/doctrina-del-dia-aplicacion-del-interes-superior-del-nino-en-fallos-de-la-corte-suprema/) (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Jurisprudencia

"Gallardo, Guadalupe y Otros c. Dirección de Ayuda Social para el personal del Congreso"
(Corte Suprema de Justicia de la Nación 20 de Febrero de 2007).
[http://thomsonreuterslatam.com/2013/06/doctrina-del-dia-aplicacion-del-interes-
superior-del-nino-en-fallos-de-la-corte-suprema/](http://thomsonreuterslatam.com/2013/06/doctrina-del-dia-aplicacion-del-interes-superior-del-nino-en-fallos-de-la-corte-suprema/) (Recuperado 12 de octubre de
2017).

“Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica “(Corte Interamericana de Derechos Humanos
28 de noviembre de 2012).
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (Recuperado
17 de mayo de 2017).

“B.B.M y otro c/ G.Y.A s/ Inpugnacion de la Filiacion, 70522/2014” (Juzgado Nacional en
lo Civil N° 8 20 de septiembre de 2016).
[http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-civil-83-gestacion-por-
sustitucion/](http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-civil-83-gestacion-por-sustitucion/) (Recuperado 17 de mayo de 2017).

“B.F.M.A y otros c. GCBA s/ AMPARO” (Camara de Apelaciones Contencioso
Administrativo y Tributario de CABA Sala III 9 de septiembre de 2015). Obtenido
de
[https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7
C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D0
2A&stnew=true&nnd=2](https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&nnd=2) (Recuperado 17 de mayo de 2017).

“B.J.D. y otros s/ materia categorizar (277), LZ-52635-2016” (Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora Pcia. de B.A 30 de noviembre de 2016). <http://www.villaverde.com.ar/es/sentencias/b-j-d-y-otros-s-materia-a-categorizar-277-exp-n-lz-52635-2016-juzgado-de-familia-nro-7-de-lomas-de-zamora-30-11-2016/> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

“C.F.A y otro v. R.S.M.L s/ Inpugncion de maternidad” (Juzgado Nacional Civil N° 102 18 de mayo de 2015). <http://thomsonreuterslatam.com/2015/06/fallo-del-dia-se-admite-una-accion-de-impugnacion-de-maternidad-en-un-caso-de-gestacion-por-sustitucion/> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

“Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación” (Corte Suprema de Justicia de la Nacion 5 de diciembre de 1865). <http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/5-ano/finanzas-y-derecho-financiero/jurisprudencia/PRINCIPIOS%20SUSTANCIALES/DOMINGO%20MENDOZA%20confiscatoriedad.pdf> (Recuperado 12 de octubre de 2017).

“H.M y otro s/ Medidas Precautorias. art. 232 del CPCC” (Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora 30 de diciembre de 2015). <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/09/FA.-NAC.-JUZ.-NAC.-CIV.-N%C2%BA-8.-TRHA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

“NN O s/ Inscripcion de Nacimiento” (Juzgado Nacional Civil N° 83 30 de junio de 2015). <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-civil-83-gestacion-por-sustitucion/> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

“Reservado s/ Autorizacion Judicial, 0260/17/j7 “ (Juzgado de Familia N°7 de Viedma 6 de julio de 2017). <http://www.saij.gob.ar/juzgado-familia-nro-7-local-rio-negro-reservado-autorizacion-judicial-fa17050000-2017-07-06/123456789-000-0507-lots-eupmocsollaf?> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

“Otros s/ Filiacion” (Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario (Santa Fe) 27 de mayo de 2016). <http://marisaaizenberg.blogspot.com.ar/2016/06/fallo-sobre-filiacion-y-trha-para-casos.html> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

“S. G. E. F y/o G.C.E. s/ Medida C. Autosatisfactiva, 3263/12” (Juzgado de 1° Inst. de Familia, San Lorenzo 2 de julio de 2012). Recuperado el 26 de julio de 2017, de <https://informacionlegal.com.ar/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&stnew=true&nnd=2>

“XXX s/ Maternidad por Sustitucion” (Tribunal Colegiado de Familia N°7 de Rosario 02 de diciembre de 2014). <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/09/FA.-NAC.-JUZ.-NAC.-CIV.-N%C2%BA-8.-TRHA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Leyes y Tratados Internacionales

Contitucion de la Nacion Argentina (CN), Ley N.º 24.430, 1994.

Codigo Civil y Comercial de la Nacion. Argentina. (CCCN) Ley N.º 26.944, 2015.

Ley de Reproduccion Medicamente Asistida, Ley N.º 26.862, 2013.

Ley de Proteccion Integral de los Derechos de las Niñas Niños y Adolescentes, Ley N.º 26.061, 2005.

Ley de Matrimonio Civil, Ley N.º 26.618, 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235&lang=es (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Convencion Americana sobre Derechos Humanos. Obtenido de <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Resolución del Parlamento Europeo, d. 1. (17 de diciembre de 2015). *Parlamento Europeo*. Obtenido de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//ES> (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Entrevistas

Akerman, D. F. (13 de marzo de 2012). El Alquiler de vientres como una alternativa para formar una familia. (Infobae.com, Entrevistador) <http://www.infobae.com/2012/03/13/636815-el-alquiler-ventre-como-alternativa-formar-una-familia/>. (Recuperado 12 de octubre de 2017)

Bindel, J. (1 de abril de 2016). *Guardian News and Media Limited or its affiliated companies*. Recuperado el 25 de julio de 2017, de https://www.theguardian.com/global-development/2016/apr/01/outsourcing-pregnancy-india-surrogacy-clinics-julie-bindel?CMP=Share_iOSApp_Other

Dra. Luisa Baron. (08 de abril de 2012). Nuevas Formas de Maternidad. (D. Perfil, Entrevistador)

<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/46-nacer-de-un-utero-alquilado-no-afecta-la-vida-de-los-chicos>. (Recuperado 12 de octubre de 2017).

Páginas Web

Delgado, S. (28 de octubre de 2016). *Baby Gest La Revista lider en gestacion subrogada*.

(D. C. SL., Editor) Recuperado el 25 de julio de 2017, de <https://www.babygest.es/india/>

Gobierno de la Republica Argentina. (s.f.). *Argentina.bob.ar beta*. Recuperado el 26 de julio de 2017, de <https://www.argentina.gob.ar/opcion-de-nacionalidad-argentina-para-hijos-de-argentinos-nacidos-en-el-exterior>

OMS. (s.f.). Obtenido de http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 (Recuperado 17 de mayo de 2017).

Rodrigo, A. (s.f.). *BabyGest La revista lider en gestacion subrogada*. (D. C. SL., Editor) Recuperado el 18 de julio de 2017, de <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-idaho/>

Sandra Fernández. (s.f.). *BabyGest Revista lider en gestacion subrogada*. (D. C. SL., Editor) Recuperado el 18 de julio de 2017, de <https://www.babygest.es/estados-unidos/>

Sin Cigueña. Website by. (s.f.). Recuperado el 28 de julio de 2017, de <http://www.sinciguena.com/maternidad-subrogada-en-india/>

<http://dle.rae.es/?id=ObhmSF0>

<http://diccionario.leyderecho.org/maternidad/>

<http://dle.rae.es/?id=J9v9ovs>

<https://es.wikipedia.org/wiki/Gestaci%C3%B3n>

http://www.justice.gov.za/sca/judgments%5Czca_2007/sca07-047.pdf

[https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_identidad_de_g%C3%A9nero_\(Argentina\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_identidad_de_g%C3%A9nero_(Argentina))

https://es.wikipedia.org/wiki/Fecundaci%C3%B3n_in_vitro

https://es.wikipedia.org/wiki/Reproducci%C3%B3n_asistida

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/comitente/comitente.htm>

http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

[https://es.wikipedia.org/wiki/Decimocuarta_Enmienda_a_la_Constituci%C3%B3n_de_lo
s_Estados_Unidos](https://es.wikipedia.org/wiki/Decimocuarta_Enmienda_a_la_Constituci%C3%B3n_de_lo_s_Estados_Unidos)

[https://www.argentina.gob.ar/opcion-de-nacionalidad-argentina-para-hijos-de-argentinos-
nacidos-en-el-exterior](https://www.argentina.gob.ar/opcion-de-nacionalidad-argentina-para-hijos-de-argentinos-nacidos-en-el-exterior)

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

<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

<http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf>