



IVONNE ALEJANDRA BAUTISTA

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

“Gestación por sustitución. Una realidad impuesta”

Universidad Siglo XXI

Abogacía

2018

## **Resumen**

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida, desarrollada por la ciencia médica, que logra brindar una respuesta a aquellas personas que por distintas razones no pueden concebir un hijo, generando así un cambio de paradigma en materia de filiación y grandes desafíos legales por resolver.

Esta figura comprende la participación de una mujer que gestará al hijo por otro/a, es decir, no aportará su material genético y sólo llevará en su vientre el o los embriones que se implanten para luego dar a luz; dejando el vínculo filial que la uniría con el nacido, en cabeza de quienes expresaron la voluntad procreacional.

El presente trabajo final de graduación tiene como objetivo, realizar un análisis de la figura de la gestación por sustitución en Argentina y cuáles son las soluciones jurídicas y/o normativas que se presentan, ante la ausencia de una regulación específica en la materia.

**Palabras claves:** Gestación por sustitución – Técnicas de reproducción humana asistida- Voluntad procreacional – Filiación –

## **Summary**

The gestation by substitution is a technique of assisted human reproduction, developed by medical science, which provides an answer to those people who for various reasons cannot conceive a child, thus generating a change of paradigm in terms of affiliation and major legal challenges to solve.

This figure includes the participation of the woman who will conceive the child for another, which is, she will not contribute her genetic material and will only carry in her womb the embryos that are implanted and then given birth; leaving the filial bond that would unite her with the newborn, headed by those who expressed the procreacional will.

The purpose of this final graduation work is to carry out an analysis of the figure of pregnancy by substitution in Argentina and what are the legal and/or regulatory solutions in existence, in the absence of a specific regulation on the subject.

**Keywords:** Gestation by substitution - Assisted human reproduction techniques - Procreacional will - Filiation -

## Índice

Introducción .....	5
Capítulo I: “ <i>Gestación por sustitución. Nociones preliminares</i> ” .....	9
1 Introducción.....	10
2 Concepto Constitucional de Familia.....	11
3 El Derecho a procrear y el libre acceso a las TRHA .....	16
4 Concepto de Gestación por Sustitución.....	19
4.1 Modalidades .....	20
4.2 Variantes.....	21
4.3 Gestación por sustitución onerosa y gratuita .....	21
5 Alcances jurídicos.....	22
5.1 Determinación de la maternidad .....	22
5.2 Derechos del niño/a.....	24
6 Conclusiones parciales .....	26
Capítulo II: “ <i>Filiación y técnicas de reproducción humana asistida</i> ” .....	28
1 Introducción.....	29
2 Determinación de la filiación derivada por TRHA.....	30
2.1 La voluntad procreacional como causa fuente de filiación .....	32
3 La voluntad procreacional y la gestación por sustitución.....	33
4 Filiación e identidad .....	36
5 Conclusiones parciales .....	38
Capítulo III: “ <i>La realidad de la gestación por sustitución, su práctica y regulación</i> ” ...	40
1 Introducción.....	41
2 La situación actual en Argentina .....	42
3 Doctrinas y teorías desarrolladas respecto a su regulación .....	43

3.1	Argumentos que la rechazan .....	43
3.2	Argumentos a favor .....	45
4	La reglamentación de la gestación por sustitución en el derecho comparado.....	46
4.1	Regulación prohibitiva .....	46
4.2	Regulación positiva sólo si es altruista .....	47
4.3	Regulación positiva amplia .....	49
4.4	Sin regulación específica .....	50
5	Conclusiones parciales .....	50
Capítulo IV: “La gestación por sustitución en Argentina” .....		52
1	Introducción.....	53
2	Jurisprudencia Nacional.....	54
2.1	Durante la vigencia del Código Civil derogado .....	54
2.2	Desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. ....	57
3	Tratamiento de la gestación por sustitución en el anteproyecto del CCyC .....	64
4	Proyectos de regulación.....	68
5	Conclusiones parciales .....	71
Conclusiones generales .....		73
Bibliografía .....		80
1	Legislación.....	80
2	Doctrina .....	81
3	Jurisprudencia .....	88
4	Páginas WEB .....	93

## **Introducción**

La noción de familia ha ido cambiando a través del tiempo, hoy nos encontramos con nuevas estructuras y modelos, que surgen como un reflejo de los cambios culturales y las distintas concepciones que la sociedad va creando del concepto, -familias tradicionales, ensambladas, homoparentales, recompuestas, monoparentales, por citar algunas- (Borrillo, 2014). Muchas de estas, han podido desarrollarse gracias a los avances de la biotecnología y, más precisamente, de las ciencias biológicas y la medicina en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA).

La gestación por sustitución como TRHA, también conocida como “maternidad subrogada”, “gestación por otro” o “alquiler de vientre”, ha sido la opción elegida por aquellas personas que, por determinadas imposibilidades físicas y/o biológicas, no pueden concebir un hijo. Mediante esta técnica, no sólo es posible recurrir a donantes de gametos masculinos y/o femeninos para formar el embrión, sino que además es necesaria la participación de una mujer quien gestará el mismo, para luego dar a luz a un niño, que entregará a la, o las personas que oportunamente acordaron con ella y exteriorizaron su voluntad procreacional.

Esta práctica, derivada del uso de las TRHA, surge entonces como una consecuencia de la fuente de filiación por voluntad procreacional, establecida en el art. 562 del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC). Derecho que a su vez está garantizado en la Ley 26.862 de “Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Y, que también encuentra amparo

en derechos constitucionales y supra-constitucionales como lo son, el derecho a formar una familia, a procrear, a la igualdad, al libre acceso a las TRHA y avances científicos.

Sin embargo en el mismo art. 562 CCyC, se prevé que la determinación de la maternidad de los niños nacidos bajo las TRHA, se rige por las reglas de la naturaleza, el parto.

Entonces, ante esta disociación de la maternidad que se evidencia en la gestación por sustitución, donde quien gestó no tiene vínculo genético con el menor causante y tampoco tiene la voluntad de ser madre, la pregunta que se nos plantea es: ¿Cómo se determinan los vínculos filiales y el respectivo emplazamiento registral de los niños nacidos con la técnica de gestación por sustitución?

El propósito de este trabajo no sólo es buscar las respuestas al interrogante antes expuesto, sino también, abordar la problemática que se genera en torno a esta figura y cuáles son las garantías que encuentra para desarrollarse.

Como objetivo general se plantea, analizar el marco legal en que se desarrolla la gestación por sustitución en Argentina, la relevancia que posee la voluntad procreacional en el desarrollo de la gestación por sustitución y la forma en que se resuelve la filiación de los niños concebidos por esta práctica.

Los objetivos específicos de este trabajo se orientan a: Describir y conceptualizar la gestación por sustitución y sus alcances jurídicos. Analizar la voluntad procreacional como causa fuente de la filiación. Explicar las distintas posturas doctrinarias desarrolladas en torno a la figura de la gestación por sustitución. Analizar cómo ha sido el desarrollo de esta práctica en Argentina.

Esta investigación adquiere relevancia porque, como hemos dicho, desde que la ciencia médica ha encontrado la posibilidad de brindar la gestación por sustitución como una opción a las personas con deseos de tener un hijo, esta técnica se plantea como una realidad, un factible acceso a derechos amparados, no sólo por nuestras leyes internas, sino también por la normativa supra- constitucional que nos rige.

La gestación por sustitución, tuvo su tratamiento en el Proyecto de Reforma del CCyC, aunque finalmente el texto normativo no fue incorporado al nuevo CCyC que entró en vigencia el 01 de agosto de 2015. Si bien no se encuentra expresamente regulada, tampoco está prohibida, por lo tanto y en base a lo dispuesto por el art. 19 Constitución Nacional (en adelante CN), la gestación por sustitución es una práctica permitida. Entonces, esta ausencia de regulación no logra que la realidad desaparezca. El derecho es dinámico y debe acompañar la evolución de la sociedad, obligando, en consecuencia, a los jueces a expedirse sobre la figura.

Asimismo, no podemos perder de vista, que en esta práctica se encuentran asociados los derechos a la identidad del menor y sus vínculos filiales. Por lo que, la protección integral y principal que debe prevalecer es, sobre el niño y su interés superior, también consagrados en la Ley 26.061 y la Convención sobre los Derechos de niño.

El desarrollo del trabajo final de graduación se realizará en cuatro capítulos, en la primera parte del trabajo se desarrollará el concepto constitucional de la familia y su directa vinculación con la gestación por sustitución. También se estudiarán las modalidades y alcances jurídicos de la misma.

En el siguiente capítulo se analizará el instituto de la filiación y la incorporación al CCyC de la voluntad procreacional como fuente de filiación derivada de las TRHA. Se estudiará cómo se vincula a la gestación por sustitución. Incorporando también en este análisis cuáles son los contenidos que comprende el derecho a la identidad de los niños.

El tercer capítulo, intentará ser un completo desarrollo de las posturas doctrinarias elaboradas en relación a la gestación por sustitución, aquí podremos analizar las teorías que la rechazan, como las que avalan esta técnica y fomentan su regulación. Incorporando a este desarrollo el abordaje que ha hecho del tema el derecho comparado.

Luego, en el capítulo IV, se detallará cómo ha sido el desarrollo de este instituto en Argentina, elaborando un estudio del tratamiento que la jurisprudencia de nuestro ordenamiento jurídico ha hecho del tema. Además, se examinará el tratamiento que tuvo en el Proyecto de Reforma en el C.C. y C., y cuáles son los proyectos para la regulación de la gestación por sustitución presentados al momento.

La metodología que se utiliza para el desarrollo del trabajo es de tipo exploratorio y cualitativa. Para ello, se hace una valoración de la legislación, la doctrina afín, la jurisprudencia y todo aquello que permite aportar mayor conocimiento a una práctica y su protección que aún no está legislada. Y también se profundiza el análisis sobre el material teórico, para lograr una comprensión amplia del instituto jurídico en cuestión.

## **Capítulo I**

*“Gestación por sustitución. Nociones preliminares”*

## **1 Introducción**

Antes de comenzar con la definición propia de esta figura, es menester dar una aproximación al contexto en el cual se desarrolla.

Es importante destacar que las TRHA y los avances en el campo de la medicina han sido cruciales en la conformación de los nuevos modelos de familia (tema que trataremos al comenzar el desarrollo de este capítulo).

Estas técnicas han sido una solución tanto para aquellas personas que desean tener un hijo y padecen de infertilidad médica (siendo las causas más comunes las provocadas por factores físicos y/o biológicos como el deterioro de los gametos femeninos y/o masculinos -pobre reserva ovárica y bajo nivel de esperma y/o movilidad-, daños en las trompas de Falopio, endometriosis, síndrome de Rokitanski –carencia congénita de útero, poliquistosis, entre otros). Como también para quienes tienen una infertilidad estructural, que conforme la define Cahn, N R. (2009 citado por Lamm, 2013), es la que deriva de la imposibilidad de las personas solteras y parejas del mismo sexo de acceder a la maternidad y/o paternidad por sí mismos, ya que por pertenecer a esa “estructura social” no pueden procrear mediante relaciones sexuales.

Nos encontramos ante una revolución reproductiva, donde la reproducción humana logra dissociarse de la sexualidad (Lamm, 2013). Y como dice Brodsky (2015), estas técnicas han generado una revolución contemporánea, principalmente respecto a la filiación de los nacidos y el respectivo derecho que debe regularla.

Surge así la gestación por sustitución como una alternativa viable dentro de las TRHA, para lograr el nacimiento de un hijo.

## **2 Concepto Constitucional de Familia**

Para comenzar dando una aproximación a la problemática que se plantea en relación a la gestación por sustitución, deberíamos tomar en cuenta que los cambios que atraviesa la sociedad en materia de conformación familiar, se traducen en las diferentes nociones que de la misma se han dado a lo largo de la historia y esto se refleja también en su concepción jurídica. (Scherman y Stern, 2015)

Sucede que el concepto sociológico de familia ha variado, factores sociales, económicos, demográficos y culturales han hecho que los tres aspectos clásicos que conforman una familia tradicional (sexualidad, procreación y convivencia) se transformen. (Gil Dominguez, Fama y Herrera, 2006)

Sólo por nombrar algunos de estos factores, podemos decir que el acceso al divorcio, la profesionalización de la mujer y los avances médicos en materia de anticoncepción (permitiendo una planificación de su maternidad y en algunos casos un retardo en la conformación de una familia), la aceptación social de la homosexualidad y el desarrollo progresivo y constante que tuvo la ciencia en materia de TRHA (posibilitando distintas formas de acceder a tener un hijo, genéticamente propio o no) han marcado el paso para encontrarnos hoy ante distintas estructuras familiares que no se ajustan a ningún parámetro.

Ante estos cambios, el Derecho debe brindar una protección jurídica integral, siendo legalmente dinámico y al ritmo que va demandando la sociedad.

Nuestra Constitución Nacional en su art 14 bis 3er párrafo, establece la protección integral de la familia, dejando abierto el concepto de la misma. Por lo tanto, puede

advertirse que la familia tradicional, las uniones de hecho, las familias monoparentales y las familias ensambladas “...reciben algún grado de protección constitucional, cuya amplitud y alcance será evidentemente variable” (Gil Dominguez, et al., 2006, pág. 74).

De manera concordante surge de la lectura de algunos de los tratados Internacionales de Derechos Humanos, incorporados a nuestro bloque constitucional:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Art. 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 conocimiento 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 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 tantos a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.<sup>1</sup>

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 10:

Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer

---

<sup>1</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Art. 17: Protección a la Familia

también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.<sup>2</sup>

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer, Art. 16:

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) El mismo derecho para contraer matrimonio.

b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.

c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos

---

2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 10.

conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.<sup>3</sup>

- La Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 2:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.<sup>4</sup>

En este orden, La Corte Interamericana expresó que:

En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la

---

3 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer, Art. 16.

4 Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 2.

misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.<sup>5</sup>

Sentado ello, vemos que este concepto constitucional de familia destaca la pluralidad e iguala las distintas formas de vida familiar en el Derecho, logrando en su amplia mayoría ser aceptadas, reconocidas y receptadas legalmente, y abriendo interrogantes respecto a cuestiones que derivan de éstas que aún no se han regulado.

### **3 El Derecho a procrear y el libre acceso a las TRHA**

Ante este universo de familias, debemos considerar que de acuerdo al plan de vida que cada persona tenga, formar una familia implica la posibilidad de concebir un hijo. Y es aquí donde la libertad reproductiva se asocia a la planificación familiar, mediante “la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener” (Famá, 2009, pág. 3).

En este sentido, la CIDH se ha pronunciado en relación a los derechos reproductivos de las personas haciendo una interpretación amplia del derecho a la libertad, consagrado en el art. 7 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>6</sup>:

---

5 Corte I.D.H., Sentencia “Atala Riffó y niñas vs. Chile”, del 24 de febrero de 2012, parágrafo 142. Recuperado de [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

6 Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

...al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. ...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. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada...<sup>7</sup>

Por su parte, el art. 19 de la Constitución Nacional, protege la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad, y como fuera dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “acuerda a todos la libertad de conciencia y la elección para elaborar su propio proyecto de vida con la sola restricción de no afectar la moral pública o iguales derechos de los demás”<sup>8</sup>, dando así el primer fundamento para el goce de los

---

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de tal amenaza dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

7 Corte I.D.H., Sentencia “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) VS. Costa Rica” 28 de noviembre de 2012, parágrafo 142 y ss. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

8 C.S.J.N., “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean”, Fallos 308:2268 (1983), considerando 22. Recuperado de <http://falloscscn.blogspot.com.ar/2008/05/sejean-juan-b-c-zaks-de-sejean-1986.html>

derechos reproductivos. Esta libertad reproductiva en todas sus formas, reafirma el derecho universal de formar una familia, ya sea mediante la reproducción sexual o bien mediante las TRHA, por lo tanto negar el libre acceso a estas técnicas implicaría una violación a estos derechos y una suerte de discriminación no amparada por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Herrera y Lamm, 2014).

El Código Civil y Comercial recepta esta normativa, determinando que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante TRHA o por adopción, otorgando así un reconocimiento legal a las personas del mismo sexo, casadas o no, a tener descendencia (art. 558) (Briozzo, 2016)

A su vez, la Ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013<sup>9</sup>, regulan la cobertura de las TRHA permitiendo el acceso a las mismas a toda persona mayor de edad sin distinción de sexo, orientación sexual y/o estructura familiar a la que pertenece, refiriendo específicamente al acceso “integral” sin mencionar la “infertilidad” como causa para la utilización de estos métodos. Por lo que no se excluye de esta normativa a las parejas del mismo sexo ni a las personas solas.

Según lo trata Gil Dominguez (2014) en un ensayo de su autoría, las razones por la que las personas desean o buscan acceder a estas TRHA, pueden ser:

- Una pareja heterosexual, en donde la mujer no puede concebir, debiendo recurrir a una donante. O el hombre no puede generar espermatozoides fértiles por

---

9 Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000->

lo que se acude a un donante. O ninguno de los dos es fértil, por lo que se acude a dos donantes (gametos femeninos y masculinos)

- Parejas igualitarias entre dos hombre o entre dos mujeres. En cualquiera de los dos casos se debe recurrir a mínimo un donante
- Hombre solo y/o mujer sola.

Ante esta realidad, la capacidad de la ciencia médica, principalmente con el desarrollo de las TRHA, surgen como una respuesta a quienes han encontrado en ellas, la forma de concebir un hijo, ya sea mediante una técnica homóloga o una heteróloga (la primera se refiere a una concepción con aportes genéticos de la pareja y la heteróloga se da en el supuesto de que aunque sea uno de los gametos –masculino y/o femenino- sea de un/a donante).

Encontrándose dentro de estas técnicas la gestación por sustitución como una de las más cuestionadas.

#### **4 Concepto de Gestación por Sustitución**

A lo largo del desarrollo biocientífico de la gestación por sustitución, se ha podido abarcar un universo cada vez más amplio de personas que pueden beneficiarse mediante esta técnica, y es por este motivo que la definición de la misma ha ido variando, hasta encontrarnos con la que a consideración de Lamm (2013) es la más acertada:

La gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente (pág. 24).

Consecuentemente “el acto reproductor genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de los comitentes.” (Brodsky, 2015, pág. 215).

Previo a continuar es conveniente mencionar que existe una mayoritaria aceptación doctrinaria en nombrar a esta práctica “Gestación por Sustitución”, evitándose diversos términos como, “maternidad subrogada”, “vientre de alquiler”, “gestación por contrato”, “madre sustituta”, “alquiler de útero”, “madres portadoras”, entre otros. Esto se debe a la necesidad de no generar mediante la palabra, confusiones en sus alcances. Tal es así, que el uso del término gestación resulta ser el correcto, ya que la gestante no será la madre, sino que sólo está brindando su útero para poder gestar para otro y por otro que no puede hacerlo (Lamm, 2013).

#### **4.1 Modalidades**

Tal como lo expresa Jáuregui (2016), pueden presentarse dos modalidades, la tradicional y la gestacional.

- Con respecto a la tradicional, podemos decir que ha sido la primera en desarrollarse, ya que en este caso la gestante es también la que aporta los gametos femeninos que serán fecundados con el espermatozoides del comitente (o de un donante) para la formación del embrión, es así que la gestante es también la “madre genética”.
- En la gestacional, la madre gestante no aporta el material genético, sólo lleva a cabo el embarazo para luego entregar el niño/a a los comitentes, quienes pueden ser los que aportaron sus gametos o no, habiendo recurrido según

el caso a uno o dos donantes. Es decir, el óvulo puede ser aportado por la comitente o haber acudido a una donante de óvulos y la misma situación puede darse respecto al aporte masculino.

## **4.2 Variantes**

Sus variantes, tal como las mencionan Gil Dominguez, et al. (2006), pueden ser:

1. La pareja comitente aporta la totalidad del material genético y la gestante recibe el embrión.
2. El óvulo pertenece a la gestante, la que puede ser inseminada con esperma de la pareja comitente o un donante.
3. El material genético no pertenece ni a la gestante ni a los comitentes. Este puede ser producto de la donación de terceros conocidos o no.

Al hacer un análisis de estas, podemos observar que en el nacimiento de un niño/a pueden llegar a vincularse hasta cinco personas, por ejemplo, en el caso de que la gestante acuerde con los comitentes (una pareja), quienes a su vez recurren a donantes del material genético (óvulo y esperma).

## **4.3 Gestación por sustitución onerosa y gratuita**

Es de destacar que, hay países donde esta técnica está regulada y generalizada, instrumentándose mediante acuerdos comerciales, por los que el o los comitentes se comprometen a abonar una suma de dinero a la gestante para que lleve adelante el embarazo. Todo esto realizado con la intermediación de una agencia que es la encargada de acercar a las partes y realizar los contratos respectivos (Briozzo, 2016).

Al respecto, Chmielak, C. (2017), hace una diferenciación entre la gestación por sustitución onerosa, donde hay un contrato que no sólo define cuáles son los derechos y deberes de los contratantes sino que se establece también un determinado monto de dinero para la gestante. Y la gestación por sustitución altruista, donde la gestante presta colaboración para realizar este proyecto, sin recibir nada a cambio. Muchos casos se dan en el marco de la “solidaridad familiar” (hermanas, madres, tías, etc. que se proponen para gestar al niño) o en relaciones de amistad.

## **5 Alcances jurídicos**

### **5.1 Determinación de la maternidad**

El aspecto más controvertido en esta práctica, es el que rompe con un principio clásico del derecho romano por el cual la maternidad siempre es cierta (*mater semper certa est*), y en este sentido el criterio de atribución de la maternidad en nuestro país está dado en el art. 562 del CCyC, que establece que los nacidos bajo las TRHA son hijos de quien dio a luz. Aunque en el mismo art., los comitentes encuentran sustento jurídico para su vínculo con el menor nacido, a través de la Voluntad Procreacional como fuente de filiación correspondiente a estas técnicas.

Lo advierten Bossert y Zannoni (2016), al decir que esta figura quiebra el principio tradicional de que el parto sigue al vientre – *partus sequitur ventrem*. Creando un conflicto de intereses entre la maternidad biológica (la que deriva del aporte del gameto femenino) y la maternidad legal (la que se determina por la prueba del parto). Por lo que la relación materno-filial es incierta.

Es que la gestante no posee la voluntad de tener un hijo, por lo que el embarazo que lleva adelante, es con el fin de cumplir con el acuerdo previo que ha tenido con el o los comitentes, para una vez producido el alumbramiento, atribuirle/s la filiación a él o ellos que son los que poseen esa voluntad procreacional. “Sin este elemento volitivo, nunca hubiese comenzado a desarrollarse el proceso que traerá al mundo a ese niño” (Melón P. y Notrica F., 2015. Pág. 4).

“La voluntad procreacional, no es más ni menos que lo que indican sus términos: la intención, el querer engendrar un hijo.... se trata de la típica fuente de creación filiatorio jurídico en el campo de la reproducción asistida, específicamente en los casos de fecundación heteróloga...” (Gil Dominguez, Fama y Herrera, 2006, pág. 834).

Brodsky (2015) menciona que, lo característico de la GS es la “disociación de la maternidad gestacional (quien lleva a cabo y a término el embarazo) y la maternidad socioafectiva (quienes “encargaron” al niño en virtud de una nueva fuente de filiación: la voluntad procreacional) (pág. 215).

Podemos advertir, que para lograr el nacimiento de un niño/a, pueden llegar intervenir tres mujeres, y tres realidades distintas, la biológica o gestacional, la genética y la socioafectiva (voluntad procreacional) (Lamm, 2013).

Y en relación a la paternidad, también puede haber discordancia entre la paternidad presumida por ley (en matrimonios), la verdad genética y la socioafectiva (o voluntaria) (Gil Dominguez, et al., 2006).

Ahora bien, ese niño/a que nace bajo la figura de la GS, tiene derecho a una filiación jurídica, y si consideramos que en el derecho filiatorio ninguna de estas verdades *ut supra* mencionadas son autosuficientes, sino que quedan supeditadas al interés superior del menor, la filiación por medio de las TRHA deberá analizarse a la luz de los principios generales de este derecho filiatorio, en especial los referidos a la protección universal de los niños (Basset, 2016).

## **5.2 Derechos del niño/a**

El derecho de familia, está conformado por muchas normas que son de orden público, por lo que no están sujetas a la modificación de los particulares y los intereses que se tutelan, se vinculan con los del grupo familiar, más allá del de cada uno en particular (Bossert y Zannoni, 2016).

Poniendo la mirada en el niño/a, la filiación, como instituto del derecho de familia, debe estar dirigida a la protección de sus derechos fundamentales. Así, hay aspectos centrales del derecho filial que se relacionan con normas legales, principios constitucionales y tratados de derechos humanos que se traducen en:

- El principio del interés superior del niño (art. 3 CDN y art. 3 de la Ley 26.061), reconociendo como persona a ese niño, aceptando sus necesidades y defendiendo los derechos de quien no puede hacerlo por sí mismo. Cumpliendo una función correctora e integradora de las normas legales y constituyéndose en una pauta de decisión ante un conflicto de interés (Gil Dominguez, et al., 2006).
- El derecho a la identidad receptado en el art 7 de la CDN, estableciendo que todo niño deberá ser inscripto después de su nacimiento y

tendrá derecho a un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos. En igual sentido lo enuncia el art 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- El derecho a no ser privado de algunos de los elementos de su identidad amparado por el art 8 de la misma Convención.

En este sentido, tiene dicho la doctrina que:

El reconocimiento de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y su oportuno ejercicio autónomo deben ser encuadrados dentro de la pauta interpretativa fundamental que propone la CDN, esta es, sin lugar a dudas, el interés superior del niño (Gil Dominguez, et al., 2006, pág. 566).

En atención a lo expuesto, para hacer valer el derecho a vivir con la propia familia o a conocer sus orígenes, primero debe satisfacerse el derecho a tener una filiación, como uno de los primeros aportes a la identidad del menor. Criterio adoptado por la Ley 26.061 de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes siguiendo la orientación de la Convención (Gil Dominguez, et al, 2007).

En este orden, el derecho a la identidad del niño como elemento central de su personalidad, deberá ser abarcado en un sentido amplio, teniendo como principio rector a su interés superior.

Con respecto al significado de este principio, Grosman (2001), señaló que el mismo debe asociarse a sus derechos fundamentales, significando esto, que resultará de su interés toda acción o medida que tienda a respetarlos y consecuentemente será perjudicial las que tiendan a vulnerarlos.

Por lo tanto, si aplicamos este principio, cuando existiera un conflicto de derechos o intereses de los menores, frente a otros igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros (Gil Dominguez, Fama y Herrera, 2007).

## **6 Conclusiones parciales**

Analizando la importancia de la ciencia y sus avances en el campo de la biomedicina y genética, podemos advertir que ésta ha sido fundamental en el desarrollo de las nuevas realidades familiares, brindando la posibilidad de tener un hijo mediante las TRHA y concretar un plan de vida familiar.

Desde el derecho se ha tratado de acompañar estos avances a través de la normativa, acercando, dándoles visibilidad y brindando algunas soluciones para realidades y vínculos familiares que no tenían protección jurídica. Así, a través de nuestra Constitución, los Tratados de Derechos Humanos, el Código Civil y Comercial y leyes internas, se garantizan y regulan derechos fundamentales como el de igualdad, de formar una familia, de la libre elección de plan de vida, de procrear, de gozar de los beneficios del progreso científico, de acceder a las TRHA, a la identidad, a la vida familiar, a conocer los orígenes, etc.

Ahora bien en este estado de situación y no encontrando límite legal alguno, surge la figura de la gestación por sustitución, como TRHA para todas aquellas personas que no pueden gestar por sí mismo un niño/a, y recurren a otra persona para que lo haga. Estudiando las distintas modalidades y variables, podemos advertir que el impacto de éstas en los vínculos de familia que genera, no están del todo claro, ya que si bien con el art. 562 del CCyC se estableció que la fuente de filiación para los nacidos por TRHA es

la Voluntad Procreacional, el mismo artículo determina que la persona que dio a luz es la madre, dejando a la gestación por sustitución sin normativa que la regule ni la prohíba y generando incertidumbre respecto a sus alcances jurídicos.

Ante esto, el derecho debe otorgarle especial protección al niño, definiendo *prima facie* su identidad, como el elemento central de su personalidad que es (siempre teniendo en miras su interés superior) y esclarecer además, respecto a las personas que intervinieron en su nacimiento (mediante la voluntad, la genética o la gestación en sí misma), cuál es el vínculo jurídico que los une al niño.

En consideración a lo *ut supra* expuesto, en el próximo capítulo desarrollaremos el instituto de la filiación y su relación al concepto de voluntad procreacional, su vinculación a las TRHA, la caracterización del mismo como una nueva forma de determinar los vínculos de filiación y su recepción en el CCyC.

## **Capítulo II**

*“Filiación y técnicas de reproducción humana asistida”*

## 1 Introducción

La filiación en su concepto tradicional, es aquel vínculo jurídico generado entre los progenitores y sus hijos, que tiene su fuente en la procreación.

Pero el elemento biológico no es la única verdad en la determinación de los vínculos materno/ paterno-filiales. Podemos observar entonces, que en los casos de adopción se sustituye la filiación biológica o genética por la de los padres “voluntarios o sociales” (Herrera y Lamm, 2014).

Hemos visto en el desarrollo del capítulo anterior como esta definición ha ido mutando para brindar la protección jurídica necesaria a los distintos proyectos familiares. Así en el art.558 del CCyC quedan establecidas que las fuentes de la filiación pueden ser por naturaleza, mediante TRHA o por adopción.

Asimismo, el modo en que esta filiación puede establecerse, según los autores Bossert y Zannoni (2016), es:

- El legal, teniendo como base ciertos supuestos establecidos en la ley.
- La voluntaria, se atribuye la filiación por el propio reconocimiento expreso o tácito del hijo al que la ley le reconoce plenos efectos.
- Judicial, por medio de una sentencia judicial se declara la maternidad o la paternidad.

Se puede advertir entonces, como ha cambiado la concepción de la filiación a raíz de la significancia necesaria que se le otorga a las TRHA y resaltando en estos casos la importancia del elemento volitivo por sobre el biológico para generar los vínculos filiales.

Para las autoras Herrera y Lamm (2014), en la filiación, se observan tres criterios perfectamente diferenciados, que dan lugar a tres verdades:

- La genética: el elemento relevante es el genético.
- La biológica: está fundado en el vínculo entre el menor y quienes lo procrearon (la mujer que lo gestó y el hombre que fecundó a la mujer)
- La voluntaria: el elemento fundante es el volitivo.

Tomando en cuenta lo expuesto, el CCyC estableció reglas específicas para determinar la filiación en el caso de las TRHA.

## **2 Determinación de la filiación derivada por TRHA**

La autora Rodríguez Iturburu (2015), entiende que ciertos principios constitucionales y convencionales son los que dan sustento a la incorporación a las TRHA como fuente generadora del vínculo filial, debiéndose respetar el principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, el derecho a la identidad estática (elemento genético) como a la dinámica (elemento volitivo), el derecho de los niños a tener un vínculo inmediato (su pronta inscripción luego de producido el nacimiento art. 7 y 8 de la CDN y el art. 11 de la ley 26.061), el interés superior del menor (art 3 de la CDN) y el derecho a formar una familia con independencia de la orientación sexual de las personas, la garantía de su acceso a las TRHA, entre otros tantos.

En consonancia con esto, nuestro CCyC en relación a las fuentes de filiación, dispone que:

“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” (art. 558).

Considerando lo analizado al comienzo de este capítulo, vemos que en los casos de TRHA, existe claramente una verdad biológica, establecida en quien gesta al niño/a, una verdad genética, determinada por quien aportó los gametos, y una voluntaria que es la dada por quien tiene el deseo de ser su progenitor. Pudiendo en ocasiones coincidir en una misma persona, los tres elementos o verdades que componen el vínculo, o no.

Y es aquí donde la voluntad procreacional es protagonista y esencial, ya que “el hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por lo tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido...” (Herrera y Lamm, 2014, pág. 504).

Ahora bien, esta voluntad debe ser expresada mediante un consentimiento claro y expreso y por lo tanto debe estar formalizado. Este consentimiento previo, libre e informado es el medio para expresar la aceptación de derechos y obligaciones que unen a las personas que lo realizan con el nacido.

El CCyC en su art. 560 establece que este consentimiento, debe ser previo, antes del inicio del tratamiento o del uso de las técnicas; informado, debiendo comprender los alcances de los procedimientos empleados; y libre, es decir, sin presiones ni coacción (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

Así en este en el CCyC se establecen reglas generales en relación a la filiación por TRHA y específicas respecto al consentimiento que hemos mencionado, como las referidas a la necesidad de que el mismo sea realizado ante el centro de salud interviniente y sea renovado toda vez que se recurra a las mismas (art. 560); la obligatoriedad de que contenga los requisitos previstos en la ley especial y la posibilidad de que sea revocado cuando aún no se haya producido la concepción o la implantación del embrión (art 561) (Bossert y Zannoni, 2016).

## **2.1 La voluntad procreacional como causa fuente de filiación**

Este concepto, años atrás, ya era utilizado por Díaz de Guijarro quien lo definía como “el deseo o intención de crear una nueva vida” (citado por Gil Dominguez, Fama, Herrera, 2012).

Desde el análisis que hace el autor Gil Dominguez (2014), la CIDH en el caso “Artavia Murillo” otorgó el marco estructural de la “voluntad procreacional como derecho humano cuyo contenido iusfundamental se conforma mediante los contenidos derivados de los derechos humanos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y el goce de los beneficios del progreso científico” (pág. 36).

El art 562 del CCyC, como ya lo hemos dicho, establece que los nacidos mediante estas prácticas son hijos de quien dio a luz (refiriéndose a la misma de manera neutra, en

concordancia con la ley de identidad de género 26.743) y de la persona que también ha prestado su consentimiento, previo, libre e informado. Independientemente de cuál sea la verdad genética del nacido, considerando que cuando interviene un tercero ajeno -quien dona material genético- queda excluido del vínculo jurídico con el menor.

La voluntad procreacional entonces, es el eje central y fundante de este tipo de filiación, quitando relevancia al dato genético para la determinación del vínculo.

A decir de Lamm (2013), la aparición de las TRHA ha traído como consecuencia nuevas realidades que provocaron una “desbiologización de la paternidad”. El determinismo biológico que antes caracterizaba a la filiación fue suplantado por la afectividad, siendo la paternidad un hecho de opción, una construcción afectiva y permanente que se hace en la responsabilidad y la convivencia.

### **3 La voluntad procreacional y la gestación por sustitución**

En los casos de fecundación heteróloga, la voluntad procreacional es la típica fuente de filiación y lo es también en la gestación por sustitución, ya sea homóloga o heteróloga. Es decir, quienes donan su material genético o “prestan” la utilización de su útero para la creación de una vida, carecen de este elemento volitivo, por lo tanto se encuentran exentos de adquirir derechos y/o contraer obligaciones respecto al niño/a (Gil Dominguez, et al., 2012).

Gil Dominguez (2014), considera que a pesar de que la figura de la gestación por sustitución no ha quedado regulada en el CCyC, existe una incorporación implícita de la misma a nuestro sistema normativo, siendo ésta, parte indiscutible del derecho a la voluntad procreacional.

Así, da a entender que mediante la combinación de la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (26.862), en su art. 2º que expresa la posibilidad de que estas técnicas incluyan o no la donación de gametos (masculinos o femeninos) o embriones, en el art. 7º donde sólo se requiere el consentimiento informado de un mayor de 18 años (sin distinción de sexo, estado civil u orientación sexual), el art. 8º en que se establecen ciertos criterios a considerar en la cobertura de las técnicas y detalla procedimientos y técnica a las que se puede acceder; sumado a la obligatoriedad del Ministerio de Salud de la Nación de “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso igualitario de todos los beneficiarios. “Todo conduce inexorablemente a que la gestación por sustitución convenida privadamente de forma gratuita u onerosa sea una potestad o posición iusfundamental del derecho a la voluntad procreacional garantizada mediante el acceso integral a las TRHA” (Gil Dominguez, 2014, pág. 47).

Para Lamm (2013), en la gestación por sustitución, esta voluntad procreacional se traduce en el deseo o intención de querer engendrar un hijo con el aporte genético propio o de un donante, necesitando de la colaboración de otra persona para la gestación y nacimiento. Sin que esta última tenga esta voluntad, elemento central para la atribución del vínculo filial.

Esta autora considera que,

“de nada sirve que la ley establezca que madre es la que da a luz, porque de todas maneras esa maternidad no se dará en los hechos. Se está ante supuestos

en los que quien gesta al niño lo hace con un fin totalmente distinto al de ser madre y no desea esa maternidad” (Lamm, 2013, pág. 55).

De acuerdo al concepto constitucional de familia que hemos desarrollado en el capítulo anterior, y la existencia de los distintos modelos de familia, la voluntad procreacional aparece como una fuente de filiación que no está atada ningún género (mujer u hombre) en particular, es un concepto neutro, sin discriminación (Lamm, 2013).

El acceso a la gestación por sustitución, es posible tanto en los casos de parejas o personas solas que aportan sus gametos, como para aquellos que deben recurrir a la donación de un embrión, producto del material genético de donantes.

La ley 26.862 autoriza la donación de embriones, y es perfectamente posible que estos estén formados con gametos masculinos y femeninos de donantes, entonces las personas que asuman la voluntad procreacional en relación a un embrión con estas características y que no puedan gestar, acudirán a la gestación por sustitución. No habiendo impedimento legal para que esto ocurra, ya que no sólo no existe regulación que prohíba realizar esta práctica, sino que además tampoco se encuentra establecido que como requisito indispensable en el caso de la donación de embriones, el mismo deba estar conformado por el material genético de alguno de los dos comitentes – situación que si estaba contemplada en el anteproyecto del CCyC- (Gil Dominguez, 2014).

Sin embargo, cierta doctrina asegura que desde el art. 562, se puede apreciar que resulta imposible inscribir al niño con una madre que no sea aquella que dio a luz. Como tampoco existe fundamento para asegurar que la gestación por sustitución haya quedado implícitamente incorporada a nuestro ordenamiento legal, a través de la obligatoriedad

que tiene el Ministerio de Salud de garantizar el derecho igualitario para el amplio universo de beneficiarios (Jauregui, R. G., 2016).

#### **4 Filiación e identidad**

Nuevamente debemos poner la mirada en el menor. ¿Es posible en este contexto garantizar la identidad del niño/a?

Para obtener alguna respuesta a este interrogante, primero deberíamos introducirnos en el significado de la identidad.

Al respecto, Krasnow y Pitasny (2015) señalan que la verdad biológica es el primer componente pero no el único que integra la identidad de las personas, ésta se inicia con la concepción y termina con la muerte. Entonces vemos que la identidad no se encuentra reducida a la biología de la persona, sino que está conformada por varios aspectos que la acompañan durante su vida.

En este sentido, Gil Dominguez, et al. (2007), citan la interpretación que hace Fernández Sessarego con relación al derecho a la identidad, describiendo que este autor considera que hay que hacer una distinción entre las dimensiones estática de la identidad y dinámica que conforman la identidad.

- La identidad estática estaría integrada por los elementos inalterables por el paso del tiempo, o con tendencia a no variar, como los datos de su nacimiento, el nombre, las huellas dactilares, su genoma humano, etc.

- La identidad dinámica, en cambio, son los atributos y características de cada persona y que lo diferencian en la sociedad, como los éticos, culturales, religiosos, profesionales, político, etc.

Asimismo, Zannoni y Chieri, (2001) -Citados por Krasnow y Pitasny (2015)-, el derecho a la identidad está comprendido por tres aspectos:

- El referido a la identidad biológica, como identidad genética e identidad familiar (que resulta del emplazamiento en una determinada familia).
- El referido a los caracteres físicos de la persona.
- El referido a la realidad existencial de la persona, pensamientos, ideología, etc.

Así, en el articulado de la Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes (26.061), se encuentran receptados expresamente, los derechos a tener una filiación y a conocer los orígenes, condiciones indispensables para la conformación de la identidad.

Entonces, si bien es importante el aspecto estático de la identidad, ya que los datos genéticos y biológicos son fundamentales en la proyección de la persona, también es cierto que desde las pautas de las TRHA, ya no se guarda relación entre lo biológico y genético y viceversa (González, 2015).

En este sentido, lo analizó el Tribunal Colegiado de Familia N°5 de Rosario, expresando que, “La identidad de origen y la gestacional no tiene por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela

su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional.”<sup>10</sup>

Más allá de las discusiones doctrinarias que estudiaremos en el próximo capítulo, es fundamental destacar que por sobre los intereses particulares de las partes, comitentes y gestante en el proceso, se encuentra el interés superior de un niño. Y el Estado, en primera instancia, debe actuar para corregir cualquier desequilibrio que opere en detrimento de los derechos de ese niño, preservando su derecho a la identidad, a sus orígenes y a la vida familiar, elementos básicos para que puedan armar su historia (González, 2015).

## **5 Conclusiones parciales**

Del desarrollo de este capítulo, podemos observar que el mayor inconveniente se presenta, ante la disociación de la maternidad producida por esta práctica. Cómo determinar la filiación del menor en relación al comitente/s, excluyendo el vínculo con la gestante, es el interrogante que se plantea al analizar los preceptos legales que le otorgan un cierto marco legal de garantía a la gestación por sustitución.

Ante el criterio abstencionista que adoptó nuestro CCyC en materia de regulación de la práctica de gestación por sustitución, en nuestro país, las personas que han encontrado la forma de tener un hijo por medio de esta TRHA lo han hecho, amparados quizá en todos los preceptos legales y-supra constitucionales que hemos analizado. Y la voluntad procreacional que expresan en forma de consentimiento previo, informado y

---

10 Trib. C. Familia N° 5 de Rosario, “S.G.G. y otros s/filiación”. (2016), LLLitoral 2016 (agosto)  
Cita Online: AR/JUR/37971/2016.

libre (art. 560) es determinante, con independencia de quienes han sido los aportantes del material genético para la formación del embrión. Sin el deseo de ellos, no habría nacimiento.

En el medio de esta relación, hay un niño/a que tiene el derecho a una conformación de su identidad en todas sus fases (dinámica y estática), y su realidad no pasa sólo por la genética y la biológica, también estará conformada por verdades afectivas, que en estos casos estarán vinculadas a la voluntad procreacional de las personas que la exteriorizaron. Respondiendo entonces a su interés superior, el estado debe tutelar prioritariamente, todas las realidades que hacen a la identidad del menor para lograr el real emplazamiento de la filiación del nacido y la real pertenencia a su familia.

## Capítulo III

*“La realidad de la gestación por sustitución, su práctica y regulación”*

## **1 Introducción**

A lo largo de los años en que la gestación por sustitución ha ido desarrollándose y practicándose, muchos también han sido los estudios doctrinarios presentados en relación a esta.

Quizá debido al vacío legal que rodea a la figura y ante esta realidad insoslayable de la efectiva utilización que se ha hecho de la misma, se ha generado mucha controversia entre quienes están a favor o en contra de la gestación por sustitución.

Y más aún si tomamos en cuenta, cuáles son las herramientas jurídicas utilizadas por las personas que han recurrido a esta técnica, para luego lograr el vínculo filial con menor. Tema que detallaremos brevemente en este capítulo de manera introductoria, para luego abordar todo lo relativo a la jurisprudencia nacional en el siguiente capítulo.

La realidad es que nos encontramos ante un tema complejo que toca una de las fibras más sensibles de la sociedad, esto es la familia. Por lo tanto, las ideas que se tienen en relación a sus ventajas y desventajas son variadas. Así, a continuación, podremos analizar distintas posturas por las que estudiosos de la materia se presentan a favor o en contra de su práctica y su consecuente regulación.

Asimismo, veremos como en el derecho comparado existen tres posturas jurídicas en cuanto a su regulación, esto es, adoptando una prohibición expresa de la práctica, regulando la misma tanto de forma amplia como restringida (sólo en los casos en que se trate de una gestación altruista) y finalmente veremos países como la Argentina que no cuentan con una regulación específica y son considerados “abstencionistas”.

## 2 La situación actual en Argentina

En este marco, Lamm (2013) detalla, cómo surgen distintas situaciones en torno a la figura de la gestación por sustitución cuando no existe una regulación de la misma, todas ellas posibles “soluciones” que las personas utilizan, para el emplazamiento del vínculo filial del menor una vez nacido:

- En algunos casos se recurre a la adopción o al reconocimiento. Por ejemplo, en el caso de una mujer soltera que recibe el material genético de un hombre y una vez nacido el menor, el hombre realiza el reconocimiento. Si éste señor se encuentra en pareja o casado, con posterioridad esta otra persona podrá solicitar la adopción.

O la gestante siendo una mujer casada, recibe el material genético de otro hombre o el embrión de otra pareja o de donante. Y una vez nacido el niño/a, se inicia el proceso de impugnación de paternidad del marido de la gestante. Para luego el hombre que es genéticamente compatible con el menor, lo reconozca y posteriormente su pareja solicite la adopción.

También puede suceder que la gestante sea implantada con un embrión que carece de vínculo genético con los comitentes y en este caso, como no podrá haber un reconocimiento mediante prueba de ADN, el comitente hombre, realiza el reconocimiento del menor de igual manera que en la descripta inicialmente.

Como vemos, todas estas situaciones son irregulares, y consideradas como un fraude a la ley, sin contar que en relación al menor en ninguna de las situaciones descriptas, queda sentada su real identidad. Y con relación a las parejas del

hombre que cuenta con la figura del reconocimiento, sólo les queda el emplazamiento del vínculo respecto al niño/a mediante la adopción.

- También podemos advertir, el caso de personas que prefieren evitar caer en emplazamientos falsos y problemas que luego deberán dirimirse en el ámbito jurisdiccional. Y viajan a países donde la gestación por sustitución se encuentra regulada, volviendo a la argentina con el niño nacido y con su realidad filial plasmada en el respectivo documento público del país donde se originó.

### **3 Doctrinas y teorías desarrolladas respecto a su regulación**

Asimismo, los juristas y estudiosos del derecho, han desarrollado posiciones divergentes respecto a la gestación por sustitución, posicionándose a favor o en contra de su regulación, y eso estudiaremos a continuación.

#### **3.1 Argumentos que la rechazan**

Los principales argumentos que se utilizan para rechazar el uso de esta práctica son:

- El acto es considerado nulo, porque viola el orden público (art. 279 CCyC).
- Se trata de contrato de objeto prohibido, ilícito, inmoral y/o fuera del comercio, esta teoría se basa en que por definición (art. 957 del CCyC), un contrato es un acuerdo de contenido patrimonial. Y como ya hemos analizado en el caso de la gestación por sustitución, no siempre tiene esta característica (gestación por sustitución onerosa). Asimismo, la prestación principal, es decir la gestación de un niño para ser entregado a los comitentes, claramente se encuentra fuera del comercio (arts. 17, 51, 56, 1004 y ccs. CCyC) (Brodsky, 2015).

- La cosificación del niño y la mujer gestante, en concordancia a lo expuesto en el punto anterior, se basa en lo receptado por art. 51 del CCyC, que establece la inviolabilidad absoluta de la persona y el respeto a su dignidad, por lo tanto su cosificación se encuentra prohibida. De aquí deriva la indisponibilidad del cuerpo y su respectiva exclusión del comercio, normado por el art. 17 CCyC que establece que “los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen valor comercial...” (Marrama, S., 2017).
- “Ensañamiento procreativo”, descrito como el pretendido derecho a exigir un hijo, relacionado a esta cosificación del niño que *ut supra* mencionamos, como si los adultos titularizaran un derecho subjetivo a tener un hijo, perdiendo de vista que esa persona no puede ser objeto de derecho. (Sambrizzi, E.A., 2010).
- Se sitúa a la filiación del menor en el contexto contractual entre adultos (el consentimiento previo, libre e informado ante el centro de salud y el contrato respectivo con la gestante), analizando primero el derecho de los padres a engendrar, y luego considerando los derechos del niño. (Basset, 2016).
- Se vincula a esta práctica con el art. 611 del CCyC que expresamente prohíbe la entrega directa de niños (guarda y/o adopción). (Lafferriere y Eleta, 2017).
- La explotación de la mujer: se analiza con esta postura, cómo incide esta práctica cuando es de carácter oneroso o con una supuesta gratuidad, en una sociedad que tiene un alto índice de pobreza. o que llevaría a mujeres carentes de recursos a ser “utilizadas” como gestantes de personas de clase social acomodada. Enriqueciendo en este proceso a los distintos intermediarios y médicos actuantes. Desvirtuando el carácter humanitario y solidario que podría tener esta figura. (Jáuregui, 2016).

- La determinación de la maternidad por el parto está relacionada a la incidencia de la genética y epigenética (que en un concepto simple, “es el estudio de la interacción del ambiente con los genes, que se produce en el organismos”<sup>11</sup>), como la influencia de la dieta de la madre gestante y el estrés vivido por ella, en la conformación del menor. (Basset, 2016).

### **3.2 Argumentos a favor**

Por otro lado, las principales razones esgrimidas para la reglamentación de esta práctica son las que se vinculan con:

- El derecho a formar una familia, a procrear, a la libertad reproductiva, a la autonomía personal, al libre acceso a los avances tecnológicos y TRHA, a la no discriminación y por consiguiente igualdad, entre otros que también hemos conceptualizado y analizado en el desarrollo de los capítulos I y II.
- El interés superior del niño adquiere fuerza al limitar el poder de las partes. Es por esto que la regulación le otorga más protección y derechos al menor, y le garantice una filiación jurídica dentro de la familia que lo quiere, dando así prevalencia a la realidad volitiva. (Herrera y Lamm, 2014).
- Evitar el turismo reproductivo, situación que se da en el marco de la prohibición y/o abstención de la gestación por sustitución, ya que aquellas parejas y/o personas que tiene recursos económicos para viajar, deciden hacerlo rumbo a países donde la práctica se encuentra regulada. Esto a su vez no sólo genera inconvenientes jurídicos en relación a la filiación de los menores y el posible desconocimiento de la misma

---

11 <https://es.wikipedia.org/wiki/Epigen%C3%A9tica>

por parte del país de residencia de los comitentes. Sino que también nos encontramos ante una situación de discriminación, hacia aquellos que no tienen la capacidad económica de resolver la situación realizando ese “turismo reproductivo”.

#### **4 La reglamentación de la gestación por sustitución en el derecho comparado**

Podemos observar también como en el derecho comparado existen tres/cuatro posturas respecto a la gestación por sustitución. La prohibición expresa de la práctica, la regulación, pudiendo ser amplia o sólo mediante ciertos requisitos y altruista y la abstención, postura que ha tomado Argentina por el momento.

Al respecto mencionamos algunas de las características de las distintas regulaciones de algunos países, compiladas por Lamm (2013) y otros autores.

##### **4.1 Regulación prohibitiva**

Los países que cuentan con una prohibición expresa de la gestación por sustitución:

- Francia: aquí la gestación por sustitución es nula y además se encuentra penalizada, sancionando a quienes hayan actuado de intermediarios, y si encima lo hicieron con fines de lucro, las penas se doblan.<sup>12</sup>
- Italia: en este país se prohíbe la utilización de las TRHA de tipo heterólogas y sanciona la utilización de gametos ajenos. (Lamm, 2013).

---

12 Fuente: “Gestación subrogada en Francia: ¿Qué restricciones impone la ley?” (10/04/2017)Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/francia/#penas-previstas-por-la-ley>

- Alemania: habla de la utilización abusiva de las TRHA, y sanciona penalmente a los intermediarios, no a la gestante ni a los comitentes. (Lamm, 2013).
- Holanda: la prohíbe en todas sus variantes.<sup>13</sup>
- España: existe disposición legal expresa que prohíbe el contrato de gestación por sustitución en todas sus formas y prevé la nulidad de pleno derecho del mismo. Además de sostener que la filiación del nacido quedará establecida por el parto. (Chmielak, 2017).
- Camboya: este país comenzó a prohibir la práctica desde noviembre de 2016. Se sanciona penalmente a los intermediarios, pero no a las gestantes ni a los comitentes. (Quaini, F., 2017).

#### 4.2 Regulación positiva sólo si es altruista

Países que la admiten:

- Inglaterra: Expresamente establece que no admite la “maternidad subrogada” onerosa. Respecto a la gestante, es la madre legal y debe transferir la filiación a los comitentes (sólo es efectivo si transcurrieron seis semanas del nacimiento del menor). Los comitentes deben ser una pareja y al menos uno de ellos debe haber aportado material genético. Se contempla el pago a la gestante para cubrir gastos razonables (debidamente probados).<sup>14</sup>

---

13 Fuente: “¿Es legal la maternidad subrogada en Europa?” Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-europa/#donde-esta-prohibida>

14 Fuente: “Maternidad subrogada en Reino Unido”. Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/reino-unido/#legislacion-en-gestacion-subrogada>

- Canadá: en este caso se prohíbe expresamente el pago u ofrecimiento de pago a la gestante y/o pagar u ofrecer hacerlo a un intermediario.<sup>15</sup>
- Grecia: Desde el año 2002 las leyes griegas permitían la gestación por sustitución a los ciudadanos griegos y en el 2014 amplió la autorización para los ciudadanos comunitarios residentes temporalmente.<sup>16</sup> Además sólo admite el acceso a parejas heterosexuales o mujeres solteras y especialmente establece un monto máximo de contribución económica para la gestante y ante el incumplimiento de esta cláusula se podrá castigar con pena de cárcel.<sup>17</sup>
- Israel: Regulada desde 1996 por la ley 5746. Aquí también primero debe realizarse un trámite, mediante el cual, luego de ciertas evaluaciones interdisciplinarias, se consigue la autorización judicial. La gestante debe haber tenido al menos un hijo. Puede existir una erogación mensual para la gestante, a cargo de los comitentes, para cubrir los gastos necesarios del embarazo y cumplimiento del contrato. El parto debe realizarse en establecimiento público.<sup>18</sup>

---

15 Fuente: “La legislación que regula la gestación subrogada en Canadá” (19/04/2017).Prepara. Recuperado el 05/03/2018 de: <https://www.prepara.info/ila-legislacion-que-regula-la-gestacion-subrogada-en-canada-n-105>

16 Fuente: “Grecia permite usar vientres de alquiler a dos parejas españolas”. Millenium PPriv. Recuperado el 03/05/2018 de: <http://www.millenniumdipr.com/n-165-grecia-permite-usar-vientres-de-alquiler-a-dos-parejas-espanolas>

17 Fuente: “Gestación subrogada en Grecia”. Surrofair. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://surrofair.com/es/tag/gestacion-subrogada-en-grecia/>

18 Fuentes: “La gestación subrogada en Israel, una realidad”- Son nuestros hijos. Recuperado el 03/05/2018 de: <http://www.sonnuestroshijos.com/la-gestacion-subrogada-en-israel-una-realidad-2/> y <https://www.coursehero.com/file/p63j382/En-Israel-la-ley-5746-sobre-acuerdos-de-gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n-de-1996-se/>

- México: aquí algunas Entidades Federativas la han regulado y aceptado como los estados de Tabasco y Sinaloa, pero otros como San Luis Potosí y Querétaro la han prohibido.<sup>19</sup>

### 4.3 Regulación positiva amplia

Países que tienen una admisión amplia:

- Rusia: se encuentra legalizada mediante el Código de Familia Ruso (art. 51.4 y 52.3), leyes de salud reproductiva y otras normas del Ministerio de Salud. Se excluye del acceso a esta técnica a las parejas del mismo sexo. En relación a las parejas heterosexuales y personas solas, admite que la práctica sea homóloga o heteróloga. Una vez nacido el niño, se inscribe la filiación en favor de los comitentes, previo consentimiento de la gestante.<sup>20</sup>
- Estados Unidos: la regulación de la gestación por sustitución depende del Estado que se trate. Hay alguno que específicamente la permiten o la prohíben. Otros, que no tiene ley específica, pero recurren a sus precedentes jurisprudenciales. Y por último hay Estados que no poseen ni legislación ni jurisprudencia al respecto.<sup>21</sup>

---

19 Fuente: “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”. Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017. Recuperado el 03/05/2018 de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100009)

20 Fuente: “Gestación subrogada. Aspectos legales”. Vita Nova Clínica de Reproducción. Recuperado el 03/05/2018 de: <http://vitanovalclinic.ru/es/services/surrogacy/>

21 Fuente: “La gestación por sustitución en los Estados Unidos: variado panorama legal” (16/11/2015). Universal Surrogacy: Reproducción asistida. Recuperado el 03/05/2018 de: <http://www.universalsurrogacy.com/la-gestacion-por-sustitucion-en-los-estados-unidos-variado-panorama-legal/>

- Ucrania: regula la técnica para matrimonios heterosexuales, con el aporte genético de al menos uno de ellos, debe existir una razón médica por la que la madre de intención no pueda llevar adelante un embarazo.<sup>22</sup>

#### **4.4 Sin regulación específica**

Los países que no han regulado al respecto (además de Argentina), son Irlanda y Colombia, entre otros.<sup>23</sup>

### **5 Conclusiones parciales**

Se puede observar que, como uno de los ejes en que se basa la crítica que se realiza a esta figura (entre quienes se oponen a la regulación), se encuentra la de no exponer a la gestante a una “cosificación” y la necesidad de evitar situaciones de explotación que se generarían ante una gestación de carácter oneroso o de una “supuesta” gratuidad, que conllevarían a su vez, al llamado “comercio de madres”. Pero también, aquellos que tienen una visión positiva de esta técnica, consideran que es de vital importancia establecer parámetros, que le brinden seguridad jurídica a la gestante y aseguran que, precisamente su regulación, posibilitaría brindar la protección necesaria tanto a ella como a los demás intervinientes de la práctica, ya que se evitaría de esta forma la clandestinidad y explotación que termina vulnerando el principio solidario y humano que esta técnica tiene.

---

22 Fuente: “¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? – Requisitos y precio”. Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/ucrania/>

23 Fuente: “Países donde no hay ley o se prohíbe la subrogación a españoles”. Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-irlanda/>

La no regulación o la prohibición no limita en el deseo de realización a las personas que quieren procrear mediante esta técnica, por lo tanto se advierte una marcada desigualdad de posibilidades, entre quienes pueden acceder a estas técnicas en el exterior utilizando lo que se ha acordado en llamar “turismo reproductivo”, y los que no.

Vemos también, como el interés superior del niño, es una preocupación que une a las dos posturas, los que niega su regulación consideran que esta técnica “cosifica” al menor, se lo trata como un objeto por el cual los adultos acuerdan mediante un contrato su entrega, prevaleciendo en estos casos el derecho de procrear por ante los derechos del niño. Por su parte, la doctrina que considera a la regulación necesaria, afirma que precisamente se necesitan bases sólidas para limitar el poder de las partes adultas y hacer prevalecer con fuerza al interés superior del niño, garantizando una filiación jurídica inmediata y concordante a su identidad.

Por lo expuesto, podremos apreciar que las críticas a esta figura, se centran en cuestiones que también la doctrina que apoya la regulación, entiende que hay que resguardar. La realidad al momento, es que la gestación por sustitución se ha desarrollado con las pocas pautas jurídicas con las que cuenta, acercando a diversas familias la posibilidad de procrear. Consecuentemente ante esta “realidad impuesta”, se necesita de una normativa clara y transparente que brinde la seguridad necesaria y proteja a las personas más vulnerables de esta relación jurídica.

## Capítulo IV

### *“La gestación por sustitución en Argentina”*

## **1 Introducción**

Durante el proceso de elaboración del anteproyecto de reforma del CCyC, la Comisión Redactora había incluido en el art. 562 la normativa que regulaba la gestación por sustitución, allí se determinaba que los niños nacidos bajo esta técnica eran hijos de el/los comitentes que previamente deberían haber formalizado el correspondiente consentimiento informado y libre. Además, se requería la homologación del juez, sólo si se cumplían con los requisitos allí establecidos y los de la ley especial.

Sin embargo al pasar el anteproyecto por la Cámara de Senadores, esta disposición fue eliminada, argumentando en esa oportunidad que esta práctica traía aparejados planteos éticos y jurídicos, necesitando en consecuencia ser tratada mediante un debate profundo de carácter interdisciplinario (Ditieri, Cortese y González Demaría, 2018).

Pese a que este artículo no fue incluido en el nuevo CCyC, la gestación por sustitución no encontró en nuestro ordenamiento jurídico prohibición expresa alguna, por lo tanto hoy nos encontramos con un procedimiento que es cada vez, más elegido como alternativa de acceso a la procreación y que en base a las pocas herramientas que se encuentran en el sistema, rescata ciertas garantías para desarrollarse.

Así, la resolución de los conflictos que conlleva la falta de regulación y la necesidad del emplazamiento filial del menor se ha trasladado al ámbito jurisdiccional, siendo en su mayoría resueltos a favor de los comitentes.

En este capítulo haremos una revisión de estos antecedentes jurisprudenciales y podremos observar que ante el silencio legislativo, el trabajo jurisdiccional ha sido

importantísimo para otorgar seguridad jurídica a este universo de personas que ven afectado sus derechos fundamentales de libertad procreativa, igualdad y no discriminación, libertad personal, libre acceso a las TRHA y la realización de un proyecto familiar deseado.

Por último analizaremos los proyectos de ley que se encuentran en tratamiento en la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores.

## **2 Jurisprudencia Nacional**

### **2.1 Durante la vigencia del Código Civil derogado**

En cuanto a la jurisprudencia desarrollada en Argentina, debemos mencionar que si bien en abril de 2010, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú de Entre Ríos, resolvió respecto a una impugnación de la maternidad dada en el marco de una gestación por sustitución, esta sentencia sólo se centró en la incompatibilidad genética dada entre el menor causante y la gestante, sin resolver la cuestión de fondo relativa a la figura que estudiamos (Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, 2013).

Es por lo expuesto que consideramos importante iniciar nuestro análisis con una sentencia dictada en el mes de junio de 2013 correspondiente al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 86 a cargo de la Dra. María Bacigalupo de Girard<sup>24</sup>, ya que es el primer precedente nacional en tratar y brindar un reconocimiento a un caso de gestación por sustitución realizado íntegramente en el país.

---

24 JNCiv. Nro. 86 “N.N. o D.G., M.B.M.s/inscripción de nacimiento” (2013). Publicado en La Ley 01/07/2013, 2. LA LEY2013-d, 195- DFyP 2013 (octubre). Cita online: AR/JUR/23081/2013.

Si bien el fallo en cuestión se desarrolla dentro del marco normativo dado por el Código Civil ya derogado, podemos observar que sus fundamentos han sido de una base sólida para los subsiguientes casos que se han presentado a lo largo de estos años.

El caso estaba planteado en base a hechos ya consumados, requiriéndose la inscripción de una niña nacida bajo esta técnica, como hija del matrimonio que había aportado su material genético y manifestaba la voluntad procreacional, habiendo la pareja acordado previa y oportunamente con la gestante para que lleve adelante el embarazo, sin tener esta última, la intención de adquirir derechos o contraer obligaciones en relación a la menor, es decir sin tener la voluntad de ser ella la madre de la niña.

Como punto de partida al análisis de la situación fáctica, en esta sentencia se consideró a la falta de regulación expresa en la materia, como condicionante para la búsqueda de los principios generales de derecho que den una solución al caso.

Así, y luego de reflexionar sobre la disociación de la maternidad genética, gestacional y social que se origina por el acceso a las TRHA, este fallo significó a la voluntad procreacional del matrimonio, siendo éste el elemento determinante en la filiación de la menor causante. Destacando también que no existía correspondencia genética entre la gestante y la niña, pero sí entre esta última y el matrimonio peticionante.

Por último, se impuso al matrimonio, el hacer saber de su origen gestacional a la menor en el momento oportuno. Y destacó que la solución dada era la más ajustada y concordante al principio rector del interés superior de la niña, reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño, citando a Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2012), cuando afirmó que,

...si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.).<sup>25</sup>

A decir de Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera,

...el fallo pone en crisis una regla del derecho filial, hasta ahora considerada incontrastable (madre es quien da a luz, quien pare); ha movido, pues, una barrera considerada infranqueable,...y admite que el principio puede tener una excepción y ello acontece, precisamente, cuando se trata de una gestación por sustitución, en la que la filiación se establece a favor de los comitentes (2013, pto. III, segundo párrafo).

Con posterioridad a la sentencia estudiada y hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que hoy nos rige (agosto 2015), fueron varios los decisorios en el país que, basándose en principios tan fundamentales como son los derechos de los niños, el derecho a su identidad y los derechos a la libertad reproductiva y la protección integral de la familia, dieron respuestas a los distintos casos de gestación por sustitución planteados.

En su mayoría, los procesos se iniciaron una vez nacido el menor causante, mediante un pedido de inscripción de nacimiento, o una impugnación de la maternidad de

---

25 JNCiv. Nro. 86 “N.N. o D.G., M.B.M.s/inscripción de nacimiento” (2013, consid. IV). Publicado en La Ley 01/07/2013, 2. LA LEY2013-d, 195- DFyP 2013 (octubre). Cita online: AR/JUR/23081/2013.

la gestante. Aunque en el año 2014, se presentó por primera vez una solicitud de autorización previa a la realización de la práctica.

Así ante el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario<sup>26</sup>, un matrimonio heterosexual petitionó una autorización judicial para realizar el proceso de gestación por sustitución. En esta oportunidad, la contribución genética estaba dada por el hombre del matrimonio que aportó sus gametos y una donante, ya que la mujer del matrimonio comitente estaba imposibilitada de hacerlo (por lo tanto ésta sólo ejercía su voluntad procreacional y no genética), y la gestante se trataba de una amiga de la pareja que en forma altruista y desinteresada colaboraba en el proceso. De esta forma y mediante un control judicial, la gestante ratificó su consentimiento pleno, libre e informado (que oportunamente había realizado ante un notario), hubo participación del equipo interdisciplinario del Juzgado, también la gestante recibió información médico legal y se realizaron informes socioambientales en los domicilios de las partes. El fallo en cuestión fue favorable a la realización de la técnica, autorizando claro, a la inscripción registral del nacido en favor del matrimonio. Así, mediante la decisión jurisdiccional se otorgó transparencia al procedimiento y seguridad jurídica, garantizando los derechos de las personas intervinientes (Gil Dominguez, 2015).

## **2.2 Desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.**

Ya con posterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, podemos mencionar:

---

26 Trib. C. Familia N° 7 de Rosario, “XXX s/maternidad por sustitución”. (2014), Publicado en DFyP 2015 (diciembre), 237. Cita Online: AR/JUR/90178/2014.

Un caso resuelto por el Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza, en el mes de diciembre de 2015, donde se solicitaba mediante una acción declarativa de certeza, determinar la filiación de tres niños recién nacidos que habían sido concebidos mediante la técnica de la gestación sustitución. Aquí la gestante había sido la madre la comitente que poseía la voluntad procreacional, es decir la abuela de los menores, que se había propuesto para gestarlos y dar a luz de manera altruista y con el profundo deseo de ayudar a su hija en su proyecto familiar. Asimismo, los embriones estaban compuestos con material genético del matrimonio peticionante. Entonces, careciendo esta petición de intereses contrapuestos entre partes, la solución fue dada mediante la respuesta a la medida autosatisfactiva, ordenando la inscripción de los niños como hijos del matrimonio e imponiéndoles la obligación de informar oportunamente a los menores respecto a su origen gestacional.<sup>27</sup>

El Juzgado de Familia Nro. 9 de Bariloche, con fecha 29 de diciembre de 2015, ante la solicitud de una pareja que requería de una autorización judicial para la transferencia embrionaria de gametos en el vientre de una mujer, que además poseían vínculos de familia con ellos (por ser los comitentes cuñados de esta), resolvió en forma favorable autorizando la práctica con la suscripción del debido consentimiento informado, basándose en que se trataba de un procedimiento que no se encuentra expresamente prohibido y en la voluntad procreacional de los solicitantes, destacando

---

27 Juz. Familia Nro. 1 de Mendoza “C.M.E. y J.R.M. s/inscripción nacimiento” (15/12/2015). Publicado en La Ley. Cita online: AR/JU/58729/2015.

también el sentido altruista y sin finalidad económica de la prestación de la gestante que hacía descartar cualquier idea de explotación.<sup>28</sup>

El Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, con fecha 30 de diciembre de 2015, resolvió, ante el pedido de inscripción de una niña por nacer (la gestación ya se había producido al momento de la presentación judicial), a favor de los solicitantes. En este caso, se trataba de una pareja que, como la mujer se encontraba imposibilitada de gestar, le solicitó a su hermana que lleve adelante el embarazo por ella. En este caso el fallo se declara la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del C.C.C. por no reconocer la maternidad de aquella mujer que expresó su voluntad procreacional en un consentimiento libre e informado. Y consideró que el acceso a las TRHA es un derecho fundamental que tutela el derecho de las personas a intentar procrear y llevar adelante el proyecto parental, reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Asimismo, se consideró que el interés superior de la menor por nacer se encuentra garantizado, al establecer la filiación de acuerdo a la verdad volitiva expresada por quienes llevan adelante el proyecto familiar y expresaron su consentimiento.<sup>29</sup>

En el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, con fecha 27 de mayo de 2016, se resolvió respecto a una impugnación de maternidad ya asentada. Los solicitantes eran una pareja que había acordado con una amiga de la familia para que lleve adelante la gestación de un embrión conformado por el material genético de uno de los integrantes de la pareja y el óvulo de una donante. Tanto la gestante como la pareja solicitaban la

---

28 Juz. Familia Nro. 9 de Bariloche “Dato reservado” (29/12/2015). Publicado en La Ley. Cita Online: AR/JUR/78613/2015.

29 Juz. Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora “H.M. y otro s/ medidas precautorias” (30/12/2015). Cita Online: AR/JUR/78614/2015.

rectificación de la partida de nacimiento que hasta ese momento establecía que el menor era hijo de quien había dado a luz y uno de ellos. La sentencia establece que quienes detentan la voluntad procreacional son los progenitores del menor, además de referirse a que las parejas homosexuales poseen los mismos derechos a acceder a los beneficios asociados al matrimonio, debiendo gozar también de los mismos derechos que las mujeres a recurrir a la gestación por sustitución a fin de lograr su proyecto familiar y ser padres, sin necesariamente sólo acceder a esto mediante la adopción.<sup>30</sup>

Con fecha 4 de julio de 2016, el Juzgado de Familia Nro. 2 de Moreno, resolvió el pedido de impugnación de maternidad realizado por un matrimonio que, mediante la colaboración de la hermana de la mujer integrante de este, habían realizado la gestación por sustitución con el aporte de su material genético. Así, hace lugar a la demanda, desplazando a la gestante de la maternidad establecida y emplazando como progenitora a quien expresó su voluntad procreacional.<sup>31</sup>

El Juzgado de Familia Nro. 3 de San Martín, por su parte, con fecha 22 de agosto de 2016, desestimó una demanda en la que se solicitaba la autorización para realizar la práctica de fertilización asistida en el vientre de una mujer que gestaría por otra, específicamente su hermana y se planteaba la inconstitucionalidad del art. 562 CCC por no reconocer éste la maternidad en quien tenía la voluntad procreacional. En el decisorio se estima que este planteo no tiene sustento fáctico, ya que el menor causante ni siquiera

---

30 Trib. Coleg. De Familia Nro. 5 de Rosario “S. G. G. y otros s/ filiación” (27/05/2016). Cita Online: AR/JUR/37971/2016.

31 Juz. Familia Nro. 2 de Moreno “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar” (04/07/2016). Cita Online: AR/JUR/42506/2016.

ha sido gestado y la autorización judicial en el marco de las TRHA es innecesaria, por estar ésta reconocida expresamente.<sup>32</sup>

En un fallo del 20 de noviembre de 2016, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 8, se destacó por realizar un análisis profundo de esta figura y de la jurisprudencia hasta ese momento. Aquí, un matrimonio solicitaba ser emplazados como los progenitores del niño nacido por gestación por sustitución, desplazando a la gestante de la filiación en relación al causante. A su vez no sólo se tuvo en cuenta que éstos habían prestado su consentimiento y eran quienes tenían la voluntad procreacional, sino que también eran los padres biológicos del menor. En cuanto al niño debía tenerse presente la tutela efectiva de su interés superior, manteniendo a su vez el estado de familia del que gozaba desde su nacimiento junto a quienes habían deseado su concepción. Por otro lado plantea que, el derecho que tiene la mujer gestante a brindarse solidariamente a un matrimonio amigo, para de forma altruista colaborar en la gestación del niño, no debe ser vulnerado, siendo este un derecho perteneciente a la vida privada de la gestante, de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos.<sup>33</sup>

El Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, sentenció el 30 de noviembre de 2016 a favor de la inscripción a favor de los peticionantes que expresaron la voluntad procreacional de un niño por nacer, concebido con material genético aportado por ellos y gestado por la abuela materna. El fallo se fundó en la necesidad de realizar una tutela

---

32 Juz. Familia Nro. 3 de San Martín. “M., I. M. y otro/a s/ autorización judicial” (22/08/2016). Cita online: Cita Online: AR/JUR/108097/2016.

33 Juz. Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 8. “B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación” (20/09/2016). Cita Online: AR/JUR/70743/2016.

efectiva de los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la libertad personal, a la igualdad y a no ser discriminada con relación al derecho a la maternidad y a formar una familia. Y declaró la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC, en tanto el mismo no reconoce la maternidad en quien ha expresado la voluntad procreacional.<sup>34</sup>

Otra impugnación de filiación materna se resolvió con fecha 14 de junio de 2017, en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 81, aquí un matrimonio de dos hombres solicita se desplace la filiación de la gestante en relación al menor y se establezca que los progenitores son ellos, quienes oportunamente exteriorizaron la voluntad procreacional mediante un consentimiento previo, informado y libre. Se consideró que la respuesta jurídica más justa y acorde al interés superior del niño, era establecer como progenitores a los solicitantes. Y, se entendió que, si bien se admitía una modificación del estado de familia del menor nacido bajo la TRHA de gestación por sustitución, esto no vulneraba el orden público, ya que si bien la práctica no se encuentra regulada, tampoco está prohibida, por lo tanto se aplicaban los principios de privacidad y legalidad que emanan del art 19 CN.<sup>35</sup>

En Viedma, el Juzgado de Familia Nro. 7, decidió con fecha 6 de julio de 2017, otorgar la autorización judicial para que un matrimonio conformado por dos hombres, pudiera realizar la práctica de la gestación por sustitución, implantando los embriones logrados mediante ovodonación en el vientre de una mujer gestante y luego, una vez

---

34 Juz. Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora. “B. J. D. y otros s/ materia a categorizar” (30/11/2016). Cita Online: AR/JUR/85614/2016.

35 Juz. Nac. De Primera Instancia en lo Civil Nro. 81. “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación” (14/06/2017). Cita Online: AR/JUR/37036/2017.

producido el nacimiento, realizar la inscripción respectiva emplazando a los comitentes como progenitores del o los niños. Como fundamentos la sentencia toma los ya resueltos por otros Juzgados en casos análogos, así se advirtió la necesidad de brindar un tutela efectiva de los derechos amparados no sólo por nuestra Constitución, sino también por los instrumentos internacionales de derechos humanos, para las partes y principalmente al menor, quien debía ser inscripto de manera inmediata, asegurando así el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por los comitentes.<sup>36</sup>

Con fecha 6 de septiembre de 2017, en Mendoza, el Juzgado de Familia Nro. 2, resuelve respecto a una solicitud de autorización judicial para realizar el procedimiento de gestación por sustitución y posterior inscripción del o los nacidos como hijos de quienes expresaron la voluntad procreacional. Sin embargo y previo al pronunciamiento del Juez, la práctica se realiza y los niños nacen, en consecuencia desde ese momento se dispusieron una serie de controles y seguimiento permanente del estado de los niños por parte del Juzgado. Se realizaron pruebas de ADN, centrándose la cuestión en resolver la filiación de los recién nacidos. Estableció que ante la falta de regulación en la materia, la gestación por sustitución debía analizarse con una visión integradora del derecho. Considerando que los niños nacidos bajo esta técnica deben ser inscriptos como hijos de quienes se sometieron a la práctica para que ellos nacieran, siendo la voluntad procreacional la columna vertebral para establecer la filiación en los casos en que el dato genético no es determinante para crear vínculo filial.<sup>37</sup>

---

36 Juz. Familia Nro. 7 de Viedma. “Reservado s/ autorización judicial” (06/07/2017). Cita Online: AR/JUR/39473/2017.

37 Juz. Familia Nro. 2 Mendoza “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas” (06/09/2017). Cita Online: AR/JUR/60950/2017

Hasta aquí, podemos observar que ante la ausencia de una regulación de la gestación por sustitución que permita realizar la práctica en un marco de transparencia y seguridad jurídica, la jurisprudencia, al momento de valorar las situaciones fácticas que se han ido planteando, se ha inclinado por la aceptación de esta figura, ya sea, autorizando la técnica o resolviendo, en favor de las personas que expresaron la voluntad procreacional y autorizando las respectivas inscripciones de los niños ya nacidos mediante gestación por sustitución. Prevalciendo así la voluntad por sobre la realidad gestacional. Lo que ha llevado en varias resoluciones a plantear la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC, ya que el mismo, en el contexto de las TRHA, sólo reconoce la maternidad del menor en quien dio a luz, y no en quien expresó la voluntad de procrear.

En su mayoría, las sentencias se han resuelto con fundamento en el principio de reserva (art. 19 CN), ya que dentro del ordenamiento jurídico no se encuentra ninguna normativa que expresamente prohíba esta figura y el principio de autonomía de la voluntad. Además de basarse en derechos fundamentales como a la libertad personal, integridad personal, derechos a la vida privada, a formar una familia, al libre acceso a las TRHA y el derecho a la igualdad y no discriminación. Asimismo, y siendo común en todos los fallos, han tenido como principio rector y guía de sus decisiones al interés superior del niño y la efectiva tutela de su derecho a la identidad.

### **3 Tratamiento de la gestación por sustitución en el anteproyecto del CCyC**

En los fundamentos del Anteproyecto del CCyC (2012), se hacía mención a la necesidad de regular en la materia, resaltando que ya se habían producido al momento, el

nacimiento de niños nacidos bajo esta técnica tanto dentro del país como fuera, mediante el "turismo reproductivo" desarrollado en los últimos años por quienes ante la ausencia de reglas claras para llevar adelante esta práctica aquí, viajaban al extranjero a realizarla. Además, consideraba que, así como las parejas del mismo sexo tiene derecho a recurrir a la filiación por adopción, por la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, el derecho a fundar una familia y el reconocimiento de los diversos modos de organización familiar, su acceso a las TRHA debía ser admitido en modo amplio.

Consecuentemente, se planteaba que era necesario brindar seguridad jurídica no sólo para los partes voluntariamente involucradas en la realización de la técnica, sino principalmente para el menor, quien debería contar con un vínculo filial basado en la voluntad procreacional de sus progenitores y obtener su inscripción registral inmediata, una vez nacido.

El anteproyecto preveía un proceso judicial que permitía la realización de la gestación por sustitución y requería del cumplimiento de ciertas pautas para el arribo a una decisión del juez que la autorizara. Estas estaban relacionadas con respecto a la gestante, a su capacidad, a que la misma no aporte su material genético, que su contribución al desarrollo de la técnica sea de manera altruista (sin perjuicio de que se pudiera reconocer el pago de gastos razonables), que la gestante no se hubiera sometido al proceso de gestación por sustitución más de dos veces, y que al menos haya parido con anterioridad un hijo propio. En relación a los comitentes, demostrar la imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo y que al menos uno de ellos aporte el material

genético del embrión que se gestara. Y en relación a todas las partes, contar con el consentimiento previo, libre e informado.

Específicamente se establecía que ante la falta de la autorización judicial, los médicos no debían implantar el embrión en el seno de la gestante, y en el caso de hacerlo, la filiación del menor nacido sería determinada por las reglas de la filiación por naturaleza.

El texto del Anteproyecto del CCyC establecía la normativa de la gestación por sustitución en su art. 562:

Gestación por sustitución.

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

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;

- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Se consideraba en los fundamentos del Anteproyecto del CCyC (2012), que la regulación era la respuesta adecuada a una realidad imposible de aquietar, ni la prohibición ni la abstención lograrían frenar el desarrollo de esta técnica, que como hemos visto en los últimos años ha crecido y se ha volcado a los distintos juzgados del país, para su resolución mediante decisiones jurisdiccionales.

Entonces, si bien en su redacción originaria el art. 562 regulaba la gestación por sustitución, en el CCyC, que entró en vigencia a partir del 1º de agosto de 2015, finalmente quedó excluida, dejando sin codificación la materia en cuestión.

Así, nos encontramos con el actual art. 562 de CCyC, que regula la figura de la voluntad procreacional estableciendo que los niños nacidos bajo las TRHA son hijos de quien ha prestado su consentimiento previo, libre e informado y de quien dio a luz.

#### **4 Proyectos de regulación**

En la página web de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se puede ver que hay 15 proyectos presentados con el fin de llegar a una regulación de la gestación por sustitución, el primero de ellos data de fecha 17 de marzo del 2000. En la actualidad, en estado Parlamentario se encuentran: “Proyecto de regulación de la técnica de gestación solidaria. Régimen” Expte. Nro. 5700-D-2016, presentado por Diputados del Partido Frente para la Victoria, con fecha 31 de agosto de 2016. E “Incorporación de la Gestación por sustitución al Código Civil y Comercial de la Nación”, Expte. Nro. 0084-D-2018, presentado por Diputados del Partido Frente para la Victoria, con fecha 02/03/2018.<sup>38</sup>

Asimismo, por medio de la web de la Cámara de Senadores de la Nación, se puede acceder al proyecto presentado por el Senador Julio César Cleto Cobos, con fecha 18 de abril de 2018, titulado: “Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución” Expte. Nro. S-825/18.<sup>39</sup>

Haciendo un breve análisis de estos, podemos observar que los tres son propuestos con el fin de obtener una regulación permisiva de la gestación por sustitución.

---

38 Fuente: Diputados Argentina. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de: <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html>

39 Fuente: Senado Argentina. Actividad legislativa. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>

Comenzando por el 5700-D-2016, vemos que conceptualiza a la práctica como “Gestación Solidaria” y propone a lo largo de sus artículos que esta técnica sólo se realice en establecimientos de salud debidamente habilitados para realizar TRHA. Que tienen derecho a acceder a ésta toda persona mayor de edad. Que su consentimiento será revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la gestante. Que la cobertura de la prestación deberá estar incluida dentro del Plan Médico Obligatorio (PMO). Que deberá existir un documento legal que exprese el compromiso debidamente formalizado ante el Centro Médico y luego ser protocolizado, cumpliendo este necesariamente con requisitos establecidos por ley. Plantea también una nueva redacción del art. 562 del CCyC. Deja claro que la gestante no podrá aportar material genético para la fecundación. Y fija reglas para la inscripción de los hijos nacidos bajo esta práctica como hijos de los comitentes.<sup>40</sup>

Por su parte, el proyecto presentado en el Senado de la Nación, Expte. Nro. S-825/18, en principio conceptualiza a la práctica como gestación por sustitución, y como notas a destacar por ejemplo, plantea la necesidad de que las partes intervinientes deban acreditar residencia ininterrumpida en el país de 5 años. Que la gestante deberá tener un asesoramiento médico/legal en cuanto a los alcances de esta técnica. Que los comitentes deberán contratar un seguro de vida en favor de la gestante a fin de cubrir cualquier eventualidad derivada de la gestación. También considera que este procedimiento debe ser autorizado, por lo tanto no podrá realizarse sin el cumplimiento del procedimiento descrito en los artículos de esta ley que (certificados médicos y psicológicos,

---

40 Fuente: Diputados Argentina. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY>

intervención de un equipo interdisciplinario, etc.) deriven en la autorización dictada por un juez, y ante la ausencia de ésta, la filiación del menor quedará establecida por naturaleza. Articula la creación de un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución. Establece penas para quien de cualquier modo intermedie para la realización de la práctica. Al igual que el proyecto antes señalado, considera que la práctica debe estar incluida dentro del Plan Médico Obligatorio (PMO). Además, considera necesario la introducción a la Ley de Contrato de Trabajo la protección referida a la gestante y el otorgamiento conjunto de licencia con el comitente que se ocupará del cuidado del menor.<sup>41</sup>

En el proyecto presentado por Diputados del Partido Frente para la Victoria, “Incorporación de la Gestación por sustitución al Código Civil y Comercial de la Nación”, Expte. Nro. 0084-D-2018, lo que se propone es una modificación de los artículos del CCyC incorporando al mismo la figura, regulando una normativa mínima e introduce modificaciones relativas a la determinación de la filiación de los niños gestados bajo estas condiciones. También entiende que para que esta práctica se lleve adelante, es menester la autorización mediante un proceso judicial previo, con la necesaria intervención de un equipo interdisciplinario y con la respectiva decisión de un juez. Conceptualiza también a esta técnica como Gestación por Sustitución. En sus fundamentos también, realiza al igual que los otros dos proyectos, un detalle de todos los fallos judiciales sobre gestación por sustitución nacional y remarca la necesidad de obtener una pronta regulación a fin de brindar la debida seguridad jurídica y proteger los

---

41 Fuente: Senado Argentina. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>

derechos de las personas que forman parte de este procedimiento. Además como característica distintiva, no sólo mantiene el carácter no lucrativo de la gestación por sustitución, exigiendo la existencia de lazos afectivos entre la gestante y los comitentes y sancionando a aquellas personas que quieran intermediar en la relación para evitar así a las agencias, sino que también prevé una compensación económica para la gestante a fin de cubrir los gastos derivados de la gestación.<sup>42</sup>

## **5 Conclusiones parciales**

Regular y no silenciar, al parecer es la mejor forma de brindarle tanto a las partes como al sistema jurisdiccional, las herramientas necesarias para poder resolver en base a derecho, con reglas claras que garanticen el acceso a derechos de todos y protejan a las personas más vulnerables de esta relación.

Sucede que ante el vacío legal imperante, se buscan alternativas para llevar adelante la práctica, provocando graves problemas de inseguridad jurídica no sólo en relación a alguien tan frágil como un niño y su identidad, sino también respecto a los adultos que acuerdan llevar adelante un proyecto así.

Hasta el momento podemos observar que el silencio legislativo, esta postura “abstencionista” que toma nuestro país, no ha sido óbice para que la gestación por sustitución sea una TRHA elegida por muchas personas para realizar su proyecto de vida familiar. Un fiel reflejo de esto es la cantidad de fallos judiciales que hay en la materia, mediante los cuales, los jueces procuran brindar una solución acorde a derecho,

---

42 Fuente: Diputados Argentina. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de: <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2018/PDF2018/TP2018/0084-D-2018.pdf>

basándose principalmente en principios constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por otro lado, ha sido numerosa la variedad de proyectos de ley presentados a la fecha, tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores y muchos de estos últimos proyectos retoman en términos generales a anteriores ya caducos. Esta circunstancia hace ver que la preocupación legislativa por obtener una regulación existe y acompaña a la sociedad en la búsqueda de mayor seguridad jurídica y transparencia.

## **Conclusiones generales**

El objetivo general de este trabajo, ha sido analizar la problemática que se genera en torno a la gestación por sustitución como TRHA y qué garantías jurídicas encuentra para desarrollarse.

Así, pudimos ver que la TRHA denominada gestación por sustitución, ha tenido desde sus inicios un impacto desestabilizador de los paradigmas planteados respecto a la filiación. Si la conceptualizamos a grandes rasgos, podremos advertir que se trata de un procedimiento mediante el cual una mujer gestará a un niño para otra persona. La gestante no aportará su material genético para la realización de la fecundación y sólo se le implantará en su vientre el embrión conformado por gametos del/ los comitente/s o de donante/s. Ahora bien, la característica más controvertida de esta relación es la disociación que se produce de la maternidad, ya que la gestante es sólo eso, no la une al nacido un vínculo genético y tampoco pretende tener un vínculo de filiación con él, por lo que produce un serio interrogante jurídico a la hora de establecer la relación filial.

Ahora bien ¿por qué se ha recurrido a esta práctica? y ¿cuáles son las garantías jurídicas que la enmarcan? La realidad es que si analizamos el alcance de los derechos humanos de los que gozamos, garantizados no sólo por el ordenamiento jurídico nacional, sino por normas y garantías supraconstitucionales establecidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, veremos que el acceso a las TRHA (entre ellas la gestación por sustitución) se encuentran también allí amparados. Así, podemos nombrar algunos como: El derecho a procrear y a la libertad reproductiva en todas sus formas, asociado al derecho universal de formar una familia y a la planificación familiar (de

acuerdo a la interpretación amplia de la libertad que ha hecho la CIDH en relación a los derechos reproductivos de las personas). El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y al libre acceso a las TRHA. El derecho a la no discriminación e igualdad.

Tal como lo hemos dicho, todas aquellas personas que desean tener un hijo y padecen de infertilidad médica, como también quienes tienen una infertilidad estructural, han encontrado sustento jurídico en las garantías *ut supra* mencionadas para la realización de esta práctica. Además, no existe aquí normativa específica que la regule, pero tampoco que la prohíba, por lo tanto y en base a lo dispuesto por el art. 19 Constitución Nacional, la gestación por sustitución ha terminado siendo una técnica “permitida”.

Ahora bien, ¿es suficiente considerar que nos encontramos ante una práctica que por no estar específicamente prohibida, podemos desarrollarla con total libertad? Como vimos, quienes desean recurrir a ésta, no se encuentran impedidos legalmente. El marco legal que lo habilita está dado por la legislación en materia de TRHA, la regulación relativa a la voluntad procreacional establecida en el CCyC como fuente de filiación en las TRHA y el derecho convencional al que hemos adherido como Nación (ya mencionado).

Hasta aquí entonces, el principal interrogante está relacionado con la determinación de los vínculos filiales y el respectivo emplazamiento registral de los nacidos por gestación por sustitución. Debemos recordar que el problema radica en que el artículo 562 de nuestro CCyC, establece que los niños nacidos por las TRHA serán

inscritos como hijos de quien prestó el consentimiento previo, libre e informado manifestando expresamente su voluntad procreacional y de quien dio a luz.

En relación a lo expuesto, hemos visto la importantísima labor desarrollada por los magistrados desde el año 2013, resolviendo los distintos planteos presentados ante la justicia a fin de establecer las filiaciones de los menores nacidos bajo la gestación por sustitución. Es que como ya mencionamos, el marco legal para el acceso a la gestación por sustitución está dado, pero aún no hay una respuesta jurídico/normativa respecto a la filiación de los menores nacidos, quedando éstas decisiones bajo el ámbito jurisdiccional.

En general estos fallos han ido marcando la fuerza que adquiere la voluntad procreacional (intención y deseo de engendrar un hijo), como elemento central y determinante de la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución, independientemente de quien haya aportado el material genético para la conformación del embrión. Y, principalmente en estos decisorios se ha entendido que, ante la disociación de la maternidad genética, gestacional y volitiva que se da en esta práctica, se debe tener presente que la gestante carece de la voluntad procreacional, elemento esencial de esta figura, para poder atribuirle la maternidad.

El principio rector en que se basaron todas las sentencias, es el Interés Superior del Niño, entendiendo que el menor es la persona más vulnerable en esta relación y el alcance de esta figura involucra directamente a su identidad. Se entiende, que la identidad del niño no pasa sólo por la genética y la biológica, sino que también está conformada por verdades afectivas, y en la gestación por sustitución estarán vinculadas a la voluntad procreacional de las personas que la exteriorizaron y que buscaron su nacimiento. Por lo

tanto, la solución encontrada se fundamenta en determinar que ésta es una TRHA y como tal, el elemento fundante de la filiación es la voluntad procreacional de quienes desearon el nacimiento y, consecuentemente el real emplazamiento de la filiación del nacido y la real pertenencia a su familia estarán asociados sin dudas, a quien asumió el rol parental desde antes de su concepción.

En algunos de estos decisorios, se optó por declarar la inconstitucionalidad del art 562 CCyC, a fin de poder establecer el estado filial en favor de otra persona que no fuera quien gestó y dio a luz. Sin embargo, algunos jueces no lo consideraron necesario, fundamentando que mediante una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del CCyC (tal lo dispuesto por los art. 1 y 2 CCyC) encontraban la respuesta legal a la situación fáctica planteada, dando prevalencia al elemento fundante de la filiación por TRHA, que es la voluntad procreacional.

Muchas son las voces en contra de esta figura que pretenden que no sea permitida, sucede que más allá de las objeciones legales que puedan realizarse de ésta, la concepción ética, moral y culturalmente receptada de la noción de familia, y los medios utilizados para el acceso a la maternidad/paternidad es lo hoy encontramos en quiebre. Así como poco a poco evidenciamos en la sociedad un cambio respecto a los modelos y estructuras familiares, vemos que la disociación de la maternidad que genera la gestación por sustitución y el valor predominante de la socio-afectividad como elemento principal de atribución para las filiaciones por TRHA, son quizá los factores más difícil de aceptar porque rompen con la concepción clásica y biológica de la maternidad.

La mujer gestante y el niño/a, son las personas más vulnerables de esta relación y es donde debería estar enfocada toda la preocupación. Haciendo un análisis de las críticas que la doctrina ha expresado, podemos observar que son muchas y se centran principalmente en estos sujetos de derecho mencionados. Sólo deteniéndonos aquí, podemos advertir que, una regulación enfocada a la gestación por sustitución solidaria, regulando, estableciendo controles y fomentando la generación de instrumentos de protección para evitar el abuso, explotación y/o comercialización de mujeres gestantes, desacreditaría a aquellas posturas que se oponen a su práctica por considerar que tanto el niño como la mujer son tratados como un objeto, cosificando a la mujer y exponiéndola al riesgo que una práctica así pueda provocar en una sociedad como la nuestra, caracterizada por la desigualdad social y económica donde los intermediarios con el fin de obtener un negocio explotarían a las posibles gestantes, poniéndolas al servicio de la clase pudiente que tiene la posibilidad de ponerle el precio a un bebé “por encargo”. En relación a esto, si pensamos en el universo de mujeres que integran esta sociedad, veremos que esta crítica sólo alcanza a una parte de ellas, desconociendo a todas aquellas que acceden a esta práctica de manera desinteresada, mediante un acto altruista. Al respecto, vimos cómo la gran mayoría de los casos de gestación por sustitución presentados en la justicia, se realizaban con la colaboración de una amiga, una hermana, una cuñada y hasta una abuela, participando en la concepción del menor. Entonces, ¿no sería imprescindible legislar y regular para evitar todas aquellas vulneraciones de derechos a las que pueden quedar expuestas las gestantes?

En cuanto al menor nacido por gestación por sustitución, no quedan dudas que la protección integral de su interés superior estará dada con la determinación precisa e

inmediata de su filiación, respetando su identidad socioafectiva unida a la voluntad procreacional de quienes lo desearon, como un elemento principal y fundante de su filiación. Pensar en el niño como un objeto de un contrato (en el marco de una gestación por sustitución onerosa), es nuevamente tener en cuenta sólo una parte de un universo de posibilidades que una legislación podría limitar. Si lo pensamos en una generalidad, el deseo de ser padre/madre y la búsqueda de ese hijo/a ya sea mediante la procreación biológica o sexual, o por la adopción, o mediante TRHA, incluyendo a la gestación por sustitución, es en definitiva la concreción de un proyecto de los adultos directamente vinculado a derechos esenciales y universales como el de formar una familia y planificarla de acuerdo a sus convicciones. Visto así, hablar de “ensañamiento procreativo” y cosificación del menor a los que ciertos objetores hacen alusión, parece estar más relacionado a una apreciación ético/moral y no a una objeción jurídica.

Asimismo, al buscar los antecedentes de proyectos legislativos presentados en relación a esta figura, se evidencia la preeminencia de proyectos que intentan conseguir la regulación permisiva de la gestación por sustitución, circunstancia que parece la más acorde al desarrollo que ha tenido esta TRHA en nuestra sociedad. Es que el silencio y el paso del tiempo no lograron hacerla desaparecer, al contrario, se ha convertido en una realidad impuesta, que mediante su tratamiento en los tribunales nacionales ha ido señalando las bases para definirse.

A la luz de estos hechos, es importante generar un debate legislativo sincero a fin de lograr una normativa que garantice el acceso a la gestación por sustitución en igualdad de condiciones, estableciendo reglas claras de protección para todas las personas vinculadas a esta práctica, otorgando y ampliando derechos que abarquen todo el proceso

gestacional (previo y posterior) y fundamentalmente dirigiendo esta protección a la identidad del menor desde su concepción. Por esto, es imprescindible que el tratamiento de estos casos ante el órgano jurisdiccional que lleve el control de legalidad de la práctica, sea previo a la gestación, a fin de poder brindar transparencia y seguridad jurídica al procedimiento y a los actores de éste.

En el marco de una sociedad ágil con constantes avances y cambios, la gestación por sustitución ha tenido un desarrollo importante estos últimos años, pese al vacío legal en que se encuentra y todas las consecuencias disvaliosas que produce este silencio. Ante una realidad impuesta tanto desde la ciencia como desde los derechos personales ya adquiridos, no queda más que esperar a que el Estado acompañe con una regulación acorde al derecho constitucional y convencional que nos rige.

## **Bibliografía**

### **1 Legislación**

Anteproyecto Código Civil y Comercial.

Código Civil y Comercial.

Constitución Nacional.

Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía Constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del niño).

## 2 Doctrina

Basset, U. C. (2016), “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?. Publicado en: LA LEY 02/05/2016 , 6 • LA LEY 2016-C, 88 • DFyP 2016 (junio), 131. Cita Online: AR/DOC/1311/2016. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000001625f0a91c2d44dc3e0&docguid=i15B92CF4C4D6AF35C83019D566C2859E&hitguid=i15B92CF4C4D6AF35C83019D566C2859E&tocguid=&spos=7&epos=7&td=63&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=121&crumb-action=append&> el 01/11/2017.

Borrillo, D., (2014) “La contractualización de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación unisexuada”, p. 1. Recuperado el 8/11/2016 de <https://hal.archives-ouvertes.fr>

Bossert, G. A. y Zannoni, E. A. (2016). *Manual de derecho de familia*. (7ma edición, actualizada y ampliada) Buenos Aires: Ed. Astrea .

Briozzo, S. (2016), “La gestación por sustitución y el interés superior del niño ante la falta de regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación”. DFyP 2016 (octubre),57. Cita Online: AR/DOC/2991/2016. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001623af07e524e9befb6&docguid=iFF9ADB22DB5DA5856D864782118>

[2D3A4&hitguid=iFF9ADB22DB5DA5856D8647821182D3A4&tocguid=&spos=2&epos=2&td=2&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append&](https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc6000001625dc99c30964f0efa&docguid=iD72728C2C4DD8827EA6311FA48379D5B&hitguid=iD72728C2C4DD8827EA6311FA48379D5B&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append&=2&epos=2&td=2&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append&)

Brodsky, J.M. (2015). El “Nuevo” Código Civil y Comercial de la Nación y la Gestación por Sustitución: otra oportunidad perdida para una regulación necesaria. . *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. 68, 213-229.

Chmielak, C. L. (2017), “Maternidad subrogada en España”, Publicado en: DFyP 2017 (junio) 36 • ADLA 2017-10, 109. Cita Online: AR/DOC/1211/2017. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc6000001625dc99c30964f0efa&docguid=iD72728C2C4DD8827EA6311FA48379D5B&hitguid=iD72728C2C4DD8827EA6311FA48379D5B&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=10&crumb-action=append&> el 01/11/2017.

Ditieri, M., Cortese G. y González Demaría, Y. (2018). Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión. Publicado en: *Portal de Revistas UNLP. Revista Derecho y Ciencias Sociales*. (Abril, 2018). Recuperado el 14/05/2018 de: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/5248>

Famá, M. V. (2009), “La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano”, LA LEY2009-D, 78, Cita Online:

AR/DOC/2225/2009. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000016234aa040d8f56ed75&docguid=iFCA94D7C82F7585B7CB55C4552867FCB&hitguid=iFCA94D7C82F7585B7CB55C4552867FCB&tocguid=&spos=16&epos=16&td=134&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=23&crumb-action=append&>

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012). *Textos Oficiales*. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Gil Dominguez, A (2015) *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial. Ensayos*. Buenos Aires. Ed. Ediar

Gil Dominguez, A (2015) La Gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano. Publicado en: DFyP 2015 (diciembre). 237. Cita Online: AR/DOC/4217/2015. Recuperado de: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?docguid=i567262FD61FF9DD0882267FD8D20A341&context=&crumb-label=Documento&crumb-action=append&>

Gil Dominguez, A (2015) *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Buenos Aires, Ed. Ediar.

Gil Dominguez, A., Fama, M.V. y Herrera M. (2006) *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I y II. Buenos Aires: Ed. Ediar.

- Gil Dominguez, A., Fama, M.V. y Herrera M. (2007) *Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: Ed. Ediar.
- González, M. E, (2015). Derecho a conocer los orígenes o derecho a la información de los niños nacidos por técnicas de reproducción heterólogas. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. 68, 153-177.
- Grosman C.P. (2001) “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, La Ley 1993-B, 1089, Cita Online: AR/DOC/21654/2001. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001624af18e5a785938a0&docguid=i3447AA6E997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447AA6E997F11D6A2580001024B5421&tocguid=&spos=9&epos=9&td=47&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=23&crumb-action=append&>
- Herrera, E, Caramelo, G y Picasso, S (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo II. Libro Segundo. Artículos 401 a 723*. Buenos Aires. Ed. Infojus.
- Herrera, M. y Lamm, E. (2014).Art. 562 La Voluntad Procreacional. A.Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, N.Lloveras (Directoras). *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo II*. (pág. 499-543). Buenos aires: Ed. Rubinzal – Culzoni.

Jáuregui, R.G. (2016), “La Gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible.”, LLLitoral 2016 (agosto), 415, Cita Online: AR/DOC/2296/2016. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000016239a1089a8f5728a1&docguid=iF24E17F7DEF0165AE0C67294A4F1AEAA&hitguid=iF24E17F7DEF0165AE0C67294A4F1AEAA&tocguid=&spos=2&epos=2&td=3&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=9&crumb-action=append&>

Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E.y Herrera, M. (2013) “*Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*”. Publicado en: LA LEY 11/07/2013, 3 • LA LEY 2013-D, 195. Cita Online: AR/DOC/2573/2013. Recuperado de: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?docguid=iA1D1874E725BD16A994EDDB0EE981618&context=&crumb-label=Documento&crumb-action=append&>

Krasnow A. y Pitasny T. (2015) *Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el código civil y comercial*. Comisión nº6, Familia: “Identidad y filiación”. Recuperado de [http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Krasnow\\_GESTACI%C3%93N.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Krasnow_GESTACI%C3%93N.pdf)

Lafferriere, J. N. y Eleta, J.B. (2017). “Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva”. Publicado en: LLCABA 2018 (febrero), 3. Cita Online: AR/DOC/3317/2017. Recuperado de <https://informacionlegal-com->

[ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc6000001625f435e557be1b0a1&docguid=i38BF88C3715DCD3B6E0C7865E0EF1D02&hitguid=i38BF88C3715DCD3B6E0C7865E0EF1D02&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=177&crumb-action=append&](http://ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc6000001625f435e557be1b0a1&docguid=i38BF88C3715DCD3B6E0C7865E0EF1D02&hitguid=i38BF88C3715DCD3B6E0C7865E0EF1D02&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=177&crumb-action=append&) el 06/02/2018.

Lamm, E. (2013) *Gestión por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona. Ed. Edicions de la Universitat de Barcelona

Marrama, S. (2017). “La dignidad de la madre subrogada frente a la omnímoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria”. Publicado en: DFyP 2017 (agosto), 226. Cita Online: AR/DOC/1798/2017. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000001625f2835fa0254ca5c&docguid=i96074F570DC38B4A2EC2C14C6F955DB0&hitguid=i96074F570DC38B4A2EC2C14C6F955DB0&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=146&crumb-action=append&> el 13/09/2017.

Melón P. y Notrica F. (2015). La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación. *XI Jornadas de Sociología*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Recuperado de <http://cdsa.aacademica.org/000-061/437.pdf>

Quaini, F. (2017). “La gestación por sustitución hoy, Argentina y el mundo”. Publicado en: DFyP 2017 (marzo), 210. Cita Online: AR/DOC/300/2017. Recuperado de <https://informacionlegal-com->

[ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000001625e8fd60c5b3c4ff7&docguid=i322A122761B8B394D03AEC5FB2666C48&hitguid=i322A122761B8B394D03AEC5FB2666C48&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=38&crumb-action=append&](http://ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000001625e8fd60c5b3c4ff7&docguid=i322A122761B8B394D03AEC5FB2666C48&hitguid=i322A122761B8B394D03AEC5FB2666C48&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=38&crumb-action=append&) el 01/11/2017.

Rodriguez Iturburu, M. (2015). La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. 68, 121-152.

Sambrizzi, E.A. (2010). “El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada”. Publicado en: LA LEY 03/08/2010 , 1 • LA LEY 2010-D , 1182. Cita Online: AR/DOC/4899/2010. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc6000001625f39feeac46e480d&docguid=i3422069CC0E4E009EE8688A48CA550F7&hitguid=i3422069CC0E4E009EE8688A48CA550F7&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=164&crumb-action=append&> el 13/09/2017.

Scherman, I.A. y Stern, B.C. (2015). Padres de Facto. Las nuevas estructuras parentofiliales definen hoy las nuevas formas familiares. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. 68, 325-333.

### 3 Jurisprudencia

C.S.J.N., “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean”, Fallos 308:2268 (1983). Recuperado de

<http://falloscsn.blogspot.com.ar/2008/05/sejean-juan-b-c-zaks-de-sejean-1986.html>

Corte I.D.H., Sentencia “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) VS. Costa Rica” 28 de noviembre de 2012, párrafo 142 y ss. Recuperado de

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

Corte I.D.H., Sentencia “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, del 24 de febrero de 2012, párrafo 142. Recuperado de

[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

JNCiv. Nro. 86 “N.N. o D.G., M.B.M.s/inscripción de nacimiento” (2013). Publicado en La Ley 01/07/2013, 2. LA LEY2013-d, 195- DFyP 2013 (octubre). Cita online:

AR/JUR/23081/2013. Recuperado de: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016383d46afe1ed0dae2&docguid=i33ED40182EEE5FD3E0DEC8C59514E61B&hitguid=i33ED40182EEE5FD3E0DEC8C59514E61B&tocguid=&spos=34&epos=34&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=67&crumb-action=append&>

Juz. Familia Nro. 1 de Mendoza “C.M.E. y J.R.M. s/inscripción nacimiento” (15/12/2015). Publicado en La Ley. Cita online: AR/JU/58729/2015. Recuperado de:

<https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6a>

[dc60000016389afd45ea2eeee32&docguid=iBDCBBB50642359BD484979B73DBA3EE9&hitguid=iBDCBBB50642359BD484979B73DBA3EE9&tocguid=&spos=14&epos=14&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&](https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016389afd45ea2eeee32&docguid=iBDCBBB50642359BD484979B73DBA3EE9&hitguid=iBDCBBB50642359BD484979B73DBA3EE9&tocguid=&spos=14&epos=14&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&)

Juz. Familia Nro. 2 de Moreno “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar” (04/07/2016). Cita Online: AR/JUR/42506/2016. Recuperado de:

<https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016389afd45ea2eeee32&docguid=iF0D8FF50B03ACA355E6352030DFF1E64&hitguid=iF0D8FF50B03ACA355E6352030DFF1E64&tocguid=&spos=10&epos=10&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&>

Juz. Familia Nro. 2 Mendoza “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas” (06/09/2017).Cita Online: AR/JUR/60950/2017. Recuperado de:

<https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000001638a9bbb936d5fd512&docguid=i293DD254C153FED7C58C1D0816955713&hitguid=i293DD254C153FED7C58C1D0816955713&tocguid=&spos=1&epos=1&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&>

Juz. Familia Nro. 3 de San Martín “M., I. M. y otro/a s/ autorización judicial” (22/08/2016). Cita online: Cita Online: AR/JUR/108097/2016. Recuperado de:

<https://informacionlegal-com->

[ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=i93FD74555EE031D4FC20A32A513CD2B8&hitguid=i93FD74555EE031D4FC20A32A513CD2B8&tocguid=&spos=8&epos=8&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&](https://ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=i93FD74555EE031D4FC20A32A513CD2B8&hitguid=i93FD74555EE031D4FC20A32A513CD2B8&tocguid=&spos=8&epos=8&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&)

Juz. Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora “H.M. y otros s/ medidas precautorias” (30/12/2015). Cita Online: AR/JUR/78614/2015. Recuperado de:

<https://informacionlegal-com->

[ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016389afd45ea2eeee32&docguid=i3D69B3DCFD79CF0F26DB439408CE01CA&hitguid=i3D69B3DCFD79CF0F26DB439408CE01CA&tocguid=&spos=12&epos=12&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&](https://ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016389afd45ea2eeee32&docguid=i3D69B3DCFD79CF0F26DB439408CE01CA&hitguid=i3D69B3DCFD79CF0F26DB439408CE01CA&tocguid=&spos=12&epos=12&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&)

Juz. Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora. “B. J. D. y otros s/ materia a categorizar” (30/11/2016). Cita Online: AR/JUR/85614/2016. Recuperado de:

<https://informacionlegal-com->

[r.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad829b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=i93CB80D6AB8B9E2F22961245764007FD&hitguid=i93CB80D6AB8B9E2F22961245764007FD&tocguid=&spos=6&epos=6&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&](https://ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad829b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=i93CB80D6AB8B9E2F22961245764007FD&hitguid=i93CB80D6AB8B9E2F22961245764007FD&tocguid=&spos=6&epos=6&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&)

Juz. Familia Nro. 7 de Viedma. “Reservado s/ autorización judicial” (06/07/2017). Cita

Online: AR/JUR/39473/2017. Recuperado de: <https://informacionlegal-com->

[ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=iC4323F6535A135C601BE7B4649DA49B9&hitguid=iC4323F6535A135C601BE7B4649DA49B9&tocguid=&spos=3&epos=3&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&](https://ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=iC4323F6535A135C601BE7B4649DA49B9&hitguid=iC4323F6535A135C601BE7B4649DA49B9&tocguid=&spos=3&epos=3&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&)

Juz. Familia Nro. 9 de Bariloche “Dato reservado” (29/12/2015). Publicado en La Ley.

Cita Online: AR/JUR/78613/2015. Recuperado de: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016389afd45ea2eee32&docguid=i62772AB7D5C4B401F5847AF4F9D5873A&hitguid=i62772AB7D5C4B401F5847AF4F9D5873A&tocguid=&spos=13&epos=13&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&>

Juz. Nac. De Primera Instancia en lo Civil Nro. 81. “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación” (14/06/2017). Cita Online: AR/JUR/37036/2017.

Recuperado de: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=iF00EB0C1EE7AB134B90DE189D824115A&hitguid=iF00EB0C1EE7AB134B90DE189D824115A&tocguid=&spos=4&epos=4&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&>

Juz. Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 8. “B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación” (20/09/2016). Cita Online: AR/JUR/70743/2016.

Recuperado de: <https://informacionlegal-com->

[ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=i1066E75513B4E9DEB76353615159B0BC&hitguid=i1066E75513B4E9DEB76353615159B0BC&tocguid=&spos=7&epos=7&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&](https://ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001638a9bbb936d5fd512&docguid=i1066E75513B4E9DEB76353615159B0BC&hitguid=i1066E75513B4E9DEB76353615159B0BC&tocguid=&spos=7&epos=7&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=27&crumb-action=append&)

Trib. C. Familia N° 5 de Rosario, “S.G.G. y otros s/filiación”. (2016), LLLitoral 2016 (agosto) Cita Online: AR/JUR/37971/2016. Recuperado de <https://informacionlegal-com->

[ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000001625a55c41a680acf2f&docguid=iCCC35D29E968A833FE5DA2BE23F0EDB3&hitguid=iCCC35D29E968A833FE5DA2BE23F0EDB3&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=11&crumb-action=append&fromSH=true](https://ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000001625a55c41a680acf2f&docguid=iCCC35D29E968A833FE5DA2BE23F0EDB3&hitguid=iCCC35D29E968A833FE5DA2BE23F0EDB3&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=11&crumb-action=append&fromSH=true)

Trib. C. Familia N° 7 de Rosario, “XXX s/maternidad por sustitución”. (2014), Publicado en DFyP 2015 (diciembre), 237. Cita Online: AR/JUR/90178/2014. Recuperado de:

<https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016389afd45ea2eeee32&docguid=i1A405D3E6C072DF3EAEEF975D45B425E&hitguid=i1A405D3E6C072DF3EAEEF975D45B425E&tocguid=&spos=23&epos=23&td=55&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&>

#### 4 Páginas WEB

- “¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? – Requisitos y precio”. *Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada*. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/ucrania/>
- “¿Es legal la maternidad subrogada en Europa?” *Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada*. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-europa/#donde-esta-prohibida>
- “Gestación subrogada en Francia: ¿Qué restricciones impone la ley?” (10/04/2017) *Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada*. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/francia/#penas-previstas-por-la-ley>
- “Gestación subrogada en Grecia”. *Surrofair*. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://surrofair.com/es/tag/gestacion-subrogada-en-grecia/>
- “Gestación subrogada. Aspectos legales”. *Vita Nova Clínica de Reproducción*. Recuperado el 03/05/2018 de: <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>
- “Grecia permite usar vientres de alquiler a dos parejas españolas”. *Millenium PIpriv*. Recuperado el 03/05/2018 de: <http://www.millenniumdipr.com/n-165-grecia-permite-usar-vientres-de-alquiler-a-dos-parejas-espanolas>
- “La gestación por sustitución en los Estados Unidos: variado panorama legal” (16/11/2015). *Universal Surrogacy: Reproducción asistida*. Recuperado el 03/05/2018 de: <http://www.universalsurrogacy.com/la-gestacion-por-sustitucion-en-los-estados-unidos-variado-panorama-legal/>

“La gestación subrogada en Israel, una realidad”- *Son nuestros hijos*. Recuperado el 03/05/2018 de: <http://www.sonnuestroshijos.com/la-gestacion-subrogada-en-israel-una-realidad-2/> y <https://www.coursehero.com/file/p63j382/En-Israel-la-ley-5746-sobre-acuerdos-de-gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n-de-1996-se/>

“La legislación que regula la gestación subrogada en Canadá” (19/04/2017). *Prepara*. Recuperado el 05/03/2018 de: <https://www.prepara.info/ila-legislacion-que-regula-la-gestacion-subrogada-en-canada-n-105>

“Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”. *Scielo*. Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017. Recuperado el 03/05/2018 de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100009)

“Maternidad subrogada en Reino Unido”. *Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada*. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/reino-unido/#legislacion-en-gestacion-subrogada>

“Países donde no hay ley o se prohíbe la subrogación a españoles”. *Babygest. La revista y comunidad líder en gestación subrogada*. Recuperado el 03/05/2018 de: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-irlanda/>

Diputados Argentina. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de: <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html>

Diputados Argentina. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de:

<http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY>

Diputados Argentina. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de:

<http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2018/PDF2018/TP2018/0084-D-2018.pdf>

Senado Argentina. Actividad legislativa. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de:

<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>

Senado Argentina. *Proyecto de Ley*. Recuperado el 14/05/2018 de:

<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>