

“Gestación por sustitución: una realidad sin respuestas jurídicas; el gran desafío de la jurisprudencia ante el vacío del nuevo Código Civil.”



Trabajo Final de Grado

-Abogacía-

Natalia Paola García.

-2018-

RESUMEN:

El propósito del presente trabajo es evidenciar la inexistencia jurídica, aunque no fáctica, de la figura gestación por sustitución y exponer el salvataje realizado por los magistrados en su difícil tarea de resolver el fondo de una cuestión sin regulación normativa; recurriendo al derecho comparado y al derecho internacional privado como posibles fuentes de solución a la problemática. Dar a conocer las consecuencias (negativas) que este vacío legal genera, tanto para quienes pretenden llevar a cabo esta práctica compleja, como para los tribunales que deben resolver el conflicto; y compartir jurisprudencia tanto nacional como extranjera y asimismo derecho comparado.

Palabras clave: maternidad subrogada, gestación por sustitución, voluntad procreacional, técnicas de reproducción humana asistida.

ABSTRACT:

This paper aims at reflecting the legal inexistence, though not factual, of the legal entity of gestation by substitution. It further exposes the salvage carried out by the magistrates in their arduous job of getting to the depth of a legal issue without the assistance of regulations. They subsequently appeal to comparative law and private international law as possible sources to unveil and work out the issue at stake. Two main intertwined objectives are: bringing to public view the (negative) outcomes produced by this legal vacuum -not solely for those who pretend to carry out this complex practice, but also for the magistrate courts whose duty is to resolve this conflict-; as well as sharing the national and foreign case laws, and the compared law.

Key words: subrogated maternity, gestation by substitution, procreational will, assisted reproductive techniques.

ÍNDICE

Introducción.

Capítulo 1. Gestación por sustitución	8
1. Definición de gestación por sustitución.....	8
2. Modalidades.....	12
a.La variante “gestacional” y la “tradicional”.	
b.Modos altruista y “gestación comercial”.	
3. Tratamiento de la figura en la legislación argentina.	14
4. Recepción de la figura en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.	
a. Argumentos a favor	20
b. Argumentos en contra.....	21
5. Voluntad Procreacional. Su importancia y el rol determinante en el esclarecimiento del vacío legal.....	24
Capítulo 2. Jurisprudencia Nacional.	29
1. Análisis del fallo "C., F. A. y otro c/ R. S., M.L. s/impugnación de maternidad".	29
2. Análisis del fallo “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias”.....	33
3. Análisis del fallo "N. N. O. s/ inscripción de nacimiento".....	40
4. Análisis del amparo colectivo e individual deducido por el Defensor del Pueblo de la C.A.B.A., la F.A.L.G.B.T. y los señores D.R. y G.S.M.....	44
Capítulo 3. Derecho Comparado	48
1. Análisis de la figura jurídica en la legislación comparada.....	48
a) Posturas mayoritarias.....	49
b) Panorama legislativo en algunos de los países más representativos en la materia.	
1. Estados Unidos.....	49

2. India.....	51
3. Ucrania.....	51
4. Rusia.....	52
5. Sudáfrica.....	53
Capítulo 4. Jurisprudencia Internacional.....	55
1. Casos:	
a) El caso "Baby Manji".....	55
b) Caso "Sr. X c. Proc. Gral de Rennes".....	56
c) Caso "Soos c. Superior Court ex rel. County of Maricopa".....	57
2. Tribunales Internacionales:.....	57
a) Corte Interamericana de Derechos Humanos: fallo “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”.....	57
b) Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fallos Mennesson (demanda n.o 65192/11) y Labassee (demanda n.o 65941/11).	62
Conclusiones.	66
Bibliografía.....	69

Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto desentramar la labor jurisprudencial argentina toda vez que se presentan ante los Tribunales casos atinentes a la figura “gestación por sustitución”.

El punto de partida es el vacío legal existente en nuestro país tanto en su recepción o prohibición, su consecuente falta de regulación, los esfuerzos de un sector por mantener la misma dentro del actual Código Civil y Comercial de la Nación; tras haber sido receptada en el Proyecto de Reforma; y por último las posturas internacionales, el derecho comparado y fallos concretos que interesan a la ponente.

Como guía utilizaré preguntas indicativas que fijen el Norte de la temática elegida y citaré a prestigiosos doctrinarios y juristas, con el objetivo de ofrecer un marco teórico a la altura de las circunstancias nacionales e internacionales, citando fallos tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como del Tribunal Europeo.

En este sentido, la pregunta concreta que desencadena el desarrollo del presente trabajo es ¿Cómo resuelven los Tribunales Nacionales los casos de gestación por sustitución, ante el silencio legislativo que envuelve a dicha práctica?. O dicho de otra manera:, ante la falta de regulación y de prohibición expresa: ¿Cómo resuelven los jueces argentinos las pretensiones de aquellos padres que persiguen el reconocimiento de la figura maternidad subrogada?

Continuando con el Capítulo 2, eje sobre el cual gira el presente trabajo, expondré los fallos más relevantes de la jurisprudencia local, en un intento por establecer conexiones entre los mismos y efectuando humildes aportes personales.

Es importante destacar que, no habiendo el Estado argentino tomado una postura, ya sea ésta positiva o de rechazo respecto a la regulación de la gestación por sustitución; la labor jurisprudencial fue y sigue siendo- y lo será hasta que se tome partido jurídico respecto a la misma- una tarea interesante, enriquecedora y que viene a resolver hechos concretos que suceden, que no tienen recepción normativa, pero que no por ello no pueden- ni deben-ser desoídos y mucho menos no ser objeto de una sentencia justa, imparcial y que resuelva el fondo de la cuestión. Mucho menos aún si lo que se presenta ante los jueces versa sobre cuestiones tan delicadas como los derechos de un niño por nacer, la maternidad,

la paternidad, la filiación, el derecho de familia; las consecuencias del uso de técnicas de reproducción humana asistida; entre otros.

Por su parte, el Capítulo 3 se ocupa de analizar la figura jurídica en la legislación comparada.

Así, he encontrado útil la subdivisión del mismo en subtítulos por país, facilitándole al lector el abordaje legislativo que cada Estado ha hecho con la figura a desarrollar.

Por último, el capítulo 4 trata, como lo indica su título, de la jurisprudencia internacional. Aquí se citarán los tres casos de mayor relevancia mundial respecto a la gestación por sustitución, se analizarán y desmenuzará sus conclusiones.

Asimismo se ocupará de presentar dos casos arribados a Tribunales Internacionales, el uno a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el otro al Tribunal Europeo.

Dentro de los objetivos específicos del presente, puedo individualizar los siguientes:

- Analizar la jurisprudencia de los tribunales nacionales donde ha sido solicitado el reconocimiento de la filiación en casos de maternidad subrogada.
- Realizar un análisis comparativo con jurisprudencia de tribunales extranjeros.
- Efectuar una exhaustiva búsqueda de jurisprudencia nacional al respecto y desmenuzar la aplicación del derecho internacional privado de familia en los fallos.
- Exponer el reconocimiento de la figura en el Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino y compartir los argumentos a favor y en contra esgrimidos.
- Adquirir herramientas de investigación esenciales: selección de bibliografía, búsquedas en bases de datos on line, citación correcta de bibliografía, planteo de hipótesis, etc.

Finalmente, respecto a la estrategia metodológica he considerado adecuada para el desarrollo del presente a la cualitativa, que se basa, ante todo, en el proceso mismo de recolección y análisis de la literatura, donde el investigador hace su propia descripción y

valoración de los datos y de acuerdo a Hernández Sampieri utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación. El mismo autor enuncia las bondades del método cualitativo: profundidad de ideas; amplitud; riqueza interpretativa y la contextualización del fenómeno.

La estrategia metodológica cualitativa es expansiva, es decir, que a partir de un planteamiento inicial permite que de acuerdo a la evolución del estudio paulatinamente se vayan enfocando en conceptos relevantes. En este sentido, aplicada dicha estrategia al presente caso, partiendo de la falta de regulación de la figura gestación por sustitución en Argentina, y estudiándose las diferentes resoluciones aplicadas por los jueces ante los casos que se presentan en los distintos Tribunales, podrá la ponente compartir las diversas conclusiones parciales hasta llegar a la conclusión final.

Capítulo 1. Gestación por sustitución.

1. Definición de gestación por sustitución.

En el presente capítulo, como se adelantó, se desarrollarán las diversas definiciones de la figura objeto del presente trabajo, las distintas modalidades de la práctica en cuestión, el abordaje de la misma en la legislación nacional, su recepción en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación – esgrimiendo los argumentos a favor y en contra utilizados- y su consecuente eliminación del mismo; y por último se expondrá el rol de una figura afín, la novedosa “voluntad procreacional”; la que ha servido como legitimante para determinados juristas a la hora de admitir el ejercicio de la práctica en cuestión.

Si tomamos en cuenta estudios epidemiológicos efectuados en países occidentales, la esterilidad afecta al quince por ciento de la población en edad reproductiva, es decir, afecta a una de cada seis parejas ¹. Ello se debe, como afirma Soto Lamadrid (1990), entre otros motivos, a la decisión de acceder a la paternidad a una edad más avanzada, lo que influye directamente en la capacidad reproductiva, tanto de hombres como mujeres, puesto que el retraso en la maternidad hace que aumenten las dificultades para concebir.

Dichas personas, ante su imposibilidad natural de gestar, y tras seguir todo tipo de costosos y, en ocasiones, ineficaces tratamientos para tratar de tener un hijo, consideran como una de las últimas opciones para alcanzar su objetivo, el acceso a la gestación por sustitución, también conocida como vientres de alquiler, maternidad por subrogación, paternidad subrogada, madres o úteros de alquiler, etc.; la cual consiste en el encargo realizado por una persona o una pareja a una mujer que, gratuitamente o a cambio de contraprestación económica, se compromete a gestar en su vientre al futuro hijo de aquéllos, que le será entregado una vez producido el alumbramiento, renunciando la gestante a todo derecho que pudiera ostentar sobre el menor.

¹ <http://www.europa-press.es/salud/salud-bienestar/noticia-infertilidad-afecta-15-parejas-edad-reproductiva-representa-en-fermedad-20120516135107.html>, etc. Última consulta: 01/12/2016.

Es innegable que el Derecho de familia y, más concretamente la filiación, progresa de la mano de los continuos avances médicos que ofrecen nuevas opciones en materia de reproducción asistida e investigación (García Ruiz, 2004, p.51), pero también existen innumerables problemáticas de orden ético, jurídico, psicológico, social, sociológico, económico, religioso, científico, etc., (Méndez Baiges y Silveira Gorski, 2007), que precisan de una regulación que ofrezca soluciones y proteja los intereses de los posibles afectados, y especialmente a los niños, ya que, nos guste o no, en el caso de gestación por sustitución, nos encontramos ante una realidad social que se encuentra en auge en los últimos años.

Por todos estos motivos la relevancia de este tema de investigación, puesto que, además de ser de máxima actualidad y de público y notorio conocimiento social, ya que personas como Sir Elton John, Sarah-Jessica Parker, Nicole Kidman, Sharon Stone, Michael Jackson, Dennis Quaid, Ricki Martin o Miguel Bose, y, recientemente en el ámbito local, personalidades del ámbito del espectáculo como Marley, Luciana Salazar y Flavio Mendoza han accedido a la paternidad por medio de esta práctica; y en razón de su injerencia en la sociedad se ha instalado el debate en el seno de nuestra sociedad, conviviendo con el confuso panorama legislativo argentino actual.

Asimismo, hace relativamente poco tiempo, cuando una mujer se encontraba ante la imposibilidad de gestar hijos propios o un hombre, que por naturaleza no puede engendrar hijos; la única posibilidad que tenían para ser padres o madres legales de una criatura era la adopción, pero en los últimos años, la ciencia y la medicina reproductiva han cambiado de una manera radical esta situación, ofreciendo alternativas a todas aquellas personas que desean tener un hijo, poder acceder al mismo, mediante la utilización de éstas nuevas técnicas.

Las técnicas de reproducción humana asistidas- en adelante TRHA- han posibilitado que parejas o individuos que quieren ser padres o madres legales de una criatura, ya sean hijos biológicos o no, tengan la posibilidad de conseguir este objetivo mediante el proceso conocido como gestación por sustitución. Esta práctica consiste en que una mujer distinta a la que va a ser la madre legal del nacido gestó a éste y se encargó de traerlo al mundo.

Sin adelantarme a cómo fue receptada la figura en el Proyecto de Reforma ni su exclusión del mismo, a fin de avanzar en la definición de esta práctica, y siendo consciente

que el derecho no puede ser una disciplina disociada de la realidad; aclaro que la misma recibe distintas denominaciones; entre ellas, a saber: alquiler de úteros, maternidad por encargo, maternidad de alquiler, maternidad sustituta, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación subrogada, gestación por cuenta ajena, maternidad subrogada.

La maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler” según Scotti es el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes. (Scotti, 2014)

Según la Dra. Gloria Naranjo:

“la maternidad delegada, sustituta o por encargo consiste en el hecho de que una mujer dé a luz y no asuma los efectos jurídicos propios de la maternidad porque ésta los ha delegado a otra mujer. La situación puede darse:

- Por implante en el útero de un óvulo fecundado de otra mujer.
- Por el implante de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de su propio óvulo fecundado mediante inseminación artificial o fecundación in vitro.
- Por fecundación directa y natural” (Naranjo, 1994, p. 22)

La citada autora define al contrato de maternidad delegada como “un contrato de derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria, o por un sentimiento altruista, a dejar que se le implante un óvulo fecundado de otra mujer o, un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante inseminación con el esperma de un hombre diverso de su marido o compañero permanente (si los tiene) con la obligación de entregar la criatura después de su nacimiento a la(s) otra(s) parte(s) contratante(s).” (Naranjo, 1994, p.22).

Según la autora citada es un contrato cuyos caracteres son: bilateral o unilateral, dependiendo de que haya remuneración o no, ya que en el unilateral se engendran

obligaciones para sólo una de las partes. Consensual o solemne, según la legislación del país, dado que algunos requieren la forma escrita a los efectos probatorios. Oneroso o gratuito, será oneroso aleatorio, en cuanto las dos partes se benefician, pero las prestaciones no son equivalentes dándose un riesgo de tener pérdidas o ganancias, sino hay remuneración es gratuito. Es principal dado que no necesita de otro acto jurídico, innominado, en los países en que el código civil no define este tipo de contratos; de tracto sucesivo ya que las prestaciones se cumplen en el tiempo (nueve meses de embarazo) y es de libre discusión, dado que ambas partes están en paridad para definir cláusulas del contrato. Asimismo señala como requisitos: la capacidad, el consentimiento, el objeto (que sería el bebé, o según otros el óvulo), causa y forma.

Con respecto a la validez, licitud y eficacia, cree que el fenómeno de las madres delegadas requiere de la intervención legislativa, de la que dependerá que el contrato se considere lícito o ilícito.

Zanonni agrega otro componente al concepto de maternidad subrogada consistente en lo que ocurre cuando el embrión es implantado en el útero de una mujer ajena a la pareja y distinta a la gestante, en beneficio de los futuros padres, la diferencia radica en que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé o el semen de su esposo, sino ambos dando origen a un embrión que se implanta en la mujer subrogada. (Zanonni, 2014)

Considera el citado autor que es necesario que el concepto sea lo suficientemente abarcativo y descriptivo de lo que se considerará maternidad subrogada, sus integrantes y el medio de instrumentación de las obligaciones, dado que está de por medio la vida de un ser humano y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos.

En España, el concepto legal de gestación por sustitución se halla en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que la define como “el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.²

Se habla de un contrato, en el que podrá mediar precio o realizarse gratuitamente, con dos partes intervinientes: por un lado, los futuros padres que efectúan el encargo -en adelante, padres comitentes-, que podrán ser una persona o una pareja, matrimonio o no, de carácter heterosexual u homosexual, y que pueden aportar sus propios gametos o no; y, por

² Ley 14/2006, artículo 10.1, España

otro, la mujer -en adelante, madre subrogada, gestante, portadora, etc.- que se compromete a gestar en su vientre a un niño, al que entregará a los padres comitentes una vez producido el parto, con la consiguiente renuncia a todos los derechos que le pudieran corresponder sobre él, fundamentalmente, la filiación que le pertenecería como madre.

Sería conveniente, en todos los casos, que el acuerdo se formalizara por escrito, con todos los requisitos y condiciones a que se somete la relación contractual, y si se suscribiese en documento público, el fedatario podría comprobar la capacidad de obrar de las partes y la prestación voluntaria del consentimiento, sin mediar coacción ni violencia, extremo fundamental a la hora de proteger a la madre gestante frente a posibles abusos. Los respectivos derechos y obligaciones de los firmantes dependerán de la legislación del país en el que se otorgue el convenio, ante cuya jurisdicción deberá acudir en el caso de que su clausulado se incumpla por cualquiera de ellos.

3. Modalidades:

En cuanto a las modalidades que puede revestir, existen varios tipos de clasificaciones:

a).La variante “gestacional” o la “tradicional”:

En la primera de ellas, la madre subrogada tan sólo llevará adelante el embarazo en su vientre y no tendrá ninguna relación genética con el bebé nacido, pudiendo ser utilizados para la fecundación gametos de los futuros padres, o bien de donantes anónimos, que serán introducidos en la madre portadora a través de la técnica de la fecundación in vitro (FIV). En cambio, en la segunda opción, la mujer gestante aportará tanto su útero, como sus propios óvulos que serán fecundados, habitualmente, mediante inseminación artificial (IA). Este último supuesto no se trata estrictamente de un vientre de alquiler, ya que la subrogada se convertirá también en la madre biológica del niño, lo cual no es muy recomendable al ser mayor la problemática que se podría suscitar al existir un vínculo biológico, y está expresamente prohibido en muchos ordenamientos en los que sí se permite la gestacional.

b).Por otro lado, la gestación por sustitución podrá realizarse de “modo altruista”, es decir, sin contraprestación alguna a cambio de la misma (aunque permitiendo ciertos ordenamientos jurídicos que se satisfagan los gastos estrictamente necesarios de-

rivados de la gestación), o bien, bajo la modalidad conocida como “subrogación comercial”, en la que la madre subrogada llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio.³

A partir de la irrupción de nuevas técnicas de reproducción asistida, el nacimiento del primer bebé probeta en julio de 1978, y, por tanto, de nuevos medios para formar una familia, han quedado obsoletos los supuestos de filiación previstos en el ordenamiento jurídico (filiación por naturaleza -matrimonial o no matrimonial- y filiación por adopción), mostrándose claramente el Derecho algo rezagado con respecto a la realidad social existente debido a los numerosos debates y dilemas éticos que surgen en torno a estos supuestos, especialmente, en relación con la técnica de la gestación por subrogación, que quiebra claramente los tradicionales principios jurídicos del Derecho romano *mater semper certa est y pater est quem nuptiae demonstrant* ya que permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento. (Morán de Vicenzi,, 2005)

El tema de la subrogación es muy complejo debido a que implica y comprende una gran variedad de elementos e involucra a varias personas en el proceso, ello es lo que lleva a un sector de nuestra prestigiosa doctrina a inclinarse por la recepción de la figura para su consecuente regulación.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta a las personas involucradas, en primer lugar, se encuentra la pareja o la persona que desea tener un hijo pero que por algún motivo no puede gestar al bebé y desea que alguien más lleve a término el embarazo. En este caso se habla de padres intencionales, de hecho, el vínculo filiatorio, se fundaría –y así lo han determinado nuestros Tribunales- en base a la voluntad procreacional. En segundo lugar, se ubica a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a cambio de una compensación económica. A esta mujer se le llama gestante o madre sustituta. Y por último, porque también se es persona desde el momento de la concepción, no debemos olvidar, claro está, al óvulo. Éste último, es persona, y debe ser tratado como lo que es, y no como el “objeto” de este “contrato”/ “práctica”/ “figura”.

³ UNED. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

3.Tratamiento de la figura en la legislación argentina.

La figura que hoy nos ocupa se practica en nuestro país, compartiendo los dichos de Eleonora Lamm, "La gestación por sustitución es muy frecuente en Argentina, se realiza y mucho, aunque con distintas estrategias que rondan la ilegalidad, que a veces violan principios o normas jurídicas a los fines de determinar la filiación a favor de los que han querido ser padres."⁴

Siguiendo las palabras de la autora citada en el párrafo precedente, que buscan demostrar la necesidad de regular una práctica común en el país, uno de los puntos que contempló el proyecto de reforma del Código Civil.

Como bien fue debatido a lo largo del territorio nacional previo a la sanción del Código Civil y Comercial, siempre es necesario recordar y aseverar que el derecho no puede mirar para otro lado, sino que es necesario reconocer y regular estas prácticas, para poder controlarlas, como bien enfatizó la autora ya citada.

En Argentina se previó contemplar la gestación por sustitución en aquella modalidad donde la mujer que actúa como gestante, sólo gesta, es decir que no aporta su material genético, es pura y exclusivamente portadora de un embrión que le es ajeno a sus genes. Y se denomina por sustitución, porque gesta por otro y para otro que no puede hacerlo, ya que otro de los requisitos fue que quienes acuden a la gestación por sustitución no pueden concebir o no pueden llevar a término un embarazo. Esto comprende a las mujeres que tienen algún problema de esterilidad o infertilidad y a las que pueden concebir, pero no pueden llevar a término el embarazo; y también a las parejas homosexuales, porque no pueden concebir.

Habitualmente no existe vínculo biológico entre el bebé y la gestante; se habla entonces de subrogación gestacional, en contraposición a la subrogación tradicional. El segundo caso –que excede el análisis del presente trabajo, pero que merece su tratamiento a modo de comparación- es más controvertido porque la gestante también aporta el óvulo y por tanto su material genético.

⁴ <http://www.mdzol.com/nota/402282-que-es-la-gestacion-por-sustitucion-buscan-regular-una-practica-que-crece-al-borde-de-la-ilegalidad/>. Visitado en fecha: 10/11/2016

La subrogación gestacional requiere de la realización de una fecundación in vitro que puede ser a partir de los gametos de los padres intencionales o bien de donantes. Tras la fecundación, el embrión es transferido a la gestante subrogada. Por otro lado, en el caso de la subrogación tradicional, lo habitual es realizar una inseminación artificial con espermatozoides de uno de los padres intencionales o con el de un donante, insisto en que este segundo tipo o modalidad de maternidad subrogada excede el análisis y desarrollo del presente trabajo; ya que no ha sido el que en un momento el Proyecto de Reforma contempló.

Acertada es la postura de Faroni al afirmar que el surgimiento de la gestación subrogada y su falta de recepción jurídica, ha provocado una ola de problemáticas legales que, sin duda, deben ser atendidas. Ejemplos de estos conflictos son los siguientes: la presunción y determinación de la maternidad y de la paternidad; disposiciones en el supuesto de que los padres contratantes mueran durante la gestación; el derecho de los padres a rechazar al bebé por malformaciones y pedir a la madre sustituta el aborto del mismo, entre otras (como se cita en Lamm, 2011).

La doctora en Derecho y Bioética Eleonora Lamm⁵, explica algunos de los cambios que contempló el proyecto del nuevo Código Civil, como la regulación de esta práctica, donde se hizo un estudio muy serio analizándose la situación real de Argentina, la jurisprudencia del país y los casos internacionales.

En ese orden de ideas, se sostiene que esta práctica se realiza con frecuencia, aunque con distintas estrategias que rondan la ilegalidad, que a veces violan principios o normas jurídicas a los fines de determinar la filiación a favor de los que han querido ser los padres y no de la gestante.

Lo expuesto, porque en el actual Código Civil y Comercial, madre es la que da a luz, entonces se recurre a distintas figuras como por ejemplo la adopción, mediante una burla a los procedimientos previstos para ella, o se falsifican las partidas de nacimiento, para que lleguen a ser padres los comitentes, es decir la pareja que decide tener el bebé.

⁵ <http://www.mdzol.com/nota/402282-que-es-la-gestacion-por-sustitucion-buscan-regular-una-practica-que-crece-al-borde-de-la-ilegalidad/>. Visitado en fecha: 10/11/2016

A mi entender, si bien se critica la incorporación de la gestación por sustitución aduciendo que implica una explotación o una cosificación de la mujer, lo que debería proponerse en todo caso es un proyecto normativo claro para regularla y para controlarla.

El derecho no puede mirar para otro lado, porque aunque no regule o aunque decida prohibirlo; se sigue haciendo. Hay que afrontarlo y regularlo, para controlarlo.

4. Recepción de la figura en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Argumentos a favor y en contra de su aprobación.

Como bien he señalado, la figura maternidad subrogada fue contemplada en El Anteproyecto de Reforma del Código Civil, bajo la expresión *gestación por sustitución* por dos razones fundamentales: en primer lugar, la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada y en segundo lugar porque, como se verá, la normativa sólo acepta la figura de la mujer puramente gestante (Kemelmajer, Herrera, Lamm, 2012).

Como se adelantó al iniciar el trabajo, la práctica de subrogación gestacional no ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico si bien lo fue en el Proyecto de Reforma de Código Civil. Es decir, el actual Código unificado Civil y Comercial no prevé la maternidad por subrogación pero tampoco la prohíbe expresamente.

Los ordenamientos legales, en cuanto establecen pautas de conducta generales, se pronuncian a favor o en contra de determinada situación, favoreciendo o no algunas prácticas, prefiriendo o no ciertas conductas, estableciendo referentes y ejemplos. Lo que no deben hacer es ignorar la realidad, porque ésta siempre se impone y exige una toma de posición. Al haber eliminado el supuesto de gestación por sustitución del código, no se eliminó la posibilidad de que ello igualmente suceda, y ello determina que, frente a hechos consumados, los jueces deben decidir cómo proceder.

La redacción del Anteproyecto de Reforma al Código Civil que fuera presentado al Poder Ejecutivo el 27 de marzo de 2012, regulaba en su articulado la denominada "gestación por sustitución", incorporando de este modo, un novedoso mecanismo derivado de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, para determinar vínculos filiales en el derecho argentino.

Su exclusión del articulado finalmente aprobado por el Congreso de la Nación, se debió a la falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas, atendiendo a los múltiples y complejos debates éticos y morales que derivan de su aplicación.

En razón de ello, el legislador optó por suprimir el art. 562 proyectado, que regulaba esta práctica, modificando asimismo, la redacción del art. 19 que establece el comienzo de la existencia humana.

Sin perjuicio de ello, observo que la falta de regulación expresa en el nuevo Código Civil de este instituto, no implica necesariamente su falta de reconocimiento legal ni —mucho menos— su prohibición, lo que deja espacio a una peligrosa laguna legal cuyas consecuencias definitivas aún no pueden establecerse con claridad.

Surge en forma expresa de los fundamentos del Anteproyecto de 2012 que el Derecho Comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: a) abstención, 2) prohibición y 3) regulación; siendo ésta última la postura que a mi humilde entender resulta más beneficiosa para la sociedad, reconociendo en forma expresa que ni la postura abstencionista ni una regulación prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos que deberán ser resueltos a pesar del vacío legislativo o en caso de existir una expresa prohibición.

Con base en los fundamentos reseñados en el párrafo anterior, el art. 562 del Anteproyecto de reforma del año 2012 establecía que:

“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 veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un 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.”

Sin perjuicio de asumir que la regulación de este instituto hoy en día resulta imprescindible, no resulta óbice dicha impresión para efectuar algunas críticas al texto originariamente propuesto en el Anteproyecto de 2012, a saber:

a.La buena salud física o psíquica de la gestante:

Si bien es loable la norma al receptar una especie de media o normalidad en la salud de la gestante como requisito sine qua non para la proyección de un embarazo a término y la proyección de la buena salud del menor, no resulta clara la norma en cuanto al modo o mecanismo para determinar este "buen" estado de salud lo que complica la labor de los magistrados a la hora de decidir si la misma goza- o no- de dicho “buen estado”.

Resulta asimismo necesario determinar de qué organismos se valdrá el juez para corroborar este requisito. La brecha se abre respecto de la suficiencia del parte médico acompañado por las partes interesadas, o si, en su caso, será necesaria la designación de un perito auxiliar del juez, o la concurrencia de algún cuerpo interdisciplinario que reúna a médicos clínicos, parteros, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, etc.

b.La gestante no ha recibido retribución:

Respecto a este requisito no debe existir ningún tipo de duda sobre si la mujer puede o no recibir retribución en su carácter de gestante. La duda o inquietud planteada en la redacción del articulado radica en que la norma no establece ningún tipo de sanción específica para el caso en que la mujer gestante reciba algún tipo de prestación económica derivada de la gestación para un tercero, delegando en el Juez el deber de comprobar que esta retribución no ha existido, siendo prácticamente imposible para el magistrado cumplir con tal recaudo.

c. Que la gestante haya dado a luz, al menos, un hijo propio: la pregunta es, la mujer que ya ha concebido a un hijo propio la hace una “mejor portadora de un feto ajeno?”

En el proyecto mencionado se previó un proceso judicial en el que las partes deben manifestar que quieren acudir a la gestación por sustitución y el juez debe verificar que se cumple con una serie de requisitos para autorizar la práctica. Dicha autorización sería suficiente para que el doctor proceda a la implantación del embrión en la gestante.

Deben cumplirse requisitos, entre los que se puede señalar:

1. la pareja que desean ser padres no tienen que poder concebir o llevar a término un embarazo,
2. al menos uno de los dos debe aportar material genético -óvulos o espermatozoides-,
3. la gestante no puede realizar esta práctica más de dos veces,
4. debe tener al menos un hijo propio y nunca aporta material genético.
5. se protege al embrión desde el momento del implante, considerándose que a partir de ese momento surge la persona humana.
6. Para que el juez homologue el acuerdo gestacional se prevé un proceso judicial con reglas propias que finaliza con la autorización judicial, para ello se imponen ciertos requisitos, a saber:
 - 6.a) Que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño que va a gestarse,
 - 6.b) Que la gestante tenga plena capacidad y buena salud física y psíquica.

Todos estos requisitos contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa. Los médicos no pueden proceder a la realización del implante sin autorización judicial previa, que en caso de no existir, la filiación derivada de la aplicación de las TRHA se determinará por las reglas de la filiación por naturaleza.⁶

Estos requisitos fueron sostenidos en forma meramente enunciativa, ya que asimismo se previó que una ley especial regulará todo este procedimiento, como así también los pasos procesales a cumplirse ya que como bien sabemos, el Código de fondo no puede, o al menos no debe, regular el proceso.

⁶ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Ediciones del País

Argumentos a favor:

Numerosos son los argumentos a favor que podemos mencionar, para que ésta práctica sea aceptada socialmente y regulada jurídicamente.

Entre ellos, el acceso a la familia por parte de personas solteras, siendo éstos los que constituyen el nuevo estereotipo de familia monoparental, el acceso a la paternidad a aquellas parejas homosexuales, el acceso a la maternidad/ paternidad a aquellas personas que, por alguna enfermedad u otra problemática no pueden tener hijos, o no pueden llevar a término un embarazo, etc.

Es una forma de ayudar a personas que no pueden gestar a un hijo a que puedan tenerlo. Así, utilizando la analogía, se establece que si se puede donar un órgano, ¿por qué no prestarles el vientre a aquellas personas que deseen acceder a la paternidad?

También esgrimen como argumento a favor que lleva muchos años utilizándose en numerosos países, tales como Estados Unidos o Reino Unido, sin ningún tipo de problema

De alguna manera argumentan que es un procedimiento que permite acceder más rápido a la paternidad que optar por la adopción; ya que esta en numerosos casos se convierte en un trámite de años, burocrático, lento y que lleva a la desesperación a quienes desean tener un hijo. Además, los futuros papás pueden estar desde el primer momento implicados en el embarazo, ya que se permite que la mujer que les presta su vientre, mantenga un vínculo real con esos.

Dentro del grupo que aboga por un modelo de regulación de ésta práctica, están los que aceptan únicamente como gestantes a aquellas personas que tengan un nivel socio-económico estable, lo cual será suficiente para evitar que nadie geste a los hijos de otras personas por encontrarse en una situación de necesidad económica.

En segundo lugar, todas aquellas mujeres que decidan gestar para otras tendrán que haber engendrado al menos un hijo propio y esto por dos razones: una, para que ellas mismas sepan lo que supone un embarazo y un parto, y otra para que el equipo médico interviniente pueda tener información sobre cómo el cuerpo de esta mujer ya ha respondido a estos procesos. De esta manera no podrán ser candidatas aquellas mujeres que han tenido embarazos y/o partos complicados.

Argumentos en contra:

Dentro de los argumentos dignos de compartir, el de Dora Barrancos (2016), socióloga, historiadora y especialista en estudios de género, miembro del CONICET y docente de la UBA; no puede ser dejado de lado.

La autora citada argumenta que no es real que la madre gestante sea solo portadora del bebé, porque que hay una interacción. "El proceso de gestación no es neutro y la compleja conformación del embrión y su desarrollo no es sólo ADN en 'estado original'. La placenta contribuye de modo decisivo y es provista por la gestante. La Comisión Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología se ha expedido de manera contundente sobre la cuestión"⁷, alega.

Es decir que uno de los fundamentos de la postura en contra de la utilización de los vientres como objeto de un contrato de gestación es el arrebato que se le hace al recién nacido, cuando es separado de la persona que lo engendró nueve meses, produciéndose consecuencias perturbadoras, atento a que durante ése lapso se ha generado un vínculo biológico.

Otro de los fundamentos es que quienes abogan por introducir en el mercado los vientres de alquiler, promueven una especie de compra o alquiler de una parte del cuerpo de la mujer, cuando éste no se puede comprar o alquilar parcial o totalmente. El término gestación subrogada y su supuesta definición como técnica reproductiva no es más que un eufemismo para idealizar un negocio que va en contra de los Derechos Humanos.

Capítulo aparte merecería la postura de la Iglesia Católica, quien se opone rotundamente; pero como no es el objeto del presente trabajo hacer sólo hincapié en las posturas prohibicionistas; he decidido mantener la tesitura de la Iglesia dentro de los argumentos en contra de la recepción de la subrogación de vientres.

Desde el punto de vista de la religión, la Iglesia católica, totalmente contraria a la maternidad subrogada, ve en la maternidad por encargo una forma de enmascarar la explotación no solo de la mujer, sino del menor que va a nacer.

⁷ https://tn.com.ar/sociedad/gestacion-por-sustitucion-argumentos-que-se-oponen_741755

El argumento madre esgrimido por la Iglesia en contra de ésta figura, consiste en mencionar que contraviene el orden natural de la concepción humana. Es decir, los niños y las mujeres son seres humanos y bajo ningún concepto se les puede poner un precio. Por ello afirman que la subrogación es una forma de mercantilización y en su lugar, recomiendan recurrir a la adopción tradicional.

Básicamente, el argumento mediante el cual la Iglesia se opone a la maternidad subrogada es que, por un lado, identifica a la misma con la comercialización del cuerpo de la mujer, a la vez que incita el tráfico de menores. Considera que se aleja de cualquier consideración ética aceptable y plantea de alguna manera que se está creando una especie de neo derecho, de una minoría de la población. Para la Santa Sede, la intención de tener a un hijo no confiere el derecho al mismo. Es decir, la voluntad procreacional de una persona no es, ni debe ser, al menos para este culto; una causa suficiente para acceder a un hijo a cualquier costo y mediante la utilización de cualquier método. Entiende a su vez, que las personas que insisten en llegar al hijo mediante la subrogación de vientre, ejercen una especie de capricho más que un derecho.

En numerosas oportunidades la Iglesia ha manifestado su preocupación por hombres como por mujeres que no pueden procrear, ya sea por deberse a razones de esterilidad o infertilidad. Sin embargo, sostiene a raja tabla que el fin no justifica los medios. Es decir, de ninguna manera sería aceptable ejercer manipulación genética, con la intención de tener un hijo, para colocar el embrión fecundado en el cuerpo de la madre portadora, se reciba o no contraprestación por ésta especie de “servicio” (el engendrar el bebé), para luego ser entregado a él o los padres.

Continuando este orden de ideas podemos aseverar que las diferentes variantes que ofrece la maternidad subrogada no encajan con la idea que la Iglesia tiene de la reproducción y de la concepción de la familia; ya que únicamente concibe la reproducción entre dos personas de sexo opuesto, es decir, un padre y una madre por cada recién nacido.

El procedimiento de la subrogación divide la paternidad en las siguientes ramas:

- La madre que proporciona la genética, es decir, el óvulo.

- La mujer a la que se le transfiere el embrión y que desarrollará el embarazo.
- Las madres y/o padres (en caso de parejas homosexuales o de padres monoparentales) que van a criar al bebé tras el nacimiento.

Además, no cede en su postura por cuanto considera que la madre gestante actúa como un simple instrumento de producción de vida, siendo el útero de ésta una especie de “horno” que cuece un pan, para ser entregado a quienes lo encargaron. Y éste es el eje sobre el que gira la postura prohibicionista de la Iglesia, ya que el vínculo creado durante el embarazo entre el bebé y la madre portadora, queda roto en el momento en que se produce la separación de ambos, restando importancia a la relación materno-fetal; al mismo tiempo que supone la cosificación del hijo.

Código Civil y Comercial de Argentina:

La no inclusión de la gestación por sustitución en nuestro Código Civil y Comercial unificado, dejó a los tribunales sin la posibilidad de evaluar diferentes aspectos -como la calidad de los comitentes, la no explotación de las madres gestantes y otros elementos que hoy escapan a su contralor y que estaban previstos en el proyecto de Código Civil y Comercial- pero no los exime de expedirse⁸ cuando se presenten a su decisión casos como el presente. En esos casos, se encontrarán frente hechos consumados a resolver con las normas de que disponen. Éstas no se limitan a las contenidas en el Código, sino que incluyen también normas analógicas, disposiciones constitucionales y las que surgen de tratados internacionales⁹.

Nuestro orden jurídico interno no contiene una prohibición expresa de la maternidad por subrogación. Es dudoso que se la pueda considerar incluida dentro de los supuestos del artículo 1004 del Código Civil y Comercial, que dispone una prohibición genérica para constituir como objeto de los contratos a determinados hechos. De todos modos, aunque se considerare a la gestación por sustitución como incluida en las prohibiciones del artículo

⁸ CCyC artículo 3: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Código Civil y Comercial”

⁹ CCyC artículo 2: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

1004¹⁰, habrá que determinar si ello acarrea necesariamente la nulidad del acto, tal como expresamente sucedía según la redacción del artículo 953 del viejo Código Civil velezano. De cualquier manera, si bien el debate de este tema resulta tentador, excede el propósito del presente trabajo.

Cuando padres comitentes soliciten a los jueces la inscripción como hijo de un niño gestado por sustitución, éstos últimos deberán considerar:

- En primer lugar, si la prohibición establecida por el artículo 1004 trae aparejada la nulidad del acto. Si el juez encontrare que el contrato en su totalidad es contrario a la moral y a las buenas costumbres, debería explicar por qué en el caso concreto, prefiere dar preeminencia a aquellas que dejan al niño sin registración legal o, tal vez peor, registrado como hijo de una madre que no tiene voluntad de serlo.

5. Voluntad Procreacional. Su importancia y el rol determinante en el esclarecimiento del vacío legal.

El nuevo Código Civil Argentino, vigente desde el 01 de Agosto de 2015, introduce el concepto de voluntad procreacional, como fuente de filiación en las técnicas de reproducción humana asistida. Para determinar la filiación de un bebé nacido mediante TRHA, se tendrá en cuenta quienes tuvieron voluntad procreacional de darle vida, independientemente del aporte gamético.

Reside centralmente en una expresión de voluntad, libre y plena, mediante la cual, una persona o una pareja, independientemente de estar constituida por dos personas de distinto o del mismo sexo, se comprometen a asumir los roles parentales respecto de un niño, con independencia de quien haya aportado los gametos para su concepción (Rivera y Medina, 2016).

¹⁰ CCyC, Artículo 1004.- “Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.”

En este sentido la voluntad procreacional puede ser definida como aquella intención que convierte en progenitores, a los que presten voluntad procreacional, con independencia de que hayan o no aportado sus gametos y con independencia de la gestante del óvulo fecundado.

La voluntad procreacional es el elemento que va a determinar la filiación cuando ésta se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un donante.

De este modo, el dato genético deja de ser el que crea el vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de éstas técnicas, sino la voluntad, la real intención de quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas, con el objeto de convertirse en padres.

Esta especie de voluntad, la procreacional, debe cumplir con determinados requisitos y ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal expresada y protocolizada ante escribano público. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa y; una vez otorgada, es irrevocable. En este sentido, y en coherencia con la teoría de los actos propios, son inadmisibles las acciones de filiación (impugnación o reclamación) por parte de quien prestó consentimiento libre, pleno y formal a las técnicas de reproducción humana asistida. Además, la voluntad así manifestada e instrumentada, se inscribe en el correspondiente Registro Civil inmediatamente el niño nace.

A su vez, el nacido de estas prácticas no tiene acción contra quien aportó el material genético, porque ésta persona no tuvo voluntad procreacional, en todo caso su voluntad fue donar su material genético para que un tercero logre su cometido; pero de ninguna manera su intención fue la de tener un hijo.

Como bien señalé, se permite la fertilización tanto con gametos de la pareja o de la persona que pretende alcanzar la maternidad o paternidad a través del uso de las técnicas, como así también de material de donante anónimo.

En este último caso, es decir si el material genético fuese aportado por un donante anónimo, la persona nacida mediante un vientre subrogado tiene el derecho a conocer los orígenes de su genética.

A continuación propongo la lectura del artículo receptado en el Anteproyecto, que finalmente fue eliminado: “Artículo 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.¹¹”

En base a la misma, quienes han aportado su material genético- y en los casos en que participan donantes en el proceso, quienes no han aportado- sostienen el derecho a ser padres; por ser quienes real y efectivamente han manifestado la intención, deliberada, consciente y libre de tener a ese hijo como propio, gestado por cuenta de tercera persona.

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres. De modo que, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las TRHA, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas.¹²

Es por ello, que mientras que en la filiación por naturaleza el conflicto es entre lo biológico y lo volitivo, en la filiación derivada de las TRHA el conflicto es entre lo genético y lo volitivo lo biológico importa un plus respecto de lo genético; y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo.

Es por este motivo, que frente al conflicto o tensión de intereses, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRHA, de modo que cuando en una misma persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética (Rubaja, 2012).

¹¹ Anteproyecto de Código Civil y Comercial, art. 562

¹² Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Ediciones del País – Pág. 104

La mayor expresión de este razonamiento radica sin dudas en la denominada "gestación por sustitución" donde el valor del aspecto volitivo cobra un valor supremo en relación al dato genético a fin de determinar el vínculo filial derivado de esta práctica.

Expuesto ello, debemos admitir que la gestación por sustitución o maternidad subrogada posee escaso reconocimiento legal en el derecho comparado, optando la mayoría de las legislaciones por no regular este instituto o bien prohibirlo en forma expresa, siendo escasas las legislaciones que regulan esta posibilidad de establecer vínculos filiales en sentido positivo.

Pasando en limpio, este instituto novedoso, ha sido utilizado por los jueces argentinos como fundamento para hacer lugar en sus sentencias a la inscripción de los "por nacer" a nombre de quienes han utilizado la figura gestación por sustitución, por ser éstos quienes tienen la vocación/voluntad/intención de ser padres del nasciturum y no aquella a quien se le ha encargado la tarea de concebirlo hasta el momento del nacimiento.

La diferencia radica en que mientras en la filiación por naturaleza el vínculo se funda en el elemento biológico (que comprende el genético), en la filiación derivada de las TRHA el vínculo se funda en el elemento volitivo; lo que, a su vez, hace que sea diferente su determinación y el régimen de impugnación (Lamm, 2012.)

Es decir, el elemento volitivo se convierte casi en un presupuesto de la acción de impugnación de filiación contra la gestante, porque es en virtud de él que los "padres con voluntad de serlo" pueden solicitar la inscripción del nasciturum a su nombre, y no a nombre de quien lo gestó, quien sólo tuvo la voluntad de engendrarlo para entregarlo a quienes sí tuvieron y tienen la intención de ser los padres del mismo.

El presente capítulo, extenso e introductorio, ha sido necesario para presentar el objeto de este trabajo, es decir; identificar en qué consiste la maternidad subrogada, cuáles son las variantes que la figura presenta, continuar con el tratamiento de la misma en la legislación argentina, adentrarnos en el intento que tuvo el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación por incluirlo en el Código de fondo vigente, los argumentos a favor y en contra esgrimidos y por último presentar otra figura afín, la voluntad procreacional, que viene a salvaguardar los intereses de aquellos padres que recurren al alquiler de vientres para lograr la paternidad, siendo ésta la que actúa como una especie de presupuesto normativo del que se valen los jueces para poder hacer lugar a aquellas

demandas de aquellas personas que pretenden que se reconozcan como propios los hijos nacidos a través de éstas técnicas.

Capítulo 2. Jurisprudencia Nacional.

2.1 Análisis del fallo "C., F. A. Y OTRO c/ R. S., M.L. s/ impugnación de maternidad".

En mayo de 2015, la juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102 dictó sentencia en los autos "C., F. A. Y OTRO c/ R. S., M.L. s/IMPUGNACION DE MATERNIDAD" haciendo lugar a la acción que impugnó la maternidad establecida por el parto con fundamento en una prueba biológica y en el marco de un proceso de "gestación por sustitución" y emplazó a la requirente como madre, en razón de haber aportado los óvulos utilizados para la concepción de la hija.

Se trata de una sentencia que afirma tomar en cuenta el interés superior del niño y que actúa a partir de hechos consumados: con la intermediación de una clínica de fertilidad, un matrimonio requirente encargó la concepción de embriones con gametos de la pareja y su transferencia a una mujer que se comprometió a entregar a la niña a su nacimiento.

Este contrato, conocido generalmente como maternidad subrogada, fue ejecutado materialmente, pero la determinación legal de la filiación se realizó a través de esta sentencia judicial que, de alguna manera, perfeccionó el contrato. La requirente que aportó el óvulo y su marido impugnan la maternidad de la gestante y ésta se allana lisa y llanamente a la acción.

A diferencia de otros casos, en este supuesto no se trata de solicitar judicialmente la exigibilidad del contrato de gestación de sustitución o solicitar una autorización previa para hacer una gestación por sustitución, sino que aquí se trata de hechos consumados y acciones de impugnación y reclamación de maternidad bajo el amparo de las normas civiles vigentes.

El señor C., F. A. y su esposa C., M. C. luego de un tiempo de matrimonio buscan concebir un hijo. Ante la imposibilidad de C., M. C. de quedar embarazada, comenzaron a informarse acerca de las técnicas de gestación por sustitución implementadas en E.E.U.U. y en la India.

Alegando el alto costo de embarcarse en este proyecto, el proceso fue llevado a cabo en nuestro país siendo la madre gestante la niñera del sobrino de C., F. A., llamada R. S., M. L.- con quien tenía un fuerte vínculo afectivo. La Sra. R.S., M.L. ofreció prestar su persona y capacidad gestacional para satisfacer el deseo frustrado del matrimonio. Para ello

R. S., M. L. presta su vientre de forma gratuita, mientras que C., F. A. y C., M. C. prestan el material genético necesario.

Con el fin de ejecutar esta acción se utiliza la técnica de fertilización in vitro utilizando los gametos de C., F. A. y C., M. C., los cuales, una vez fecundados, son implantados en el vientre de R. S., M. L. "Fecunditas Medicina Reproductiva de Alta Complejidad" fue la clínica que intervino en la realización de la fecundación in vitro.

Transcurrido el tiempo de gestación, R. S., M. L. da a luz a una niña, quien es reconocida por C., F. A. como su hija. La niña es inscripta como hija de la Sra. R.S., que es quien la dio a luz. En cumplimiento de las normas vigentes, la menor no puede ser reconocida por C., M. C. por no ser quien había dado alumbramiento a la neonata.

A fin de perfeccionar la gestación por sustitución iniciada, se presentan C., F. A. y C., M. C. y solicitan la impugnación de la maternidad de R. S., M. L. y el reconocimiento por parte de C., M. C. Concordantemente a la petición de la pareja, R. S., M. L. se allana.

A partir del considerando tercero del fallo traído a analizar, la jueza de primera instancia comienza con la exposición de los argumentos que sustentan su decisión de hacer lugar a la acción de impugnación de maternidad de R. S., M. L. y emplazar a C., M. C. como madre de la niña nacida mediante subrogación de vientre.

El primer argumento esgrimido en la sentencia explica que frente a las nuevas técnicas no pareciera existir conflicto cuando el material genético de una pareja es implantado a la misma mujer que aporta sus gametos. Por el contrario, la juez afirma que cuando existe la subrogación se produce una ruptura del principio de unidad entre fecundación, gestación y alumbramiento.

Para resolver esta cuestión de fondo se enumeraron distintas posturas, dejando a salvo que la resolución del caso concreto excede a un debate abstracto sobre la subrogación, sino que se busca tutelar el interés superior de la niña en el caso concreto. La jueza en primer grado deja explícita su postura acerca del rechazo a la subrogación tan sólo en los casos donde se encuentre involucrada la implementación de contratos onerosos. Por ende, asume como admisibles estos acuerdos cuando estén fundados, citando doctrina, en el principio de solidaridad familiar o afectiva.

De hecho en el caso concreto, arguye que no existe una cosificación de la mujer por tratarse de un acuerdo libre y voluntario. En especial por encontrarse los hechos exentos de

toda contraprestación económica, siendo la característica del acuerdo la gratuidad, la autodeterminación y el derecho a la privacidad de la mujer subrogante.

Por último, pone de relieve el vínculo genético entre la menor y sus padres biológicos, diciendo que son determinantes para el derecho filial argentino, por lo que hacer lugar a la impugnación de la maternidad de la madre subrogante tutelando así la identidad biológica del menor y, por ende, su interés superior.

Además de la resolución de impugnar la maternidad de la madre subrogante y emplazar a quien aporta su óvulo, la sentencia culmina imponiendo a los progenitores la obligación de informar a la menor acerca de las circunstancias de su nacimiento.

Recapitulando, podemos decir que para la jueza, en el caso en que se aplique un procedimiento de fertilización in vitro, con el material genético de ambos progenitores y este fuere implantado en el útero de la misma mujer no existe conflicto alguno. Por el contrario, de no acaecer los hechos de esta manera, se quebrantaría el principio de unidad entre fecundación, gestación y alumbramiento.

Igualmente, toda vez que una persona sea concebida por subrogación de vientres de forma gratuita y fundada en lazos afectivos con los presuntos padres, debe entenderse que existió un deseo por parte de aquéllos de asumir la atención y crianza del niño desde su nacimiento, tutelando así el interés superior fundado en su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad; por lo tanto corresponde a ellos el reconocimiento filial y no a quien efectivamente dio a luz.

La sentencia entiende que existe un silencio legal en torno a la gestación por sustitución. Por un lado, como señalamos antes, el nuevo CCyCN consideró expresamente el tema y decidió excluirlo de sus regulaciones. El Código ratifica el criterio vigente al momento de la sentencia que considera que en caso de maternidad rige la regla del nacimiento. Asimismo, la ley 24540 (1995) reguló expresamente el régimen de identificación de los recién nacidos y tal política se configura como una exigencia de orden público en nuestro país. Tampoco la ley 26862 de acceso integral a las técnicas de reproducción asistida incorporó la figura de la gestación por sustitución. Por tanto, no puede alegarse la existencia de un silencio legal.

En doctrina, podemos citar la autorizada opinión de Jorge Perrino, quien siguiendo a Mazzinghi, sostiene "Frente al hecho consumado, la solución ha de ser la de reconocer la

maternidad de quien lo ha portado en su seno durante todo el tiempo de la gestación, toda vez que su relación, además de fisiológica u orgánica, también comprende la de carácter espiritual" (Perrino, 2011, p 2515)

La sentencia soslaya el hecho de que los vínculos familiares no son disponibles por los particulares, al punto que en el Código Civil vigente y en el nuevo Código Civil y Comercial se prohíben la entrega directa de niños y se señala que las normas sobre filiación en materia de TRHA integran el orden público. El actual CCyCN incluso exige que una madre no dé en adopción a su hijo sino luego de que hayan pasado al menos 45 días del nacimiento. En el presente caso, ni siquiera se respetó ese plazo.

La sentencia consideró parcialmente lo relativo al derecho a la identidad de la niña nacida por gestación por sustitución. Establece una obligación de comunicar esta circunstancia a la niña y ello constituye una novedad en relación a casos anteriores. Pero no asume los problemas que puede plantear tal situación y la indisponibilidad de las normas sobre filiación.

La sentencia aparece motivada por resolver el caso concreto y afirma guiarse por el interés superior de la niña nacida por la técnica. Sin embargo, soslaya importantes aspectos de lo sucedido que ameritan una consideración más rigurosa del contrato que se pretendía legitimar y perfeccionar en sede judicial.

Vale recordar también , como lo sostiene un importante sector de la doctrina, entre quienes podemos señalar a Viar y Lafferrière (2015) en que la gestación por sustitución es un contrato de nulidad absoluta y tal nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez.

Las críticas que los doctrinarios efectuaron en el trabajo citado ut supra a la sentencia analizada, son:

- a) La sentencia no consideró suficientemente la vulnerabilidad de la mujer que ofreció gestar por otra. Se trata de la niñera de un sobrino de uno de los requirentes, que tiene hijos que viven en Perú y que planea regresar allí, y por tanto puede encontrarse en una cierta vulnerabilidad que condicione su libertad para participar del procedimiento. Si bien se afirma en el fallo que no hubo retribución y que la madre gestante se allanó a la acción, no se consideró si hubo algún tipo de contrato

o convenio, escrito o verbal, y cuáles eran sus cláusulas y si las mismas respetaban la persona y autonomía de la madre gestante.

b) La gratuidad del procedimiento sólo se refiere a la madre gestante, pues en el caso intervino una empresa de servicios de fertilidad que seguramente cobró por esta intermediación técnica en la procreación. Al respecto, no se indagó si lo que se cobró era equivalente a una fecundación in vitro sin servicios de gestación, o si los "servicios" de gestación también fueron incluidos en ese contrato, bajo qué precio, con qué obligaciones y modalidades de cumplimiento. También nos podemos preguntar: ¿cuál era el objeto del contrato? ¿Gestar o entregar el niño? ¿Había posibilidad de arrepentimiento de la gestante? ¿Hubo alguna previsión para el caso de muerte de la gestante, de los requirentes o de la niña? ¿Hubo algún compromiso de revisión periódica o ecografías u otros exámenes por parte de la madre gestante? ¿Hubo alguna limitación a la libertad ambulatoria de la madre gestante?

c) En cuanto al consentimiento de los intervinientes cabe preguntarse: ¿qué informó la clínica respecto a la regulación legal de la filiación que surgiría de la realización de este acto? ¿Se les informó de lo que dispone el Código Civil vigente al momento del acto sobre filiación y lo que dispondría el nuevo código? ¿No hubo una manifiesta temeridad al realizar este acto con la incertidumbre de los vínculos filiatorios de la niña que fue concebida? ¿Se comprometió un resultado en materia de filiación? Con todas estas dudas, ¿existió un consentimiento realmente informado de las partes? Pareciera que la clínica avanzó con el contrato y el procedimiento sobre una política de "hechos consumados". ¿No cabe denunciar el hecho a la autoridad de contralor para informar lo sucedido y que se adopten medidas sobre la clínica? ¿Quién controla a las clínicas? ¿No existe un deber de la jueza de denunciar cuando ocurren hechos eventualmente lesivos de los derechos de los niños, como en este caso con relación al derecho a la identidad?

Esas son apenas algunas de las preguntas que merecen una respuesta jurídica.

2.2 Análisis del fallo “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias”

El presente caso trata de dos hermanas, donde una de ellas, cuyas iniciales son MR, se encuentra afectada de una enfermedad congénita denominada Síndrome de Mayer-Rokitansky, que constituye un cuadro clínico en virtud del cual la misma padece amenorrea

primaria, es decir; ausencia de menstruación de por vida, motivo por el cual, su hermana – MC- decide gestar el óvulo fecundado de la primera con material genético de su novio.

La presente acción es iniciada con el alcance de una medida precautoria, donde ambas hermanas solicitan al Tribunal se autorice a inscribir en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a nombre de aquella que padece la enfermedad, la niña que su hermana está gestando.

Relatan las peticionantes que sus respectivas parejas se encuentran de acuerdo con la petición, que el embarazo comenzó en el mes de mayo de 2015, y que a fin de cumplir con lo dispuesto en los artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial, en ese año protocolizaron en una escribanía la instrumentación del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, que el Instituto de Obstetricia, Ginecología y Fertilidad había recabado oportunamente.

Además de explayarse en forma relativamente amplia con relación a las técnicas de procreación asistida, y de recordar opiniones doctrinarias a favor de la voluntad procreacional como derecho fundamental, así como de referirse al caso "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se afirma en la resolución, entre otros argumentos, que el hecho de que la ley 26.862 de procreación asistida disponga que el Ministerio de Salud debe "arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho igualitario de todos los beneficiarios", tiene como consecuencia, "que la gestación por sustitución haya quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino como parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional".¹³

La Sra. Juez finalmente hace lugar a la medida precautoria, declarando la inconstitucionalidad del artículo 562, que ordena inscribir a los hijos a nombre de la madre que los pare; motivo por el cual prospera la acción incoada por las hermanas; dando Usía una especie de preferencia a la voluntad procreacional por sobre el citado artículo declarado inconstitucional.

En este fallo, se agrega que dicha gestación sería, la única vía para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad y libertad personal, a la igualdad y a no ser discriminada con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia.

¹³ CIDH "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica"

Sostiene asimismo la Sra. Juez que la que denomina *gestación por sustitución* no ha sido prohibida en nuestro país (no pudiendo ello ser interpretado -dice- del hecho de haber sido eliminada del Anteproyecto de Código), por lo que, a su juicio, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido, se encuentra permitido (art. 19, CN), quedando la cuestión librada a la discrecionalidad judicial, y que la decisión a adoptar debe proteger, en especial, el interés superior del niño y el derecho a la identidad.

Finalmente y luego de distintas consideraciones, teniendo en cuenta la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad aún ante la inexistencia de petición de parte, resolvió la sentenciante que el artículo 562 del Código Civil y Comercial es inconstitucional, en cuanto dicha norma reconoce la maternidad de la mujer gestante, en lugar de la de aquella que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado.

En fin, a los efectos de tratar de despejar ciertas confusiones al respecto, y como señala Sambrizzi (2016) en su obra “La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial”, estimo conveniente compartir las críticas por él esgrimidas a saber:

a) Inexistencia de un derecho al hijo propio

En buena parte, lo resuelto por la Sra. Juez nace de un concepto que siento erróneo, que consiste en la existencia de un pretendido e inexistente derecho muy peculiar: el derecho a tener un hijo. Fundamentalmente en los países desarrollados se ha llegado a admitir la existencia de una especie de *derecho al hijo*, considerado éste, según señala Jaime Vidal Martínez, como un medio de satisfacer una necesidad.

En esto se suele mirar más hacia la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos -llámense padres, donantes, científicos-, que hacia el desprotegido ser que nada puede hacer para defender su vida, como si aquéllos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo -olvidando que la persona no puede ser *objeto* de un derecho-, que deben satisfacer no importando a costa de qué o de quién

A su vez, Bustamante Alsina (1997) pone de relieve lo que denomina ensañamiento procreativo, que resulta del afán posesivo de pretender tener un derecho al hijo y la

consecuente búsqueda neurótica del nacimiento a cualquier costo, lo cual persigue la satisfacción de un deseo personal, olvidando de tal manera que el procrear no es un derecho del ser humano sino un don de la naturaleza, así como que el hijo tiene el derecho natural a nacer con dignidad.

Si fuera cierto que las personas tuvieran un derecho para exigir un hijo, siguiendo esa misma pauta, cualquier persona también podría exigir que se le proporcione felicidad, o salud, porque tiene derecho a ser feliz, como también tiene derecho a tener una buena salud.

Cuando la naturaleza no permite procrear, la medicina y las ciencias sociales han creado un verdadero derecho a la asistencia o a la alternativa artificial para vencer la esterilidad; pero la cuestión consiste en saber hasta dónde debe llegar la libertad de engendrar recurriendo a los medios de procreación artificial.

Admitir la existencia de un derecho al hijo, señala con razón Mazzinghi (1995), sería reducir a éste a una condición semejante a la de las cosas. Por su parte, Arias de Ronchietto (1997) se pregunta si "el derecho al hijo incluye el derecho a la crioconservación y al eventual descarte -muerte- de los otros hijos".

Asimismo, como se ha expresado en la "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", de la Congregación para la Doctrina de la Fe, conocida comúnmente como Instrucción *Donum Vitae*, que fuera aprobada por el Papa San Juan Pablo II el 22 de febrero de 1987, "un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad: es más bien un don, *el más grande* y el más gratuito del matrimonio, y es el testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres. Por este título el hijo tiene derecho... a ser el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres y tiene también el derecho a ser respetado como persona desde el momento de su concepción".¹⁴ En el *Angelus* del 31 de julio de 1994, San Juan Pablo II expresó que "el legítimo deseo de un hijo no puede ser interpretado como una especie de derecho al hijo que se puede satisfacer a toda costa. ¡Eso significaría tratarlo como si fuera una cosa!...".

¹⁴ Esto es reiterado en el n° 2378 del Catecismo de la Iglesia Católica.

Por último; cabe poner de resalto en ninguna Declaración internacional relativa a los derechos humanos ha sido reconocido el derecho a tener un hijo, pero en cambio, sí se ha reconocido el derecho del niño a tener unos padres y una familia.¹⁵

b) Con relación a lo afirmado en el fallo sobre que la práctica de la maternidad subrogada no estaría prohibida, y la inconstitucionalidad declarada del artículo 562

En el fallo en análisis se afirma que la maternidad subrogada no ha sido prohibida en nuestro país, lo que haría aplicable el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido, se encuentra permitido (art. 19, CN), quedando la cuestión librada a la discrecionalidad judicial.

El argumento no convence. Además, cabe señalar que contrariamente a lo afirmado por la Sra. Juez, no todo lo que no está prohibido, está permitido; valga como ejemplo el del Código Penal, que no prohíbe matar, sino que establece una pena para el que mata, o para el que roba. Tampoco el Código Civil y Comercial prohíbe el casamiento entre una persona y un animal. Pero además, de la circunstancia de establecer el artículo 562 de dicho Código que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz..., claramente resulta la imposibilidad de inscribir el nacido a nombre de una madre distinta a la gestante.

Y es precisamente que por aplicación de la disposición mencionada ut supra no resulta posible inscribir como madre de la persona nacida a una mujer distinta a la gestante, que para que pudiera practicarse la inscripción a nombre de aquélla, la Sra. Juez resolvió declarar, en el caso concreto a decidir, la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial.

Lo cierto es que de ninguna norma, citada o no en el fallo en análisis, resulta que para hacer efectivo el derecho de una determinada persona a la reproducción, deban dejarse de lado (o declararse inconstitucionales) ciertas disposiciones legales universalmente aceptadas (como la que dispone que madre del nacido es la mujer que lo gesta), que además de ser de orden público, en nada se opone a las disposiciones contenidas en la Constitución, incluyendo los tratados contenidos en su artículo 75 inciso 22.

¹⁵ Conf., entre otras, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1966, y la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1990.

c) Con respecto a que el interés superior del niño y su derecho a la identidad fundamentarían la solución admitida:

Se afirmó en la resolución en análisis, que la decisión a adoptar debe proteger, en especial, el interés superior del niño y el derecho a la identidad, con lo que no puedo sino concordar.

No obstante, la cuestión reside, por de pronto, en ver si ese interés superior efectivamente coincide con lo resuelto, lo que entiendo que es así, porque en definitiva se está inscribiendo el niño a nombre de quienes no solo aportaron su material genético, sino- y por demás importante- a nombre de quienes manifestaron e instrumentaron su voluntad de traerlo al mundo. No obstante ello, es importante destacar al respecto el hecho de que, como señala Liliana Matozzo de Romualdi (1999), el organismo que se prepara para la ulterior lactancia no es el de la mujer que va a recibir al niño, sino el de la embarazada, privándose por tanto al nacido de ese beneficio. Dicha crítica también es efectuada por María Josefa Méndez Costa (1990), quien afirma que la dicotomía entre una madre biológica y una gestante desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses.¹⁶

Es decir, y a mi humilde entender, el interés superior del niño se estaría respetando al ser reconocido como hijo de quienes quisieron tenerlo, manifestaron dicha voluntad, la instrumentaron, se sometieron a TRHA, y movilizaron sus ganas en pos de esa bendición; pero no debo ser necia y desconocer que la especial e indiscutible relación que se produce entre la gestante y el hijo con motivo de la gestación, desaparece en el caso de la maternidad por sustitución, al separarse a ambos luego de pocos días de producido el nacimiento, dejándose de tal manera de lado las necesidades del recién nacido, que se hacen pasar a un segundo plano, mientras que se privilegia el deseo de quienes lo encargan.

En este orden de ideas, Mirta Videla hace mención de la memoria corporal de todo niño, mediante la cual "registra el contacto, el movimiento, los ritmos viscerales y motores, los olores, los sabores y el acompasado *tun-tun* del corazón de la mujer que lo lleva nueve meses metido en su cuerpo. Eso forma parte de la biografía gestacional del niño. Un niño es receptivo de todo hecho en que se encuentre involucrado y cualquier experiencia deja

huellas, su psiquismo y su cuerpecito son como un papel secante que absorbe los acontecimientos de la existencia". (Videal, 1999, p.152)

Con respecto a lo que se considera como interés superior del niño, podemos asimismo señalar que el hecho de que la gestante que alberga al embrión acoge a un ser cuya genética difiere en un 100 % del suyo, puede ser contraproducente para ambos.

d) En cuanto a los procedimientos de maternidad subrogada:

En el fallo en análisis no se ha tenido en cuenta que si la maternidad subrogada fue eliminada del articulado del Anteproyecto de Código, fue precisamente porque no se estaba de acuerdo con esa especie de práctica. Y ello, en razón de los innumerables cuestionamientos que sufrió la norma proyectada.

Un convenio como el de maternidad subrogada se considera inmoral, habiendo Mazinghi, Mosso (1995) –entre otros autores- afirmado al respecto que la práctica de la maternidad subrogada debe prohibirse por ser repugnante a la moral y buenas costumbres. Es que no se puede pretender ser madre a cualquiera precio. Me parece oportuno colocar aquí la opinión de quienes afirman que en nuestro país se debería decretar la nulidad de un acto de esa naturaleza, por aplicación del artículo 279 del Código Civil y Comercial, que dispone que un acto jurídico -como, por ejemplo, el que resulta del convenio practicado entre la requirente y la gestante- *no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana*, lo que lleva a la nulidad del acto (art. 386, Cód. Civil y Com.), no pudiendo las personas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad, el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada. El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, o ser producido a cambio de dinero.

La maternidad subrogada es un convenio ciertamente cuestionable, con independencia de si se convino o no un precio por la gestación, y haya sido o no altruista la finalidad que tuvo en mira la madre sustituta.

Mirta Videla califica a las gestantes de “anfitrionas del feto para otros” y afirma que en el caso del vientre alquilado, subrogado o sustituido, la maternidad es literalmente descuartizada; agrega Videla que desde la ética "es impensable la propuesta de hacer del

niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame”. (Videla, 1999, págs. 153 y 159.)

2.3 Análisis del fallo "N. N. O. s/ inscripción de nacimiento".

El Juzgado Civil de Primera Instancia N° 83 a cargo del magistrado, Dr. Gustavo Eduardo Noya, resolvió bajo los autos caratulados “N.N. O s/ inscripción de nacimiento”, acceder a la petición de inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del nacimiento de una menor gestada mediante maternidad subrogada como hija de sus padres biológicos, aplicando para ello las disposiciones del art. 17, punto 5°, de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 2° de la Convención de los Derechos del Niño.

La decisión a la que llega el Sr. juez de otorgar la filiación a los actores, surge de la coherencia arribada por todos los involucrados, tanto padres, como madre portadora, como asimismo los Ministerios y estudio de ADN de la niña y los actores, que surgen como padres biológicos, solución que, además, responde al Interés Superior del Niño.

Resulta interesante a la ponente, y por eso la decisión de mencionarlo aquí, la coherencia del Agente Fiscal, quien en su dictamen sostiene que hacer coincidir la filiación jurídica con la real, es una solución normativa casi necesaria; por cuanto teniendo en cuenta el vacío legislativo expreso y ante la advertida laguna legal, corresponde aplicar para resolver los conflictos que se susciten: 1) la normativa general de fondo y 2) la voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación (al tratarse de un caso de concepción mediante fertilización *in vitro* con subrogación uterina).

Por otro lado, en representación de la niña, la Defensora de Menores esboza lo que debe entenderse por interés superior del niño (art. 12, CDN, y 75, inc. 22, CN), solicitando que dicha premisa sea tenida en cuenta para resolver. También, considera que debe tenerse en cuenta el derecho, que, apoyándose en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, define como personalísimo que refiere a la identidad, considerando que se efectiviza el mismo si la registración se ajusta a la realidad biológica.

Los principales fundamentos del magistrado Noya al resolver fueron:

a. Que el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.449) en su art. 558 establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, técnicas de reproducción humana asistida o por adopción.

b. Que la nueva normativa incorpora una tercera fuente de filiación: las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

c. Que en el caso corresponde tener en cuenta lo que surge del convenio de "voluntad procreacional" y el estudio de ADN no impugnado por las partes.

d. Que del derecho a la dignidad deriva, entre otros, el derecho a la identidad.

e. Que, citando a la doctrinaria Eleonora Lamm (2011), el principio '*mater semper certa est*' hace crisis, deja de ser incuestionablemente un hecho cierto en los tiempos que corren.

f. Que debe otorgarse preeminencia al interés superior del niño, al derecho a la identidad, a la protección de las relaciones familiares y a la consolidación de la familia.

Diversos son los argumentos que se sostienen acerca de la conveniencia de su permisión o no.

Quienes postulan que es un fenómeno que debe regularse, principalmente sostienen que deben tenerse en cuenta que se realiza por cuestiones de solidaridad y humanismo hacia aquellas personas que no pueden tener hijos, fines que son acordes a los requisitos que exigía el proyecto. También que el no permitir a una mujer someterse a esta técnica con el objetivo de gestar un hijo para terceros sería una vulneración del libre desarrollo de su personalidad.¹⁷

Respecto de los niños, se sostiene que "no viola el interés superior del niño debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución". (Lamm, 2011 p. 10.)

En cambio, quienes sostienen que debe prohibirse, se basan en diversas razones, entre las que podemos enumerar que el cuerpo humano está fuera del comercio, que afecta la integridad humana en general y la de las mujeres en particular, que se trata de un contrato que no puede tener validez en el que la madre subrogada renuncia al nacido ex ante a favor de otra persona, que afectaría los derechos del niño al ser tratado como una cosa debido a

¹⁷ .CIDH "Caso Artavia Murillo y otros ["Fecundación in vitro"] vs. Costa Rica", , considerando 143).

que es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto.

Así, por ejemplo, Monseñor José María Arancedo dijo que "La maternidad subrogada no ha surgido de un reclamo social ni es consistente con las tradiciones jurídicas, principios, valores y costumbres del pueblo argentino, que hasta hoy considera nulo este tipo de contrato por la inmoralidad de su objeto. El `alquiler de vientres´ degrada a la mujer gestante, arriesga crear más desigualdad por la explotación para estos fines de mujeres pobres, y desconoce el profundo vínculo psicológico que se establece entre ella y el niño que dio a luz".¹⁸

Por eso actualmente, ante la ausencia de legislación se acude distintos conceptos para accionar que se encuentra conforme a derecho (art. 19 CN), siendo los sobresalientes:

— El interés superior del niño. Este principio general conlleva a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño porque obliga a considerar que en toda decisión concerniente a ellos ha de valorarse el impacto en su futuro, debiendo en consecuencia, ser evaluado y satisfecho en todos los casos. Es, asimismo, el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto. A su vez cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que través de la opinión consultiva OC-17/2002, indicó que el interés superior del niño debe ser entendido "como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño(...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este

¹⁸ José María Arancedo, en representación de la 103ª Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Argentina, refiere al artículo 562 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del Poder Ejecutivo Nacional, Mensaje 884/2012.

instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades" (fallo "N. N. s/ inscripción de nacimiento", cit.).¹⁹

— El derecho personalísimo a la identidad. Al respecto, el magistrado sentenciante expuso: "La doctrina nos enseña que el individuo como ser único e irrepetible, posee el derecho personalísimo a la identidad que como tal es el elemento más importante de construcción de su personalidad, esto significa, en primer lugar la identificación por el Estado, mediante los documentos, partida de nacimiento e identificación adosada al documento del padre o de la madre y luego el propio; en segundó lugar, la pertenencia a una determinada familia, lo que denominamos estado de familia".

El Máximo Tribunal de la provincia de Buenos Aires destacó "El derecho a la identidad biológica de una persona se encuentra en la base de la personalidad misma del individuo".²⁰

En la misma causa citada, el Juez Pettigiani opinó "Toda persona posee el derecho de conocer la verdad sobre su origen y quiénes en realidad son sus progenitores. El derecho a la verdad guarda especial relevancia en el proceso filiatorio. Ciertamente es que en materia de filiación no existe una única verdad, sino que hay muchas: la afectiva (verdadero padre es el que ama), la biológica (los lazos de sangre), la sociológica (que genera la posesión de estado). La de la voluntad individual (del que quiere ser padre o madre) la del tiempo (que vivifica y refuerza el vínculo con cada nuevo día) y que al lado de la realidad biológica existe otra verdad, sociológica, cultural social, afectiva, que también hace a la identidad de la persona humana, mas todas ellas reciben suficiente tutela por el ordenamiento jurídico en el art. 33 de la Constitución Nacional, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3°

¹⁹ Sup. Corte Bs. As., LP C 118315, sent. del 27/5/2015, juez De Lázzari (SD), carátula: "·R., M. M. s/ Guarda",

²⁰ Sup. Corte Bs. As., LP C 92539, sent. del 17/6/2015, juez Kogan, carátula: "De Ángel, Obdulio José c/ Ángela Santina Actis Perino, viuda de Bruni s/ Petición de herencia"

del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2º, Constitución provincial), y en las leyes de fondo, que reglamentan su ejercicio (arts. 253, 255 y concs., Código Civil; 1º, 2º, 3º, 5º, 11 y concs., ley 26.061; 1º, 4º y concs., ley 23.511; etc.)".

2.4. Análisis del amparo colectivo e individual deducido por el Defensor del Pueblo de la C.A.B.A., la F.A.L.G.B.T. y los señores D.R. y G.S.M

El 4 de agosto de 2017 la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CCAyT) hizo lugar a una medida cautelar en el marco de un amparo colectivo e individual, deducido tanto por el Defensor del Pueblo de la C.A.B.A., la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (en adelante la F.A.L.G.B.T.) y los señores cuyas iniciales son D.R. y G.S.M.

El amparo colectivo tuvo por objeto ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a inscribir a los niños nacidos por TRHA de alta complejidad a través del método de la maternidad subrogada, sin emplazar como progenitor a la persona gestante, por carecer ésta de voluntad procreacional.

Por su parte, la pretensión individual de los coactores D.R. y G.S.M. consistió en que se mande al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal (en adelante, RECCP) proceder a la inscripción del nacimiento de D. y T. como sus hijos, reconociendo la copaternidad registral de dichos coactores.

Adentrándonos en el fallo, la jueza de primera instancia rechazó *in limine* la acción instada.

Entre los argumentos sostenidos por la magistrada cabe destacar que el amparo colectivo pretendió "...en abstracto, hacer un control de legalidad de la normativa involucrada y/o de la omisión del Estado Nacional -Poder Legislativo- de legislar casos como los aquí planteados".

A su vez, convino que el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario local resulta incompetente por hallarse en juego la dilucidación de cuestiones esenciales de la relación filial. En este sentido, reconoció la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil

de la Capital Federal. A esto agregó "...que no advierte en el GCBA una acción u omisión arbitraria o manifiestamente ilegítima que la instituya como legitimada pasiva en esta acción" sino que el Registro mencionado no hizo más que cumplir la ley en los términos en que fue dictada.

La CCAYT revocó el rechazo del amparo y, haciendo lugar a la medida cautelar, ordenó al RECCP a que inscriba provisionalmente a los niños nacidos a través de las TRHA en la denominada gestación por sustitución, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitora a la gestante ya que ésta había expresado previamente no tener voluntad procreacional.

Asimismo, se ordena que sean incorporados los datos de la gestante en el legajo base a fin de respetar el derecho de identidad de los niños nacidos bajo la utilización de estas técnicas, las TRHA y bajo esta práctica, la gestación por sustitución.

En cuanto a los argumentos vertidos en la alzada podemos sintetizar:

- El Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad resulta competente ya que el legislador local, al delimitar la competencia de este fuero, declaró que podrá sustanciarse allí toda causa en la cual la Administración sea uno de los sujetos del proceso.
- La acción intentada no persigue despejar una cuestión de filiación de los menores en relación con sus progenitores, sino meramente registral.
- Existe una omisión por parte del RECCP por haber omitido el dictado de las regulaciones complementarias sobre la registración de los nacimientos ocurridos por las TRHA mediando maternidad subrogada.
- Tanto la FALGBT como el Defensor del Pueblo resultan legitimados activos en el proceso, además de los Sres. D.R. y G.S.M.
- Resulta discriminatorio que una mujer pueda dar el consentimiento para ser madre, pero no puedan dos hombres brindar el consentimiento como padres. Esta desigualdad alteraría el orden público.

Ahora bien, al igual que se planteó en la sentencia del *a quo*, entiendo que no es el GCBA el que estaría impidiendo la inscripción de los menores como se pretende, sino que ello es la consecuencia derivada de una decisión tomada por el Poder Legislativo al momento de sancionar el art. 562 del CCCN, que establece sin lugar a dudas que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y de la persona que también ha prestado su consentimiento previo informado y libre.

En función de lo expuesto, remarco y reitero que el alquiler de vientres fue expresamente excluido del CCCN durante el debate parlamentario y por tanto la maternidad queda firmemente determinada por el parto, así lo establece el art. 565. Norma de orden público.

Dar lugar a la maternidad subrogada —entendida como un contrato o no— expande sin medida los alcances de la voluntad procreacional, pero ello no significa como algún sector manifiesta que manipule sin medida los vínculos de filiación y viole las normas de orden público. Entiendo a su vez que desligar un vínculo tan fundamental como la maternidad, de manera temprana como ocurre en el ejercicio de la práctica que nos ocupa; no hace más que cosificar a la mujer y al niño, contrariando el derecho a la identidad y creando probables consecuencias dañinas tanto físicas como psicológicas, tanto para la madre gestadora como para el niño. Y con esto quiero referirme a los posibles trastornos de ansiedad, pánico, crisis nerviosa, crisis de culpa y otros; como se han señalado ya por algunos estudiosos que se alzan en contra del ejercicio de la gestación por sustitución por éstos motivos, entre otros.

Por último, no olvido que los jueces se presentan frente a casos concretos que exigen celeridad y una respuesta adecuada a fin de encontrar el interés superior del niño, pero creo que legitimar de esta manera los acuerdos de maternidad subrogada no hace más que, por un lado, equilibrar la balanza de la igualdad entre aquellas personas que pueden y no pueden tener hijos, aquellas personas homosexuales o heterosexuales solteras que tampoco pueden concebir, como asimismo; y en caso de que la modalidad sea onerosa; se contraría uno de los principios fundamentales de todo el plexo normativo: esto es la dignidad de la persona humana.

No puedo dejar de destacar la riqueza del presente capítulo. El mismo expone de manera clara que la subrogación de vientres en Argentina es una práctica que ocurre – y ocurre de manera habitual- y que las partes involucradas en el proceso acuden a los Tribunales para salvaguardar los derechos propios y los intereses del menor nacido mediante el uso de las TRHA.

Aquí se evidencia que los padres sustitutos presentan sus pretensiones ante los estrados judiciales mediante la utilización de distintas figuras jurídicas, ya sea mediante impugnación de maternidad, medidas precautorias, inscripciones de nacimientos e incluso amparos tanto colectivos como individuales; siendo todas acogidas, es decir el Poder Judicial Nacional, reconoce la práctica, hace lugar a las demandas que la contienen y sienta las bases para el acogimiento legal.

Capítulo 3. Derecho Comparado.

2.1. Análisis de la figura jurídica en la legislación comparada.

El presente capítulo expone las posturas que han adoptado determinados Estados a la hora de abordar la gestación procreacional.

a) Posturas mayoritarias

Tres son las principales posturas adoptadas en relación con la maternidad subrogada.

En primer lugar, y teniendo en cuenta la investigación efectuada por Silvia Vilar, varios Estados de EEUU o países como Rusia, India, Ucrania, Georgia o Armenia, permiten acudir a esta técnica a título gratuito o a cambio de contraprestación económica (Silva, 2014).

En segundo lugar, países europeos como Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica o Dinamarca, y otros como República Sudafricana, Brasil, Ecuador, Israel o Canadá, que la admiten pero sólo en caso de que se realice altruistamente y concurren ciertos requisitos o condiciones, principalmente relacionados con problemas médicos en la madre comitente que le impidan la gestación.

Y finalmente, nos encontramos con un tercer grupo de países que prohíben expresamente cualquier contrato de gestación por sustitución, tanto comercial como altruista, entre los que se encuentra España, la mayor parte de países europeos, como Austria, Italia, Alemania, Hungría, Islandia o Serbia, ciertos Estados de EEUU o Hong Kong, y también países como Arabia Saudí o Pakistán en que sus autoridades religiosas no lo autorizan, entre muchos otros.

También es preciso citar supuestos excepcionales como el de China, en la que está proliferando dicha práctica a pesar de prohibirla expresamente el artículo 22 de su Ley de Regulación de Tecnologías sobre Reproducción Humana Asistida de 2001²¹. O Tailandia, donde también se lleva a cabo sin estar expresamente permitida ni prohibida legalmente, lo que hace que no sea posible exigir el cumplimiento de un convenio en caso de que surgiera algún problema a lo largo del proceso, existiendo actualmente una propuesta de Ley para la

²¹ Regulations on Human Assisted Reproductive Technologies promulgated by the Ministry of Health and enforced on August 1, 2001. http://www.chinaphs.org/bioethics/regulations_&_laws.htm.

protección de los niños nacidos a través de la subrogación, de las madres gestantes y para regular las relaciones legales entre los padres comitentes y las madres subrogadas²², que todavía no ha sido aprobada definitivamente.

En el plano internacional, los países están tendiendo a regular dicha realidad a la que cada vez más personas está recurriendo, con la finalidad de aportar soluciones y proteger no sólo el interés superior del niño, sino también la situación y derechos de la madre gestante y de los padres comitentes ante todas las cuestiones, abusos y problemas que pueden surgir a lo largo del proceso. Con la regulación, unos países tienden a flexibilizar las exigencias (como Rusia, que ya permite la subrogación a parejas no casadas o personas individuales), y otros, en cambio, fijan una regulación más restrictiva (como la India, en que tan sólo se permitirá en un futuro acceder a la paternidad subrogada a parejas heterosexuales con al menos dos años de matrimonio).

b) Panorama legislativo de alguno de los países más representativos en la materia.

b.1. En Estados Unidos, la situación varía enormemente de un Estado a otro, hallándose expresamente permitida en algunos, prohibida en otros y con un panorama confuso en otros -no siendo clara ni la legislación, ni la jurisprudencia existente al respecto-. La normativa que será de aplicación, dependerá del Estado en que reside la madre subrogada, el lugar en que se suscribe el convenio y, finalmente, dónde tendrá lugar el alumbramiento.

El fenómeno de la maternidad subrogada ha tenido un gran desarrollo en países como Estados Unidos, en donde, por medio de normas y decisiones judiciales, se ha ido regulando su ejercicio, aunque no de manera uniforme. En consideración a lo anterior, este artículo tiene como propósito central identificar las características o principios fundamentales que conforman la visión de los Estados Unidos en materia de los contratos de maternidad subrogada. La determinación de estas características es el resultado de la revisión y análisis de las distintas normas y pronunciamientos judiciales proferidos por las cortes estadounidenses.

²² <http://www.thailawonline.com/en/family/children/surrogacy-laws-in-thailand.html>. Última consulta: 21/10/2016.

Bajo este contexto, los rasgos distintivos que han sido identificados como característicos de la postura estadounidense son los siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez, y d) la regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del fenómeno de maternidad subrogada.

En cuanto a los Estados en que está permitida, su legislación también varía completamente de unos a otros, siendo los considerados más flexibles California, Arkansas, Illinois y Maryland.

Illinois dispone de legislación²³ muy permisiva que regula desde la firma del convenio hasta la emisión de los Certificados de Nacimiento. No obstante, tan sólo se permite acceder a esta figura a personas, ya sean individuales o parejas heterosexuales, que hayan aportado sus propios gametos.

En California, encontramos la protección jurisprudencial más relevante a favor de los padres comitentes, a quienes declara legalmente los padres del niño nacido, tengan o no conexión genética con el mismo. Se admite la subrogación comercial, se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto, y se permite a los padres comitentes, independientemente de su estado civil u orientación sexual, ser considerados padres legales antes del nacimiento y sin necesidad de acudir a procedimientos de adopción.

En Arkansas, el Acta 647 de 17 de marzo de 1989²⁴, prevé que el niño nacido como resultado de un tratamiento de inseminación artificial, sea reputado directamente como hijo biológico del padre y de su esposa -aunque ésta última no tenga conexión genética con el bebé-, o sólo del padre biológico -si no está casado-, o de la madre comitente -si el esperma

²³ <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>. Última consulta: 21/10/2016.

²⁴ <http://www.arkleg.state.ar.us/assembly/1989/R/Acts/647.pdf>.

para el proceso fue donado-. A la hora de registrar el nacimiento, la madre gestante se presume que es la madre natural, pero se puede obtener un certificado de nacimiento alternativo expedido por los Tribunales.

En cambio otros Estados, a pesar de admitir la gestación subrogada, establecen ciertas limitaciones o restricciones en torno a la misma. Como Dakota del Norte, en la que se permite la subrogación gestacional pero está prohibida la tradicional, o el Estado de Washington, en que se permite la subrogación altruista pero no la comercial. En Nevada se admite la subrogación gestacional, pero tan sólo entre parejas heterosexuales legalmente casadas.

También existen Estados, como Idaho, Oregón o Carolina del Sur, en que no existe ley que regule la subrogación, pero en los que la jurisprudencia ha sido habitualmente favorable a la misma, y otros como Maryland, Ohio o Pennsylvania, en que no existen leyes que regulen dicha técnica, y en los que tampoco la jurisprudencia es uniforme al respecto.

Existe finalmente otro grupo de Estados que prohíben y castigan la subrogación comercial. Como Michigan, donde los acuerdos están legalmente prohibidos y se sancionan con fuertes multas económicas e incluso penas de prisión. O el Estado de Nueva York, en que se sancionan los contratos de subrogación comercial por contravenir el orden público, pero se admiten los contratos de subrogación altruista, aunque sin poderse exigir judicialmente su cumplimiento.

b.2. India ha sido también uno de los principales países a los que se ha recurrido para optar por la maternidad subrogada, tanto por su menor coste económico como por la flexibilidad, ya que al no existir ninguna ley que la prohibiese, se llevaba a cabo ampliamente, altruista y comercialmente. No obstante, existe desde el 2010 un borrador de propuesta de Ley de Regulación de Técnicas de Reproducción Asistida (ART), en trámites de aprobación en el Parlamento, que exigirá, entre otros, que el procedimiento de subrogación se lleve a cabo en clínicas reconocidas por el Consejo Indio para la Investigación Médica (ICMR) y que tan sólo permitirá el acceso a la subrogación a parejas heterosexuales que lleven al menos dos años casadas, y ya no a parejas homosexuales, parejas no casadas o personas solteras.

b.3. En cuanto a Ucrania, sus leyes son completamente permisivas con la paternidad subrogada, incluyendo la posibilidad de seleccionar el sexo del bebé. La ley no confiere a la

gestante ningún derecho sobre el bebé, ni figurará su nombre en el Certificado de Nacimiento, estableciendo su Código de Familia²⁵, que los comitentes serán legalmente los padres del niño gestado. No obstante, sólo podrán acceder a la subrogación gestacional, parejas heterosexuales casadas o personas individuales.

b.4. En Rusia, se establece el régimen jurídico en la materia en su Código de Familia (artículos 51 y 52), que defiende tanto los derechos de la madre gestante como los de los padres comitentes. La Ley federal No. 323-FZ sobre las Bases de Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación rusa, confiere a parejas o a mujeres solteras, independientemente de su estado civil, el derecho a participar en el programa de maternidad subrogada. Sin embargo, no se permite acceder a este programa a parejas del mismo sexo ni a hombres solteros, ya que la Orden No. 67²⁶, exige la existencia de determinadas indicaciones médicas en la madre comitente para recurrir a un programa de gestación por sustitución (ausencia de útero, deformaciones del cérvix que carezca de tratamiento, enfermedades somáticas que contraindiquen la gestación, etc.). Finalmente, el artículo 16 de la Ley Federal No. 143-FZ sobre Actas de Estado Civil²⁷, permite a los padres comitentes ser inscritos directamente en el Libro de Nacimientos como padres del niño, si la madre gestante presta su consentimiento para ello.

Entre los países que admitan tan sólo la subrogación altruista, destaca Reino Unido, cuya Acta de Acuerdos de Subrogación de 1985 prohíbe expresamente la subrogación comercial. Su Acta de Fertilización y Embriología Humana²⁸ permite, no obstante, que se satisfagan los gastos razonables en que la madre de alquiler haya incurrido, no cualquier otra cantidad adicional. Se reconocen los acuerdos de subrogación, pero no se garantiza el cumplimiento de los mismos, ya que la gestante será la madre legal del niño hasta el momento en que los comitentes obtengan una orden judicial que establezca la filiación

²⁵ Family Code of Ukraine. Vigor 1/1/2004. <http://r-u.org.ua/en/analitika/pravo/149-news.html>.

²⁶ Federal Law No. 323-FZ of the Russian Federation «On Fundamentals of Health Protection of Citizens of the Russian Federation», from November 21, 2011. Vigor 1/1/ 2012. [http://www.impowr.org/wip/russian-federation/Custody% 20and% 20Adoption](http://www.impowr.org/wip/russian-federation/Custody%20and%20Adoption). Última consulta:22/10/2016.

²⁷ <http://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1770>. Última consulta: 22/10/2016.

²⁸ Human Fertilization and Embryology Act 2008. <http://www.hfea.gov.uk/501.html#mandatoryExtra>. Última consulta: 23/10/2016.

(*paternal order*) o una orden de adopción que les convierta en los padres legales del menor, permitiéndose a la gestante conservar los derechos legales sobre el niño aunque no tenga vinculación genética con el mismo.

b.5. En la República Sudafricana, la paternidad subrogada se regula en los artículos 292 a 303 del Acta de los Niños 38 de 2005²⁹, en vigor desde el abril de 2010, que admite tan sólo su modalidad altruista, pero permitiendo abonar a la madre subrogada los gastos derivados del trámite (médicos, legales, hospitalarios, de seguro, etc.), así como los ingresos que la gestante dejara de percibir como consecuencia de la gestación. Se requiere que los acuerdos de subrogación se realicen por escrito y que sean confirmados por los Tribunales. Un acuerdo válidamente celebrado tendrá como efecto que los nombres de los padres comitentes aparezcan directamente en el certificado de nacimiento del menor.

Los comitentes podrán ser una persona individual o una pareja, incluso del mismo sexo, pero se requiere que los gametos de, al menos uno de ellos, sean utilizados para la concepción. Se exige, asimismo, que el o los comitentes no sean capaces de dar a luz a un niño por motivos permanentes e irreversibles, y que la madre gestante tenga al menos un hijo propio. En caso de que la madre subrogada haya aportado su propio óvulo para la fertilización, tendrá derecho a romper el acuerdo de subrogación y reclamar el hijo para sí, sin incurrir en ninguna responsabilidad al respecto, debiendo tan sólo devolver a los padres comitentes los gastos que éstos le hayan abonado durante el embarazo.

Entre los países en que se encuentra prohibida legalmente la gestación por sustitución, además de España, encontramos a Francia, en cuyo artículo 16-7 del Código Civil³⁰ se prohíbe cualquier acuerdo que implique la gestación por cuenta de otro, sancionándose expresamente en su Código Penal. O Suiza, cuya Ley federal sobre reproducción médicamente asistida de 1998 prohíbe expresamente la maternidad subrogada, estableciendo sanciones. No obstante, si igualmente se lleva a cabo, no se sancionará a la madre subrogada, que será la madre legal del niño nacido.

²⁹ Children's Act 38 of 2005. <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf>. Última consulta: 23/10/2016.

³⁰ Código Civil Francés, artículo 16/7.

El presente capítulo tiene por objeto, partiendo de la base de las posturas que pueden asumirse con la figura que nos ocupa- esto es acogerla, prohibirla o guardar silencio-compartir cómo ha sido el tratamiento de la maternidad subrogada en países extranjeros. De esta manera podemos resumir que países como Estados Unidos, Rusia, India y Ucrania la aceptan jurídicamente, ya sea en forma onerosa o altruista, países como Reino Unido, Brasil y Ecuador la admiten sólo en la modalidad altruista y finalmente aquellos que la prohíben como es el caso de Italia, Alemania y Hungría entre otros.

Asimismo se señalan excepciones, como es el caso de China, que a pesar de estar expresamente prohibida, la práctica ocurre y se ha comenzado un proceso de proliferación, y también Tailandia, país que no la permite ni prohíbe expresamente, pero ocurre y se admite en sus Tribunales.

Interesante es el caso de Estados Unidos, país en el que ciertos estados la permiten en ambas modalidades, mientras que otros sólo permiten la modalidad altruista, hasta llegar a Estados como Michigan donde la misma se encuentra expresamente sancionada. Asimismo, estados como Idaho y Carolina del Sur, mantienen la postura Argentina, donde no existe ley expresa que regule la subrogación de vientres, pero tampoco una que la prohíba, dejando el tratamiento de la misma a la discrecionalidad judicial.

Capítulo 4 Jurisprudencia internacional.

4.1.Casos:

La gestación por sustitución en la jurisprudencia internacional

El primer caso registrado de gestación por sustitución data del año 1985 e implicó un quiebre en el tratamiento de la infertilidad, pues por primera vez, fue posible para personas infértiles, acceder a tener un hijo genéticamente propio; ya que la mujer gestante no aportó material genético para la concepción (Herrera, Marisa, Lamm, 2014)

Dentro de la gran cantidad de casos derivados de la aplicación de éste instituto, comparto algunos, que por su trascendencia, invitan a repensar la necesidad de una regulación legal expresa en torno a este método de fertilización asistida.

a) El caso "Baby Manji"

Este caso tuvo su origen en el año 2007, cuando un matrimonio japonés viajó a India con el objeto de suscribir un contrato de subrogancia materna.

Un mes antes de producirse el nacimiento, el matrimonio japonés se divorció y el conflicto se plantea a raíz de que la madre contratante, luego del divorcio, desistió de tener a la recién nacida, llamada Manji.

No obstante ello, el padre contratante se trasladó a India con el objeto de adoptar a la niña, hecho que no pudo concretar por encontrarse con una ley local que prohíbe a hombres solteros realizar la adopción de una niña, es decir, de un nacido de sexo femenino.

Por tal razón, intentó obtener el pasaporte de Manji en su país de origen, pero el gobierno japonés se negó a otorgarlo y a reconocerla como ciudadana japonesa, debido a que el Código Japonés reconoce como madre de un nacido, a quien la dio a luz y no reconoce la subrogación como práctica.

Mientras se buscaba resolver la situación, la madre del padre contratante y abuela de Manji, viajó a India y solicitó la custodia de Manji hasta que la misma pueda ser asumida por su hijo; padre de Manji.

Finalmente, a tres meses del nacimiento de Manji, en India resolvieron otorgar un certificado de nacimiento excepcional, válido para Japón, en el que solamente consta el nombre de su padre contratante de origen japonés, y por lo tanto, posibilitaron la obtención

del pasaporte para que pueda viajar junto con su padre a Japón y gestionar allí su ciudadanía.

Casi dos años después de su nacimiento y a través de un procedimiento excepcional y absolutamente complejo, Manji fue reconocida como hija de su padre (como es citado en Kemelmajer, Lamm, Herrera, 2011)

b) Caso "Sr. X c. Proc. Gral de Rennes".

El 13 de septiembre de 2013, el Tribunal de Casación francés desestimó un recurso de revisión en el que se plantearon dos interrogantes: la recepción en el derecho francés de un contrato de gestación por cuenta de otro celebrado por un francés en el extranjero y la nulidad del reconocimiento de paternidad.

La cuestión radicaba en determinar si podía inscribirse en el Registro de estado civil francés un acta expedida en India que daba cuenta del nacimiento en ese país de una niña cuyo padre era de nacionalidad francesa y si el Ministerio Público podía impugnar el reconocimiento de paternidad de esta niña, hecho en Francia, antes de su nacimiento, ante un Oficial del Registro Civil.

El Tribunal aprobó el fallo de la Cámara de Apelaciones de Rennes y estableció que se justifica el rechazo de la inscripción de un acta de nacimiento hecha en el extranjero y redactada según las formas usuales de ese país cuando el nacimiento es el resultado, en fraude a la ley francesa, de un proceso conjunto que incluye un contrato de gestación por cuenta de otro que, si bien puede ser lícito en el extranjero, no lo es en Francia, donde es nulo por afectar el orden público en los términos establecidos en el art. 16-7º y 16-9º del Cód. Civil francés.

Asimismo, aprobó también la nulidad del reconocimiento dispuesta por la misma Cámara a instancias del Ministerio Público, disponiendo que por tratarse el acto de un reconocimiento de paternidad cometido en fraude a la ley francesa, no es necesario probar que el reconociente no sea el padre.

Concluyó el tribunal que cuando se está en presencia de un fraude a la ley, ni las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ni los de la Convención de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, pueden ser útilmente invocados.

c) Caso "Soos c. Superior Court ex rel. County of Maricopa"

En este precedente, marido y mujer hicieron un contrato de subrogación utilizando sus propios gametos. Firmado el convenio y estando embarazada la gestante, la madre biológica inició una demanda de divorcio contra su marido y solicitó la custodia de los aún no nacidos trillizos.

El padre biológico contestó que era él el padre biológico y que era la madre subrogada la que debía ser considerada madre legal conforme a la ley de Arizona. La Corte decidió que considerar a la madre subrogada como madre legal era inconstitucional y que por lo demás no existía ninguna prohibición explícita en Arizona sobre subrogación de vientre.

2. Tribunales Internacionales:

a). Corte Interamericana de Derechos Humanos: fallo "Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica".

El 19 de enero del año 2001 los Sres. Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquina Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza; presentaron ante la Comisión interamericana de Derechos Humanos- en adelante CIDH- presentaron formal demanda con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado de Costa Rica violó los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento.

La Corte Interamericana es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

Es decir, decidir en el caso concreto si le asiste responsabilidad internacional al Estado costarricense por las afectaciones generadas a un grupo de personas, (dieciocho actores para ser exactos), a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro.

El proceso, por demás extenso, comenzó con la interposición de la petición, como bien señalé anteriormente, el día 19 de enero de 2001, logrando el informe de admisibilidad el día 11 de marzo de 2004, es decir, 3 años para darle trámite de admisibilidad, para finalmente llegar a la fecha de informe de fondo el día 14 de julio del año 2010. Esto es 9 años transcurridos ente la presentación de la petición y el informe de fondo. La fecha de remisión del caso a la Corte IDH fue el día 29 de julio de 2011 y la fecha de audiencia ante la misma los días 5 y 6 de septiembre de 2012.

El Estado de Costa Rica, planteó numerosas excepciones preliminares, a mí entender, en su afán de dilatar el proceso; ambas desestimadas por la Corte, entre las que puedo mencionar:

- La falta de agotamiento de recursos internos y,
- Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña.

Con la primera de ellas el Estado manifestó que una de las víctimas "podría haber acudido en amparo", es decir, el Estado analizó la posible idoneidad de la jurisdicción contencioso administrativa, como una forma de agotamiento de dicha vía, previo a que las personas en cuestión interpusieran su reclamo por ante la Corte.

El escrito donde el Estado denunció esta excepción previa fue presentado en 2008, cuatro años después de emitido el informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte consideró que los argumentos planteados en relación con la necesidad de agotar procedimientos contenciosos administrativos o demandar la omisión en la regulación del procedimiento de la FIV, según los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, resultaron extemporáneos.

La Corte consideró irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional ya se había pronunciado sobre los aspectos específicos que las presuntas víctimas incoaban en su demanda. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno del Estado de Costa Rica no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, entendió que no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.

Por todo lo expuesto, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

La segunda excepción previa opuesta por el Estado es más delicada. En la petición inicial, cuya fecha data del 19 de enero de 2001, la pareja conformada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña, no fue incluida. Esto se debió a que el entonces representante legal de las víctimas no había hecho una determinación específica e individualizada de las mismas. La inclusión de la señora Espinoza y del señor Jiménez ocurrió recién a través de un escrito presentado el 10 de octubre de 2003 ya que la señora Espinoza se enteró de su infertilidad en julio de 2002.

La Corte manifestó no encontrar elementos para apartarse de la decisión de admisibilidad adoptada por la Comisión, ya que, entre otros argumentos, las víctimas no tenían por qué tener conocimiento de su situación de infertilidad al momento en que se emitió la sentencia de la más alta instancia de la jurisdicción constitucional –que había agotado la instancia administrativa- y que la petición se interpuso al año siguiente al momento de conocer que dicha sentencia impediría el acceso a la FIV.

Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

En concreto, los derechos vulnerados invocados por los actores para que les sean reconocidos por Costa Rica fueron:

- derechos a la vida privada y familiar,
- derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal,

- derecho a la salud sexual y reproductiva,
- el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y,
- el principio de no discriminación.

En concordancia a los derechos reclamados invocaron el artículo 11 de la Convención Americana, que requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho:

“que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, la Corte interpretó en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana 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 libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte resaltó el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y de escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”.³¹

Además de lo mencionado en el párrafo anterior, que comparto en su totalidad, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial de ese libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, es por ello que considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en consecuencia, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético, biológico y también volitivo.

³¹ CIDH “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica”, punto 142

La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

Lo interesante del presente caso es, asimismo, cómo la Corte trata al fenómeno de la concepción, manifestando que antes de la existencia de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer y que, con ella es factible que pase un lapso de tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado.

Finalmente, dentro de las medidas dispuestas por la Corte en el citado fallo, es destacable señalar:

- El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.
- El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.
- El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada

seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

- El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas.

b).Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fallos Mennesson (demanda n.o 65192/11) y Labassee (demanda n.o 65941/11).

Debido a los diferentes posicionamientos estatales en relación a la gestación por sustitución, es correcto afirmar que es el poder judicial quien debe hacer frente a los conflictos que se presentan una vez que han nacido los niños cuyos derechos, y lo de sus padres, pretenden ser reconocidos en el Estado en que residirán. En este sentido, las soluciones jurisprudenciales han sido divergentes.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha comenzado a establecer parámetros a partir de los primeros casos sobre este tema y sus decisiones están repercutiendo en el contexto global.

A continuación, dos de los fallos más significativos.

Mennesson y Labassee:

En ese caso, el estado Francés denegó el vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución y el Tribunal Europeo antepuso los intereses de los menores nacidos por un proceso de maternidad subrogada, por sobre las propias Normas de acceso al registro de cualquier estado miembro de la Unión Europea.

Las parejas conformadas por Mennesson y Labasse recurrieron a un proceso de maternidad subrogada para tener a sus hijos en Estados Unidos. A su regreso, las autoridades francesas les comunicaron que dado que había sospechas de que los menores

hubieran nacido por maternidad subrogada, ilegal en Francia, se debía proceder a denegar su acceso al Registro Civil.

Ante dicha decisión, las parejas interpusieron los oportunos recursos ante los Tribunales de su país, siendo todos ellos desestimados con el fundamento jurídico de que la práctica de alquiler de vientres está prohibida en Francia.

En sus respectivos fallos, los jueces franceses sostuvieron que dar acceso a dichos menores al Registro Civil, hubiese implicado abrir una especie de grieta en la ley de fondo y, de esa forma, animar a otras parejas a ir al extranjero para recurrir a un proceso de gestación por sustitución, prohibido por el Estado.

Ante las denegaciones de inscripción, los padres decidieron recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las demandas fueron hechas por separado, tramitadas bajo los autos *Menesson v. France* (demanda 65192/11) y *Labassee v. France* (demanda 65941/11), y en nombre de los padres y los niños en ambos casos. El Tribunal considera las afirmaciones de cada uno por separado y arribó a conclusiones distintas.

Los jueces destacaron el hecho de que los niños permanecían en un estado de inseguridad jurídica al no estar registrados, si bien los mismos habían sido registrados como hijos de donantes de células en Estados Unidos; la negativa de las autoridades francesas para registrarlos amenazaba de alguna manera su estatus y su protección jurídica en su nueva patria, o mejor dicho; patria originaria.

Así, el TEDH en el fallo analizado considera que la negativa a inscribir a los menores en el registro civil francés también pone en peligro su propia identidad, no solo desde el vértice legal sino también desde el ámbito personal, y derivaría en una posible afectación de su capacidad para identificarse como miembros de la sociedad francesa. Aunque los padres eran de nacionalidad francesa y no había ninguna duda sobre su paternidad, los niños se quedaron sin embargo sin la certeza de obtener la ciudadanía de tal país.

El TEDH consideró de vital importancia la ascendencia en la formación de la identidad y; teniendo en cuenta las posibles repercusiones negativas en los niños, tanto legal como personalmente, dictaminó que las autoridades francesas cruzaron el límite de forma injustificada en el derecho de los niños a la vida privada, lo que vulnera el artículo 8 de la Convención sobre los derechos humanos. Asevera que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los menores, el que debe guiar, y primar, cualquier decisión sobre ellos.

Entiende que la negativa de Francia al reconocimiento de estas filiaciones deriva de la voluntad de desalentar a sus nacionales a que busquen fuera de su país un método de reproducción allí prohibido con el fin de proteger a las niñas/os y a la persona gestante. El Tribunal reconoce las dificultades que se plantean y admite la falta de consenso sobre estos asuntos en Europa. No obstante, el margen de apreciación nacional se reduce si está en juego una cuestión de la filiación, que es un aspecto esencial de la identidad de los individuos.

En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de las y los menores, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad. Esta afirmación repercute en los casos de gestación por sustitución internacional, facilitando o propiciando el reconocimiento de las filiaciones determinadas en los países donde se llevó a cabo la práctica. Esto sucedió en Francia, Alemania, entre otros (Lamm – Ruvaja, 2016)

El presente capítulo es sin duda, aquél que viene a complementar el Capítulo 2, que se ocupa de la jurisprudencia a nivel nacional.

A lo largo del desarrollo del capítulo podemos observar que los casos a resolver en los distintos tribunales de los distintos países no han sido fáciles, lo que se ha traducido en una labor jurisprudencial enriquecedora y tenida en cuenta por otros Estados.

Podemos concluir que la labor de nuestros tribunales coincide y se alinea con el resultado al que llegan los Tribunales internacionales, tanto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su fallo arriba desmenuzado “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”; como con el Tribunal Europeo en sus casos “Mennesson” y “Labasse”, admitiendo la gestación por sustitución, incluso cuando la misma no ha sido receptada jurídicamente o expresamente prohibida por los códigos de fondo.

Conclusiones

No puedo, sino después de este exhaustivo trabajo de búsqueda - y tras haber leído y compartido tanto opiniones de sociólogos como de científicos, grupos de interés tanto colectivos como individuales, fallos nacionales como extranjeros; conclusiones de juristas y doctrinarios respetados- no tener en cuenta lo bueno y lo malo; y lo beneficioso y lo perjudicial; tanto para los que manifiestan su intención de acceder a la paternidad, las mujeres que prestan su vientre y los niños por nacer bajo la utilización de esta práctica.

Todas las aristas y todos los intereses de los partícipes de la gestación por sustitución, (padres que encargan, mujer que presta el vientre y quienes defienden los intereses de los niños por nacer) son respetables.

Confieso que si me preguntaran en este momento si estoy a favor o en contra de la maternidad subrogada, mi respuesta sería tibia y danzaría en un gris. Como el gris jurídico y legislativo en el que se halla. Y con esto quiero decir que reconozco el derecho a un hijo a todas aquellas personas que queriendo ser padres o madres, no pueden serlo; débase esto a una enfermedad, infertilidad, imposibilidad de llevar a cabo un embarazo; o débase a la falta de pareja de aquellas personas heterosexuales o a la imposibilidad material de aquellas parejas homosexuales.

De igual manera manifiesto mi simpatía por aquellos sectores que rechazan la utilización de esta práctica cuando lo que se pretende es evitar el desagrado o malestar físico o emocional que genera el embarazo, o cuando; -aun peor- se accede al alquiler de vientres para mantener la figura femenina en su lugar, no subir de peso, no retener líquidos y se margine esta práctica al solo efecto de mantener una estética; postura que por demás rechazo, por ser la intención primera de carácter estético y no priorizar la voluntad procreacional.

En cuanto a la gratuidad o no de esta práctica, y sentado el requisito de la imposibilidad de acceder a un hijo- como requisito excluyente- y no de utilizarla cuando se puede, la modalidad altruista sería la que mejor se encamina para terminar de completar a esta técnica como humanizante y no como un atajo para la mantención del cuerpo. Admitir una contraprestación dineraria, entonces, al menos a mi entender, la corrompería.

El dinero o cualquier otro beneficio redituable que pueda o acuerde la madre gestante percibir, haría a mi entender, una cosificación del óvulo fecundado y convertiría

entonces al contrato en nulo, compartiendo de esta manera la postura que se coloca en contra de la aceptación de la maternidad subrogada. Nulidad que encuentra sustento en la violación al orden público, como es, en el caso concreto, tener por objeto de acuerdos jurídicos a la persona humana.

La postura entonces que estimo mejor es que la madre sustituta presta su vientre para ayudar a quienes no pueden, y éstos a cambio le cubren los gastos médicos, estudios ginecológicos, clínicos, medicamentos (en caso de ser necesarios) y todos los gastos y todo lo atinente a los nueve meses de gestación. La mujer portadora no recibe, durante y luego de dar a luz, dinero o contraprestación alguna.

En función de todo lo expuesto en el presente trabajo, me inclino a que regular la maternidad subrogada es el camino que de verdad defiende los derechos de todos los involucrados y que evita desgastes jurisdiccionales. En este sentido, se acepta la celebración de contratos de maternidad subrogada, aunque sometida al cumplimiento de ciertos requisitos encaminados a la protección del recién nacido y evitar la explotación de la madre gestante.

Lo cierto es que los complejos dilemas éticos y jurídicos que despliega la maternidad subrogada se potencian frente al silencio legal que obliga a los magistrados a asumir una postura activa y realista frente a hechos ya consumados.

Si bien el abordaje de esta figura requiere de la tarea conjunta de doctrinarios, juristas, médicos, psiquiatras, tanto para regularla normativamente, como para definirla y determinar sus modalidades y alcances, la regulación se impone de manera inminente si se quiere evitar que esta técnica sea una fuente a partir de la cual lucren agencias, centros médicos, terceros intermediarios, u otros; en desmedro de mujeres en situación de pobreza y marginación.

Además, esta conclusión arribada se alinea con la tendencia marcada por la ley 26.862 sobre “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” y el propio C.C.Y.C.N que recepta un criterio amplio para acceder a las TRHA por parte de matrimonios y parejas de igual o distinto sexo, e incluso a personas solas.

Como si todo ello fuese ya poco, este enfoque se condice con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gretel Artavia Murillo y otros

contra Costa Rica”, donde a la luz del principio de no discriminación, el silencio legal existente, permite a los magistrados la inscripción de los niños concebidos en este contexto, a nombres de quienes, ostentando voluntad procreacional; son sus verdaderos padres.

Bibliografía

1. Doctrina

ALBARRÁN GARCÍA, R. (2011), *La relación entre filiación biológica y filiación jurídica: supuestos relevantes de su quiebra*, Tesis doctoral inédita, Sevilla.

ARIAS de Ronchietto, Catalina E., "Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?", en *El Derecho frente a la procreación artificial*, AA.VV., Buenos Aires, 1997, pág. 74.

BERGER, S. M. (2010), *Maternidad Subrogada: un contrato de objeto ilícito*, La Ley, Actualidad, Buenos Aires.

BORDA, G. A. (2008), *Tratado de derecho civil. Familia*, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires.

BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. (1985), *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires.

BUSTAMANTE Alsina, Jorge A., "Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial", LA LEY, 1997-D, 1212 y sig.

CAMACHO, J. M. (2009), *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, disponible en: www.fundacionforo.com, compulsado el 27-08-2011.

DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C. (2011), "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 5, octubre 2011, pp. 301-329

FAMÁ, M. V. (2011), "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", La Ley, Buenos Aires, pp. 1204-1225.

GIL Domínguez, Andrés (2015) “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano” Publicado en: DFyP 2015 (diciembre), 237, Cita Online: AR/DOC/4217/2015.

HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", La Ley, 02/07/2014, , — LA LEY 2014-D, 1165.

HOOFT, P. F. (1999), “Bioética y derechos humanos”, Depalma, Buenos Aires.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2011), “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, Revista La Ley, pp. 1–19.

LAMM, Eleonora. (2011), “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, Revista de Derecho de Familia, núm. 50, julio 2011, pp. 107-132

LAMM, Eleonora *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero 2012

LAMM, Eleonora y RUVAJA, Nieve “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global” (2016) *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, N° 37, versión On-line, último acceso el 25/03/2017

MATOZZO DE ROMUALDI, , *¿Madre subrogada o esposa subrogada?*”, 1999, E.D., 151-1453 y sig.

MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, 1995, 4ª ed., cit., t. 4, págs. 101 y sigs., parágr. 719.

MÉNDEZ Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Santa Fe, 1990, t.III, ps.55 y 173.

MORÁN de Vicenzi, C.: «El concepto de filiación en la fecundación artificial», Perú, 2005

MOSSO, Carlos José (1999), "*Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial*", E.D., 167-961.

NARANJO RAMIREZ, Gisela Patricia (1994). "*La maternidad sustituta, delegada o por encargo. Tesis.*" Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín

PERRINO, Jorge Oscar, "Derecho de Familia". Tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, 2ª. edición,

RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 2016, La Ley

RUBAJA, Nieve, "Derecho Internacional Privado de Familia", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 325 y ss.

SAMBRIZZI, Eduardo, "*La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial*", La Ley, 2016, Cita Online: AR/DOC/1135/2016

SILVA, Vilar González. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel “*Biogenética, filiación y delito*” [versión electrónica], 1990, Recuperado el 12/03/18 de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2972/3228>

VIAR, Ludmila – LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Reflexiones a partir de una sentencia judicial*, 2015, DFyP AR/DOC/3193/2015. Recuperado el 28/2/2018

VIDELA, Mirta, *Los derechos humanos en la bioética*, Buenos Aires, 1999, p.152.

ZANONNI, Eduardo A (2014) “*El derecho de familia*”, 2 edición, Tomo II Jurisprudencia argentina.

2. Metodología

Hernández Sampieri, C.; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (1997). *Metodología de la Investigación* (2º Ed.). San Andrés, Colombia: McGraw Hill. Hernández Sampieri, C.; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación* (4º Ed.). San Andrés, Colombia: McGraw Hill.

Witker Jorge (1996). “*Técnicas de Investigación Jurídica*” (2º Ed.). Distrito Federal, México, McGraw-Hill.

3. Legislación.

Ley N° 23.515. Promulgada: 08-06-1987 (B.O 26.157, 12-06-87). Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/InfolegInternet/anexos/2000-24999/21776/norma.htm>

Ley N° 26.618. Promulgada: 21-07-2010 (B.O 31.949, 22-07-2010). Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/InfolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

Ley 14/2006, de 26 de mayo, España.

Código Civil Francés, artículo 16/7.

4. Jurisprudencia.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú. 14.04.2010, referencia: AR/JUR/75333/2010. *B.,M.A c F. C.,C.R.*

Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22.03.2012 . referencia: AP/JUR/288/2012. *D.C.G y G.A.M c GCBA s/ Amparo*

Juzgado de Familia n° 7 de Lomas de Zamora, de la Provincia de Buenos Aires, expediente nro. LZ-62420-2015, caratulado: "*H.M. Y OTRO/A S/ MEDIDA PRECAUTORIAS*", 30 de diciembre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica*", sentencia del 28 de noviembre de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) *Menesson* (demanda n.o 65192/11)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) *Labassee* (demanda n.o 65941/11).

5. Paginas web – artículos periodísticos

BARRANCO, Dora, "Gestación por sustitución: argumentos que se oponen", nota periodística 27/9/2016, visto el 12/03/2016 https://tn.com.ar/sociedad/gestacion-por-sustitucion-argumentos-que-se-oponen_741755

HERRERA, Marisa, Lamm, Eleonora "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", La Ley, 02/07/2014, 02/07/2014, — LA LEY 2014-D, 1165.

nota a Eleonora Lamm <http://www.mdzol.com/nota/402282-que-es-la-gestacion-por-sustitucion-buscan-regular-una-practica-que-crece-al-borde-de-la-ilegalidad/>. Última consulta: 10/11/2016.

<http://www.mdzol.com/nota/402282-que-es-la-gestacion-por-sustitucion-buscan-regular-una-practica-que-crece-al-borde-de-la-ilegalidad/>. Última consulta:10/11/2016

Regulations on Human Assisted Reproductive Technologies promulgated by the Ministry of Health and enforced on August 1, 2001. http://www.chinaphs.org/bioethics/regulations_&_laws.htm. Última consulta: 10/08/2016.

<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>. Última consulta: 21/10/2016.

<http://www.arkleg.state.ar.us/assembly/1989/R/Acts/647.pdf>. Última consulta: 21/10/2016

Family Code of Ukraine. Vigor 1/1/2004. <http://r-u.org.ua/en/analitika/pravo/149-news.html>. Última consulta: 22/10/2016.

<http://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1770>. Última consulta: 22/10/2016.