

Gestación por Sustitución en Argentina. Conflicto en torno a su vacío legal.

María Celeste Bermúdez

Carrera: Abogacía

Año: 2018

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar al instituto de la gestación por sustitución, su situación actual en la República Argentina y las consecuencias que acarrea su falta de normativa luego de haber sido omitido del Código Civil y Comercial de la Nación.

La gestación por sustitución habría formado parte del cambio que atraviesa el derecho filial argentino si hubiera sido regulada. Las tres posturas planteadas por la Comisión de Reforma del Anteproyecto fueron: regularla, prohibirla o abstenerse. Lamentablemente se optó por evadirla, muy a pesar de que actualmente se enfrenta una realidad en la que cada vez es mayor la elección de esta técnica de reproducción humana asistida para ampliar las familias argentinas.

Abstenerse de pronunciar una regulación no es una solución. El instituto debe estar normado con reglas claras, explícitas, manifiestas, orientadas a salvaguardar la vulneración de derechos personalísimos, tanto de aquellas personas que se sirven de la técnica para convertirse en padres, como así también de los niños y niñas por nacer y nacidos por medio de ella.

Palabras claves: gestación por sustitución – filiación – TRHA – mujer gestante – voluntad procreacional – falta de regulación.

ABSTRACT

The present work pretends to analyze the institute of gestation by substitution, its current situation in the Argentine Republic and the consequences that its lack of regulation brings after having been omitted from the Civil and Commercial Code of the Nation.

The gestation by substitution would have been part of the change that the Argentine subsidiary right undergoes if it had been regulated. The three positions proposed by the Commission for the Reform of the Draft Bill were: regulate, prohibit or abstain. Unfortunately, it was decided to evade it, very much in spite of the fact that nowadays a reality is faced in which the choice of this technique of assisted human reproduction is increasing to expand the Argentine families.

Refraining from pronouncing a regulation is not a real solution. The institute must be regulated with clear, explicit, manifest rules, aimed at safeguarding the violation of personal rights, both of those people who use technology to become parents, as well as unborn children born through her.

Keywords: replacement pregnancy – filiation - TAHR – pregnant women – procreational will – lack of regulation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO 1- LA FILIACIÓN.....	6
Introducción al capítulo 1.....	7
1.1. Concepto de Filiación.....	7
1.2. Las fuentes de filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	8
1.3. Clases de Filiación.....	10
1.4. Modos de determinación de la filiación.....	16
1.5. Evolución legal de la figura de la filiación en la Argentina.....	16
1.6. Principios pilares de la filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	21
Conclusión del capítulo 1.....	23
CAPÍTULO 2- LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.....	25
Introducción al capítulo 2.....	26
2.1. Concepto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	26
2.2. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	27
2.3. Técnicas de reproducción humana asistida desde la perspectiva médica.....	28
2.4. La voluntad procreacional y el consentimiento previo, informado y libre.....	33
Conclusión del capítulo 2.....	35
CAPÍTULO 3- LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	37
Introducción al capítulo 3.....	38
3.1. Concepto de gestación por sustitución.....	38
3.2. Tipos y variantes de gestación por sustitución.....	39
3.3. El tratamiento legislativo de la gestación por sustitución en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.....	40
3.4. La propuesta concreta de regulación para el instituto de la gestación por sustitución en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	44
Conclusión parcial del capítulo 3.....	47
CAPÍTULO 4- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU VACÍO LEGAL.....	49
Introducción al capítulo 4.....	50
4.1. Derechos fundamentales que se ven vulnerados frente a la falta de regulación de la figura de la gestación por sustitución.....	50
4.3. Tratamiento judicial de la gestación por sustitución en la Argentina.....	59
4.4. Jurisprudencia analizada.....	62
Conclusión del capítulo 4.....	68
CONCLUSIÓN FINAL.....	70
BIBLIOGRAFÍA.....	75

INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución, tema de la presente investigación, es la práctica por la cual una mujer gesta un hijo para otra persona o pareja. Existen numerosas formas de denominarla: maternidad subrogada, vientre de alquiler, subrogación de vientre, entre otras, pero se entiende más adecuada la terminología que se ha elegido ya que se percibe como más representativa de la acción de gestar en sí misma. Este es un tema de suma trascendencia desde diversos puntos de vistas, desde lo humano, si bien es una realidad que presenta gran complejidad, no puede minimizarse la importancia de contar con la posibilidad que hoy ofrece la ciencia de otorgar chances a quiénes las necesitan, cuando lo biológico o lo físico no las conceden. Y desde la perspectiva jurídica, se destaca la necesidad de otorgar seguridad a todos los actores implicados en el proceso de gestación por sustitución: comitentes, tercera mujer gestante y el niño o niña por nacer.

Uno de los fenómenos que atraviesa y caracteriza los cambios legislativos que se encuentran operando en una gran cantidad de países, fundamentalmente en la Argentina, es el denominado proceso de “constitucionalización del derecho privado”: corriente doctrinaria, legislativa y jurisprudencial que implica derribar los muros antes existentes entre el derecho público y el derecho privado y, acercar los postulados de la Constitución Nacional -así como también de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad- como ley suprema del Estado, a las distintas legislaciones en el nivel interno. Dentro de este marco, los cambios en las prácticas sociales vinculadas al derecho de filiación hacen necesario que el ordenamiento jurídico, además de contemplar las dos formas tradicionales -la filiación por naturaleza y por adopción-, reconozcan una tercera fuente de filiación como lo son las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (de ahora en más TRHA). Si bien la Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (de ahora en adelante CCCN), incluyó en el articulado a esta nueva forma de conformar o ampliar la familia, la omisión en la regulación de la gestación por sustitución, da cuenta de la necesidad de seguir avanzando en esta dirección.

Al omitirse este instituto como fuente del derecho filial, se plantea, por un lado, la falta de asistencia jurídica para aquellos que toman la decisión de valerse de la gestación por sustitución para convertirse en padres. Y por el otro, -desde el punto de vista jurisdiccional- la problemática que trae consigo el vacío legal que presenta su falta de regulación, ya que al ser una práctica elegida por numerosas personas que utilizan esta técnica bajo el mandato constitucional “lo que no está expresamente prohibido por la ley, está permitido” genera arduos conflictos legales a la hora de determinar la filiación de las personas nacidas o por nacer por medio de este procedimiento.

Como antecedentes se destacan diferentes trabajos académicos y científicos que dan cuenta de la necesidad de regular este instituto bajo análisis.

La pregunta de investigación se orienta a responder el siguiente interrogante: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que genera la no institucionalización de la figura de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino? De allí que, el problema de investigación apunta a reunir los elementos para el reconocimiento de este instituto, y el otorgamiento por parte de los legisladores del respaldo jurídico que exige esta práctica.

Dentro de este marco, la hipótesis de investigación es: la no institucionalización de la figura de la gestación por sustitución, vulnera derechos personalísimos de todas las partes involucradas en este procedimiento, potenciando la judicialización de conflictos.

El objetivo general del presente trabajo es establecer los principales conflictos jurídicos en torno al vacío legal de la gestación por sustitución en la República Argentina. De cara a este objetivo se establecen cuatro objetivos específicos.

En primer lugar, describir los cambios del instituto de la filiación desde el siglo XIX a la actualidad, explicitando los avances en materias de reconocimientos de derechos. En segundo término, el trabajo busca exponer los principales procedimientos médicos implicados en el proceso de gestación por sustitución. El tercer objetivo particular, se orienta a desarrollar los argumentos centrales del tratamiento legislativo, como así también los elementos que componen el articulado del Anteproyecto de la Reforma del CCCN. Por último, se pretende dimensionar el poder de discrecionalidad de los jueces, situación que puede dar lugar a la vulneración de derechos personalísimos reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados de raigambre Internacional.

El tipo de estudio que se utiliza es una combinación entre el tipo descriptivo y explicativo. En cuanto a lo descriptivo, busca especificar las características más importantes del instituto sometido a análisis, y en referencia a lo explicativo, se destaca que pretende realizar conjeturas en base a la doctrina existente sobre el tema, el comportamiento de los jueces a la hora de dirimir los diferentes conflictos y las consecuencias que acarrearán las posibles vulneraciones de derechos.

La investigación es de carácter teórico-cualitativa, dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de la exclusión y situación actual del procedimiento. Es por ello que el estudio de la información existente y de la interpretación de las normas vigentes, jurisprudencia, doctrinas y evolución de la problemática y sus posibles soluciones, se ha orientado a conocer los aspectos más importantes de la gestación por sustitución.

El estudio se aborda progresivamente, partiendo de lo general para arribar a lo particular a través del análisis documental, tomando desde la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en el cual se omitió la regulación del instituto bajo análisis.

Para el desarrollo de la investigación se contempla el análisis de las siguientes fuentes: el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, el actual Código Civil y Comercial de la Nación, sentencias de diferentes tribunales nacionales, elaboraciones de doctrina, artículos de revistas especializadas, ponencias, monografías, manuales de estudio y otras fuentes bibliográficas que exponen las diferentes posturas presentadas por la doctrina abordando cada uno distintos niveles de análisis.

La estructura de la tesis se compone de cuatro capítulos. En el capítulo 1, se expone todo lo concerniente a la temática de la filiación, sus diferentes tipos y características, sus principios, reglas generales y evolución.

En el capítulo 2, se exponen las diferentes TRHA por medio de las cuales se puede acceder a un embarazo cuando por diferentes razones, no se lo puede alcanzar de manera natural, todo ello desde la perspectiva médica, finalizando con un pequeño enfoque jurídico.

En el capítulo 3, se aborda la temática de la gestación por sustitución de forma específica, sus diferentes tipos y variantes. Se explican los fundamentos principales de su

tratamiento legislativo, cómo y por qué fue incluida en el Anteproyecto del CCCN hasta su completa omisión, con la entrada en vigencia del mismo.

En el capítulo 4 se busca responder cuáles son los derechos que se ven vulnerados en función de la falta de regulación de la gestación por sustitución, para lo cual se hace referencia a diferentes principios y derechos personalísimos. Luego, se analizarán las consecuencias jurídicas que tiene la falta de legislación actual a través de los fundamentos plasmados en sentencias de gran valor ilustrativo, muchas de las cuales sientan jurisprudencia.

CAPÍTULO 1- LA FILIACIÓN

Introducción al capítulo 1

Los avances tecnológicos y el impacto de los medios masivos de comunicación, así como la fuerza del derecho internacional en materia de derechos humanos dan cuenta de una realidad social en la cual conviven diferentes modos de vivir en familia y diversas formas de procreación que aún no están contempladas en el ordenamiento jurídico.

Frente al nuevo abanico de posibilidades que se presentan a la luz de tan diferentes y novedosos esquemas familiares, resulta imperioso satisfacer nuevas necesidades filiatorias. El modelo tradicional gestado en el siglo XIX en el cual se basó Vélez Sarsfield para crear la obra que tantos años pautó la filiación, actualmente enfrenta un cambio de paradigma ante las diferentes opciones para la conformación de un núcleo familiar.

En este capítulo se describen los cambios del instituto de la filiación desde el siglo XIX a la actualidad, explicitando los avances en materias de reconocimientos de derechos, como así también los vacíos legales en referencia a las prácticas sociales. Para ello, se parte de establecer el concepto de filiación, sus fuentes, las diferentes clases, como así también los distintos modos de determinarla, lo cual permite realizar un recorrido de su evolución legal, para cerrar con la caracterización de los principios y pilares considerados en el actual ordenamiento jurídico.

1.1. Concepto de Filiación

Para el análisis de la problemática es necesario definir los conceptos implicados. En este sentido se entiende por filiación a la relación jurídica que existe entre dos personas, el progenitor¹ y su hijo, devenido este último de un hecho natural, de un acto jurídico o de la voluntad procreacional.

¹ Se utiliza el término progenitor en total consonancia con la idea que subyace en el Código Civil y Comercial de la Nación y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, entendiendo que el lenguaje, no es neutro, por lo que se utiliza en forma genérica el término “progenitor” que involucra casos de filiación de igual o de diverso sexo. Esta postura de alejar el término progenitor del elemento genético-biológico es la línea que adopta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoció “se utilizará en sentido amplio, el término ‘progenitores’ (...) a quienes efectivamente constituyen parte de la familia (...) y por lo tanto

Lo expuesto se desprende de lo establecido en el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, en su primer párrafo, que dispone: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. La primera hace referencia al vínculo devenido de un hecho natural; la filiación por adopción se refiere al vínculo a través de un acto jurídico -en este caso una sentencia-. En cambio, las TRHA -siendo éstas una novedosa incorporación legislativa al CCCN que venía planteándose como un modo alternativo por cierta doctrina y jurisprudencia- hace plena referencia a la voluntad procreacional, concepto que se desarrolla en el siguiente capítulo.

Este cambio institucional es novedoso porque en el Código de Vélez Sarsfield, la filiación sólo hallaba sustento en la procreación, es decir, en el vínculo biológico, encontrándose inclusive el autor, en contra de incluir al instituto de la adopción como una fuente filiatoria. Coincidentemente, bajo una misma línea de pensamiento, autores como Bossert & Zannoni (2016), entienden a la filiación como el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos, dejando entrever que la adopción, no era una opción de filiación aceptada.

1.2. Las fuentes de filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, dispone: “Fuentes de la filiación: la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

El Código profundiza acerca de estas tres fuentes, en los artículos 565, 594 y 562 como se verá a continuación.

son titulares de la protección de la misma acordada en los arts. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

Texto extraído de:

https://www.dateas.com/es/derecho/Articulo_558_del_codigo_+civil_+y_comercial_+comentado (consultada en octubre del año 2018).

En el artículo 565, define a la filiación por naturaleza como: “La maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

En su articulado 594 se refiere a la adopción como “Una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”.

Y, por último, conceptualiza a los nacidos bajo Técnicas de Reproducción Humana en su artículo 562 y dice al respecto “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”.

Se observa que todas las fuentes de filiación se ven fundadas en una base diferente: la naturaleza, en la sangre; la adopción, en una sentencia judicial y las TRHA en la voluntad procreacional. En cada una de ellas, el vínculo paterno-filial, se establece de diferentes maneras, pero todas concuerdan en lo mismo: satisfacer el deseo de ser padres y ampliar la familia.

Cabe preguntarse entonces, por qué no se incluye a la gestación por sustitución entre las fuentes de filiación cuando presenta ésta las mismas características y busca inclusive,

concretar el mismo objetivo y satisfacer las mismas necesidades que las demás fuentes filiales admitidas.

Para ilustrar mejor esta idea se contempla de manera breve, la evolución legal Argentina, desde la sanción del Código de Vélez Sarsfield hasta hoy, para poder comprender mejor las diferencias entre el régimen anterior y el actual en nuestro país.

1.3. Clases de Filiación

Las tres formas de filiación que reconoce el Código Civil y Comercial de la Nación son: por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y por adopción - simple, plena o por integración-.

La filiación por naturaleza o biológica: es la que se conceptualiza como tradicional y se la suponía sobre la base de una supuesta “cultura universal” en donde se establecía un solo tipo de familia. Está generada por el acto natural de la procreación; es decir, su origen es el biológico. La normativa que la rige está fundada en la relación sexual, al igual que las nociones de embarazo, parto, etcétera. Está presidida por ciertas máximas del derecho romano como la de “*Mater semper certa est*” -madre siempre cierta es-, máxima que por cierto ha devenido en obsoleta cuando la ciencia posibilitó que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto, y en numerosos casos quien aporta el material genético femenino, sea una persona diferente; por presunciones *iuris tantum* (de paternidad por parte del marido de la madre) y por la prevalencia del dato genético como elemento determinante (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, & Herrera, 2012).

Aun así, cabe la siguiente distinción:

- Filiación matrimonial: ambos progenitores se encuentran unidos entre sí por matrimonio.
- Filiación extra matrimonial o no matrimonial: originada en progenitores no casados.

Mediante técnicas de reproducción humana asistida (T.R.H.A.): autores como Azpiri (2015), sostienen que las TRHA no constituyen una fuente de filiación autónoma

porque en la filiación por naturaleza se ha producido la concepción mediante la conjunción de un óvulo con un espermatozoide y ese proceso biológico también ocurre cuando se utiliza una práctica médica de reproducción asistida. Esto significa que tanto en uno como en otro caso habrá material genético involucrado, lo que evidencia que en ambos supuestos la filiación se producirá, como dice el artículo 558 CCCN, por naturaleza -o biológicamente si se quiere-.

Aun así, una de las diferencias radica en la forma en que se produce la concepción, que en el primer supuesto surgirá a partir de la relación sexual y en el segundo por la técnica médica que, a su vez, puede realizarse con material homólogo o heterólogo². Cuando el aporte genético es de las propias personas, la filiación será por naturaleza y no resultará necesario establecer el vínculo por la realización de las técnicas por devenir superfluas a ese fin.

La verdadera cuestión referida a la filiación por TRHA se presenta cuando ha mediado una técnica de procreación con material parcial o totalmente heterólogo, porque en ese supuesto, al no coincidir el aporte genético con la pretensión de establecer el vínculo filial, pasa a cobrar importancia la voluntad procreacional.

En suma, no será la TRHA la fuente de la filiación sino dicha voluntad, cuando no exista coincidencia genética entre las personas que desean asumir el vínculo filial con quien ha nacido a través de esas técnicas.

En contrario, Lorenzetti (2015), afirma que existen tantas diferencias entre la fuente filial por naturaleza y la fuente filial por TRHA y, que éstas son de tal magnitud, que ameritan considerarse como un tercer tipo filial con una regulación propia, que recepte todas las particularidades que presenta, porque todas estas características especiales hacen que resulte imposible la aplicación de los principios de la filiación por naturaleza, bajo pena de incurrirse en un trato discriminatorio al establecer iguales políticas para situaciones diametralmente diferentes.

² Material homólogo o heterólogo: conceptos que ampliaremos en el capítulo 2.

La filiación adoptiva, ficticia o por imitación: Solari (2017), define a la adopción como la institución mediante la cual se otorga un vínculo jurídico paterno-filial entre las partes, por medio de una sentencia judicial.

El Código de Vélez consideraba que la filiación solamente tenía sustento en el vínculo biológico, por lo que no estaba a favor de que la adopción formara parte de su obra por no considerarla una fuente filiatoria. Sin embargo, la adopción logró su lugar en el derecho argentino en el año 1948, por medio de la Ley 13.252, -que posteriormente fue sustituida por la Ley 19.134³- hasta que se dictara la Ley 24.779⁴ que incorpora sus disposiciones en el Código Civil derogado.

En el nuevo CCCN, este instituto se encuentra explicado en el artículo 594, primer párrafo: “Proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”. Se puede observar que la idea es la de satisfacer las necesidades de los niños, niñas y adolescentes que no pueden ser satisfechas por su familia de origen, y que, dándoles la posibilidad de una nueva vida, de una nueva familia, ésta les provea todo lo que un ser humano necesita para crecer íntegro y sano.

Dentro de este tipo filial, se encuentran tres clases de adopciones existentes en argentina: la adopción simple, la adopción plena y la adopción por integración, siendo esta última, una novedad en el CCCN.

La adopción simple es aquella que genera relación jurídica entre el adoptante y el adoptado, quedando fuera de ésta, los parientes del adoptado y los parientes del adoptante, y viceversa.

En contraposición, en la adopción plena el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico.

³ Publicada en el Boletín Oficial del 29 de Julio de 1971.

⁴ Ley 24.779 fue promulgada el 26 de marzo de 1997.

La adopción por integración tiene lugar cuando el adoptante, adopta al hijo de su cónyuge o conviviente, según se hallen éstos unidos en matrimonio o en unión convivencial respectivamente.

Con respeto al otorgamiento de la adopción, las pautas deben atenerse a lo especificado en el segundo párrafo del artículo 594 del CCCN “La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”. Para que el vínculo paterno-filial que otorga el emplazamiento en el correspondiente estado de familia sea otorgado, debe mediar sentencia judicial firme, es decir, quedan completamente excluidas las adopciones extrajudiciales.

Explica Solari (2017), que cuando se adopta a un niño, niña o adolescente, y por medio de una sentencia judicial se lo emplaza en el estado de hijo, deben garantizarse la resolución de conflictos relativos al conocimiento y acceso a su verdad biológica. A tales efectos se consagra el derecho del adoptado con edad y grado de madurez suficiente a tener acceso a su historia integral de vida, pudiendo el mismo acceder a todo expediente judicial o administrativo en el cual pueda indagar todo lo concerniente a su naturaleza. Por lo que, estos expedientes administrativos y/o judiciales, deberán contener el mayor número de datos precisos de la familia de origen del adoptado, sea esta información, respecto de la vida de sus padres biológicos, como así también de cualquier tipo de enfermedad transmisible.

Es un derecho del niño, niña o adolescente el acceso al conocimiento de su realidad biológica y los adoptantes deben suministrar toda la información posible sin obstáculos, ya sea que se trate de una adopción simple o plena, sin distinción, y llegado el caso permitir la comunicación con sus progenitores. Debe existir además una colaboración que traspasa la puerta de lo familiar, la cual será determinada por el juez dado el caso y contemplando cada situación, por tratarse de un menor de edad, para garantizar el debido y correspondiente acceso a la verdad biológica, de la cual hablamos. Se le concede a los adoptados la posibilidad de instaurar una acción judicial autónoma, con el solo fin de conocer sus orígenes, sin que ello altere su estado de familia. En caso de que el adoptado sea adolescente, es decir, mayor de 13 años, el mismo deberá recurrir a dicha acción con la correspondiente asistencia letrada. En caso que los adoptantes, oculten datos relacionados a la verdad que integran los orígenes biológicos del niño, niña o adolescente, pueden ser demandados por daños y

perjuicios. También corresponde hacer lugar a una prueba de ADN en el caso de que el presunto progenitor del menor adoptado determine con certeza su paternidad, sin sufrir ningún tipo de alteración o daño, la adopción plena otorgada en cada caso (Solari, 2017).

Como principio general pueden ser adoptados los menores de edad no emancipados siempre que sean declarados en situación de adoptabilidad o si los padres han sido privados de la responsabilidad parental. Por ende, podrán ser sujetos de adopción las personas que no hubieren cumplido los dieciochos años y siempre que no se encuentren emancipados. Esta exigencia debe estar dada a la fecha del otorgamiento de la guarda con fines de adopción.

A su vez, los mayores de edad pueden ser adoptados cuando se den alguna de las dos situaciones siguientes:

- Cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que se pretende adoptar⁵.
- Cuando hubiere habido posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada. Dicha posesión de estado de hijo debe haber sido durante la menor edad del sujeto que se pretende adoptar. El adoptado debe dar su consentimiento, pues de lo contrario, no podría prosperar la pretendida adopción.

En cualquiera de los casos para que tales personas puedan ser dadas en adopción será necesario que las mismas hubieren sido declaradas en estado de adoptabilidad -decretada por un juez- o bien que sus padres hayan sido privados de la responsabilidad parental.

El CCCN no limita el número de adoptantes que puede adoptar una familia, como tampoco limita el número de quienes pueden adoptar, resultando también irrelevante tanto el estado civil como la orientación sexual del o los pretensos adoptantes a los fines de la adopción⁶.

⁵ Se amplía el instituto pues ahora se autoriza no solamente la adopción del hijo del cónyuge sino también la adopción del hijo del conviviente, en las condiciones de la norma.

⁶ Cuando se dice “resultando irrelevante tanto el estado civil como la orientación sexual del o los pretensos adoptantes a los fines de la adopción”, se hace referencia a que pueden adoptar parejas unidas legalmente en matrimonio, personas que viven en unión convivencial como también pueden hacerlo personas (hombre o mujer) solteras con la idea de educar a ese niño o niña desde la monoparentalidad. La heterosexualidad tampoco

Según Solari (2017), el número de adopciones dependerá del deseo de los adoptantes y no será una interferencia que éstos tengan descendencia propia o no, pues el instituto de la adopción cumple una función social que no encuentra su límite en la capacidad o incapacidad de poder tener hijos biológicos, siempre y cuando se cumplan con las normas y los requisitos solicitados para tal fin. La pluralidad de adopción puede hacerse de forma simultánea o sucesiva. De tener los pretensos adoptantes hijos naturales, éstos deberán ser oídos, en un examen psicológico que los evaluará de acuerdo a su edad y grado de madurez, permitiéndoles intervenir en el respectivo juicio. Dicho examen no supeditará que la adopción se concrete. Las adopciones múltiples no deben ser todas del mismo tipo, es decir, simples o plenas. Los descendientes del o de los adoptantes se consideran hermanos entre sí, garantizándose la igualdad entre ellos.

Los requisitos que deberán cumplir los pretensos adoptantes son taxativos, siendo la diferencia de edad entre el o los pretensos adoptantes y el niño, niña o adolescente, menor a dieciséis años, sin establecer un límite de edad máximo⁷. La excepción a esta limitación es la adopción por integración por tratarse de una adopción especial, porque la diferencia de edad al adoptar al hijo o hija del cónyuge o pareja de unión convivencial, es ajena al propósito de adopción en sí mismo.

Es concluyente también, haber residido en el país por un plazo mínimo de cinco años anteriores a la petición de adopción y hallarse inscriptos en el registro de adoptantes, como así también que las personas que decidan adoptar y se encuentren unidas en matrimonio o unión convivencial, deberán hacerlo de manera conjunta.

Respecto de este último requisito la autora lo considera muy acertado. Si dos personas se encuentran en un proyecto de vida en común, la intención de adoptar debería ser también un proyecto conjunto.

marca una frontera para poder acceder a la adopción, pudiendo optar por ésta tanto personas de diferente como del mismo sexo, sin ningún tipo de limitación.

⁷ Esta diferencia de edad se ha disminuido desde el Código de Vélez, en donde ésta debía ser igual o mayor a los dieciocho años entre el adoptado y los adoptantes, la cual se previó con el fin de resguardar la estabilidad del vínculo entre ambos, con el fin de que la relación paterno-filial pueda desarrollarse en un ámbito de mayor madurez afectiva.

El código prevé la posibilidad de que al menor de edad se lo pueda adoptar nuevamente en caso de que su o sus adoptantes se extingan, siendo la razón de esta extinción la muerte u otra causa. Contempla Solari (2017), que esto es una innovación en el nuevo Código, pues la norma anterior, solamente contemplaba la extinción por muerte de los adoptantes.

1.4. Modos de determinación de la filiación

En este apartado, se explican las diferentes formas receptadas por las normas argentinas acerca de cómo establecer los tipos de vínculos parento-filiales.

Los modos de determinación que expone Bedrossian (2017), son tres:

- Legal: cuando la filiación se dispone legalmente conforme a determinados supuestos, como pueden ser el parto y las presunciones. Por ejemplo, la maternidad queda determinada por el hecho del parto (artículo 565 CCCN) y si es una mujer casada, se presume que su cónyuge es el otro progenitor (artículo 566 CCCN).
- Voluntaria: deriva del hecho del reconocimiento en función a las formas dispuestas en el artículo 571 CCCN (aplicable a la filiación extramatrimonial) o, en el caso de las TRHA, la voluntad procreacional.
- Judicial: opera frente a la ausencia de la determinación legal (si existe intención de admitir espontáneamente a un hijo será necesario el reclamo judicial) o de la determinación voluntaria. La sentencia dictada en las acciones de reclamación de filiación establecerá el modo de lograr el efectivo emplazamiento filial en estos casos.

1.5. Evolución legal de la figura de la filiación en la Argentina

El Código de Vélez Sarsfield, además de omitir a la adopción como una de las fuentes de filiación, establecía diferentes categorías de hijos dividiéndolas en hijos legítimos o matrimoniales, la cual abarca a los hijos provenientes de aquellos que se hallaban unidos en

matrimonio; e hijos ilegítimos o extramatrimoniales que eran los hijos de personas que no se hallaban casadas entre sí. Dentro de esta última categoría, se pueden diferenciar aquellos hijos de padres que no tenían ningún impedimento para contraer matrimonio de los que sí. A los primeros se los llamaba naturales. La segunda subcategoría se dividía en incestuosos, adulterinos y sacrílegos.

Los incestuosos, eran hijos de aquellas personas que se encontraban incapacitadas para contraer matrimonio por impedimento de parentesco de consanguineidad; los adulterinos, eran hijos de personas que no podían casarse entre sí por impedimento de ligamen, es decir, por estar unidas en matrimonio con otras personas y los sacrílegos, eran los hijos de padre clérigo de órdenes mayores o de persona -padre o madre- ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica (García de Solavagione, 2016).

El gran impacto de esta división fue el efecto sobre los derechos de los hijos ilegítimos, los cuales se veían en desigualdad de condiciones frente a los que concebían dentro de la institución del matrimonio, por ejemplo, la posibilidad de heredar.

Los naturales podían demandar a los padres para que reconociesen su paternidad o maternidad, reclamar alimentos y les correspondía en la herencia de los padres una cuarta parte de lo que le correspondía a un hijo legítimo, salvo que vinieran solos a la herencia, en cuyo caso eran de un medio.

García de Solavagione (2016), sostiene que los incestuosos, los adulterinos y los sacrílegos, no podían demandar a los padres para que reconociesen su paternidad o maternidad; para reclamar alimentos debían ser mayores de 18 años, haber sido reconocidos voluntariamente por sus padres y estar imposibilitados para proveer a sus necesidades. Carecían de derechos sucesorios para heredar al padre o la madre, quienes no gozaban de patria potestad a su respecto ni podían designarles tutores, ni a su vez, heredarlos. Su situación mejoraba si eran reconocidos por el progenitor no casado, o por uno solo de los progenitores incestuosos, o por aquél que no había recibido órdenes sagradas ni había formulado voto solemne de castidad. Quedaban así, en la situación de hijos naturales del reconociente.

Con la sanción de la Ley 14.367⁸, la diferencia entre los hijos de parejas legalmente casadas de las que no lo estaban, se hace menos visible, pues se suprimen las discriminaciones públicas y oficiales entre éstos, y se prohíben toda clase de referencias en la partida de nacimiento. Es decir, la clasificación hijos legítimos e ilegítimos se mantiene, pero se unificó la subdivisión que se realizaba en esta última categoría, otorgándoles los mismos derechos: podían demandar a los padres para que reconozcan su paternidad o maternidad; reclamar alimentos; y le correspondía en la herencia de sus padres, la mitad de lo que se le otorgaba a un hijo legítimo.

García de Solavagione (2016), realiza el siguiente análisis: en el año 1984, la República Argentina a través de la Ley 23.054⁹ ratifica el Pacto de San José de Costa Rica mediante el cual reconoce iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. Al año siguiente, con la entrada en vigencia de la Ley 23.264¹⁰, se comienza a pensar en lo que luego se transformaría en un principio fundamental en la reforma del Código Civil: la “Igualdad de efectos de la filiación”, lo que representa un excelente progreso y ratifica los postulados de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Estas leyes son de fundamental importancia, pues establecen que la filiación matrimonial produce los mismos efectos, los cuales se mantendrán para determinar la paternidad. Dentro de este marco se habla por primera vez de la constitucionalización del derecho civil, en base a esta “equiparación de la filiación”, es que hoy se habla de la democratización del estado de hijo, considerando que la igualdad, debe transgredir el poder moderador del Estado.

García de Solavagione (2016), analiza este cambio institucional en función de las siguientes características:

Igualación jurídica de todas las filiaciones consanguíneas y adoptivas plenas: se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se le deben reconocer

⁸ La Ley 14.367 entró en vigencia el 03 de noviembre de 1954.

⁹ La Ley 23.054 entró en vigencia el 27 de marzo de 1984.

¹⁰ La Ley 23.264 de “Filiación Extramatrimonial”, entró en vigencia el 23 de octubre de 1985, suprimiendo las discriminaciones entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Esta Ley derogó a la Ley 14.367.

los mismos derechos a los hijos nacidos en el matrimonio como fuera del mismo, sin discriminación ni distinciones por razones de filiación. Dicha igualdad jurídica se refleja en la equiparación de efectos, que se diferencian de la adopción simple por poseer ésta un régimen especial.

Igualación jurídica de progenitores y ascendentes: cuando se habla de igualdad jurídica entre progenitores y ascendentes, se hace referencia a la patria potestad, al derecho de alimentos y a la vocación sucesoria respecto de los ascendentes extramatrimoniales, en igualdad de condiciones que los matrimoniales.

Veracidad biológica: este principio tiene jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22c), reconocido por la Convención de los Derechos del Niño (1989) y es muy importante en la determinación de la filiación. Implica que no debe existir discordancia entre el nexo filial natural o biológico de la procreación y el jurídico.

Aunque es muy importante tener en cuenta que existen excepciones y límites en este principio como son la adopción, la fecundación asistida con material heterólogo¹¹ y la gestación por sustitución.

Por medio de este principio se transforma el antiguo *presumptiones iuris et de jure* en el *presumptiones iuris tantum*, es decir, que ya las verdades no eran absolutas y se otorga la posibilidad de ser discutidas. De allí que desaparecen las prohibiciones para indagar sobre quién es el progenitor, otorgando esto la posibilidad, de conocer sus orígenes, utilizando todo tipo de pruebas, incluyendo a las biológicas.

Prevalencia del interés del menor: la prevalencia del interés del menor, revela el derecho que tiene un niño a conocer sus orígenes, a saber, cuál es su filiación biológica y que se establezca su filiación jurídica, no sólo desde lo familiar, sino también desde lo social. Este derecho debe estar por encima del derecho de una madre o un padre, a decidir con que conocimiento de la verdad biológica del niño, puede formar un vínculo jurídico o no, con el nacido, a través de su reconocimiento.

¹¹ Concepto que se desarrolla en el Capítulo 2.

Este principio presenta dos caras:

- El interés superior minoril: la política de un Estado regula las normas que contemplan el estatuto filiatorio de un país, acorde a sus usos y costumbres.
- El interés superior del menor en el caso concreto: que es el que observará un juez especializado en cada caso puesto a su consideración, que involucre niños.

Revalorización de la posesión de estado filial¹²: de este principio surge que la relevancia de la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento biológico, proclamado en el artículo 584 de nuestro CCCN que dispone: “La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético”. Se remarca el carácter irrevocable del reconocimiento, aunque fuere implícito.

¹² Para Zannoni (2016) el estado de familia es la atribución subjetiva de relaciones jurídicas familiares.

El emplazamiento se entiende como la ubicación o status atribuido a un individuo dentro de un grupo social. Dentro de la familia, a todo individuo le corresponde también un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas, o aun por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre con el caso del soltero.

El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia (Zannoni 2016). En este aspecto, se puede tener el estado de soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, con relación a otra persona determinada, el de cónyuge, pariente o extraño.

Como se advierte, el estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible, que resulta entonces inescindible de la persona misma y, por lo tanto, inalienable e irrenunciable.

Este estado de familia se prueba con el título, el cual, en sentido formal, es el instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia de una persona, como, por ejemplo, la partida de casamiento.

El emplazamiento en el estado de familia requiere del título de estado en sentido formal, puesto que sólo mediante él se hace oponible erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden al estado.

Pero bien puede suceder que una persona ejerza, en los hechos, tales derechos y deberes sin título; por ejemplo, José se dice hijo de María que lo trata públicamente como tal y afirma a la vez, ser la madre; otro ejemplo: Marcos y Andrea dicen ser marido y mujer, se comportan públicamente como tales y viven juntos, pero no han contraído matrimonio. En estos casos se dice que hay posesión de estado, aun cuando no existe un estado de familia.

Tal posesión de estado tiene relevancia jurídica, porque permite a la ley presumir que quienes en los hechos se han comportado públicamente como si estuvieran emplazados en el estado de familia, reconocen por medio de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado.

En otros casos, la posesión de estado constituye un hecho que la ley toma en cuenta para atribuir determinadas consecuencias jurídicas, como por ejemplo la convivencia de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hace presumir su paternidad, salvo oposición fundada. (artículo 585 CCCN).

En la segunda parte el artículo 558 del CCCN se expresa: “La filiación por adopción plena, por naturaleza, o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código”, en donde queda materializada la expresión de igualdad y constitucionalización de los derechos filiales por los que se viene luchando desde antes del código de Vélez a la fecha, aunque se entrevé que quedan muchas libertades por alcanzar.

1.6. Principios pilares de la filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación

Estos principios actúan como sostén de todo el sistema y manifiestan claramente que el nuevo CCCN es de corte constitucional y convencional. A los efectos del presente trabajo se destacan los siguientes:

Principio del interés superior del niño¹³: Ya la Convención de Derechos del Niño (de ahora en adelante CDN) consagró este principio estableciendo que toda decisión gubernamental y/o judicial debe respetar el interés superior del niño. En la CDN se encuentra previsto como “el mejor derecho” vale decir el mejor interés del niño en una circunstancia dada.

El profesor Augusto Díez Ojeda advierte sobre las imprecisiones de este principio. En ese sentido puntualiza:

La noción general del interés superior del niño que constituye la base de toda intervención en contra de niños elude una definición precisa y da una discreción muy amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del interés superior (Díez Ojeda, 1998, p. 25).

Sin embargo, varios años después y luego de que el principio fuera aplicado en diversas formas en innumerables pronunciamientos jurisdiccionales, la Ley 26.061¹⁴ vino a “clarificar” la definición de este principio: “La máxima satisfacción integral y simultánea de

¹³ Artículo 3 C.D.N y 3 Ley 26.061.

¹⁴ Ley 26.061: Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, promulgada en el año 2005.

los derechos y garantías reconocidos” y a considerarlo, de esta manera como un principio garantista.

Queda claro entonces que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales.

Este principio puede ser analizado desde dos perspectivas:

Todos aquellos hijos cuyo origen descansa en la adopción plena, en la procreación natural, en la procreación asistida matrimonial o extramatrimonial, tendrán los mismos derechos.

Todos los hijos, sin que sea relevante su origen, tienen derecho a un emplazamiento en el doble vínculo filial (Krasnow, Iglesias, Fernandez, Loyarte, Nadalini, Molina de Juan, de la Torre, Pellegrini, Herrera, Duprat y Hernández, 2016).

El derecho a la identidad¹⁵ y, en consecuencia, a la inmediata inscripción. La identidad acompaña a la persona durante toda su existencia. Por ello, puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo el origen el primer eslabón de esta cadena y no el único que integra este derecho (Krasnow, et al., 2016).

Acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica, de vasta aplicación en nuestro país desde la sanción de la Ley 23.264 en el mes de octubre de 1985, con motivo de los juicios por desaparición de niños durante la dictadura de 1976 a 1983 y la supresión de identidad de los menores por parte de los apropiadores (García de Solavagione, 2016).

Derecho a formar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella. Establecido en el artículo 17 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se reitera, ahora ante la creación del matrimonio entre personas de igual sexo. Incluye el

¹⁵ Artículos 7 y 8 y artículo 11, Ley 26.061.

derecho constitucional a no formarla como caras de una misma moneda, ambos derechos son igualmente importantes, y como derechos constitucionales son irrenunciables (García de Solavagione, 2016).

Conclusión del capítulo 1

La familia, desde cualquier perspectiva, es la base de la sociedad. La familia es el puntal emocional en la vida de cualquier persona y los cambios que ha atravesado esta institución son la clara muestra de un progreso que impulsa los deseos de lucha y las convicciones por alcanzar la igualdad sexual, por cubrir necesidades emocionales e incapacidades físicas, permitiendo a quienes realmente no pueden lograr el sueño de ser padres, concretarlo. Allí es donde el instituto filial y todos los avances alcanzados, son capaces de mostrarse en cada oportunidad, un poco más a la par de las necesidades sociales que, en más de una oportunidad avanzan con mayor rapidez que la ciencia.

Hoy, podemos definir a la filiación como la relación jurídica que existe entre una persona y su hijo, establecida la misma por medio de un hecho natural, por medio de la voluntad procreacional o gracias a un acto jurídico sentado por medio de una sentencia firme. Pero esto no siempre fue de esta manera.

Primeramente, la única manera de alcanzar el sueño de ampliar una familia era de forma biológica o natural, pariendo un hijo, en donde la paternidad y la maternidad se determinaban solamente por medio de la consanguinidad y concebido por un hombre y una mujer unidos legalmente por el matrimonio. En este contexto la mujer carecía de protagonismo y la adopción no era aceptada dentro del marco normativo, hasta 1948 con la sanción de la Ley 13.252, que posteriormente fue sustituida por la Ley 19.134 hasta que se dictara la Ley 24.779, que incorpora sus disposiciones al ex Código Civil y Comercial Argentino.

En la década del ochenta, se amplían las características de la filiación de acuerdo a las necesidades del contexto social. En este sentido, se incorporan principios de derechos humanos en función de la defensa y la protección de derechos personalísimos. Estos

principios y las necesidades sociales se retroalimentan, cobran vida y conquistan un lugar diferente los distintos roles familiares, los niños y la mujer.

Como se puede observar del análisis precedente, la gestación por sustitución se encuentra apartada de las fuentes de filiación actuales, de ello se desprende que, a pesar de los avances jurídicos en torno a la materia, el derecho argentino sigue teniendo una deuda en cuanto al reconocimiento de los derechos de los actores implicados en el proceso de la gestación por sustitución.

CAPÍTULO 2- LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA

Introducción al capítulo 2

La gestación por sustitución es un especial procedimiento de TRHA, que se concreta, cuando no existe posibilidad física o biológica en la o las personas que poseen la voluntad procreacional. Las ciencias médicas, con la ayuda de los avances de la tecnología, van cubriendo las imposibilidades de los seres humanos a la hora de reproducirse, asistiéndolos para poder concretar sueños que de otra manera serían imposibles.

En este capítulo se exponen los principales procedimientos médicos implicados en el proceso de gestación por sustitución para dar cuenta de la necesidad de incluirlo dentro del ordenamiento jurídico argentino. En este sentido, se desarrollan los siguientes apartados: el concepto de técnicas de reproducción humana asistida, su clasificación, las técnicas de reproducción humana asistida desde la perspectiva médica, la voluntad procreacional y el consentimiento previo, informado y libre.

2.1. Concepto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Para una mayor comprensión y claridad sobre la temática a abordar, se define a las técnicas de reproducción humana asistida.

El adelanto del conocimiento científico y tecnológico abrió la posibilidad de que la fecundación (unión del óvulo y el espermatozoide) y el desarrollo inicial del embrión se realicen fuera del tracto reproductor femenino, in vitro. Los embriones resultantes de la aplicación de estas técnicas de reproducción humana asistida necesitan ser implantados en el útero para llegar a ser un feto, para transformarse posteriormente, luego de su normal desarrollo, en un niño o niña, lo que implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión pre implantado y el embrión implantado. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en el útero puede evolucionar hasta convertirse en un ser humano (González, 2015).

La reproducción medicamente asistida, se basa en una serie de métodos y tratamientos médicos a los que recurren personas -individualmente o en pareja- con problemas de infertilidad, con el fin de concretar la gestación de un embarazo. Durante el manejo de estas

técnicas pueden manipularse ovocitos¹⁶, espermatozoides¹⁷ o embriones¹⁸, de acuerdo al caso en concreto.

En materia filiatoria, las TRHA han generado lo que algunos denominan “revolución reproductiva” (término acuñado por la Dra. Lamm) basándose en la idea de alcanzar la reproducción humana por medio de procesos médicos, separados de la sexualidad, es decir, “son técnicas de reproducción sin sexo”. Se encuentran reguladas por la Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida 26.862, sancionada el 05 de junio de 2013, admitiendo la misma el acceso a las TRHA -sean éstas homólogas o heterólogas- a toda persona capaz y mayor de edad (Lamm, 2015).

Ello indica que el acceso a estas técnicas de reproducción asistida es para toda persona sin prioridad ni restricción en función de su sexualidad o estado civil. Es así que pueden acceder a ellas todas las parejas de igual o distinto sexo, de estado civil casadas o en convivencia, como así también, hombres y mujeres en forma unipersonal que desean convertirse en padres o madres. Aquí, la definición del vínculo paterno-filial dependerá de la voluntad procreacional y no del aporte genético (Krasnow, 2016).

2.2. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida se clasifican en diferentes grupos, cada uno de los cuales lo hará en función de la razón principal que subordina cada división.

Clasificación de las técnicas en función de su complejidad: el artículo 2 de la ley de reproducción humana asistida nos permite clasificarlas de acuerdo a su complejidad:

¹⁶ Ovocitos: También denominado ovocito. Es el nombre que se le da a la célula sexual femenina. De su proceso de maduración y de división, que tiene lugar en el ovario, nace el óvulo.

¹⁷ Espermatozoides: El espermatozoide designa un gameto (célula reproductora) macho producido por los testículos masculinos. Se compone de una cabeza y un flagelo. Contiene en su núcleo las informaciones genéticas del padre, que transporta y lleva consigo hasta el óvulo, que contiene la información genética de la madre.

¹⁸ Embriones: Es la etapa inicial de desarrollo del ser vivo mientras se encuentra en el huevo o en el útero. En el ser humano, el término se aplica hasta el final de la séptima semana desde la concepción (fecundación). A partir de la octava semana, el embrión pasa denominarse feto.

- Técnicas de baja complejidad: son aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino.
- Técnicas de alta complejidad: son aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del sistema reproductor femenino.

Clasificación de las técnicas en función del material genético utilizado: conforme al material genético (gametos¹⁹) que se utiliza en la inseminación artificial, pueden clasificarse en homólogas, si ambos gametos pertenecen a las personas intervinientes o heterólogas, si uno de los gametos o ambos corresponden a terceros (Bedrossian, 2017).

Clasificación de las técnicas en función del estado vital de los donantes: de acuerdo al estado vital de los donantes, se pueden dividir en vida o post mortem. Las técnicas en vida corresponden a aquellas en las que el material genético utilizado, -tanto óvulo como espermatozoide-, pertenecen a donantes que se encuentran vivos; por el contrario, en las técnicas de reproducción post mortem se utilizan los gametos posteriores al fallecimiento del dador o la transferencia del embrión se realiza ulterior a la muerte de alguno de los participantes del proceso de gestación o de alguno de los que prestó su consentimiento (Bedrossian, 2017).

Por otra parte, y fuera de estas clasificaciones, es importante tener en cuenta un especial procedimiento de TRHA como lo es la denominada “gestación por sustitución”, es decir, cuando en el proceso reproductivo interviene una tercera persona (mujer gestante²⁰) a los fines de gestar un niño para otra persona o pareja quiénes serán sus progenitores (Herrera, 2014).

2.3. Técnicas de reproducción humana asistida desde la perspectiva médica

La medicina es una ciencia que, a diferencia de otras, tiene la peculiar característica de actuar bajo un gran condicionamiento: “evitar la muerte”. Desde el comienzo de la especie humana se ha presentado como baluarte de la lucha contra el dolor, ayudando a sanar, para mantener vivos a los seres humanos. Pero no debe olvidarse que, las ciencias médicas tienen

¹⁹ Gametos: Un gameto es una célula que tiene una función reproductora. En el ser humano podemos distinguir los gametos masculinos (espermatozoides) y los gametos femeninos (óvulos).

²⁰ Gestante: mujer que prestará su vientre para gestar al niño o niña de manera solidaria o por medio de una suma de dinero acordada previamente, pero no es quien posee la voluntad procreacional.

también un enfoque radicalmente contrapuesto a esta realidad cuando se vislumbran las nociones de la biogenética respecto de la creación de la vida.

Los deseos de ampliar una familia muchas veces se ven opacados más allá de ese mismo deseo, por las posibilidades y limitaciones de la vida cotidiana. La infertilidad es uno de los problemas más comunes para alcanzar este anhelo. En otras oportunidades esta razón se ve coartada por la orientación sexual o porque se carece de una pareja estable que le permita a quien lo busca, transformarse en padre o padres. Y es aquí, en donde la medicina aparece para mejorar estas falencias y permite al ser humano transformarse en progenitor. Las técnicas de reproducción humana, son una posibilidad para poder conseguirlo (Krasnow. 2016).

Se comienza el análisis partiendo de la clasificación que se realizó el punto anterior sobre las TRHA en función de su complejidad y teniendo en cuenta lo que expresa el artículo 8 de la Ley 26.862: “Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad”.

Estimulación Ovárica: ese tratamiento será siempre el primer paso para poder acceder a cualquier otra técnica a utilizar y consiste en provocar la estimulación ovárica, por medio de dosis controladas de medicamentos que contienen un dosaje específico de hormonas que estimularán a los ovarios, para la posterior maduración de múltiples folículos²¹ que brindarán un número adecuado de ovocitos que permitirán acceder al correspondiente tratamiento. El número de folículos a madurar dependerá de la técnica a utilizar²².

Se recurre a diferentes vías de administración, pero en general la más utilizada es la inyección subcutánea. Las hormonas para la estimulación ovárica suelen iniciarse durante los primeros días del ciclo menstrual y habitualmente se acompañan de medicación para que

²¹ Folículo: Estructura en forma de saco pequeño o de cripta integrada por células con función secretora o excretora, como los folículos tiroideos, pilosos, ováricos o linfáticos.

²² <https://www.reproduccionasistida.org/estimulacion-de-la-ovulacion-en-fiv/> (consultada en octubre de 2018).

estos folículos, una vez desarrollados, no ovulen espontáneamente si no que puedan ser capturados durante la punción ovárica²³.

Dentro de las técnicas de baja complejidad, encontramos:

Coito Programado: para que el embarazo tenga lugar, es necesario que el óvulo y el espermatozoide se fusionen y den lugar al embrión. El óvulo se encuentra en el interior del ovario y cuando alcanza su estado de maduración final es expulsado hacia las trompas de Falopio. Esto es lo que conocemos como ovulación²⁴ y ocurre aproximadamente a mitad del ciclo menstrual²⁵. Fuera del ovario, el óvulo es capaz de sobrevivir unas 24 horas, por lo que el espermatozoide sólo tiene este tiempo para llegar hasta él y fecundarlo. El coito programado se transforma así en una de las más sencillas técnicas de reproducción asistida, donde las relaciones sexuales se programan al momento más fértil del ciclo menstrual, sincronizando la ovulación con las relaciones sexuales para alcanzar con éxito el embarazo²⁶.

Inseminación Artificial: podemos distinguir diferentes tipos de inseminación artificial en función del criterio de clasificación (Lippert & Hennesen, 2002).

El lugar exacto del organismo femenino donde dejar la muestra de semen permite distinguir 4 tipos de inseminación artificial:

- Inseminación intravaginal: el semen se deposita en la vagina.
- Inseminación intracervical: el semen se deposita en el cuello del útero.
- Inseminación intrauterina: el semen se deposita en la cavidad uterina.
- Inseminación intratubárica: el semen se deposita en una trompa de Falopio.

²³ <https://www.institutobernabeu.com/foro/estimulacion-ovarica-que-es-implica-algun-riesgo/> (consultada en octubre de 2018).

²⁴ <https://www.reproduccionasistida.org/cuando-se-produce-la-ovulacion/> (consultada en octubre de 2018).

²⁵ Ciclo menstrual: es el período que va desde el primer día de la menstruación hasta el comienzo de la menstruación siguiente. Es el proceso que prepara al útero para el embarazo, mediante el desarrollo de los gametos femeninos y una serie de cambios fisiológicos.

²⁶ <https://www.reproduccionasistida.org/coito-programado/> (consultada en octubre de 2018).

La inseminación artificial intrauterina (IUI) es la más común, de hecho, la que se emplea de forma rutinaria debido a su mayor seguridad y probabilidad de embarazo. Los otros tipos únicamente se aplican en casos en los que la IUI no es posible (Lippert & Hennesen, 2002).

Por esta razón, cuando hablamos de inseminación artificial hacemos referencia a la IUI, de hecho, son considerados por muchos como sinónimos.

Tipos de inseminación artificial según el origen del semen: dependiendo del origen de la muestra de semen, la inseminación artificial se puede dividir en dos tipos: la inseminación artificial conyugal (IAC), en la cual el semen que se utiliza es de la pareja; y la inseminación artificial de donante (IAD), en la que el semen empleado procede de un donante que ha decidido de forma voluntaria donar parte de sus espermatozoides²⁷.

- Inseminación artificial conyugal: en este tipo de inseminación, también denominada inseminación artificial homóloga (IAHo), cada miembro de la pareja aporta sus gametos: la mujer, los óvulos y el hombre, los espermatozoides²⁸.
- Inseminación artificial de donante: también conocida como inseminación artificial heteróloga, consiste en emplear la muestra seminal de un donante. Esto significa que los genes del futuro hijo no provendrán del padre, sino que heredarán la dotación genética del donante²⁹.

Pertenecientes a la categoría de alta complejidad, podemos mencionar:

Fecundación In Vitro (FIV): la fecundación in vitro es un tratamiento de fertilidad que consiste en extraer los óvulos de los ovarios de la mujer mediante punción folicular y, a continuación, fecundarlos en el laboratorio con los espermatozoides del varón. Seguidamente, se observa la evolución de los embriones en cultivo hasta que se transfieren al útero de la futura madre a fin de lograr el embarazo³⁰.

²⁷ <https://inseminacionartificial.info/tipos/> (consultada en octubre de 2018).

²⁸ <https://inseminacionartificial.info/tipos/inseminacion-artificial-conyugal-iac/> (consultada en octubre de 2018).

²⁹ <https://inseminacionartificial.info/inseminacion-artificial-de-donante-iad/> (consultada en octubre de 2018).

³⁰ <https://www.reproduccionasistida.org/fecundacion-in-vitro-fiv/> (consultada en octubre de 2018).

En función de la técnica utilizada para fusionar los gametos y dar lugar a un embrión, se distinguen los siguientes tipos de FIV³¹:

- FIV convencional: se ponen en la misma placa de cultivo los óvulos y los espermatozoides a la espera de que sean capaces de fusionarse por sí mismos.
- Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI): el espermatozoide es introducido directamente en el interior del óvulo a través de una microinyección. Realizar uno u otro método dependerá de las condiciones de infertilidad de cada pareja.

El proceso de FIV es complicado, ya que son varios los pasos por los que se debe pasar para lograr el éxito final del tratamiento. Resumiendo todo lo expuesto, los comentaremos a continuación y de manera sintética³²:

- Estimulación ovárica controlada: la mujer recibe medicación hormonal durante aproximadamente 10 días para estimular la producción de óvulos y poder obtener así un mayor número de ellos. Además, esta medicación permite controlar el momento de la ovulación, aumentando así las probabilidades de que los óvulos obtenidos sean maduros y aptos para la fecundación.
- Punción ovárica o folicular: es la intervención quirúrgica en la que se extraen del ovario los óvulos maduros. Se realiza por aspiración, dura unos 20-30 minutos y requiere anestesia.
- Recogida y preparación del semen: se recoge la muestra del varón generalmente por masturbación, aunque también puede obtenerse por aspiración de epidídimo o biopsia testicular. A continuación, el espermatozoide pasa por un proceso de capacitación espermática que hará que los espermatozoides sean capaces de fecundar y dar lugar al embrión.
- Fecundación: óvulo y espermatozoide se fusionan, ya sea por ellos mismos (FIV convencional) o mediante la microinyección (ICSI).

³¹ <https://www.reproduccionasistida.org/el-proceso-de-la-fecundacion-in-vitro/> (consultada en octubre de 2018).

³² <https://www.reproduccionasistida.org/el-proceso-de-la-fecundacion-in-vitro/> (consultada en octubre de 2018).

- Cultivo de los embriones: una vez que el óvulo ha sido fecundado, se dejan los embriones en un incubador específico que mantiene las condiciones óptimas de desarrollo embrionario. Se observa su evolución hasta la transferencia, que podrá realizarse en el día 3 o en el día 5-6 de desarrollo.
- Preparación endometrial: la mujer recibe estrógenos y progesterona para que su endometrio³³ tenga el aspecto y grosor adecuados para favorecer la implantación.
- Transferencia de embriones: se escogerá el o los embriones de mayor calidad y se transferirán al útero de la futura madre a la espera de que se produzca la implantación y se inicie con ello el embarazo. Sin embargo, se recomienda transferir un solo embrión.
- Congelamiento de embriones: los embriones sobrantes no transferidos que tengan buena calidad son criopreservados por el método de vitrificación para su uso posterior³⁴.
- Prueba de embarazo: unos 14 días después de la punción folicular, la mujer podrá realizar el test de embarazo que detecta la hormona beta-hCG, producida desde la implantación embrionaria.

2.4. La voluntad procreacional y el consentimiento previo, informado y libre

Luego de examinar puntualmente cada tipo de TRHA desde la perspectiva médica, se procede a analizar este tipo de filiación y sus particularidades, desde el punto de vista jurídico.

³³ Endometrio: El endometrio es el revestimiento mucoso interno del útero.

³⁴ La fecundación extracorporal ha sido posible, científicamente, mediante la manipulación de los gametos para posibilitar tal manipulación han coadyuvado decisivamente las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante un tiempo considerable –incluso años– el semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización. La conservación se hace en el laboratorio, manteniendo los gametos en nitrógeno líquido a muy bajas temperaturas, origen de los bancos de semen y de los bancos de óvulos que disponen de material para la fertilización.

La posibilidad de manipular los gametos presupone, ciertamente, lo se llamaría “su poder de disposición”. Espermatozoides y óvulos pueden, entonces, ser donados o vendidos, conservados para su utilización ulterior, etc. (Bossert & Zannoni, 2016)

El Código otorga un papel central, en la filiación derivada por las TRHA, a la voluntad procreacional la cual queda debidamente exteriorizada mediante el consentimiento previo, informado y libre. De este modo, dispone la obligación de que todo centro de salud especializado requiera a los intervinientes, el correspondiente consentimiento.

Opina Lorenzetti (2015), que éste es de tal importancia, que debe ser renovado o prestado en cada procedimiento o práctica médica en que se incurra en la utilización de gametos o embriones, ya sea que estemos hablando de tratamientos de simple, mediana o alta complejidad, por parte del o de los comitentes. Se considera un requisito esencial para la formalización de la voluntad procreacional y define la voluntad de una o más personas para aceptar derechos y obligaciones.

Lorenzetti (2015), califica a la voluntad procreacional como el eje central o columna vertebral de la filiación por TRHA, por lo que resulta ineludible su exteriorización, y ello se alcanza por medio del consentimiento previo, informado y libre. Expone Solari (2017), que el principio de la voluntad procreacional reside en una expresión de voluntad libre y plena, mediante el cual, una persona o pareja, independientemente de estar constituida por dos personas de distinto o del mismo sexo, se compromete/n a asumir los roles parentales respecto de un niño o niña, con independencia de quien haya aportado los gametos para su concepción.

Para Bedrossian (2017), la voluntad procreacional es además una de las tantas diferencias que observa este tercer tipo filial respecto de la filiación natural y de la filiación adoptiva, y por medio del cual queda determinado el vínculo paterno-filial entre el o los progenitores y el niño o niña que nazca por medio de estas técnicas de reproducción asistida.

Resulta muy importante establecer -a los fines filiales-, que no es de trascendencia quién o quiénes aportan el material genético sino, muy por el contrario, quién o quiénes expresaron su voluntad procreacional en el debido consentimiento, ante autoridad competente³⁵. La falta de consentimiento no permite que se cree vínculo jurídico-filial alguno

³⁵ El CCCN se refiere al consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida en su artículo 560 y dispone acerca de las “formas y requisitos del consentimiento” en su artículo 561, excluyendo de manera precisa toda posibilidad de consentimiento presunto, por lo cual, si el consentimiento por diferentes razones no pudo ser manifestado con los requisitos que prevé la norma, se entiende que no se pueden aplicar las reglas relativas a la filiación derivada de las TRHA. El Código establece una obligación en cabeza de los que lleven adelante este tipo de técnica o práctica médica, a requerir de las personas que quieren ser progenitores, es decir, que tienen la

entre la persona que en su momento brindó su material genético y la persona nacida. En el caso de la falta de consentimiento la práctica médica no puede llevarse a cabo (Lorenzetti, 2015).

Así el Código establece de manera expresa que este consentimiento o proceso para consentir debe ser previo -antes de dar inicio al uso de las TRHA o de cada tratamiento-, informado -debiendo comprender correctamente los alcances del uso de las técnicas, y ello para la validez de la aceptación del tratamiento y del proceso que éste comporta- y libre -sin ninguna coacción ni presión de ningún tipo-.

Tal como lo establece el artículo 562³⁶ del CCCN, la causa fuente para la determinación del vínculo jurídico de los hijos que nacen con la asistencia de estas técnicas de reproducción, es la voluntad procreacional de quien o quienes la exteriorizan en el correspondiente consentimiento previo, informado y libre. Ya no prima el contenido biológico o genético sino la voluntad procreacional en sentido amplio y multifacético, inclusiva de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico.

El Dr. Lorenzetti (2015), considera que la reproducción asistida, tanto la maternidad como la paternidad, han dejado de considerarse una relación de filiación, basada en un puro reduccionismo genético o biológico, sino que se ha establecido en función de una realidad fundada en la noción socio-afectiva.

Conclusión del capítulo 2

En este punto de la investigación, se exalta la importancia de las TRHA, desde la perspectiva médica. Las TRHA son procedimientos médicos que buscan obtener luego de su intervención, la consecución de un embarazo. Éstas, median para proveer de soluciones a quienes en función de incapacidades físicas o que, en relación a una determinada orientación

"voluntad procreacional", el consentimiento previo, informado y libre, siendo allí en ese documento en el que se materializa y exterioriza la mencionada voluntad procreacional.

³⁶ Artículo 562 del CCCN. "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".

sexual, les resulta imposible convertirse en padres. El método a utilizar dependerá expresa y exclusivamente de cualquiera de los factores mencionados y, en caso de la existencia de una incapacidad física, las TRHA ofrecen eludir estas imposibilidades para poder alcanzar la gestación con un alto porcentaje de éxito. Las ciencias médicas brindan un abanico de posibilidades a quienes necesiten servirse de ellas, para concretar el deseo de convertirse en padres.

El objetivo y la relación directa existente entre las TRHA y la gestación por sustitución es el mismo, ambas deben valerse de estos procedimientos médicos con el fin de alcanzar el embarazo de la persona que va a gestar a ese bebé.

También tienen en común, la forma en la cual se establece el vínculo paterno-filial, determinado éste por la voluntad procreacional. Aquí el dato genético se torna obsoleto y cobra protagonismo la intención volitiva manifestada en la correspondiente y oportuna emisión del consentimiento libre, informado y previo. El niño o niña nacido por medio de estas técnicas puede ser portante del material genético de los comitentes, como no y, aun así, ser éstos sus progenitores. El vínculo filial se determina de la mano de la voluntad procreacional y no en función de los genes.

De acuerdo a los argumentos desarrollados a lo largo del presente capítulo se sostiene la necesidad de que las ciencias jurídicas acompañen este proceso sin poner trabas legales que obstaculicen el acceso a los derechos de los diferentes actores implicados en el proceso de la gestación por sustitución.

CAPÍTULO 3- LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Introducción al capítulo 3

La gestación por sustitución es un tema complejo -eso es claro- y la realidad, el avance de la ciencia, el progreso social y los diferentes tipos de relaciones y necesidades humanas hacen que este instituto sea uno de los más discutidos en el derecho de familia y el campo de la bioética. Ahí, donde el derecho y la bioética se encuentran, surgen muchas preguntas y pocas soluciones. Pero se trata de un encuentro necesario para analizar las nuevas realidades en virtud de las sociedades modernas que readecúan la forma de vivir en familia y a las que las normas no han dado una respuesta ni lógica, ni adecuada, ni oportuna.

La llamada “revolución reproductiva”, conocida también como “reproducción sin sexo” se presenta para otorgar posibles soluciones a estas diferentes necesidades sociales. Mujeres que luchan contra un reloj biológico se ven forzadas a encontrar una pareja para alcanzar el deseo de ser madres, y en cambio hallan en las TRHA -o en la gestación por sustitución- una solución a este planteo. Parejas conformadas por personas del mismo sexo o incapacitadas físicamente para concretar un embarazo, recurren a este instituto para poder alcanzar también la posibilidad de convertirse en progenitores, todo esto en un marco de irregularidades jurídicas que vulneran derechos personalísimos que deben ser protegidos.

En el presente capítulo se desarrollan los argumentos centrales del tratamiento legislativo, como así también los elementos que componen el articulado que pretende legalizar el instituto de la gestación por sustitución.

La estructura del capítulo está compuesta por cuatro apartados centrales. En los dos primeros se presentan los argumentos jurídicos que definen a la gestación por sustitución, y sus tipos y variantes. El tercero se aboca a sistematizar los principales componentes aportados por los especialistas que fueron invitados a participar en el Anteproyecto de Reforma del CCCN. Por último, se exponen los principales elementos que componen lo que sería el artículo 562 del CCCN si el mismo hubiese sido votado por los legisladores.

3.1. Concepto de gestación por sustitución

Para poder analizar en profundidad el instituto de la gestación por sustitución, resulta necesario en primer término definirla. En este sentido, se la conceptualiza como una forma de

reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo a partir de la transferencia -a su útero-, de uno o más embriones, conformados por el material genético del o de los futuros progenitores -comitentes³⁷-, y/o de terceras personas donantes de los gametos femeninos o masculinos indistinta y respectivamente. El niño o niña que nazca por medio de este procedimiento médico asistido, tendrá vínculos jurídicos de filiación con el o los comitentes, el cual se define en función de la intención volitiva o voluntad procreacional (Rodríguez Iturburu, 2018).

3.2. Tipos y variantes de gestación por sustitución

En la gestación por sustitución intervienen tres partes. En primer término, se destaca el o los comitentes, quienes más allá de aportar o no su material genético, ponen de manifiesto su voluntad procreacional -dando su consentimiento previo, libre e informado-. En segundo lugar, se hace referencia a la mujer gestante, que será la elegida por el o los comitentes para llevar adelante la gestación del futuro nacido, con el compromiso de entregárselo a éstos. Y, por último, la tercera parte interviniente será el niño o niña por nacer (Lamm, 2015).

Resulta oportuno destacar los dos tipos de gestación por sustitución que expone la doctora Lamm (2013):

La gestación por sustitución tradicional: la gestante aportará además de su vientre para la gestación del embrión, sus gametos femeninos, sin que resulte trascendente si el material genético masculino proviene del comitente o de un tercero donante³⁸.

La gestación por sustitución gestacional: la gestante participará sólo en la gestación del embrión, proviniendo el material genético femenino de una tercera persona donante o bien, será aportado por la comitente.

³⁷ Comitentes: persona o personas que manifiestan su voluntad procreacional por medio de su consentimiento previo, libre e informado.

³⁸ En este último caso, el niño carecería de vínculo genético con el o los comitentes por tratarse de una gestación por sustitución tradicional.

Variantes: Lamm (2013), establece cuatro posibles variantes de los dos tipos enumerados precedentemente:

- En el primer caso, los comitentes aportan, tanto el óvulo como el espermatozoide, por lo que el embrión con material genético de una pareja heterosexual, se implanta en el útero de la mujer gestante por medio de una fecundación in vitro con la finalidad de que ésta lleve a cabo la gestación en su vientre, para el posterior nacimiento.
- La segunda posibilidad, se presenta en los supuestos en que el material genético es aportado por un solo comitente, y entonces existen dos eventualidades:
 - Que el material genético aportado sea el óvulo y el semen pertenezca a un tercero donante, entonces la gestación por sustitución es gestacional.
 - Que el material genético aportado sea el semen, en cuyo caso la gestación por sustitución es: gestacional si el material genético femenino pertenece a una persona donante, y tradicional si dicho óvulo pertenece a la persona gestante.
- El tercer suceso tendrá lugar cuando el material genético no pertenece a él o a los comitentes, es decir, que tanto el gameto femenino como el masculino, son aportados ambos por terceros donantes, por lo que la gestación por sustitución se denominará gestacional.
- La cuarta y última situación posible se manifiesta cuando la persona gestante aporta su material genético, y éste es inseminado, indistintamente, con el espermatozoide del comitente o de un tercero donante. En esta oportunidad la gestación por sustitución será tradicional.

3.3. El tratamiento legislativo de la gestación por sustitución en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

En marzo de 2012, la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil y Comercial de la República Argentina, convocó a los principales profesores con la finalidad de colaborar mediante un aporte concreto con la redacción del proyecto. Se crearon 30 subcomisiones, las cuales fueron conformadas por tres o cuatro juristas cada una.

La Subcomisión de Bioética y la Subcomisión de Familia, tenían a cargo la redacción del articulado relativo a la gestación por sustitución.

La decisión de regular este especial procedimiento de TRHA, fue tomada en función de variadas razones con la idea de situar a la gestación por sustitución entre los tres tipos filiatorios incluidos hoy en el CCCN, prometiendo ser el cuarto.

Explica la doctora Lamm (2013), que las tres posibilidades existentes respecto de esta figura eran: “abstenerse, prohibirla o regularla”, inclinándose la Comisión Elaboradora por proyectar su regulación, decisión fundada en tres razones dotadas de gran claridad, profundo análisis y expreso realismo, para que su inclusión fuese aprobada.

En el siguiente apartado, se analizan los tres principales argumentos esgrimidos por los colaboradores del Anteproyecto para darle una mayor claridad al tema:

En primer término, la presencia de una realidad social tanto en el ámbito nacional como el internacional que da cuenta de la existencia de esta práctica en otros ordenamientos jurídicos. En este sentido, se destaca el siguiente párrafo:

Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como “turismo reproductivo”); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado³⁹(...)

Es un hecho conocido que, por hallarse esta figura regulada en otros países, aquellos potenciales progenitores que anhelan concretar el deseo de tener un hijo, y cuentan con los recursos económicos necesarios para poder acceder a la gestación por sustitución, viajan con estos fines (esto es conocido como “turismo reproductivo”) para alcanzar la satisfacción de su necesidad.

³⁹ República Argentina. Fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (consultada en octubre del año 2018).

Se destaca al respecto que muchos niños y niñas ya han nacido dentro de las mencionadas circunstancias, y su interés superior no ha permitido que se les niegue jurídicamente la existencia del vínculo con aquella o aquellas personas que han tenido la voluntad de convertirse en padres o madres, de forma conjunta o bien, monoparentalmente. Más aún, ya ha sido planteado ante la justicia la impugnación de la maternidad de una gestante que dio a luz, por no ser ella la titular del material genético femenino que se utilizó, como así tampoco ser quien manifestó su voluntad procreacional (Lamm, 2013).

La posibilidad de acceder a la gestación por sustitución no debería ser un privilegio de quienes posean un poder adquisitivo que les permite viajar al exterior para concretarlo, sino que todas aquellas personas que lo deseen deberían encontrar en nuestras normas, las chances de formar una familia eligiendo este método, con total libertad y sin tener ninguna otra limitación que la decisión personal.

La Dra. Lamm (2018), destaca que en los países donde la gestación por sustitución se encuentra legalizada, existen dos tipos de variantes en cuanto a la regulación de este instituto:

- En primer lugar, en el Reino Unido, Canadá, Chipre y Grecia, es legal la denominada gestación por sustitución solidaria, que es aquella en donde no se compensa económicamente a la gestante.
- En segundo término, en USA, México, Tailandia, Rusia, Ucrania, Georgia, India y Kazajistán, es legal la gestación por sustitución mercantil, que es aquella en la que se paga una determinada suma de dinero a la gestante para llevar a término el embarazo.

En segundo término, el Anteproyecto hace alusión al acceso igualitario de las parejas de igual sexo a conformar una familia. El cual se hace referencia en el siguiente párrafo:

(...) el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por

adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida⁴⁰(...)

En este punto, los referentes de la temática aportaron otro fundamento a favor de la gestación por sustitución, el cual se basa que ante la entrada en vigencia de la Ley 26.618⁴¹ de matrimonio entre personas del mismo sexo, que torna necesaria la regulación de esta figura de reproducción asistida, en tanto está permitido dentro del matrimonio igualitario recurrir a la filiación por adopción, por lo que resultaría inconsecuente no autorizar al uso de las técnicas de reproducción humana asistida cuando los fines son los mismos (Lamm, 2013).

La mencionada ley dispone en su artículo 42 “Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo⁴²”.

En el caso de una pareja de orientación homosexual conformada por dos varones, la gestación por sustitución es una posibilidad para acceder al sueño de convertirse en progenitores y su falta de inclusión en el Código Civil Unificado no acataría el respeto por lo normado.

El tercer y último fundamento expuesto por la Comisión del Anteproyecto se basa en la necesidad de brindar previsibilidad jurídica a todas las partes intervinientes en el proceso de la gestación por sustitución. Al respecto, se destaca la siguiente cita del documento bajo análisis:

(...) Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la

⁴⁰ República Argentina. Fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (consultada en octubre de 2018).

⁴¹ Ley de Matrimonio Igualitario, Ley 26.618, entrada en vigencia el 21 de julio de 2010.

⁴² http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/complementaria/ley_de_matrimonio_igualitario.pdf (consultada en octubre de 2018).

prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar del vacío legislativo o su expresa prohibición”⁴³.

Se plantea que es necesario que la figura de la gestación por sustitución esté regulada en nuestro ordenamiento jurídico, para garantizar que no sólo aquellos que desean alcanzar la maternidad o paternidad indistintamente se sientan cobijados por las normas argentinas, sino, principalmente, para que los niños y niñas que han venido al mundo por medio de estas técnicas se desarrollen con la seguridad de que la protección y la garantía de sus derechos más personales serán satisfechos y que podrán ser educados y amados por aquellos que han encontrado en esta técnica, la posibilidad de satisfacer su tan añorado deseo de ser padres.

3.4. La propuesta concreta de regulación para el instituto de la gestación por sustitución en el Código Civil y Comercial de la Nación

El artículo que se propuso para regular esta figura fue el siguiente:

“Artículo 562. Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

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;

⁴³ República Argentina. Fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (consultada en octubre de 2018).

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

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza⁴⁴.

Análisis: a continuación, se examinan las diferentes pautas, y posteriormente los requisitos desde la perspectiva propuesta por la Dra. Lamm (2013):

El sistema consagrado solicitaba una intervención judicial previa, previéndose que los médicos no fuesen habilitados a proceder a la transferencia de embriones sin previa autorización judicial. De esta forma se certificaba que todos los requisitos legales se hubieran obedecido con carácter previo a la provocación del embarazo.

El articulado establecía quiénes eran las personas autorizadas por la ley para el acceso a la gestación por sustitución, y la propuesta estaba tanto al alcance de parejas casadas como de quienes vivieran en unión convivencial, fuesen éstas heterosexuales u homosexuales. También podían optar por este especial procedimiento personas solteras, tanto de sexo femenino como masculino.

⁴⁴ República Argentina. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión de Reforma Decreto 191/2011. Disponible en: http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf (consultada en octubre de 2018).

El proyecto tenía como base la determinación de la filiación fundada en la voluntad procreacional. De allí que se requería que todas las partes intervinientes expresasen su consentimiento previo, informado y libre en el proceso de gestación por sustitución, que debía ajustarse a lo previsto por el Código y la ley especial. Dicho consentimiento debía homologarse por autoridad judicial y sustituiría al consentimiento protocolizado que se exige en los otros supuestos de TRHA; por tratarse de un método de tan especiales características y de mucha complejidad la figura exigía que, en lugar de protocolizarse, se homologara a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

Posteriormente, la autorización judicial conjuntamente con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes, debían ser presentadas en el Registro Civil para la correspondiente inscripción del nacido.

En el caso de que el juez no homologara la autorización y empero de esto las partes continuaran con el proceso de gestación por sustitución, o las partes no solicitaran la autorización judicial, el proyecto de ley establecía que la madre legal del recién nacido fuera la mujer que dio a luz al niño o niña, es decir, la gestante se transformaría en la madre legal del mismo.

Requisitos para la homologación judicial: sin perjuicio de los requisitos restantes que deberían ser tenidos en cuenta en la ley especial que correspondería dictarse para reglar y complementar todo aquello que se dispuso en el proyecto, el juez sólo podría homologar si y sólo si se verificaban en concreto los siguientes requisitos:

- Si no se pierde de vista el interés superior del niño que nazca.
- Si la persona gestante goza de plena capacidad y buena salud física y psíquica.
- Si al menos uno de los comitentes aporta su material genético.
- Si el o los comitentes poseen incapacidad de concebir o no pueden llevar a término un embarazo.
- Si se trata de gestación por sustitución gestacional⁴⁵.

⁴⁵ En la gestación por sustitución gestacional, la persona gestante no aporta sus gametos femeninos.

- Si el contrato, en un comienzo es gratuito. Es decir, el móvil debe ser altruista.
- Si la gestante cumple con el requisito de no haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces.
- Si la gestante tiene al menos un hijo propio previo.

Conclusión parcial del capítulo 3

Los especialistas convocados para tratar esta temática destacaron dos diferencias en las posibilidades de los futuros progenitores para acceder a este método. Por un lado, la necesidad de recursos económicos para poder costear los gastos realizados en otros países (turismo reproductivo) y, por el otro, la imposibilidad biológica de las parejas homosexuales hombres. En última instancia, se hizo alusión a la importancia de brindar seguridad y previsibilidad jurídica a todos los actores implicados.

No obstante, más allá de los argumentos expuestos en la sesión del 27 de noviembre de 2013 el Senado de la Nación, -quien otorgó media sanción al proyecto-, la posibilidad de regular el instituto bajo análisis fue suprimida, ratificándose así el vacío legal existente en el ordenamiento jurídico argentino. La no inclusión del instituto tuvo -y tiene- gran relevancia, dado el enorme crecimiento de casos que se presentan día a día en los distintos tribunales, y siendo que los jueces están obligados, por imperativo constitucional, a pronunciarse respecto de la viabilidad de cada caso presentado, admitiendo o denegando el emplazamiento filiatorio de una persona concebida bajo estas técnicas.

La problemática que se presenta frente a la gestación por sustitución es su falta de regulación. En función del artículo 19 de la Constitución Nacional que dispone “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, se sigue posibilitando que quienes necesitan servirse de la gestación por sustitución para alcanzar la paternidad, puedan hacerlo sin restricciones de ningún tipo. Pero serán los niños y niñas nacidos gracias a este instituto los que a posteriori sufrirán las consecuencias, como también las mujeres gestantes que -de manera altruista o no- ofrezcan su capacidad gestacional. Es por ello que brindar una seguridad jurídica resulta imprescindible. Su evasión ha generado un vacío legislativo que la fuerza de la realidad

evidencia, en un marco legal que no logra evitar los conflictos jurídicos de gran complejidad que se suscitan en la actualidad, descansando en la discrecionalidad de los jueces que deban resolver en cada caso concreto, qué resolución se le conferirá a los mismos.

CAPÍTULO 4- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU VACÍO LEGAL

Introducción al capítulo 4

En el presente capítulo se dimensiona el poder de discrecionalidad de los jueces frente a la ausencia de regulación de la gestación por sustitución, lo que puede dar lugar a la vulneración de derechos personalísimos reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados de raigambre Internacional.

En el primer apartado primero se conceptualizan tres derechos personalísimos que se ven vulnerados ante el vacío legal que genera la ausencia de regulación del instituto en el ordenamiento jurídico argentino: el interés superior del niño, el derecho a la identidad y el derecho a la filiación. En todos los casos se parte de la conceptualización del derecho para luego analizar la relación que generan los mismos con la gestación por sustitución.

Las dos últimas secciones están orientadas a la judicialización de la gestación por sustitución. En este sentido, en primer término, se exponen los elementos mediante los cuales los jueces dictan sus sentencias para luego en segundo lugar, analizar tres casos concretos, en los que se dirimen los conflictos presentados por las partes en diferentes casos de la gestación por sustitución.

4.1. Derechos fundamentales que se ven vulnerados frente a la falta de regulación de la figura de la gestación por sustitución

Desde la perspectiva del adulto y habiéndose conceptualizado el derecho a formar una familia desde un aspecto contemplativo e inclusivo, surge el mismo como una idea vislumbrada en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a nuestro bloque constitucional. Este derecho humano que abarca a todas las personas como deseo concreto de ampliar la familia se presenta no sólo como una aspiración, que busca plasmarse en algo tangible en la vida de cada uno de aquellos que buscan convertirse en padres, sino que se transforma en un derecho, además de ser uno de los pilares que avalan y fomentan la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico argentino a la gestación por sustitución (Nótrica & Melón, 2014).

La doctora Lamm (2018), se refiere al derecho a procrear, como el derecho que tiene una pareja -heterosexual u homosexual- o un individuo -se trate de un hombre o una mujer

indistintamente- a reproducirse. Esta reproducción no se refiere solamente a la reproducción natural, sino que también incluye el uso de las nuevas tecnologías reproductivas. La CIDH considera que “la decisión de ser o no, madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (parr.143).

Cuando se habla de “fundar una familia”, no se refiere al aporte genético, no se habla de sexualidad, no se alude a rigurosidades religiosas o éticas que no se interceptan con necesidades sociales que crecen a pasos diferentes. Cuando se habla de fundar una familia se expone un derecho fundamental que debería ser solamente una decisión a concretar por parte de los protagonistas de cada historia y que tanto la medicina, como la bioética, el derecho como la religión, deberían amparar, proteger, cuidar y alentar en función de una procreación basada en el amor. Se debe comprender que el derecho a formar una familia, debe adaptarse a este derecho tan básico y tan primitivo, como es el de reproducción de la especie humana -sea de forma natural o con la asistencia de las ciencias médicas-. Indudablemente, la gestación por sustitución, es una herramienta que permite alcanzar la satisfacción de este derecho y, por lo tanto, debería existir el respaldo necesario para que las garantías legales se vieran satisfechas (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, & Herrera, 2012).

Desde la óptica de la mujer gestante, quien la mayoría de las veces se encuentra en una postura de especial vulnerabilidad, podemos asegurar que, si se regula al instituto, se le permitirá ocupar su posición con prudencia y sin sobreestimarla, otorgándole un espacio en el cual ella podrá decidir y ofrecer su consentimiento, sintiéndose respaldada y sabiendo que sus derechos humanos fundamentales estarán garantizados. Una regulación adecuada sin lugar a dudas también limitará las posibilidades de explotación (Lamm, 2013).

Si se analiza la situación desde la perspectiva del niño, se encuentra una realidad que no resguarda derechos personalísimos como son: el interés superior del niño, el derecho a la identidad y el derecho a la filiación.

Si bien estos principios -pilares de la filiación- fueron mencionados en el capítulo 1, se explicarán de manera más amplia para ser comprendidos en profundidad.

El principio del Interés Superior del Niño: es un principio rector guía, que gradualmente se fue incorporando en el sistema jurídico y que tiene como finalidad resolver

conflictos donde los niños se ven vinculados. Incorpora especialmente a los niños como sujetos de derecho y resuelve las cuestiones que requieren especial atención por la vulneración del derecho de estos destinatarios.

En la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)⁴⁶, se establece que los niños o menores son seres con derechos propios, que deben ser protegidos y que a falta de discreción y facultad de los adultos, el Estado mediante su función Judicial debe delimitar, proteger y preservar.

A nivel de derecho interno, en su parte pertinente, el artículo 3 de la Ley 26.061, establece que: “...se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respecto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida... Este principio rige en materia de... filiación, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores...”

Es importante esclarecer, la forma que se utiliza para denominar a aquellas personas que no han alcanzado la plena capacidad civil ya que la misma no es unívoca y, a lo largo del estudio de diferentes trabajos jurídicos analizados, se advierte que se utiliza la palabra “menores” en analogía con el término “niños”. En el orden internacional comenzó a sustituirse particularmente con posterioridad a la Convención sobre los Derechos del Niño, la expresión “menores” -que ha comenzado a tener una connotación peyorativa-, por el vocablo “niños”, expresión que resulta más adecuada. Sin embargo, en el orden interno, el legislador argentino conserva el uso indeterminado de esta terminología de este concepto que al variar constantemente no consolida el cambio, -al menos no de manera definitiva y clara- (Solari, 2017).

Se cita a continuación el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, para mostrar lo que se considera que simboliza una expresión más acorde con los tiempos

⁴⁶ http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf (consultada en octubre de 2018).

actuales reflejando el cambio de ideología contenida en la mencionada convención. El mismo dispone: “(...)Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo, que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad⁴⁷”

El interés superior del niño debe garantizar la protección de niñas y niños y asegurar que se tomen decisiones para la protección de sus derechos. Es un concepto triple ya que se configura como un derecho, un principio y una norma de procedimiento (Convención sobre los Derechos del Niño, 2006)⁴⁸.

- Es un derecho sustantivo, en cuanto prima por sobre cualquier interés en las cuestiones que lo afectan en función de su integridad, y que garanticen su sano desarrollo.
- Es un principio jurídico interpretativo fundamental, porque frente a cualquier disposición jurídica que permita más de una interpretación, debe elegirse aquella que satisfaga de forma más efectiva el interés superior del niño.
- Y finalmente, se establece que es una norma de procedimiento, porque cada vez que deba tomarse una decisión en la cual el interés de las niñas y/o los niños se vea perturbado, las posibles repercusiones de esa toma de decisión, deberán ser analizadas.

El interés superior del niño y la gestación por sustitución: se considera a la doctora Lamm (2013), como una jurista especializada en la materia. Se decide analizar este derecho personalísimo y su relación con la gestación por sustitución, desde su perspectiva.

Cuando se alude a la gestación por sustitución, uno de los temas centrales que genera debate son los niños o niñas por nacer, más allá del deseo de aquella o aquellas personas que añoran concretar el anhelo de convertirse en padres. Los derechos de estos niños por nacer no deben verse alterados y su protección integral debe ser garantizada.

⁴⁷ https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf (consultada en octubre de 2018).

⁴⁸ <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (consultada en octubre de 2018).

Se han realizado diversos trabajos científicos en el campo de la psicología prenatal, relativos a la gestación por sustitución, arribando todos ellos a la misma conclusión: este tipo de procedimiento no supone daño para el niño, ni siquiera potencial.

Asimismo, se ha determinado que los niños y niñas nacidos por medio de este procedimiento -y con independencia del aporte genético realizado por su progenitor o progenitores-, no difiere en la adaptación psicológica a la de aquellos niños que han sido concebidos de manera natural, como tampoco se ha visto afectado el funcionamiento de las familias de esos niños, que han recurrido a este procedimiento. Es decir que por medio de, y gracias a esta técnica, se les ha otorgado la posibilidad a muchas personas de alcanzar el sueño de ser padres, y a esas creaturas la oportunidad de vivir una vida digna de ser vivida. Difícilmente puede, en general, estar afectado el interés de ese niño o niña, de no haber sido concebidos.

Además, no es un dato menor si se afirma que es una forma de ayudar y generar bienestar a las partes involucradas. El niño o niña vendrá al mundo y formará parte de una familia que lo ansió tanto que recurrió a la gestación por sustitución para poder obtenerlo, situación que no resulta sencilla ni desde la perspectiva legal -y se refiere en este punto específicamente a la problemática jurídico-social que enfrenta se presenta en la República Argentina, en función de su falta de regulación legal- ni desde la perspectiva económica; tampoco lo es fácticamente en muchos países. El haber sido puesto en este mundo por quien no lo parió, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño. El vínculo filial se establecerá en función de la voluntad procreacional, que es el elemento esencial para establecer la paternidad o maternidad con total independencia del material genético aportado. La voluntad procreacional se conjuga con este interés, exponiendo soluciones claras y precisas para que los niños que nazcan por medio de esta técnica de reproducción humana asistida posean un vínculo filial estable, fundado en dicha identidad volitiva (Lorenzetti, 2015).

El interés superior del niño puede ser analizado a priori de su nacimiento, y se dice que lo radicalmente trascendente es la necesidad de contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Y si se lo examina a posteriori, la seguridad y el amparo se brindará otorgándoles a los progenitores la garantía de que podrán asumir el rol de padres que tanto han añorado desempeñar, seguramente, con anterioridad a que este niño existiera. Puniendo, prohibiendo, o absteniéndose de pronunciar normas que

avalen al instituto de la gestación por sustitución, puede causar un daño esencial para un niño que nazca por medio de esta técnica de reproducción humana asistida, permitiendo que sea la discrecionalidad del juez que deba resolver en cada caso concreto, la que le brinde una solución a cada problemática presentada (Lamm, 2013).

El derecho a la identidad: la identidad escolta a la persona durante toda su vida. Se puede entender como un proceso que se inicia con el comienzo de la vida humana y culmina con la muerte, siendo el origen, el primer eslabón de esta cadena, pero no el único que integra este derecho. Es un derecho fundamental, inherente a todo ser humano, un derecho inalienable; el acceso al origen resulta de suma importancia en la construcción de esa identidad. Para definir ese origen respecto del acceso a la identidad, se cita un pronunciamiento del Dr. Petracchi⁴⁹ en el caso “Muller”, el cual por su trascendencia en la jurisprudencia argentina ha sido seguido como modelo:

(...) conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende... el normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales... conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo⁵⁰.

En idéntico lineamiento, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos en su artículo 3 dispone: “Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad⁵¹”.

De lo expuesto se infiere la trascendencia que el origen tiene en el desarrollo de la personalidad de los seres humanos. Este dato biológico si bien es el primer ladrillo con el que se inicia la construcción de la identidad, no es el único. La identidad en la vida de una persona es una sumatoria de elementos que participan del despliegue dinámico de la

⁴⁹ Enrique Santiago Petracchi. Abogado y juez, que desde el retorno de la democracia en Argentina se desempeñó como magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁵⁰ CSJN, 13/11/90, LL 1991-B, 473 y ED 141-263.

⁵¹ http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultada en octubre de 2018).

identidad de la misma. Es un proceso que no se somete sólo al dato biológico, sino que es una serie de aspectos que se entrelazan, se suman y acompañan a la persona a lo largo de su vida (Krasnow, et al., 2016)

En función de esto, se pueden distinguir dos tipos de dimensiones respecto de la identidad: dimensión estática y dinámica.

Se dice entonces que la dimensión estática se compondrá de todos aquellos elementos que no varían trascendentalmente con el tiempo y que se refieren a la identificación de la persona como por ejemplo el nombre, la filiación, los datos que corresponden al nacimiento, etc.; mientras que la dimensión dinámica comprenderá todo el conjunto de atributos y caracteres que hará que cada persona se distinga dentro de la sociedad. Estos atributos y características pueden modificarse a lo largo del tiempo como pueden ser las creencias y convicciones morales de una persona, sus ideologías religiosas, sus pensamientos, entre otros. Ambas dimensiones tienen una dependencia recíproca, resultando imposible su escisión pues conforman conjuntamente la identidad de cada individuo (Krasnow, et al., 2016).

Desde una perspectiva jurídica, Zannoni (2001), realiza una división entendiendo que la identidad posee tres aspectos a diferenciar:

- Identidad personal en referencia a la realidad biológica: es el derecho de todo ser humano de conocer su origen biológico, la familia a la que pertenece, su derecho a su emplazamiento en estado de familia. Distingue la identidad genética que comprenderá todo el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, los cuales lo convierten en un ser único e irrepetible y la identidad filiatoria, que es el resultado del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en función de quienes figuran jurídicamente como sus padres.
- Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona: entre los cuales enumera todos aquellos que la individualizan y distinguen, como pueden ser los rasgos de la personalidad, su imagen, etc.
- Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona: concreción de proyectos que hacen a la esencia, como pueden ser las costumbres, las ideologías, las creencias y los pensamientos.

En función de todo lo dicho precedentemente se concluye que el dato genético es un elemento trascendente respecto de la identidad, pero no esencial. El derecho a la identidad es un derecho humano personalísimo, fundamental e inherente a la persona, que recae en la responsabilidad del Estado garantizar y velar porque se haga efectivo.

El derecho a la identidad y la gestación por sustitución: se entiende que el nuevo Código concibe -en un sentido amplio- que la voluntad procreacional es “el ánimo o la intención que posee una persona para procrear, o, en su caso, para dejar de hacerlo”.

La voluntad procreacional transforma la idea de identidad como equivalente de vínculo biológico y, por el contrario, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusive de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como identidad en sentido dinámico (Lorenzetti, 2015).

Al referirse a la gestación por sustitución, se habla de una persona o pareja con ansias de convertirse en progenitores, con la asistencia de una mujer gestante que, de manera altruista, se ofrece a llevar a término un embarazo con la finalidad de traer a este mundo a un niño o niña cuyo vínculo filial con el o los progenitores, será establecido por medio de una identidad procreacional.

La identidad no sólo surge del lazo biológico, -es decir, del dato genético-, sino que, lazos como el volitivo son determinantes en el campo filial, supuestos en los cuales está presente el derecho a la identidad en su faz dinámica, la cual se ve refleja en la voluntad procreacional. El Código, en total consonancia con los principios constitucionales e internacionales le da protagonismo a la eventualidad que se ve manifestada en el derecho constitucional a formar o no una familia que, -otorgándole espacio a las diferencias sexuales y valiéndose de los avances científicos-, permite acceder a la posibilidad de transformarse en progenitores teniendo como sostén fundamental de la filiación y de la identidad, a la voluntad procreacional. En este marco, el consentimiento previo, informado y libre, además de ser esencial para poder generar el vínculo filial con el niño o niña por nacer, resguardará el derecho del recién nacido -que nace gracias al material genético aportado por una tercera persona- y la efectividad del derecho a la identidad del niño (Carrera, 2017).

En resumen, y en función de todo lo expresado, el Dr. Lorenzetti (2015), manifiesta que el derecho a la identidad no es sólo un dato genético, sino una sumatoria de elementos

que son inescindibles entre sí y que, en su conjunto, conforman la identidad de cada individuo y que no se ve vulnerado por el uso de una especial técnica de reproducción asistida sino por su falta de regulación a la hora de asistir al recién nacido que, por medio de ella, llega.

El derecho a la filiación: es importante destacar la diferencia que existe entre el derecho a la identidad y el derecho a la filiación, pues no son equivalentes.

La diferencia sustantiva radica en que, mientras el derecho a la identidad -desde su aspecto estático- comprende el acceso a la verdad de origen, el derecho a la filiación en cambio, incluirá el derecho que tiene toda persona a contar con un doble emplazamiento⁵², el cual encuentra sus fundamentos en el elemento biológico si la filiación es por naturaleza, o puede hallarlo en el elemento volitivo si se trata de una filiación por TRHA. Al separar y reconocer la marcada diferencia existente entre la filiación por naturaleza y la filiación por TRHA, logra marcar la autonomía de cada uno de estos derechos en cada una de estas fuentes. En el caso de la filiación por naturaleza el doble vínculo se obtendrá desde lo biológico y en las TRHA desde el elemento volitivo, es decir, desde la voluntad procreacional prescindiendo, muchas veces en su totalidad, del nexo biológico (Krasnow, et al., 2016).

En el régimen instalado por el nuevo Código se diferencian el derecho de acceso al doble vínculo y el derecho de acceso a la verdad de origen.

Es oportuno destacar las palabras de la Dra. Kemelmajer de Carlucci que diferencia a estos con la filiación diciendo:

Ambos derechos son diferentes, tanto como lo son el dato genético y el jurídico; el primero responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio, el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad; de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia entre el dato genético y el jurídico. En suma, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación, va mucho más allá, por eso una cosa es tener el

⁵² Artículo 558, último párrafo: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

derecho a conocer ese dato, y otra muy distinta la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético⁵³ (S.M.C c/ A.L.M.A. y otra s/ filiación, 2011).

De todo lo expuesto se puede inferir que el punto de intersección que vulnera todos estos derechos fundamentales no es la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida. Cuando se habla del derecho constitucional que tienen las personas a formar una familia, no es la figura de la gestación por sustitución la que lo perjudica, sino su falta de regulación, coartándole la posibilidad a aquellos que necesitan servirse de esta técnica para poder ejercer su derecho de procreación. Cuando se habla de derechos fundamentales desde la perspectiva de los niños -nos referimos específicamente al derecho superior del niño y el derecho a la identidad-, la respuesta es equivalente: no es este especial procedimiento de TRHA quien vulnera estos derechos humanos fundamentales, sino el silencio normativo respecto de este instituto.

4.3. Tratamiento judicial de la gestación por sustitución en la Argentina

Se verá a continuación cómo, la falta de regulación de la figura de la gestación por sustitución, obliga a los comitentes a reclamar ante los diferentes tribunales nacionales, a los efectos de determinar la filiación del niño o niña por nacer o ya nacido, quedando a discrecionalidad de los jueces intervinientes en cada caso concreto, cómo se pronunciarán de acuerdo a su criterio e ideología, quedando librado a la interpretación judicial que se desprende de los artículos mencionados y que deriva de una omisión del legislador de pronunciarse acerca de una regulación seria y protectora de todos los actores involucrados.

Se recurre a los artículos preliminares de la novedosa ley de fondo -incorporados a la legislación interna mediante la sanción de la Ley 26.994-, los que expresamente, le indicarán al juez cómo debe interpretar y aplicar la diversa normativa vigente. En la interpretación del derecho se establecen como principios:

Artículo 1 del CCCN: Fuentes y aplicación. “Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en

⁵³ S.M.C c/ A.L.M.A. y otra s/ filiación, 55415 (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Azul. Buenos Aires. 25 de agosto de 2011).

cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Artículo 2 del CCCN: 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”.

Artículo 3 del CCCN: Deber de resolver. “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

Como establece el artículo 562 del CCCN⁵⁴, la madre del niño o niña nacido o por nacer es aquella que da a luz. En función de ello la maternidad queda establecida respecto de la gestante. Esto fuerza a los comitentes, a recurrir a los diferentes tribunales por medio de presentaciones que permitan el vínculo correcto entre los comitentes –que son quienes tienen la voluntad procreacional- y el niño o niña nacido o por nacer, y eliminar por completo a la gestante del lugar de “madre” que le otorga el ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva de Nótrica, Gonzalez, & Melón (s.f.), se exponen las distintas presentaciones que pueden realizarse:

La primera medida que puede presentarse, es en aquellos casos en que el niño o niña ya ha nacido y que deriva en elegir entre cuatro diferentes posibilidades de acuerdo a cada situación especial:

- impugnar la maternidad de la mujer gestante,
- solicitar la inscripción registral,

⁵⁴ 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.

- interponer una medida autosatisfactiva⁵⁵,
- presentar una acción declarativa de certeza⁵⁶.

En esta oportunidad, lo que se busca es impugnar la maternidad de la persona gestante porque no es ella la progenitora del niño o niña nacido; la persona gestante solamente procura su vientre de manera solidaria para llevar a término el embarazo. Una vez desplazada esa persona del lugar de “madre” por medio de la impugnación, se reclama el emplazamiento de la comitente como progenitora.

La segunda estrategia judicial a la cual se puede acceder es a la autorización judicial previa a la implantación del o de los embriones. Ésta consiste en no inscribir al niño o niña nacido por medio de este especial procedimiento de TRHA, hasta tanto se pueda determinar la filiación a favor de los comitentes a través de la interposición de una acción declarativa o medida autosatisfactiva.

Y, finalmente, la última táctica judicial a la que los comitentes recurren, es a la autorización judicial previa al alumbramiento con el embarazo en curso. Aquí, el proceso de gestación se inició, una vez transferido el embrión al cuerpo de la gestante con el embarazo en curso.

Los argumentos suscitados para fallar a favor de la determinación de la filiación en cabeza de los comitentes han sido el derecho a la identidad del niño nacido, la voluntad procreacional como herramienta fundamental para emplazar a un niño como hijo de sus progenitores y el interés superior del niño, principio rector en todo proceso en donde se vean afectados los derechos de los niños y niñas (Nótrica & Vigo, 2016).

⁵⁵ Medida autosatisfactiva: es un requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.

⁵⁶ Acción declarativa de certeza: la acción declarativa de certeza es aquella que tiene por finalidad eliminar un estado real de falta de certeza o de inseguridad que amenace la condición jurídica del actor y justifique la necesidad de una inmediata aclaración, ya que este estado de incertidumbre con relación a la existencia o no del derecho en cabeza del actor, le provoca un perjuicio o lesión actual que justifica el pronunciamiento del órgano judicial sobre la cuestión por él planteada.

4.4. Jurisprudencia analizada

De la reseña de casos efectuada, puede colegirse que, si bien existen diferencias fácticas que podrían haber condicionado el resultado final en las decisiones jurisdiccionales, las soluciones de fondo adoptadas con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigencia del CCCN en términos generales coinciden: en la ponderación de derechos, cobra relevancia la autodeterminación de la voluntad individual, el derecho a formar una familia y el respeto por la identidad de la persona por nacer o nacida a través de la gestación por sustitución.

Primer caso a analizar: trata sobre una solicitud de la inscripción registral, una vez nacido el niño o niña por medio de la gestación por sustitución⁵⁷.

Se presentará la resolución de un conflicto de gestación por sustitución, por inscripción de nacimiento ante la justicia. El mismo se invocó el día 18 de junio del 2013, con anterioridad a la sanción del nuevo CCCN.

El caso versa sobre un matrimonio heterosexual que apela a la gestación por sustitución recurriendo a la ayuda de una amiga que se ofrece de manera altruista a gestar el embrión compuesto por el material genético de ambos cónyuges, debido a que la comitente se veía imposibilitada de gestar. Esta imposibilidad de gestar se debía no solamente porque había perdido otros embarazos sino porque se la intervino quirúrgicamente y se le practicó una histerectomía total⁵⁸, por lo que sus posibilidades de quedar embarazada, eran totalmente nulas, razón por la que recurre a la gestación por sustitución para poder alcanzar el sueño de ser progenitores.

La gestante era madre de dos hijos mayores de edad y vivía en unión convivencial desde hacía ocho años. Toda su familia conocía sobre su voluntad de ayudar al matrimonio con el fin de llevar adelante el embarazo. El mismo llega a término sin problemas, y la niña

⁵⁷ N. N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento, FA13020016 (Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 18 de junio de 2013).

⁵⁸ Histerectomía: Histerectomía es un procedimiento quirúrgico que consiste en la extracción del útero de la mujer. En algunas ocasiones puede ir acompañada de la resección de las trompas de Falopio y de los ovarios procedimiento que se denomina Salpingo Ooforectomía.

gestada nace, se expide un certificado de nacimiento que tiene como madre a la gestante en consonancia con lo prescripto en el artículo 242 del Código Civil derogado⁵⁹. Frente a esta situación, los comitentes deciden no inscribir el nacimiento en el registro y resuelven interponer una acción judicial solicitando que se la inscriba a la niña como su hija. La jueza actuante hace lugar a la demanda y ordena al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires a que inscriban el nacimiento de la niña nacida en fecha 19 de abril de 2012 como hija del matrimonio que se encontraba integrado por los comitentes. El argumento central de su decisión fue la falta de regulación de la gestación por sustitución y la voluntad procreacional, definiéndola como “la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior”.

Valoración personal: aquí cobra relevancia el hecho de que, con su decisión, la juez hace coincidir la identidad estática y la identidad dinámica de la niña. El documento que acredita su existencia (partida de nacimiento) contiene los datos relativos a las personas que tuvieron la voluntad de convertirse en padres de esa niña, al margen de los datos contenidos en el certificado que acredita su alumbramiento (certificado de nacido vivo). Así, se comienzan a esbozar -antes del tratamiento y discusión de la ley de fondo que hoy nos rige-, conceptos que, si bien no se encontraban incorporados a nuestro sistema jurídico por una ley de fondo, sí formaban parte del plexo normativo, en virtud de estar contenidos en los Tratados Internacionales vigentes en la materia con jerarquía constitucional desde 1994. Por ello, la riqueza de este precedente radica en constituirse como antesala de la valoración que, con posterioridad al mes de agosto del año 2015, han realizado prácticamente todos los jueces del país.

Segundo caso a analizar: en esta ocasión, el Código de Vélez se encuentra derogado, y en contrapartida actual CCCN ya en plena vigencia.

⁵⁹Artículo 242 del Código Civil derogado: la maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.

El caso sentará precedente en la Provincia de Buenos Aires, ante el Tribunal de Familia N° 7 de Lomas de Zamora⁶⁰, con fecha 30 de diciembre de 2015.

En este proceso se analiza la medida presentada por una pareja, heterosexual, con imposibilidad de procrear. Dicho impedimento radicaba en una enfermedad congénita que se le diagnosticó a la mujer comitente, que le impedía gestar, pero no era un impedimento para ella producir óvulos, por lo que no hubo inconveniente alguno en aportar sus gametos para la gestación del niño o niña por nacer, respecto de la cual habían expresado su voluntad procreacional requeridas por el CCCN mediante el consentimiento previo, libre e informado. La mujer gestante fue la hermana de la progenitora, quien al momento de realizársele el especial procedimiento era casada, con tres hijos, todos menores de edad, quienes conocían a la perfección su decisión. Una vez nacida la niña, se requirió la inscripción de su nacimiento como hija de los comitentes y no como hija de la mujer gestante. La jueza resolvió hacer lugar a la gestación por sustitución y ordena la inscripción inmediata de ésta como hija de los progenitores, y declara “la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto éste no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz”. De esta forma la jueza entendió que la gestación por sustitución “contaría con recepción implícita en el CCCN, por considerar que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición”, basándose en el principio de reserva legal, en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional⁶¹. Asimismo, opinó que:

La voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libre y responsable, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado.

⁶⁰ B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar, Exp. N° LZ-52635-2016 (Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora 30 de noviembre de 2016).

⁶¹ El artículo 19 de la CN dispone “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservados a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados”.

Concluyó que: “La gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsable”.

Valoración personal: el precedente expuesto, avanza sobre la definición de la voluntad procreacional, como categoría de estudio necesaria para resolver el examinado. Ya vigente la nueva ley de fondo, y reiterando algunos conceptos vertidos en el primer precedente. También puede resaltarse que este decisorio avanza más allá del vacío legal, realizando el control de constitucionalidad y convencionalidad del artículo 562 del articulado actual y tal como quedó redactado, dando así prevalencia al análisis del tema contrastándolo con todos los derechos contenidos en los tratados internacionales vigentes.

Como crítica y, a título personal, se considera que resulta contradictorio hablar en términos de “recepción implícita” de la gestación por sustitución por no estar prohibida expresamente, toda vez que era un instituto regulado en el anteproyecto y, en forma deliberada, se lo eliminó del texto del artículo 562 del Anteproyecto del CCCN. Así, no fue un desliz o descuido del legislador al no regular la gestación por sustitución, sino que el mismo tuvo una voluntad expresa de evitar su incorporación a la ley de fondo. Y es ese, justamente, el tema que investigado en el presente trabajo: el vacío legal que generó esa decisión del Congreso de la Nación, que conlleva la vulneración de los derechos personalísimos de todas las partes involucradas en la gestación por sustitución.

Tercer caso a analizar: se trata sobre la primera sentencia sobre gestación por sustitución en la Provincia de Mendoza. En esta ocasión, como se desarrolló con anterioridad, lo que se busca es impugnar la maternidad de la persona gestante por no ser ésta la progenitora del niño o niña nacido o por nacer.

En este caso la mujer gestante, se interesó por ayudar a procrear al hijo de una pareja imposibilitada para gestar uno propio, debido a que la futura progenitora sufrió una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de quedar embarazada. Sin embargo, conservaba sus óvulos. Dispuesta la mujer gestante suscribe un acuerdo en el cual se establecieron obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación, sometiéndose ésta al procedimiento de la fecundación in vitro con los

óvulos que le fueron extraídos oportunamente a la comitente y fecundados con los espermatozoides de su pareja. A continuación, se implantaron dos embriones en el útero de la mujer gestante, habiendo anidado sólo uno de ellos. El embarazo llegó a término y nació en Mendoza el bebé, por quien se emite el certificado médico a nombre de quien dio a luz, es decir, la mujer gestante.

Se planteó una acción declarativa de certeza para determinar la correcta filiación como medida autosatisfactiva⁶², con el fin de que se reconozca la verdadera filiación de los progenitores, es decir de quienes habían expresado la voluntad procreacional requerida por nuestro Código, mediante el consentimiento previo, libre e informado para el nacimiento de un niño o niña mediante una TRHA. Solicitaron que se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño recién nacido, su D.N.I., como así también el ejercicio retroactivo de la responsabilidad parental sobre el menor, desde la fecha de la concepción, a favor de sus progenitores. La Asesora de Menores, asumiendo la representación directa del menor, fundado en que el niño se encontraba indocumentado y sin representantes legales, plantea la nulidad del contrato firmado por las partes.

El juez, en su resolución, no hizo lugar a la nulidad del convenio. Dispuso que la filiación materna y paterna del niño correspondiera a los comitentes y que, a fin de proceder a la inscripción de su nacimiento, se librara oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con jurisdicción territorial en el domicilio del lugar del nacimiento, para labrar la correspondiente acta de nacimiento con los datos del niño. Les impuso a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiriera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional. Entre sus argumentos, el juez distingue la maternidad subrogada tradicional -en la cual se pacta la entrega de un hijo propio, lo que conllevaría un objeto ilícito, dado que solo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de la adopción-, de la gestacional, en la cual la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, porque el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo, ni desde el punto de vista biológico, ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. También, con respecto a la retribución del servicio de gestación, el juez. Planteó que existe resquemor en

⁶² O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. s/medida autosatisfactiva, Expte. N°714/15/1F (Primer Juzgado de Familia de Mendoza 29 de julio de 2015).

vincular dinero con procreación, no obstante, él se inclina por la remuneración del mismo, porque es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios, pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación. Sigue argumentando que la regulación legal de las TRHA y de la gestación por sustitución permite a todas las personas intervinientes elegir libremente. No ve perjuicio para ninguno de los involucrados y, además, esta práctica, si bien no cuenta con normas específicas en nuestro país, tampoco está prohibida (artículo 19 CN). En cuanto al planteo de la nulidad del contrato, aduce que lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional, entiende que no hay disposición del propio cuerpo, sino que “solo una parte de él y durante un tiempo determinado ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano”. La persona no es objeto del negocio jurídico. A su criterio, ello no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley. Se estaría ante una filiación “socioafectiva”, en la que el elemento volitivo observa un espacio de mayor envergadura que el componente genético.

Valoración personal: La novedad del fallo estriba en la valoración que realiza el juez en torno al carácter altruista o no del procedimiento. En su razonamiento, no resulta reñido con nuestro sistema de valores el hecho de retribuir económicamente a la gestante, siendo una suerte de contrato de locación de servicios, ya que no afecta la disponibilidad del propio cuerpo y el resto de los actores involucrados, a su vez, sí obtienen una compensación patrimonial por su intervención (médicos, obras sociales, abogados, etc.). Se entiende que este modo de valoración no es errado, aunque no se visualiza cómo podría generalizarse su aplicación en sociedades como la nuestra, teniendo presente que en países en vías de desarrollo sí podría generarse un “comercio de vientres”, signado por las necesidades económicas que podrían tener las mujeres gestantes.

Por último, se exalta cómo gradualmente crece la cantidad de fallos en los que se dictamina a favor de la gestación por sustitución⁶³, lo que orienta a concluir cómo el poder de discrecionalidad de los jueces cobra fuerzas día a día, caso a caso.

⁶³ Juzgado de Familia de Gualaguay, “B., M. A. v. F. C., C. R. – ordinario”, fecha 19/11/13; Tribunal de Familia de Rosario N° 7, “F. M. L. y otra s/ Autorización judicial”, fecha 02/12/14; Juzgado Nacional en lo Civil N° 102, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/ Impugnación de. maternidad”, fecha 18/05/15; Juzgado Nacional en lo Civil

Conclusión del capítulo 4

A partir de la omisión de la figura de la gestación por sustitución del derecho filial argentino se ha tratado de interpretar cuál es la respuesta que merece esta problemática que afecta a aquellas personas que deciden formar una familia, sea ésta monoparental o no, o constituida por personas de igual o diferente sexo.

La necesidad de recurrir a la gestación por sustitución se muestra vital al momento de concretar un embarazo con éxito, en aquellos casos en que a la persona o pareja les resulta imposible alcanzarlo por medio de otro procedimiento. Circunstancias en las que un problema físico torna imposible concretar el sueño de convertirse en progenitores o cuando se trata de parejas de homosexuales hombres, en donde la necesidad de recurrir a un tercero gestante para poder acceder a la paternidad, resulta absolutamente necesaria para concretarlo.

Es importante que el derecho, como elemento morigerador y regulador de conductas humanas, ofrezca respuestas al vacío normativo del instituto de la gestación por sustitución. La adopción de una política legislativa encargada de velar por la seguridad jurídica y así evitar la judicialización del caso a caso, se torna imprescindible.

Si bien la casuística analizada en el plano nacional y local, da cuenta de las demandas que los magistrados han resuelto a favor de reconocer la gestación por sustitución, el hecho de que esta institución sea un fenómeno de gran dimensión y con repercusiones de profunda trascendencia, no debería quedar sujeto a la decisión arbitraria de un juez. Es necesario que la

Nº 83, “N. N. O. s/ Inscripción de nacimiento”, fecha 30/06/15; Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza, “C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento”, fecha 15/12/15; Juzgado de Familia Nº 9 de San Carlos de Bariloche, “Dato reservado Expte. N°10.178 14”, fecha 29/12/15; Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora, “H. M. y otro/a s/ Medidas precautorias”, fecha 30/12/15; Tribunal Colegiado de Familia Nº 5 de Rosario, “S. G. G. y otros s/ Filiación”, fecha 27/05/16; Juzgado Nacional en lo Civil Nº 7, “A. R., C y otros c/ C., M. J. s/ Impugnación de filiación”, fecha 23/05/16; Juzgado Nacional en lo Civil Nº 4, “S. T., A y otro s/ Inscripción nacimiento” (sentencia no firme), fecha 30/06/16; Juzgado de Familia Nº 2 de Moreno, “S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/ materia a categorizar”, fecha 04/07/16; Juzgado Nacional en lo Civil Nº 8, “B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/ impugnación de filiación”, fecha 20/09/16; Juzgado de Familia Nº 3 de Gral. San Martín, “M., I. M. y otro s/autorización judicial”, fecha 22/08/16; Juzgado Familia Nº 12 de Lomas de Zamora, “G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación partida”, fecha 03/10/16; Juzgado Nacional en lo Civil Nº 81, “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/ Impugnación de Filiación”, fecha 14/06/17; Juzgado de Familia Nº 7 de Viedma, “Reservado s/ Autorización Judicial”, fecha 06/07/17; Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza, “M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. p/ Medida Autosatisfactiva”, fecha 06/09/17; Juzgado Nacional en lo Civil Nº 4, “S. T., V. s/inscripción de nacimiento” (sentencia no firme), fecha 20/10/17; Juzgado de Familia Nº 3 Córdoba, “R., L. S. y ots -solicita homologación” (Expte. Nº 3447358), fecha 22/11/17; Tribunal Colegiado de Familia Nº 7 Rosario, “H., M.E. y otros s/ venias y dispensas”, fecha 05/12/17.

justicia cuente con herramientas que no dependan sólo de la valoración personal de quienes deban resolver cada caso concreto. En este sentido es preciso establecer parámetros objetivos de actuación en la órbita de esta institución para evitar que la solución a la vulneración de derechos sea totalmente discrecional.

La objeción que se presenta frente a la aceptación de la práctica, es una respuesta psicológica y socialmente esperable, frente a una sociedad que se escandaliza y rechaza lo novedoso, pudiendo quienes no estén de acuerdo con el método, no hacer uso del mismo, pero permitiendo a quienes necesiten servirse de esta técnica, contar con el respaldo legal necesario para evitar todos los conflictos que se suscitan.

CONCLUSIÓN FINAL

Existe un consenso en la mayoría de los aportes doctrinarios citados sobre la necesidad de regular la problemática, ya que en la práctica cada día existe una mayor cantidad de personas que acuden a este método para convertirse en progenitores. Sin embargo, la omisión de esta institución en el CCCN da cuenta de la existencia de una brecha entre una visión tradicional del derecho -ligada a las formas sobre las cuales se constituían las familias en el pasado- y una postura progresista que reconoce nuevos derechos en cuanto a la reproducción y a la conformación de diferentes núcleos familiares.

El proceso de investigación que tuvo inicio en el diseño del proyecto del trabajo final de grado y, concluyó con la redacción del presente documento, desarrolló en su autora las capacidades necesarias para aplicar la metodología seleccionada en función del cumplimiento del objetivo general de establecer los principales conflictos jurídicos en torno al vacío legal de la gestación por sustitución en la República Argentina. En este sentido, se destacan cuatro puntos sobresalientes que se desprenden del cumplimiento de los objetivos específicos:

En primer lugar, se destaca que los diferentes vínculos filiales se asientan en prácticas sociales que son reconocidas, reforzadas o evadidas por las instituciones jurídicas a lo largo de la historia. En el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, el vínculo jurídico familiar imperante se sustenta en la figura de la filiación biológica o natural, ya que recién en el año 1948, el instituto de la adopción cobra protagonismo y se legaliza en la normativa argentina. Este período se caracteriza por una fuerte discriminación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, este hecho se evidencia en que los primeros gozaban de mayores derechos en relación con sus hermanos concebidos fuera del amparo de la institución matrimonial. A fines del siglo XX, bajo el amparo de derechos humanos incorporados a las leyes argentinas, se logra la protección de diferentes derechos personalísimos como, por ejemplo, la equiparación de los derechos filiales. En el siglo XXI, el reconocimiento jurídico de las TRHA permite acceder a la maternidad o paternidad por medio de procedimientos médicos. Sin embargo, se hace notar que este derecho no permite la inclusión de aquellas parejas heterosexuales que tienen imposibilidad física, las conformadas por dos hombres, como tampoco a aquellos varones que, de forma monoparental, quieren o tienen que recurrir a un vientre de alquiler para poder cumplir con el deseo de convertirse en progenitores.

En segundo término, el trabajo realizado permite vislumbrar las diferentes posibilidades que presentan las ciencias médicas para concretar el deseo de convertirse en progenitores a personas que anteriormente se veían imposibilitadas desde diferentes puntos de vista. En este aspecto, se subraya un cambio trascendental para el derecho: en la actualidad, el dato genético ya no es más el encargado de establecer la relación entre padres e hijos sino la intención volitiva, plasmada en la voluntad procreacional de sus progenitores.

En tercer lugar, del tratamiento legislativo del anteproyecto y del análisis del articulado propuesto para la inclusión de la gestación por sustitución en la Reforma del CCCN, se enfatiza que la intención de los especialistas convocados, como así también, de los legisladores que apoyaron esta iniciativa era la de brindar seguridad y previsibilidad jurídica a todos los actores implicados. Muy a pesar de la fuerza de los argumentos esgrimidos, no se logró la cantidad de votos necesarios para la regulación de este instituto. Debido a que, conforme a la Constitución Nacional que en base al principio de reserva dispone que, todo lo que no está prohibido está permitido, este silencio jurídico sigue posibilitando que quienes necesitan servirse de la gestación por sustitución para alcanzar la paternidad, puedan hacerlo sin restricciones de ningún tipo.

El último punto que es importante resaltar es que para evitar la conflictividad en torno al ejercicio de los derechos de las partes implicadas y, por lo tanto, la judicialización de las consecuencias de la implementación de esta práctica, se torna imprescindible un marco normativo que restinga el poder de discrecionalidad de los jueces.

En función del logro de los objetivos planteados y de los puntos sobresalientes del trabajo de tesis, se puede corroborar la hipótesis que orientó el proceso de investigación. De allí que, se recalca que los resultados encontrados señalan que la no institucionalización de la gestación por sustitución, vulnera derechos personalísimos de todas las partes involucradas en este procedimiento, potenciando la judicialización de conflictos.

Se destaca un hallazgo importante, que se desprende de los resultados de la presente investigación, el cual es que aún no se ha logrado el grado de consenso suficiente como para incluir este instituto como fuente de filiación. En virtud de ello, se puede destacar la influencia de dos factores: por un lado, las convicciones religiosas que tienen una visión del vínculo familiar conformado por un hombre y una mujer unidos en matrimonio. Y por el otro, que muy a pesar de los avances obtenidos, aún se observa en una parte de la sociedad el

rechazo de esta práctica fundado en el desconocimiento y la falta de tolerancia que se necesita para acompañar este cambio de paradigma.

De la confirmación de la tesis sustentada en el proceso de investigación, surge que la falta de regulación no detiene la realidad fáctica, sino que genera inseguridad jurídica. Es por esto que se sostiene que el vacío legal existente no goza de prohibición expresa ni regulación concreta y queda sujeto a la subjetividad del juez que deba resolver cada caso en concreto, dependiendo de si encuadra o no con su lineamiento moral, poniéndose así en riesgo, la integridad del niño nacido, más allá de las críticas o bondades que como opinión personal, puedan emitirse a favor o en contra de la práctica. Antagónicamente y muy a pesar de los progresos alcanzados con la promulgación del CCCN, se percibe una enorme reticencia a continuar con el avance de estos lineamientos, al no haberse incluido a la gestación por sustitución como nueva fuente de filiación.

Resulta importante destacar la opinión personal de la autora, quien sostiene la necesidad de regular la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino, introduciendo a la figura en el CCCN por medio de un articulado que la incorpore e institucionalice como la cuarta fuente filial.

Se propone que el consentimiento previo, libre e informado de las partes intervinientes, sea protocolizado ante autoridad competente. El vínculo filial de ese niño o niña por nacer se establecerá por medio de la voluntad procreacional del o de los comitentes, y se aconseja que para acceder a este método se evoque la restricción de que los futuros progenitores se encuentren imposibilitados para llevar un embarazo a término, pudiendo fundarse esta razón tanto en discapacidades físicas como sexuales.

Se sugiere que la mujer gestante se realice exámenes que evalúen tanto su salubridad física como psíquica, y se recomienda que sea excluyente que los resultados obtenidos expongan que goza de buena salud. Resulta importante enfatizar que se estipule un límite de edad, indicándose que la misma no podrá superar los treinta y cinco años. Se invoca que la mujer gestante no aporte sus gametos, por lo que el material genético debería pertenecer tanto al o a los comitentes, como a terceras personas donantes, es decir, sólo debería admitirse la gestación por sustitución tradicional. Se apoya que la gestación por sustitución solidaria, no se admita con el objetivo de evitar ilegalidades (mercado negro), y que en función de que la mujer gestante lleve a término el embarazo, se la retribuya económicamente con una suma de

dinero, la cual debería oscilar entre importes mínimos y máximos a establecerse por ley. Se aconseja que la mujer gestante previo al acceso de esta técnica de reproducción humana, haya concebido al menos un hijo propio, limitándose la posibilidad de someterse a este procedimiento, más de tres veces a lo largo de toda su vida.

Finalmente, para que todo este procedimiento se encuentre legislado, y en función de ello los derechos personalísimos de todas las partes involucradas encuentren respaldo jurídico, se plantea que los centros de salud habilitados no proceden a la transferencia embrionaria en la gestante sin autorización judicial previa. Si se carece de la misma, la filiación se determinará por las reglas de la filiación por naturaleza.

Para terminar, se pueden destacar algunos nuevos interrogantes que pueden generar dos líneas de investigación a partir de la problemática analizada, como, por ejemplo, qué modificaciones institucionales debería concretar el derecho de familia para receptar este nuevo paradigma social y; cómo se podrían generar nuevas competencias para que los actores jurídicos y sociales intervengan en todo lo relacionado a la gestación por sustitución. La primera problemática se vincula con la generación de un cambio institucional, entendido desde el punto de vista formal, sancionando nuevas normas que incluyan a este instituto. En cambio, la segunda, se relaciona con las reglas de juego informales que condicionan a la implementación de los marcos jurídicos normativos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Bedrossian, G. (2017). *Derecho de Familia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2016). *Manual de derecho de familia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Carrera, C. S. (2017). *Filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación*. In Iure, 2. Recuperado de: <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/view/311/293>
- Díez Ojeda, A. (1998). *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Vol. 2). Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo.
- Ditieri, M., Cortese, G., & González Demaría, Y. (Abril de 2018). *Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión*. Derecho y Ciencias Sociales., 62-81. Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/67123>
- Farnós Amorós, E. (2011). *Consentimiento a la Reproducción Asistida*. Barcelona: Atelier.
- García de Solavagione, A. (2016). *Derecho de Familia*. Córdoba: Advocatus.
- González, M. E. (2015). *La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial*. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, 20(05). Recuperado de: <http://marcelamascotena.com.ar/documentos/44.pdf>
- Grossman, C. (2008). *Familia Monoparental*. Buenos Aires: Universidad.

- Herrera, M. (2014). *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Herrera, M., Caramelo, G., & Picasso, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (2° ed., Vol. 2). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2012). *Filiación derivada de la Reproducción Humana Asistida. Derecho a conocer los orígenes a la información y al vínculo jurídico*. Buenos Aires: La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (Vols. II; III; V-A). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., & Herrera, M. (2012). *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*. (M. d. Nación, Ed.) Revista Derecho Privado. Bioderecho., 1(1).
- Kletnicki, A., & Alfano, A. L. (2013). *Las tecnologías de reproducción humana asistida como nueva fuente de la filiación*. In *V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.aacademica.org/000-054/31>
- Krasnow, A. (2016). *Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina: aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial*. Revista de bioética y derecho, (37), 69-84. Recuperado de: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872016000200006&script=sci_arttext&tlng=en
- Krasnow, A. (2017). *La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la*

- realidad*. (U. E. Colombia, Ed.) *Revista de Derecho Privado*, 175-217. doi:<https://doi.org/10.18601/01234366.n32.07>. Recuperado de: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revdpriv32&div=9&id=&page=>
- Krasnow, A., Iglesias, M., Fernandez, S., Loyarte, D., Nadalini, G., Molina de Juan, M., . . . Hernández, C. (2016). *Derecho de Familias. Claves y respuestas del nuevo sistema en el Código Civil y Comercial*. Santa Fe: Nova Tesis.
- Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución: Realidad y Derecho*. Barcelona: Consejo Nacional de Investigaciones científicas y Técnicas Argentinas. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926>
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Recuperado de: <https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=uZyrBAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=Gestaci%C3%B3n+por+sustituci%C3%B3n.+Ni+maternidad+subrogada+ni+alquiler+de+vientres.+&ots=gXGT7rWq89&sig=qa9yZ9JunxgWqkBDhjRPNYDfBwI#v=onepage&q=Gestaci%C3%B3n%20por%20sustituci%C3%B3n.%20Ni%20maternidad%20subrogada%20ni%20alquiler%20de%20vientres.&f=false>
- Lamm, E. (2015). *Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia*. La Ley, Argentina, 1.
- Lamm, E. (2018). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. *Revista de Bioética y Derecho*.
- Lippert, H., & Hennesen, D. (2002). *Anatomía: estructura y morfología del cuerpo humano*. Marbán Libros.
- Nótrica, F., & Melón, P. (2014). *La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Ministerio de Salud. Recuperado de: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/La-gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n-como-t%C3%A9cnica-de-reproducci%C3%B3n-humana-asistida.-La-necesidad-de-una-regulaci%C3%B3n.pdf>

- Nótrica, F., & Vigo, F. (2016). *Gestación por sustitución: nuevos fundamentos para una realidad insoslayable*. Diario DPI. Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos.(9).
- Nótrica, F., Gonzalez, A., & Melón, P. (s.f.). *La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*. Pensamiento Civil. Recuperado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/11/Doctrina2253.pdf>
- Rodriguez Iturburu, M. (2018). *Gestación por Sustitución: Las cosas por su nombre, ni alquiler de vientre ni maternidad subrogada*. DiarioDPI(34). Recuperado de: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/02/Iturburu-Civil-Bioetica-y-Derechos-Humanos-21.2.pdf>
- Rodriguez Iturburu, M., & Nótrica, F. (2017). *La figura de la gestación por sustitución: Otra vez en boca de todos*. Microjuris. doi: MJ-DOC-11989-AR-MJD-11989.
- Roudinesco, E. (2003). *La familia en desorden*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Sánchez Uthurriague, M., & Fernández, S. (2015). *Gestación por sustitución: necesidad de una pronta solución*. (F. d. Sociales, Ed.) Niños, Menores e Infancias(10). Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/51091>
- Solari, N. E. (2017). *Derecho de las Familias* (2º ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Weinberg, I. (2002). *Convención sobre los derechos del niño*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Zannoni, E. A., & Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado (Vol. XIII). Buenos Aires: Astrea.
- Zannoni, E., & Chieri, P. (2001). *Prueba del ADN*. Buenos Aires: Astrea.

Legislación

Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Comisión de Reformas. Dec. 191/2001

Recuperado de: http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf

Código Civil de la Republica Argentina con notas de Velez Sársfield.

Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994). (08 de octubre de 2014). Recuperado

de Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>

Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. (2015). *Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Constitución Nacional de la Nación Argentina. (s.f.).

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Aprobada a

nivel interno por Ley 23.054. (19 de marzo de 1984). Recuperado de Infoleg:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

Convención sobre los Derechos del Niño. (2006). Madrid: Organización de las Naciones Unidas.

Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño. (16 de octubre de 1990). Recuperado

de Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

Ley 26.661 de Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. (21 de

octubre de 2005). Recuperado de Infoleg:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. (25 de junio de 2013). Recuperado de Infoleg:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Jurisprudencia

B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar, Exp. N° LZ-52635-2016 (Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora 30 de noviembre de 2016).

N. N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento, FA13020016 (Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 18 de junio de 2013).

O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. s/medida autosatisfactiva, Expte. N°714/15/1F (Primer Juzgado de Familia de Mendoza 29 de julio de 2015).

S.M.C c/ A.L.M.A. y otra s/ filiación, 55415 (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Azul. Buenos Aires. Agosto 25, 2011).

Páginas de internet consultadas

<http://www.dateas.com>

<http://www.infoleg.gob.ar>

<http://www.institutobernabeu.com>

<http://www.portal.unesco.org>

<http://www.psi.uba.ar>

<http://www.reproduccionasistida.org>

<http://www.un.org>

<http://www.unicef.cl>