

**ABOGACIA**  
**PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA**

**VIABILIDAD DE CONTRATO DE SUBROGACION DE  
VIENTRE EN LA REPUBLICA ARGENTINA**

---

**ZUBELDIA, MARIA CONSTANZA (VABG34087)**

2018

## **Resumen Ejecutivo**

El presente trabajo consiste en el desarrollo de la situación jurídica actual respecto a la subrogación de vientre. El objetivo central es plantear la viabilidad de un contrato que la regule de modo que no se vulneren derechos de raigambre constitucional. Para lograrlo, se analiza la legislación local e internacional, jurisprudencia y posiciones doctrinarias al respecto, se exponen los conceptos claves, las implicancias de no estar regulado y se propone la procedencia de un contrato que de transparencia a los derechos y deberes de las partes intervinientes.

Palabras clave: subrogación gestacional, voluntad procreacional, filiación, tratamientos de reproducción humana asistida

## **Abstract**

This work analyses the current legal situation of gestational surrogacy. The main objective is to propose the viability of a contract between privates that regulates its instrumentation avoiding constitutional rights violations. To achieve this, it analyses local and international legislation, jurisprudence and different doctrinal positions, defines key concepts and the implications of not being regulated, proposing the possibility of signing a contract that guarantees transparency to the rights and duties of all parties involved.

Keywords: gestational surrogacy, procreational will, filiation, assisted human reproduction treatments

## INDICE

|  |    |
|--|----|
| ▪ <b>Introducción General</b>  | 5  |
| ▪ <b>CAPITULO I – Maternidad subrogada y voluntad procreacional.</b>                           |    |
| 1.1. Introducción  | 9  |
| 1.2. TRHA y Antecedentes Históricos  | 9  |
| 1.3. Maternidad subrogada  | 10 |
| 1.4. Voluntad procreacional  | 13 |
| 1.5. Introducción a la problemática actual de la maternidad subrogada                          | 15 |
| 1.6. Conclusiones parciales  | 17 |
| ▪ <b>CAPITULO II – Regulación referente a maternidad subrogada.</b>                            |    |
| 2.1. Introducción  | 19 |
| 2.2. Bloque Constitucional. Derechos implicados.   | 19 |
| 2.3. Maternidad subrogada en el Código Civil derogado  | 24 |
| 2.3.1. Primera sentencia a favor de la maternidad subrogada.                                   | 28 |
| 2.4. Implicancia de la Ley 26862   | 28 |
| 2.5. Maternidad Subrogada en el Anteproyecto de Reforma CCC y su redacción definitiva          | 29 |
| 2.5.1. Fuentes de filiación. Comparación   | 31 |
| 2.5.2. Inconstitucionalidad del art. 562 del CCC   | 34 |
| 2.6. Proyectos de ley sobre maternidad subrogada   | 35 |
| 2.7. Legislación comparada: Caso uruguayo  | 36 |
| 2.8. Conclusiones parciales  | 37 |
| ▪ <b>CAPITULO III – Análisis de la problemática actual respecto a la maternidad subrogada.</b> |    |
| 3.1. Introducción  | 40 |
| 3.2. Realidad jurídica actual de la maternidad subrogada                                       | 40 |
| 3.3. Derechos en riesgo debido a la falta de regulación  | 43 |

|   |           |
|---|-----------|
| 3.4. Formas de obtención del reconocimiento jurisdiccional  | 47        |
| 3.5. Conclusiones parciales   | 48        |
| <p>▪ <b>CAPITULO IV – Viabilidad de realizar contratos de subrogación de vientre</b></p>            |           |
| 4.1. Introducción   | 50        |
| 4.2. Necesidad de regulación  | 50        |
| 4.3. Regulación de la donación de órganos en Argentina  | 51        |
| 4.4. Modelo de contrato de subrogación gestacional  | 52        |
| 4.5. Propuesta de regular a la maternidad subrogada como donación temporal de capacidad gestacional | 52        |
| 4.6. Procedencia de contrato de subrogación de vientre  | 54        |
| 4.6.1. Principios   | 55        |
| 4.6.2. Caracteres y elementos   | 56        |
| 4.6.3. Condiciones de procedencia   | 56        |
| 4.6.4. Derechos y deberes de los sujetos  | 57        |
| 4.7. Procedimientos propuestos  | 59        |
| 4.7.1. Contrato entre privados con regulación de ente administrativo                                | 60        |
| 4.7.2. Participación jurisdiccional en el proceso   | 60        |
| 4.8. Desafíos futuros   | 61        |
| 4.9. Conclusiones parciales   | 62        |
| ▪ <b>Conclusiones finales</b>   | <b>63</b> |
| ▪ <b>Anexo I: Modelo de contrato de subrogación gestacional</b>                                     | <b>65</b> |
| ▪ <b>Bibliografía</b>   | <b>82</b> |

## **Introducción General**

Con el correr de las últimas décadas, los avances en materia de fertilización asistida han sido exponenciales a nivel mundial, también impulsado por el fenómeno de la globalización y Argentina no ha escapado de dicho desarrollo. Esto ha llevado a que la legislación local tome en consideración esta nueva realidad y a la actividad jurisdiccional a pronunciarse en aquellos casos donde la legislación no es del todo clara. Este trabajo se ocupa de un método en particular, la gestación por sustitución y el primer fallo en Argentina sobre esta cuestión data del 18 de junio de 2013.

La gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en la que una mujer gesta en su vientre un embarazo con embrión (o embriones) ajenos o propios con la finalidad de entregar el niño al padre o madre cuya voluntad procreacional dio lugar al embarazo. Esta figura fue incluida en el art. 562 del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) y luego suprimida de la redacción definitiva. Si bien la misma no fue prohibida, tampoco fue explícitamente permitida, por lo cual dicha falta de regulación requiere de un análisis detenido, dado que actualmente se lleva a la práctica sin un marco jurídico del todo claro. El vacío legal que envuelve a esta figura trae aparejada la falta de seguridad jurídica para las partes intervinientes.

El dilema ético que llevó a eliminar el artículo 562 del proyecto del CCC sobre la gestación por sustitución, no obstante el silencio legal sobre la misma, llevó a una creación jurisprudencial tratando de brindar seguridad jurídica a las relaciones que se generaban a partir de la maternidad subrogada (Yuba, 2016).

Por este motivo, lo expuesto anteriormente nos lleva a preguntarnos: ¿Es viable un contrato de subrogación de vientre en el marco del ordenamiento jurídico argentino?

El objetivo central de este proyecto consiste en determinar si a la luz del ordenamiento jurídico argentino y considerando las diferentes posturas doctrinarias, podría realizarse un contrato donde se regulen derechos y obligaciones entre las partes para llevar a cabo la maternidad por subrogación de vientre. Para alcanzar dicho objetivo se irán desarrollando los diferentes objetivos específicos planteados en cada capítulo: En el Capítulo I se procederá a conceptualizar y describir conceptos clave como TRHA y sus antecedentes históricos, maternidad subrogada, voluntad procreacional e introducir la problemática actual. En el Capítulo II se busca explorar el marco jurídico en el que se encuentra inmersa esta realidad abarcando el bloque constitucional, el Código Civil (CC) derogado, la Ley 26862, el anteproyecto de reforma y el actual Código Civil y Comercial (CCC), así como comparar los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la Nación, la jurisprudencia y presentar la posición uruguaya sobre el tema. En el Capítulo III se pretende analizar y describir la problemática y realidad jurídica actual, los derechos en riesgo y las diferentes formas de obtener el reconocimiento jurisdiccional de la filiación en los casos concretos. Por último, en el Capítulo IV, se intenta proponer una solución a la cuestión planteada y analizar la posibilidad de regular la figura a través de un contrato de subrogación gestacional así como presentar y explorar diferentes alternativas de procedimiento, ya sea con participación judicial en algunas (o en todas) las etapas o bien como una actividad privada previendo un ente de control estatal. Finalmente, se propone abrir el debate a ciertos ámbitos que rodean esta temática, presentados como desafíos a futuro.

Todo el trabajo de investigación se encuentra atravesado por la exposición de diferentes voces doctrinarias que se posicionan en lugares opuestos de la discusión pero que enriquecen el análisis y amplían la visión del tema.

Realizar una investigación sobre la posibilidad de llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada que evitaría poner en riesgo la seguridad jurídica para quienes realicen esta práctica es indispensable, ya que no se

dejarían los efectos de la misma a criterio de cada juez donde recaiga el pedido de filiación y se evitaría caer en sentencias disímiles y contradictorias entre sí sobre la misma situación, ya que aquí se encuentran en juego derechos personalísimos, tanto de los adultos que dan su consentimiento como del niño por nacer.

## **CAPITULO I**

### **Maternidad subrogada y voluntad procreacional.**



## **1.1. Introducción**

El objetivo de este primer capítulo consiste en describir los conceptos clave que serán utilizados en todo el trabajo, definiendo las TRHA y sus antecedentes históricos, la maternidad subrogada y la voluntad procreacional. Por último, se introducirá a la situación problemática actual, generada por la falta de regulación.

## **1.2. TRHA y Antecedentes Históricos**

La Organización Mundial de la Salud<sup>1</sup> (OMS) define en su glosario a las TRHA como:

Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.

Los avances de las TRHA marcan un antes y un después en la reproducción humana, derribando barreras que impedían la fertilidad dado que han ocasionado una “revolución reproductiva” atento a que separan la reproducción humana de la sexualidad, ya que gracias a las mismas hoy es posible la “reproducción sin sexo” y el “sexo sin reproducción” (Lamm, 2012)

Los diferentes modos de llevar a cabo TRHA han logrado que familias donde existe alguna imposibilidad para concebir hijos de modo natural, debido a causas de esterilidad en uno o ambos cónyuges, o bien, por ser los mismos de igual sexo, así como personas sin pareja que desean desarrollar la paternidad o maternidad por sí solos, encuentren una forma de realizar su voluntad de ser padres.

---

<sup>1</sup> Fuente: Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, 2010. Extraído de: [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology2/es/http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1)

El 25 de julio de 1978 nace Louise Brown, conocida como el primer bebé probeta de la historia fruto de la técnica de fecundación in vitro. En Argentina, el primer bebé concebido in vitro se produjo en 1986 por el médico Roberto Nicholson.

Si bien la gestación por sustitución ha existido desde épocas remotas, el primer caso de gestación por sustitución “gestacional” reportado en el mundo ocurrió en 1985. Este hecho implicó un quiebre en la medicina reproductiva y en el tratamiento de la infertilidad, atento a que, por primera vez, fue posible medicamente que personas que padecen de infertilidad pudieran tener un hijo genéticamente propio sin que la mujer que gesta sea también “madre genética” (Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, 2012).

Con el correr de las últimas décadas, los avances en materia de fertilización asistida han sido exponenciales a nivel mundial, también impulsado por el fenómeno de la globalización y Argentina no ha escapado de dicho desarrollo. Esto ha llevado a que la legislación local tome en consideración esta nueva realidad y a la actividad jurisdiccional a pronunciarse en aquellos casos donde la legislación no es del todo clara.

### **1.3. Maternidad subrogada.**

Según la Real Academia Española (RAE) “subrogar” es sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Es un término propio del Derecho, y en el Diccionario del Español Jurídico de la RAE se define a la “subrogación” como el acto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica.

La OMS define también a la gestante subrogada como la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que entregará el bebé a los padres previstos y aclara que los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.

Cada método de reproducción asistida lleva consigo sus interrogantes y el marco jurídico argentino se ha ido definiendo respecto de ellos. Sin

embargo, continuamente estarán surgiendo nuevos puntos de discusión y nuevas necesidades de regulación, hecho inevitable por el correr de las nuevas tecnologías. Estas, han permitido que en la actualidad sea posible que una mujer geste en su vientre un embarazo con embrión (o embriones) ajenos con la finalidad de entregar el niño al padre o madre cuya voluntad procreacional dio lugar al embarazo. Este tipo de TRHA es lo que se conoce como “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientre”, entre otras denominaciones. En palabras de las Dra. De la Torre y Dra. Herrera (2016) “Una persona denominada gestante lleva adelante un embarazo a partir de la transferencia de un embrión conformado con material genético de los futuros progenitores (comitentes) y/o terceras personas, donante de gametos”.

La gestación por sustitución es una TRHA donde intervienen diferentes actores: los padres “contratantes” o comitentes, que pueden o no ser los donantes del material genético (donantes de gametos), la madre gestante (y eventualmente su familia) y las clínicas especializadas que llevan adelante el tratamiento. Obviamente interviene de un modo no voluntario el niño que será engendrado, cuyos derechos deben ser resguardados.

Existen diferentes circunstancias o causas que pueden dar lugar a la necesidad de llevar a cabo distintos tipos de esta TRHA:

- Subrogación Tradicional: La mujer de la pareja no puede proporcionar los óvulos por lo que la mujer gestante proporciona los suyos, que serán unidos a los espermatozoides del hombre de la pareja.

- Subrogación Gestacional: La mujer de la pareja puede proporcionar óvulos pero su salud no le permite gestar el embarazo. El embrión resultante de ambos se transfiere a la mujer gestante, con la cual no comparte información genética.

- Subrogación con donante de óvulos: en este caso, la mujer de la pareja no puede proveer los óvulos y se elige a una tercera mujer para que los aporte, de modo que la gestante no tenga vínculo genético con el niño.

Independientemente de la modalidad de subrogación de que se trate, la voluntad procreacional (término que se desarrollara en el próximo apartado) pertenece a una persona diferente de quien llevara adelante el embarazo y la posibilidad de contemplar esta figura en la legislación argentina ha sido analizada por la doctrina, encontrando voces a favor y en contra.

Grosso (2013) lo define como un acuerdo por el cual se conviene de forma gratuita u onerosa con una mujer la gestación en su seno de un niño (del cual puede o no ser donante del óvulo) para luego entregarlo a quien se lo encomendó. Este autor lo caracteriza como un acuerdo ilícito y dañino, ya que basándose en criterios de la ciencia de neonatología, indica que es perjudicial que se interrumpa el vínculo entre el niño y la gestante una vez producido el nacimiento.

Para Sambrizzi (2012), la gestación por sustitución atenta contra la dignidad de la persona, colocando al hijo ante una posible disputa de intereses entre la madre genética y la madre gestante y lo considera un acto inmoral.

En palabras del Dr. Meeroff (1996), médico especialista en salud pública y prevención, refiriéndose a esta técnica dijo que “no son ni humanas ni antihumanas, son producto de relaciones sociales profundamente marcadas por las condiciones sociales”.

Por otro lado, las Dras. Kemelmajer de Carlucci et al (2012) no ven comprometida la dignidad del niño por ser querido por alguien diferente a quien lo gestó, tal como sucede en la adopción y desestiman que se lo esté asimilando a una cosa por haber sido traído al mundo a través de esta técnica. Siguiendo esta línea, según Testa (2017) la maternidad subrogada es salud ya que la considera fuente de vida. De no mediar esta técnica el niño nunca hubiera existido.

Por otro lado, Chmielak (2017) sostiene que se convierte al niño en objeto de un contrato, se daña su identidad y su origen gestacional. Cree que no existe el derecho al hijo y prohibir la gestación por sustitución es velar por

el instituto de la familia, ya que entiende que la misma implica reemplazar el interés superior del niño por el interés del adulto.

#### **1.4. Voluntad procreacional. Concepto**

El art. 562 del CCC establece que los nacidos por las TRHA 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 art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos. Como se verá en el apartado 2.5 del presente trabajo, el hecho de determinar la filiación materna según quien dio a luz no impedía la inclusión de la institución de la subrogación de vientre en el CCC.

El principio MATER SEMPRE CERTA EST deriva del Derecho Romano y se traduce como “la madre es siempre conocida”. Este postulado sobre la certeza de la maternidad según quién ha dado a luz sucumbe ante la voluntad procreacional.

Caracterizar y entender el concepto de voluntad procreacional y su relevancia para la maternidad subrogada es clave, ya que es condición necesaria para la filiación, ya sea por adopción y por TRHA, aunque no siempre esté presente en la filiación natural, y el problema radica en determinar si la misma, además, es condición suficiente para establecer la maternidad en los casos de subrogación de vientre.

Se entiende a la voluntad procreacional como el deseo de tener un hijo independientemente de quienes participen en su concepción y gestación. La misma es el eje central sobre el que se determina la filiación en las TRHA. “La voluntad procreacional es el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir las responsabilidades de su formación, con independencia de si estos aportan el material genético”. (Briozzo, 2017)

La voluntad procreacional, a través del previo y libre consentimiento informado, se transforma en una herramienta a favor de una real igualdad de oportunidades, sin discriminación, con el objeto de garantizar la tutela judicial

efectiva de la dignidad humana y del derecho de toda persona a conformar una familia. Resulta claro, entonces, que no es posible impedir la utilización de los beneficios del desarrollo y avance tecnológico en aras de dar un real cumplimiento a los derechos en juego y superando así la visión binaria del vínculo filial clásico (filiación biológica/ filiación adoptiva) (Testa, 2017).

Gil Dominguez (2015) entiende a la voluntad procreacional como el deseo de tener un hijo siendo sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas y debe ser garantizada por el Estado.

La voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y lleva a pensar en un derecho a la identidad en sentido dinámico. Un derecho a la identidad que no se circunscriba solo a lo físico o biológico de la persona, sino que incluya su faz espiritual, profesional, intelectual; un complejo de elementos que abarquen aspectos religiosos, ideológicos y hasta políticos, a través del cual los individuos se proyecten socialmente expresando estos aspectos tan propios de su personalidad (Rojas y Umansky, 2012)

Ya décadas atrás afirmaba Rivero Hernández (1991) que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento en concreto), sino porque los demás elementos biológicos pueden ser sustituidos todos, lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido.

En otro extremo, Chmielak (2017) sostiene que la voluntad o el deseo no son por sí mismos causa suficiente para determinar quién es padre y quién es hijo, ya que el no desear que un niño sea hijo no es causa suficiente para excluirlo de la paternidad.

La doctrina nos enseña 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 libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como

característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento previo, libre e informado (Testa, 2017).

En línea con lo descrito en el párrafo anterior se puede citar el análisis que realiza Briozzo (2017) sobre el tema a través de la sentencia del Juzg. de Familia Nro. 2 de Moreno “S.P.B. c/ S.P.R. s/ materia a categorizar” en la cual el juez establece que “la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA se construye sobre la voluntad procreacional, es decir, la intención de ser padres, ello con independencia de si estos aportan o no su material genético”.

En las antípodas de este razonamiento se encuentra el análisis que realiza Grosso (2013), quien sostiene que el alquiler de vientre es una vulneración de la relación exclusiva que el niño tiene con la madre que lo lleva en su seno, pues la separación del niño de la madre por vía de cumplimiento del contrato de alquiler de vientre importa una disrupción del entorno más vital y trascendente del niño. Solo se prioriza la voluntad de quienes lo encargaron contractualmente, elevando el deseo de ellos al rango de derecho y por encima de la existencia del niño. Por lo cual, este autor da una relevancia totalmente diferente al concepto de voluntad procreacional.

Basset (2012) directamente rechaza la voluntad procreacional como fuente de filiación al no admitir las TRHA heterólogas, esto es, con material genético ajeno a la pareja, ya que perturba el derecho a la integridad personal y a la identidad.

### **1.5. Introducción a la problemática actual de la maternidad subrogada.**

Los rápidos avances en materia de TRHA han dado lugar a nuevos interrogantes, los cuales están siendo analizados por parte de la doctrina, e incluso de magistrados, sobre cuestiones éticas, biológicas, psicológicas, genéticas, y por supuesto, jurídicas, ante la existencia de esta nueva forma de filiación, reconocida como tal por el art. 558 del CCC.

La maternidad por subrogación de vientre estuvo planteada en el anteproyecto del nuevo CCC pero fue eliminada del texto definitivo. Se cuestionó acerca de la “cosificación de la mujer” o “el aprovechamiento de las clases más pudientes sobre mujeres que estarían dispuestas a alquilar su vientre por necesidades monetarias.”

El artículo 558 del CCC enumera tres fuentes de filiación. Especifica que la misma puede tener lugar por naturaleza, mediante THRA o por adopción. Sin embargo, del título correspondiente a la filiación se eliminó el articulado que hacía referencia a la filiación post mortem en las TRHA y, a lo que motiva a esta investigación, la gestación por sustitución. No la prohíbe, no la permite, directamente no la menciona, sumergiendo el tema en las sombras, sometiéndolo luego al entender jurisdiccional, inevitablemente.

En la actualidad se llevan a cabo embarazos subrogados, en Argentina o en el exterior (también llamado turismo procreativo), y una vez consumado el nacimiento del niño se recurre a la vía judicial para el reconocimiento del mismo como hijo de uno o ambos donantes (ya que existen diferentes tipos de maternidad subrogada).

En una entrevista el abogado constitucionalista Andrés Gil Domínguez<sup>2</sup> explicó que "Hoy cualquier situación de gestación por sustitución debe ser judicializada para lograr la co-paternidad en el momento de la inscripción del niño".

Esta situación ha llevado a través de diferentes medios procesales a que fallo tras fallo se reconozca la filiación a quienes tuvieron la voluntad procreacional, a pesar de que según el artículo 562 del Código Civil y Comercial disponga que madre es quien da a luz.

---

<sup>2</sup> Fuente: “El alquiler de vientres, una práctica atrapada en un vacío legal”, (21/06/2016), Diario Clarín. Recuperado de [http://hurlingham.clarin.com/sociedad/alquiler-vientres-practica-atrapada-legal\\_0\\_VyxdBqzBb.html](http://hurlingham.clarin.com/sociedad/alquiler-vientres-practica-atrapada-legal_0_VyxdBqzBb.html)



La no regulación de la maternidad subrogada puede implicar una discriminación hacia las minorías más perjudicadas, ya sea a niños como también a mujeres, personas homosexuales, entre otros (Testa, 2017)

El objetivo de este proyecto es determinar si a la luz del marco jurídico argentino, podría realizarse un contrato entre privados donde se regulen derechos y obligaciones entre las partes para llevar a cabo la maternidad por sustitución de vientre y si eventualmente este acuerdo debería ser homologado por un juez o autoridad administrativa antes de la implantación del embrión, o incluso de la generación del mismo (unión de gametos), de modo de llenar el vacío legal que existe actualmente y brindar un marco de seguridad jurídica a quienes acceden a esta práctica.

#### **1.6. Conclusiones parciales.**

En el primer capítulo se han expuesto los conceptos principales que son de relevancia para un acabado conocimiento del tema. Las TRHA han llegado para instalarse en la medicina actual y en la sociedad al punto tal que la voluntad procreacional es un eje central para determinar la filiación. Dentro de estas técnicas se incluye a la gestación por sustitución como una alternativa para engendrar un niño en el caso que por diferentes razones no pueda ser concebido dentro de la persona o pareja de la cual emana la voluntad procreacional. Sin embargo, la legalidad de esta práctica no surge de una manera clara y resulta evidente su necesaria regulación.

## **CAPITULO II**

**Regulación referente a maternidad subrogada.**

## **2.1. Introducción**

El objetivo de este capítulo es principalmente enmarcar la figura de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino, analizando los derechos constitucionales que se ven implicados y las diferentes posturas doctrinarias. Se analizará cual era la situación durante la vigencia del código civil derogado así como los fundamentos en el anteproyecto de reforma. A continuación se establecerá el marco otorgado por el Código Civil y Comercial actual, comparando las diferentes fuentes de filiación allí reconocidas y se analizará puntualmente el art. 562, cuya constitucionalidad ha sido centro de debate por diferentes doctrinarios.

Se hará referencia y comparará también los proyectos de ley que actualmente existen y se revisará el caso uruguayo, donde la maternidad subrogada ya se encuentra específicamente regulada, en un país cuya idiosincrasia es similar a la argentina.

## **2.2. Bloque Constitucional. Derechos implicados.**

A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, a la supremacía de la misma se incorporaron tratados internacionales de derechos humanos que pasaron a tener su misma jerarquía, establecido directamente por la Constitución en su art. 75, inc. 22. según el cual, “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. A continuación, el mismo inciso reconoce rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos de la siguiente manera:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

El ingreso de los derechos personalísimos a la Constitución Nacional se produjo, con la reforma del año 1994, a través de la adopción de los pactos, declaraciones, acuerdos y convenios internacionales por la incorporación del art. 75. Inc. 22 en la Carta Magna (Testa, 2017)

De dicho artículo se deduce que la Constitución no solo reconoce la superioridad jerárquica de los Tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos con la Constitución, conformando el “Bloque de Constitucionalidad”. De este modo, si una norma interna contradice derechos establecidos y amparados por dicho bloque, será considerada inconstitucional y por lo tanto será inaplicable.

Ya delimitado el Bloque de Constitucionalidad, se revisarán aquellos derechos que están implicados en la institución de la maternidad por subrogación y que podrían verse afectados, ya que como mencionan Melón y Notrica (2016) aparecen con más frecuencia los principios de igualdad y no discriminación, el derecho a fundar una familia en condiciones de igualdad con el resto de las personas, la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, la responsabilidad en las relaciones de familia y un proceso de democratización progresivo en la figura de la familia.

El derecho a la salud como derecho humano está reconocido constitucionalmente en los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional, y por distintos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. En este sentido, aparece la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde se afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la

salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece que los Estados parte reconocen "el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" e indica distintas "medidas que deberán adoptar los Estados parte a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho"; asimismo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial así como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer mencionan en sus textos al derecho a la salud (Notrica, 2016)

La gestación por sustitución, en tanto procedimiento reconocido por la OMS, permite que aquellas personas que quieran formar una familia y no puedan hacerlo por su imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud o estructurales, no vean cercenados sus derechos a la paternidad/maternidad, en íntima conexión con el derecho a la vida familiar y el acceso a ella, el derecho a la autonomía y desarrollo personal, el derecho a la salud y el derecho a gozar de los beneficios de los avances científicos, reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos de rango constitucional (Gil Dominguez, 2015).

En el marco del artículo 19 de la Constitución Nacional, se establece el principio de reserva, el cual declara que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, estableciendo que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

En este sentido, el Dr. Gil Dominguez estableció en un artículo periodístico<sup>3</sup> que “En nuestro país y bajo la impronta constitucional de que

---

<sup>3</sup> Fuente: “Alquiler de vientres, la falta de regulación la avala”, (20/03/2016), Diario Clarín. Recuperado de: [https://www.clarin.com/.../alquiler-vientres-falta-regulacion-avala\\_0\\_EkDuoMdag](https://www.clarin.com/.../alquiler-vientres-falta-regulacion-avala_0_EkDuoMdag)

todo aquello no está prohibido está permitido, la falta de regulación de la gestación por sustitución implica que la misma se puede realizar sin ninguna clase de obstáculo, y que si eventualmente una ley la regulase, no podrá traspasar los límites de la razonabilidad”

En el ámbito internacional, en 2012 la CIDH<sup>4</sup> realizó en el fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica” una interpretación amplia del artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, estableciendo que el mismo incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad<sup>5</sup>.

En esta idea de tolerancia-respeto se inscribe la convivencia democrática, que no ha dejado hoy de ser un estilo de vida que impone como obligación el respeto a la libertad individual de los ciudadanos, quienes en el marco de su vida íntima o familiar, diseñan una historia propia, única e irrepetible. Allí está el límite del poder estatal, es en ese punto donde el ejercicio de los derechos individuales que no irroga ningún perjuicio a terceros se despliega libremente desde la igualdad para asegurar a los individuos las bases que les permitirá alcanzar la felicidad (González, Melón y Notrica, 2015)

En el ámbito nacional constitucional, se brinda la denominada “protección integral” a la familia (art. 14 bis). Por su parte, el art. 16 la

---

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>5</sup> Resumen del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28/11/2012. Obtenido de: [http://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/04/fecundacion\\_in\\_vitro\\_Corte\\_interamericana.pdf](http://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/04/fecundacion_in_vitro_Corte_interamericana.pdf)

ampara fundado en el principio de igualdad entre todos los habitantes y el art. 19 establece y protege una amplia zona de autonomía y desarrollo personal, permitiendo que cada persona pueda formar el tipo de familia que desee siempre que no conculque derechos de terceros. (Herrera y Lamm, 2015).

Haber suprimido el artículo sobre gestación por sustitución del nuevo CCC pone en riesgo el ejercicio de derechos de raigambre constitucional como el principio de reserva enunciado. Ya que al no existir una ley que prohíba dicha práctica se puede inducir a través del principio mencionado que la misma se encuentra permitida. Sin embargo, su falta de regulación clara y concreta para llevarla a la práctica provoca que hoy se lleve a cabo en un contexto de incertidumbre, principalmente en relación a la identidad del niño consagrado en los art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño. Del mismo modo, se ve afectado el ejercicio del derecho de toda persona a construir una familia, establecido en el art. 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicha articulación enuncia expresamente que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que tiene derecho a ser protegida por parte del Estado así como que toda persona tiene derecho a constituir su familia. Según manifiesta De la Torre (2014), no se identifica a la familia con un modelo único, o en otros términos, no existe identidad entre familia y matrimonio, pues familia desde la obligada mirada de los derechos humanos se enuncia en plural.

Considerando que existe un derecho a procrear y fundar una familia para todas las personas, es tan importante en una sociedad embebida de llevar adelante políticas públicas que garanticen la real igualdad de los derechos tal como lo expresa nuestra Constitución en su 75 inc. 23: “(...) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos

reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (Melón y Notrica, 2016)

La omisión legislativa es una suerte de negación de derechos que no resiste al llamado bloque de convencionalidad del colectivo de derechos familiares, sexuales y reproductivos. En otras palabras, el argumento de la no prohibición de la técnica no es suficiente ni aceptable, ya que genera una gran inseguridad jurídica al no adecuarse a las nuevas realidades familiares de este siglo y dejando a la maternidad subrogada a discrecionalidad judicial. (Testa, 2017)

### **2.3. Maternidad subrogada en el Código Civil Derogado**

La falta de regulación de la maternidad subrogada ya era una dificultad que existía durante la vigencia del Código Civil redactado por Vélez Sarfield, hoy derogado.

Según el Código Civil derogado existían 2 formas de filiación, establecidas en el art. 240, las cuales eran: por naturaleza y por adopción. En el año 2013 fue considerada también la realizada a través de TRHA con la Ley 26862, la cual garantiza el acceso a procedimientos médicos gratuitos para la procreación a los mayores de edad sin discriminación o exclusión según orientación sexual o estado civil.

La primera sentencia que reconoce la subrogación de vientre en Argentina, data del año 2013, aunque ya en el año 2011, en una entrevista con el Diario La Nación<sup>6</sup> el especialista argentino en fertilidad, Fernando Akerman, Director del centro de Fertilidad y Fertilización in vitro de Miami reconoció que lo consultaban alrededor de 100 personas al año para llevar a cabo la técnica de maternidad subrogada y que un poco más de la mitad decidía hacer el tratamiento. Por lo cual, independientemente de los casos que

---

<sup>6</sup> Fuente: Crece el interés por el alquiler de vientres. Diario La Nacion (20/08/11). Obtenido de: <https://www.lanacion.com.ar/1399381-crece-el-interes-por-el-alquiler-de-vientres>



podieran realizarse en la Argentina, existía una amplia demanda de dicha técnica en el exterior por quienes gozaban del nivel adquisitivo necesario para realizarlo, también llamado “turismo procreativo”.

En ese contexto se vislumbraba la necesidad de dar un marco regulatorio a la práctica ya que la filiación biológica puede perfectamente coincidir con la filiación jurídica, sin embargo reconocer que hoy existen nuevas realidades jurídicas y familiares hace necesario crear categorías nuevas de filiación. Históricamente el derecho ha ido mutando para adaptarse a la realidad y esto no ha sido fácil. El tema de la fertilización in vitro, la gestación por sustitución y la co-partenidad, entre otros, presentan desafíos difíciles de asumir para ciertos sectores del pensamiento, y será necesario un lento y exhaustivo análisis de todas las variables para llegar a una solución satisfactoria (Berger, 2012).

Por su parte, De la Torre (2014) sostenía que si el bloque de constitucionalidad federal no circunscribe el vocablo "familia" a la familia matrimonial y manda a proteger a las familias en términos de pluralidad, fácil se advierte la necesidad de compatibilizar y reformar un ordenamiento jurídico infraconstitucional (Código Civil) que, pese a las reformas parciales que ha sufrido, sigue enraizado en un modelo monista, arquetípico y exclusivo de familia matrimonial, colocando fuera del amparo del derecho a otras formas de familias tan válidas como la matrimonial desde la obligada mirada constitucional-convencional.

De acuerdo con Famá (2009) fundar una familia procreando o no, depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo. Esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener.

En un análisis más profundizado sostiene Borrillo (2012) que la desbiologización de la filiación implica legalizar la maternidad subrogada,

fundándose en el principio de la libre disponibilidad del propio cuerpo ya que el alquiler de vientre permite resquebrajar el paradigma de la maternidad asociada con el vínculo biológico que se establece durante el período de la gestación, por lo tanto, no debe ser el parto (*mater semper certa est*) el criterio para designar a la madre sino el proyecto familiar y lo que la voluntad de los padres de intención hayan establecido en el contrato familiar.

Bajo la vigencia del CC derogado, donde la voluntad procreacional no se encontraba regulada como fuente de filiación, algunos autores sostenían que esa situación, sumada al artículo 139 inciso 2do del Código Penal que sanciona con prisión de 2 a 6 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, les permitía afirmar que la gestación por sustitución era un acto, al menos, antijurídico, por lo que no podría pretenderse que se desprendan consecuencias válidas de dicho acto (Gitter, 2013). Por lo cual, dicha realidad normativa no complacía ante las situaciones que se daban en aquel momento, pero sostenía que las instituciones debían resolver de acuerdo a esa lógica. Sin embargo, existía un vacío de certeza que diera respuestas a los casos ya concretados.

En línea con este razonamiento también Bezic (2013) sostenía el alquiler de vientre en la Argentina conforme la legislación vigente en aquel momento era un contrato nulo por su objeto, y punible conforme el art. 139 del Código Penal Argentino, que establece pena de prisión “para aquel que por un acto cualquiera hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de 10 años”.

En cuanto a la posibilidad de regular la existencia de un contrato de gestación por sustitución, algunos autores directamente descartaban la idea ya que el mismo sería nulo por vicio en el objeto, debido a que además de afectar la moral y las buenas costumbres, su objeto no se encontraría en el comercio (Grosso, 2013).

En este sentido, Pastore (2012) arguye que este tipo de contratos acabaría por considerar al niño una “cosa debida”, producto de la voluntad

procreacional como fuente filiatoria y parental, excluyendo elementos esenciales de su personalidad en detrimento de sus derechos fundamentales, entre ellos la identidad, la igualdad, el derecho a la presencia maternal y paternal y la vinculación generacional. Asimismo, de acuerdo con Bezic (2013) la necesidad del niño de sentirse querido y contenido en el contexto de una familia formada por padre y madre le permitirán desarrollarse de manera sana, evitando los traumas que genera el saberse producto de un contrato y de una transacción dineraria.

Según Nasazzi Ruano (2013) un contrato de este tipo no solo sería nulo por su objeto sino además llevaría a la comercialización de las personas, tanto de la madre como del niño, lo cual sería contraria a la moral y por ello en la vía judicial el juez debería declarar todo contrato de esta especie de nulidad absoluta.

Por su parte, Gil Domínguez (2012) consideraba que la filiación y la parentalidad se fundan en una realidad ya no genética sino socio-afectiva, y en la voluntad procreacional de los cónyuges incapaces de procrear naturalmente. Por lo tanto, sostenía la legitimidad del contrato de alquiler de vientre y por ende su protección, ya que el Estado no puede oponer ninguna clase obstáculo que impida ejercer plenamente el derecho a la no discriminación por motivo de la orientación sexual de las personas vinculado al deseo de ser padres y al derecho fundamental y humano de conformar una familia.

Los argumentos en contra de la práctica no evitaron la 1ra. sentencia a favor de la maternidad subrogada en el año 2013 bajo los argumentos que la misma menciona (estando vigente el CC), lo cual se tratará en el siguiente apartado.

### **2.3.1. Primera sentencia a favor de la maternidad subrogada<sup>7</sup>.**

El 22 de abril de 2012 nació B.M., la primera niña cuya filiación fue reconocida por una sentencia judicial a sus padres biológicos a pesar de haber sido gestada en un vientre subrogado.

Su madre, luego de perder su 2do. embarazo, en una delicada intervención perdió el útero, aunque pudo conservar los ovarios. Una amiga se ofreció desinteresadamente a gestar el embrión fruto de la pareja.

La presentación al juzgado para que se reconozca la filiación a la pareja se basó en el art. 19 de la Constitución Nacional, en la Convención de los Derechos de niño, en el Pacto San José de Costa Rica y en el Anteproyecto del CCC.

El fallo del 18 junio de 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 de C.A.B.A., dictado en autos “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento”, determinó la filiación al matrimonio luego de realizar un análisis de ADN y confirmar el vinculo genético.

Hasta el momento de la sentencia la niña solo tenía el certificado de nacimiento pero transcurrió más de 1 año hasta que pudiera tener su partida de nacimiento y su D.N.I.

La sentencia remarcó que el elemento determinante de la filiación es la voluntad procreacional ya que lo relevante es el elemento volitivo de ser madre o padre del nacido.

### **2.4. Implicancia de la Ley 26862.**

El 25 de Junio de 2013 se promulgó en Argentina la Ley 26862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Asistida, cuyo objeto reside en garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, la cual define en su art. 2

---

<sup>7</sup> Juzgado nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, Infojus online, Id Infojus: FA13020016

como los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, comprendiendo las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Lo relevante de esta ley a los fines del presente trabajo se encuentra en el artículo 8vo, donde se garantiza la cobertura de los procedimientos que la OMS define como de reproducción medicamente asistida (en la cual se observó que incluye al útero subrogado), sin excluir ninguna técnica en particular.

### **2.5. Maternidad Subrogada en el Anteproyecto de Reforma CCC y su redacción definitiva.**

El actual CCC, promulgado por la Ley Nro. 26.994, encuentra su origen en el anteproyecto redactado por los reconocidos juristas Dra. Elena Hihgton de Nolasco, Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci y el Dr. Ricardo Lorenzetti.

El art. 1 del CCC determina las fuentes y aplicación del mismo estableciendo que los casos que el 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.

Dentro de las disposiciones generales relativas a la filiación e inmediatamente a continuación del artículo que refiere a la voluntad procreacional, el art. 562 del mencionado anteproyecto contemplaba la figura de la gestación por sustitución, determinando que la filiación en este caso queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes. Menciona una serie de requisitos indispensables para que pueda llevarse a cabo el procedimiento, previa homologación judicial y hace referencia a que será dictada una ley especial que regule en la materia.

La gestación por sustitución fue incluida en el art. 562 del anteproyecto de reforma del Código Civil y luego suprimida versión definitiva. El fundamento oficial de la quita de la figura en análisis lo explicita en el

correspondiente dictamen que ha formado parte del iter legislativo de la legislación civil y comercial:

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

Resulta importante describir lo que el mismo estipulaba así como los fundamentos de quienes lo redactaron. Asimismo, se verá que no resultaría contradictoria su regulación bajo la normativa actual.

En la figura de la gestación por sustitución, es clave el rol de la madre gestante y si por el hecho de llevar el embarazo corresponde que se le determine a ella la maternidad del niño. Al comparar la redacción correspondiente a la voluntad procreacional y su relación con la madre gestante, en el CCC, la filiación se da con la madre que “dio a luz” y con quien dio el consentimiento, mientras que en el anteproyecto, la filiación se establecía con la madre gestante (“los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción...”) y con quien además había dado el consentimiento. No parece haber diferencias, entonces, dado que cuando se llevan a cabo TRHA, cobra relevancia determinante quienes han dado su consentimiento para ser padres y han tenido voluntad para hacerlo, independientemente de quien ha aportado los gametos. Este hecho, en el anteproyecto, no excluía la regulación de la gestación por sustitución, método de reproducción asistida donde al existir una imposibilidad física de gestar un embarazo por parte de quien tiene la voluntad de hacerlo, requiere que otra mujer lo haga. Que se haya omitido la definición de la figura así como una básica regulación en el CCC no significa que su puesta en práctica sea contraria a la ley, no lo era para el anteproyecto y no hay nada en el actual CCC que manifieste que lo sea.

El CCC otorga un marco jurídico a las relaciones y acciones jurídicas de los hombres y mujeres y no puede simular que una figura no existe por el hecho de no incluirla en su redacción.

### **2.5.1. Fuentes de filiación. Comparación.**

El art. 558 del CCC, al igual que el Anteproyecto, enumera tres fuentes de filiación. Especifica que la misma puede tener lugar por naturaleza, mediante THRA o por adopción. Sin embargo, del título correspondiente a la filiación se eliminó el articulado que hacía referencia a la gestación por sustitución.

Sin perjuicio de lo antes dicho, sí hace referencia a la voluntad procreacional, estableciendo que “los nacidos por las TRHA 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 del art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”, tal como también lo establecía el anteproyecto.

De acuerdo al art. 562 del CCC, en los casos en que se hayan llevado a cabo TRHA, la maternidad queda determinada respecto la madre que dio a luz, y del hombre o de la mujer que también ha prestado su conocimiento previo, informado y libre, con independencia de quien haya aportado los gametos. Dicho artículo se titula “voluntad procreacional” y este concepto hace referencia al aspecto volitivo de desarrollar la maternidad y/o paternidad, requisito indispensable para llevar a cabo TRHA y así ejercer a través de nuevas tecnologías derechos que de forma natural no sería posible.

Asimismo, será necesario realizar un análisis de los diferentes elementos presentes en cada modo de filiación. Al respecto, Tello (2013) sostiene que mientras la filiación por naturaleza se caracteriza en términos generales por el aporte biológico (que comprende lo genético brindado mediante el acto sexual), en la filiación por adopción el aporte biológico está

ausente, siendo el factor determinante el elemento volitivo que se manifiesta con posterioridad al nacimiento y se completa con el reconocimiento jurídico que le otorga la sentencia judicial. Continúa argumentando que la filiación volitiva surge a consecuencia de que hoy en día lo biológico ya no comprende lo genético y viceversa, siendo el aporte exclusivamente genético, en el caso de la gestación por sustitución. Mientras que en la filiación por naturaleza el conflicto puede surgir entre lo biológico y volitivo, en la filiación derivada de las TRHA el conflicto es entre lo genético y lo volitivo. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRHA, de modo que cuando en una misma persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Este es un argumento común en las sentencias a la que ha de referirse el presente trabajo.

Según Yuba (2016) el dilema ético que llevó a eliminar el artículo 562 del proyecto del CCC sobre la gestación por sustitución, no obstante el silencio legal sobre la misma, generó a una creación jurisprudencial tratando de brindar seguridad jurídica a las relaciones que se generaban a partir de la maternidad subrogada. Esta seguridad jurídica sería reforzada por una ley que regule a priori el instituto de modo que los participantes conozcan sus derechos y obligaciones de la acción que están llevando a cabo y tengan resuelto el tema y reconocidos los derechos desde el comienzo y no estar supeditados a una resolución judicial una vez consumado el hecho. En especial, por el derecho a la identidad del niño por nacer. Diferente es el caso de la filiación por adopción donde el niño ya nació y las circunstancias de la vida lo han puesto en el lugar en que personas con las que no tiene un lazo genético y/o biológico formarán su familia, por lo que la autoridad judicial resuelve motivado por velar por lo que es mejor para el niño y la adopción funciona como una solución a la situación de desprotección y/o abandono del menor.

La subrogación permite a una pareja tener un hijo, dada la imposibilidad de embarazo o de contraindicaciones médicas del mismo y es



elegida por ciertos padres que buscan tener lazos genéticos con el niño, que la adopción no proporciona. (Mir Candal, 2010).

La Lic. Barón afirma que la estabilidad emocional que un niño necesita para su bienestar está más relacionada con la historia previa, la personalidad de sus padres y el afecto que les brindan que con la forma en la que fueron concebidos.<sup>8</sup>

La regulación de la maternidad subrogada pretende que a los fines de concebir un niño en un vientre “prestado”, de antemano puedan conocerse derechos y obligaciones de las partes intervinientes, principalmente del niño a que será concebido con esta práctica.

Para Kemelmajer de Carlucci et al (2012), el interés superior del niño debe presidir todo el debate de la gestación por sustitución y el punto de partida de su análisis recae en que este niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además arguyen que ningún estudio de psicología prenatal ha demostrado que este modo de gestar suponga daño para el niño, ni siquiera potencial. Para ellas, la regulación es la solución que mejor satisface el interés superior del niño y lo protege.

En oposición a esta idea, Chmielak (2017) sostiene que se convierte al niño en objeto de un contrato, se daña su identidad y origen gestacional. Cree que no existe el derecho al hijo y prohibir la gestación por sustitución es velar por el instituto de la familia, ya que entiende que la misma implica reemplazar el interés superior del niño por el interés del adulto.

---

<sup>8</sup> Fuente: Entrevista sobre “Nuevas Formas de Maternidad”, Diario Perfil, 08/04/2012

### 2.5.2. Inconstitucionalidad del art. 562 CCC

En la actualidad existen fallos<sup>9</sup> donde una vez consumado el nacimiento a través de madre subrogada, en Argentina o en el exterior, se reconoce la filiación a los donantes de los gametos, a pesar de que según el artículo 562 del CCC disponga que madre es quien da a luz. Sin embargo, al llevarse a cabo subrogaciones de vientre sin regulación específica se pone en riesgo el ejercicio de derechos constitucionales como el principio de reserva y el principio de legalidad mencionados anteriormente, así como derechos contemplados en los Tratado Internacionales con raigambre constitucional.

En la actualidad para efectivamente gozar de estos derechos y poder registrar a su hijo como tal es necesario recurrir a la vía judicial, solicitando a la autoridad jurisdiccional que se pronuncie al respecto, de modo que la incertidumbre está presente desde la formación del embrión hasta que se dicte sentencia.

En este sentido, una magistrada ha “Declarado la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto 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.”<sup>10</sup>

Guillermo J. Borda expresa su desacuerdo con la doctrina que avala estos fallos y establece que la capacidad gestacional es indisponible, intransferible y personalísima. (Borda, 2016).

---

<sup>9</sup> Juzg. De Familia de Lomas de Zamora, Sala 7, “H.M. y otro/a s/medidas precautorias (art.232 el CPCC) (419)”, Exp. N° LZ-62420-2015. Fuente: Pagina web de la Jueza María Silvia Villaverde, recuperado el 12/05/2017 de [www.villaverde.com.ar](http://www.villaverde.com.ar).

<sup>10</sup> Juzg. De Familia de Lomas de Zamora, Sala 7, “H.M. y otro/a s/medidas precautorias (art.232 del CPCC) (419)”, Exp. N° LZ-62420 2015. Fuente: Pagina web de la Jueza María Silvia Villaverde, recuperado el 12/05/2017 de [www.villaverde.com.ar](http://www.villaverde.com.ar).

## **2.6. Proyectos de ley sobre maternidad subrogada**

Actualmente se han presentado en la Cámara de Diputados dos proyectos<sup>11</sup> de ley que proponen regular la gestación por sustitución desde perspectivas diferentes. Por un lado, el Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución (Nro. 5759-D-2016) regula el alcance, derechos y relaciones jurídicas de la gestación por sustitución y su proceso judicial. Llevar adelante un procedimiento tal requiere de autorización previa, para lo cual se establecen sus pautas y se exige el dictamen favorable de un equipo interdisciplinario. De esta decisión dependerá que se lleve a cabo o no la gestación por sustitución. Se podrían encontrar similitudes con el proceso de adopción como fuente de filiación, en el que la misma dependerá del análisis de la situación particular que realiza un juez con el respaldo de profesionales de diferentes disciplinas. Al respecto de las juntas transdisciplinarias, Gil Dominguez (2015) las cuestiona: “tengo serias dudas constitucionales y convencionales respecto de que las juntas transdisciplinarias o los informes socio-ambientales sean procedentes y no conculquen el derecho a la igualdad y no discriminación y la libertad e intimidad”, por lo cual considera que cuanto más se respete la autonomía de la voluntad de las personas más cerca se estará del pluralismo y la no discriminación de las fuentes de filiación.

Por otro lado, el Proyecto de Ley de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria (Nro. 5700-C-2016) propone la regulación de la figura en cuestión sin el requerimiento de autorización judicial. La autoridad de aplicación sería en este caso el Ministerio de Salud de la Nación (que según las modificaciones vigentes se correspondería con la actual Secretaría de Salud). Se prevé el Instrumento de Gestación Solidaria, en el que se expresa el compromiso entre las partes y se formaliza ante el centro médico autorizado y que luego será protocolizado ante escribano público o certificado ante autoridad sanitaria pertinente, además el proyecto establece requisitos y obligaciones de la gestante y los comitentes. En este procedimiento

---

<sup>11</sup> Proyectos Nro. 5759-D-2016 y Nro. 5700-D-2016. Recuperados del sitio web del HCDN <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/buscador2016-99.html>

administrativo podría establecerse un paralelismo con el de la donación de órganos, en el cual el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) es el organismo dependiente de la Secretaría de Salud que impulsa, normatiza, coordina y fiscaliza la actividad en Argentina. El Estado regula y controla la actividad privada, dando un entorno cierto de ejecución de la acción pretendida, sea la donación de un órgano regulada por la Ley 24.193 o bien podría ser la donación temporal de la capacidad gestacional, con una regulación específica.

Esta ola de intento legislativo es reflejo de los grandes avances operados en la materia, es decir, como suele suceder en el campo social, que el paso del tiempo hace que sea imposible estar en el mismo lugar, momento o estadio sino, todo lo contrario. Estos dos proyectos son la muestra y consecuencia, a la vez, del dinamismo insito de las relaciones sociales (De la Torre y Herrera, 2016).

### **2.7. Legislación comparada: Caso uruguayo**

Al ser eliminada la figura de la maternidad por sustitución del CCC, Argentina se posicionó en la corriente abstencionista, donde la legalidad de esta práctica es incierta, tal como sucede en Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Rumania y San Marino. La misma está expresamente prohibida en Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia e Italia. Por el contrario, se encuentra permitida en Australia, Albania, Grecia, Países Bajos, India, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y algunos estados de EE.UU.

La Ley 19167 de Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida promulgada en 2013 en Uruguay, dedica el Capítulo IV a la gestación por sustitución y la recepta bajo la siguientes condiciones del artículo 25 “la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio. Entiéndase por embrión propio aquel que es

formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo. La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo”. La filiación queda establecida por el artículo 27 a favor de los comitentes. No se prevé un proceso judicial previo en el que se homologa el acuerdo al que arriben gestante y comitentes, sino que directamente se le da valor jurídico a dicho acuerdo sin ningún tipo de control estatal (Herrera y Lamm, 2013).

## **2.8. Conclusiones parciales.**

En este capítulo se revisó el marco jurídico nacional en que se encuentra inserta la discusión sobre la procedencia y legalidad de la subrogación de vientre.

El análisis comenzó por el Bloque Constitucional y los derechos que se encuentran implicados como el de reserva, igualdad, identidad, protección de la familia y derechos del niño, entre otros.

La primera sentencia a favor de la maternidad subrogada tuvo lugar durante la vigencia del Código Civil derogado, por lo cual se tuvieron en cuenta las posturas doctrinarias a favor y en contra de la regulación de esta figura, la cual estuvo incluida en el anteproyecto de reforma pero eliminada de la versión definitiva, razón por la que se analizaron las diferentes aristas e implicancias de acuerdo a la legislación hoy vigente, que no aporta claridad al tema.

También se describieron los dos proyectos de ley presentados ante el Congreso Nacional, disímiles en cuanto a la propuesta de regulación y procedimiento, pero ambos con la intención de echar luz sobre esta práctica que hoy se realiza “a ciegas” sin tener certeza sobre sus consecuencias. Por último, se menciona el caso uruguayo donde la ley de Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida promulgada en 2013 estableció

un marco jurídico en el cual es posible llevar adelante la gestación por sustitución bajo determinadas condiciones.

### **CAPITULO III**

**Análisis de la problemática actual respecto a la maternidad por subrogación.**

### **3.1. Introducción**

En este tercer capítulo se produce la unión de los contenidos volcados en los capítulos I y II, ya que se ubica a la maternidad subrogada en la realidad jurídica vigente, caracterizando lo que actualmente sucede, remarcando los derechos que se encuentran en riesgo debido a la falta de regulación y finalmente revisando las maneras que las partes encuentran para obtener reconocimiento jurisdiccional.

### **3.2. Realidad jurídica actual de la maternidad subrogada**

Como se ha mencionado con anterioridad la falta de regulación o prohibición expresa de la gestación por sustitución trae aparejado un vacío legal con su consecuente falta de seguridad jurídica ante la situación previa y posterior al consumar dicha acción.

En la actualidad se llevan a cabo embarazos subrogados, en Argentina o en el exterior y una vez consumado el nacimiento del niño se recurre a la vía judicial para el reconocimiento del mismo como hijo de uno o ambos donantes (ya que existen diferentes tipos de maternidad subrogada).

Así lo hace, por ejemplo el magistrado en el fallo ante una acción declarativa de filiación “Corresponde admitir la medida autosatisfactiva tendiente a que se determine la filiación de un niño recién nacido quien ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida y habiendo utilizado la subrogación de un vientre, pues del análisis del contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes ha quedado clara la voluntad procreacional de los comitentes y que lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional, lo que no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley, por lo que se ordena la emisión de la partida de nacimiento del niño y su DNI como hijo de sus padres genéticos, y



se disponga el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor desde la fecha de la concepción”.<sup>12</sup>

El derecho actual argentino es la reproducción de la cultura contemporánea, de la civilización posmoderna, que se caracteriza por un pluralismo de estilos de vida. Por ende, esta diversidad cultural trae consigo la diversidad jurídica (Testa, 2017). Es imperante la necesidad de regular dicha diversidad en pos del derecho de igualdad y no discriminación.

La eliminación de la figura en análisis de la redacción definitiva del CCC es considerada como una mirada precautoria y precavida que debe ser revisada a la luz de los acontecimientos y realidad socio-jurídica actual (De la Torre y Herrera, 2016). Al respecto, el Tribunal Europeo estimó que las consideraciones morales y/o la aceptabilidad social de las TRHA, no son, en sí mismas, razones suficientes para justificar la prohibición total de una técnica de procreación artificial específica. Asimismo, establece que el potencial abuso de una determinada técnica médica no es motivo suficiente para prohibir en su totalidad, menos aun, cuando existe la posibilidad de regular su aplicación y adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar su ejercicio abusivo<sup>13</sup>.

A raíz de la omisión de la maternidad subrogada del articulado del nuevo CCC han surgido diferentes posturas doctrinarias pero con un requerimiento común: la necesidad de que el marco jurídico expresamente se aclare. El CCC regula la realidad social, da un marco jurídico a las acciones de los hombres, sin embargo no les puede regular la moral y solo por no incluir la figura no puede simular que la misma no existe.

Según Chmielak (2017) lo más simple y mejor es regular la figura y aclarar: “por regular, quiero decir prohibirla de modo expreso y claro, y en

---

<sup>12</sup>Juzg. De Familia Nro. 1 de Mendoza, “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación” EXP. N° 714 OAV (2015). Fuente: Pagina web del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), recuperado el 12/05/2017 de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)

<sup>13</sup> Fuente: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 1), (2010) “S.H. y otros c/Austria” Demanda nro. 57813/2000. Recuperado del sitio <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Ponencias/SHyotroscontraAUSTRIA.html>

todas sus formas, porque si no se desordena la maternidad y los vínculos que de ella derivan”. Por su parte, Yuba (2016) establece que la regulación específica de la gestación por sustitución se impone como necesaria y además enumera una serie de cuestiones que restan debatir como la necesidad de contralor judicial, de garantizar la no comercialización, de evitar, desalentar, prohibir el turismo reproductivo o procreacional, del pago de gastos de la gestante, de evitar el tráfico de niños, entre otros.

Las Dras. Kemelmajer de Carlucci et al (2012) alegan que la falta de regulación y las prohibiciones generan discriminación ya que las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas, fomentándose, el turismo reproductivo y plantean: ¿Porqué es digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados y que no pueda hacerlo cuando lo donado es la “capacidad de gestación”? Sostienen que la gestación por sustitución representa la única opción de tener un hijo genéticamente propio en ciertas circunstancias y concluyen que los principios de libertad, igualdad y no discriminación especialmente después de la sanción de la Ley 26618, conducen a la autorización de la práctica.

De acuerdo a lo señalado ut supra, consideramos en primer lugar la imperante necesidad de brindar un marco regulatorio a esta figura, debido a que actualmente la falta de claridad respecto su legalidad o no, en principio nos hace pensar que no hay motivos por los cuales este prohibida. Sin embargo, parte de la doctrina los ha encontrado para mostrarse en contra, lo cual, si bien fue útil para evitar su inclusión en el CCC, no logró que la misma se prohiba ni ha impedido que toda la jurisprudencia al respecto se pronuncie afirmativamente, e independientemente de las vías procesales elegidas, siempre se ha hecho lugar a la solicitud de los comitentes, emplazando al niño bajo su responsabilidad parental.

Para inferir que la subrogación de vientre no se encuentra prohibida, nos basamos, en primer lugar, en que la misma coexistía en el anteproyecto de reforma del CCC junto con el artículo que establecía que la maternidad se

determina por quien da a luz, lo cual nos lleva a pensar que no son conceptos excluyentes entre si y que al incorporar las TRHA, los limites de los elementos de la filiación genética, biológica o volitiva se desdibujan, otorgando preeminencia a esta ultima cuando se llevan a cabo las mismas. Que posteriormente la figura no haya sido plasmada en el texto definitivo pero tampoco se haya prohibido, sumado a la validez que se le reconoce sentencia tras sentencia, nos muestra que el legislador ha tomado una postura precavida y lo ha dejado, en definitiva, al criterio jurisdiccional en cada caso. Asimismo, dicha figura se encuentra incluida dentro de los tipos de TRHA que enumera la OMS y a los que hace referencia la Ley 26862.

Dicho esto, concluimos que la falta de seguridad jurídica a la hora de prever las consecuencias de llevar a cabo la subrogación de vientre genera mayor posibilidad de que abusos sean provocados entre las partes debido a un desconocimiento de los derechos y deberes en que incurren al someterse a dicha TRHA, así como las consecuencias de que el niño carezca de identidad (o la misma fuera falsa) desde su concepción hasta el momento de la sentencia.

### **3.3. Derechos en riesgo debido a la falta de regulación**

El libre desarrollo de la personalidad se alcanza mediante la plena realización de las potencialidades humanas y el ejercicio de los derechos, especialmente los fundamentales. El reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales se asienta, a su vez, en el reconocimiento y respeto de la dignidad. Es decir, la dignidad es la cualidad de la cual derivan los derechos fundamentales y el ejercicio de estos derechos implica el desarrollo de la personalidad (Ales Uria, 2017)

Atento a lo analizado en los apartados ut supra surgen de modo evidente los riesgos que trae aparejados la falta de regulación de esta institución. Se afectan los principios de reserva y legalidad consagrados en la Constitución Nacional, así como los derechos a construir una familia y a la

identidad del niño, estipulados en tratados internacionales con jerarquía constitucional.

La desigualdad de acceso a esta TRHA resulta evidente, a favor de quienes tienen mayor poder adquisitivo y pueden acceder a la misma en el exterior o bien promover el alquiler de vientres como un negocio en la clandestinidad.

La falta de regulación hace más factibles los abusos ante mujeres desprotegidas que recurran a rentar el vientre por necesidades económicas. Tampoco se tiene un control para evitar la comercialización de la vida, ya que ninguna de las partes se encuentra protegida.

Asimismo, existe el riesgo de que la gestante se arrepienta y no entregue al niño vulnerando los derechos de la familia cuya voluntad procreacional dio lugar al embarazo en primer término. Por lo tanto, deberían contemplarse aquellos casos en que el niño nazca con deformaciones o enfermedades e incluso que el embarazo no llegue a término.

El concepto de familia no se encuentra ajeno a los cambios de la realidad en un mundo donde las fronteras se diluyen y las diferentes TRHA ocuparán un papel protagónico en el desarrollo del derecho durante el siglo XXI (Testa, 2017).

En la sociedad internacional, globalizada, intercultural actual conviven diversas concepciones, nuevos paradigmas, múltiples modelos de familia: uniones de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, matrimonios poligámicos, matrimonios islámicos, matrimonios “solo consensu”, familias formadas por diversos vínculos de parentesco, las denominadas “familias ensambladas”, entre otras. Todas las formas existentes, desde la familia monoparental hasta los matrimonios entre homosexuales conforman una familia (Scotti, 2012).

La familia es considerada la célula básica de la sociedad, ya que del conjunto de familias surgen las comunidades mayores y es el centro social

afectivo primario donde el individuo nace, crece y se desarrolla. Hoy existen múltiples tipologías de familias y los niños no son concebidos solo de manera natural sino también por adopción y por TRHA. Tanto la familia como el niño encuentran protegidos sus derechos en la legislación local e internacional. Se debe amparar el desarrollo de los niños y su crecimiento sano en una familia contenedora que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y materiales. Los niños deben gozar de seguridad jurídica en cuanto a sus orígenes y su identidad y garantizarles una rápida inserción en la familia.

La dignidad humana se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, en la autonomía individual y constituye el punto de partida para la existencia y especificidad de los demás derechos fundamentales (Ales Uria, 2017).

En cuanto al derecho a la identidad, podemos determinar que el mismo es un concepto amplio y complejo, que debe respetarse al realizar la subrogación de vientre. Fromm (1967) la define como una necesidad afectiva (“sentimiento”), cognitiva (“conciencia de sí mismo y del otro como personas diferentes”) y activa (el ser humano tiene que “tomar decisiones” haciendo uso de su libertad y voluntad). Es uno de los derechos fundamentales que debe reconocerse al ser humano. Se lo considera como prioritario, esencial, ya que sin él se ven menoscabados otros derechos fundamentales que han sido reconocidos por los juristas en el último siglo. Se deriva de la dignidad inherente al ser humano, perteneciéndole a todas las personas sin discriminación, estando en manos del Estado la obligación de garantizarlo mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo. (Martin y Merlo, 2016)

Todo niño, cualquiera que sea la forma en que fue concebido, gestado o nacido, tiene los mismos derechos; todos los derechos que garantiza el marco nacional e internacional de los derechos humanos. Es preciso entonces dotar de una norma que legalice la práctica de la gestación por sustitución para desestigmatizar estos nacimientos, sacarlos de la clandestinidad y así

evitar las violaciones de derechos que implican y derivan de cuestionar un nacimiento por la forma en que se ha producido este, su concepción y gestación, y en el que además la persona nacida no ha tenido ninguna participación (Calvo Caracava. y Carrascosa González , 2015)

La idea de lo biológico, sumado al deseo de los actores a querer ser padres, y habiendo asumido ellos las tareas de crianza y cuidado desde el nacimiento, hace sin dudas, al interés superior del niño y al derecho a su identidad, aseverando así, en cada caso en concreto, su verdad biológica (González et al, 2015).

La determinación de la filiación es importante para el niño para lograr su derecho a la identidad, pero fundamentalmente, en los primeros meses de vida es trascendente a los fines de acceder a su derecho a la salud, ya que obtener el vínculo filial es imprescindible a los fines de lograr la obra social o medicina privada de sus padres (Medina, 2016).

El potencial abuso de una determinada técnica médica no es motivo suficiente para prohibir en su totalidad, menos aun, cuando existe la posibilidad de regular su aplicación y adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar su ejercicio abusivo (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012). Consideramos importante resaltar este punto, dado que la gran mayoría de las actividades humanas conllevan algún tipo de riesgo, para quien la realiza o para terceros, por lo cual es importante que estén enmarcadas y determinadas dentro de la ley, más precisamente cuando existen mayores posibilidades de causar daño. Es menester que la legislación proteja a las minorías y a los más indefensos de la sociedad.

Los continuos avances de la tecnología obligan a la legislación a ser cada vez mas dinámica y acorde a las nuevas realidades de modo que los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales no se vean amenazados por las nuevas posibilidades brindadas por los avances cada vez mas veloces, sino que mantengan su vigencia a través del tiempo.

Si se objeta la práctica de la subrogación por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría casi avances ni cambios en ningún área y todo seguiría igual a través de los siglos: es una respuesta psicológica y sociológicamente esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo; luego suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que se da una asimilación casi completa como fue el caso de la fertilización in vitro y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida (Camacho, 2009).

### **3.4. Formas de obtención del reconocimiento jurisdiccional**

Como se ha mencionado anteriormente, la jurisprudencia se ha orientado a avalar la práctica de la maternidad subrogada haciendo lugar a las demandas y reconociendo la filiación entre el niño y los comitentes. De la Torre y Herrera (2016) clasifican los fallos a la fecha de su trabajo según diferentes variables: por tipo de planteo judicial (impugnación de la maternidad, medida autosatisfactiva, información sumaria, declarativa de certeza, inscripción en el registro civil o autorización judicial, en este último supuesto se trata de acciones judiciales tendientes a lograr que la justicia autorice la realización de un procedimiento a futuro), por los comitentes (por parejas de igual o diverso sexo o por personas sin pareja), por el material genético utilizado (de los comitentes o de terceros), por la declaración o no de inconstitucionalidad del artículo 562 del CCC.

Esta clasificación muestra las diferentes aristas en que puede plantearse el caso en el ámbito jurisdiccional, diferentes caminos a través de los cuales se obtiene el resultado de inscribir al niño como hijo de los comitentes, en cabeza de quienes reside la voluntad procreacional, desvirtuando la atribución de la filiación a la gestante. Sin embargo Medina (2016), pone de manifiesto la necesidad de una clara regulación ya que advierte que del estudio de los casos jurisprudenciales, las partes no solo se debaten en un mar de dudas en orden a la forma de determinar la filiación cuando el nacimiento tiene lugar por

técnica de gestación por sustitución, sino que no saben ni cómo, ni cuando instrumentar el consentimiento informado para la realización de la TRHA, ni ante qué tribunal recurrir, ni que acción deben intentar para lograr la filiación, por lo cual, esta inseguridad jurídica en materia filiatoria exige una regulación de la gestación por sustitución que despeje dudas sobre la filiación de los niños que nacen de ella.

### **3.5. Conclusiones parciales.**

En este capítulo se ha descrito la realidad actual: la subrogación de vientre se realiza, en Argentina y en el exterior, sin un marco legal claro y se requiere del reconocimiento jurisdiccional de la filiación de los comitentes. Ante esta situación, importantes derechos de las personas corren riesgo de no estar siendo amparados y de sufrir abusos. Para esto, se han llevado a cabo diferentes mecanismos para alcanzar una sentencia positiva, las cuales se han logrado, sin embargo al no estar contemplado un procedimiento concreto y las condiciones de procedencia, las partes actúan a ciegas.



## **CAPITULO IV**

### **Viabilidad de realizar contratos de subrogación de vientre**

#### **4.1. Introducción**

En este capítulo se planteará la posibilidad de realizar un contrato realizando una analogía con la donación de órganos, determinando sus condiciones de procedencia, características y elementos, derechos y deberes de las partes. También se dejará abierto un espacio para el debate de diferentes aspectos relacionados como un desafío hacia el futuro.

#### **4.2. Necesidad de regulación**

Frente a las opciones de prohibir, silenciar o regular la gestación por sustitución se considera imperante la necesidad de su regulación para evitar abusos entre las partes. Aquella mirada precautoria o precavida debe ser revisada a la luz de los acontecimientos y realidad sociojurídica actual (De la Torre y Herrera, 2016).

Si bien parte de la doctrina argentina considera que un contrato de subrogación de vientre es nulo porque tiene como objeto la entrega de un niño, cosificando de este modo a la mujer y al hijo, lo cierto es que en los hechos se celebra y la sanción de nulidad no alcanza a la hora de determinar la filiación cuando el pacto se cumple y el niño se entrega a la madre genética, quien no será su madre legal y deberá recurrir a los tribunales a fin de impugnar la maternidad de quien dio a luz, poniendo a los jueces entre la disyuntiva de dejar de lado la maternidad de la gestante y favorecer la concreción de un contrato nulo o no, dejando al niño sin madre real. (Medina, 2016)

Como en cualquier otra práctica, muchos conflictos pueden plantearse en los casos de gestación por sustitución, sin embargo, potenciales malos manejos no permiten concluir que sea objetable éticamente, el problema no está en la práctica en sí misma, sino en la inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas: la gestante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo. La regulación

legal, en cambio, puede solucionar los eventuales conflictos que la práctica planteé. (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012)

Aybar, A., López A. y Elespe, V. (2018) entienden que sin perjuicio de los daños que puedan ocasionarse a terceros estos no deben esgrimirse como justificantes de la falta de regulación legal, violatoria del derecho a formar una familia. En todo caso, lo que corresponde, justamente, es regular ese derecho y, con ello, evitar cualquier perjuicio que se derive de su ejercicio.

### **4.3. Regulación de la donación de órganos en Argentina**

La donación de órganos, tejidos y células en Argentina está impulsada, coordinada y fiscalizada por el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) que depende de la Secretaría de Salud de la Nación.

La donación de órganos es el acto de dar órganos de un sujeto a otro que lo necesita con la finalidad de salvar o mejorar la calidad de vida. Se trata del reemplazo de un órgano vital enfermo, sin posibilidad de recuperación por otro sano. Es indicado medicamente cuando no existe otra alternativa para recuperar la salud y solo es posible gracias a la voluntad de las personas que dan su consentimiento para la donación.

Esta actividad está regulada por la Ley 27447 y se encuentra enmarcada en los siguientes principios enumerados en su art.3: respeto por la dignidad humana en todas sus dimensiones; respeto por la autonomía de la voluntad como fundamento ético y legal de toda intervención médica; extrapatrimonialidad del cuerpo humano, órganos, tejidos y células; equidad en el acceso a los tratamientos; voluntariedad, altruismo y gratuidad en la donación; entre otros.

#### **4.4. Modelo de contrato de subrogación gestacional**

En el Anexo 1 se incluye un modelo de contrato de subrogación gestacional a modo de referencia de los tantos que se encuentran publicados en diferentes sitios de internet. El propósito es visualizar un ejemplo concreto de llevar a cabo la propuesta de este trabajo.

Al modelo lo suscriben la subrogante, su pareja, el padre genético y la madre intencional (pareja del padre genético). El termino subrogante se refiere a la mujer a la que se le transferirá un embrión creado con espermatozoides del padre genético y un óvulo donado por una donante que no es parte del acuerdo. La subrogante debe llevar adelante el embarazo hasta el nacimiento, momento en el que debe entregar el niño a la madre intencional y al padre genético, convirtiéndose estos en sus padres legales.

Se determina la cantidad de intentos que harán y el número máximo que implantaran en cada intento. Si no se concretara el embarazo, el acuerdo concluye.

Los comitentes son una pareja mayor de 18 años que dan su consentimiento para entrar en el acuerdo junto con la mujer subrogante y su pareja, quienes también son mayores de 18 años y manifiestan no tener intenciones de convertirse padres del niño que nacerá fruto del tratamiento.

#### **4.5. Propuesta de regular a la maternidad subrogada como donación temporal de capacidad gestacional**

Luego de revisar tanto el ordenamiento jurídico vigente así como las jurisprudencia al respecto de la maternidad subrogada, siendo siempre las sentencias positivas en este sentido (independientemente de los medios procesales para dar seguridad jurídica a las subrogaciones de vientre realizadas), se propone realizar un contrato entre privados que permita enmarcar jurídicamente a esta institución, otorgando previsibilidad a las partes sobre su evolución, regulando los derechos y deberes de la mismas, tomando

como base lo establecido en la ley 27447, la ley 26862, los proyectos de ley presentados al Congreso de la Nación, la Jurisprudencia y la Doctrina y analizado en los apartados anteriores.

Se propone regular la subrogación gestacional y con donante de óvulos altruista, esto es, que una mujer proporcione su capacidad de gestación a una pareja que por motivos determinados no puedan engendrarlo ellos mismos y los gametos pertenezcan al menos a uno de los comitentes, pero de ninguna manera a la gestante.

La protección del interés superior del niño exige contar con un marco legal que le brinde seguridad jurídica y lo proteja. La prohibición o criminalización de la gestación por sustitución (que implica que este niño no tenga vínculos jurídicos, ni viva con quienes lo quisieron e incluso, uno de ellos, al menos, aporto su material genético) puede ser causa de un daño sustancial para un niño, que ha nacido y no esta con quienes quisieron asumir el rol de padres desde antes que él existiera (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012)

Se identifican diferentes causas que impiden gestar de forma natural el embarazo, entre las que se mencionan: ausencia de útero, alteraciones uterinas, malformaciones uterinas, fallos de otras técnicas que no alcanzaron concretar o desarrollar el embarazo, abortos repetitivos, contraindicaciones medicas, consumo de fármacos causantes de malformaciones fetales, endometriosis, miomas, entre otras.

Dada la complejidad que requiere un acuerdo en este sentido, se expondrán a continuación los principios, condiciones de procedencia, caracteres, elementos, derechos y responsabilidades de las partes que debería contemplar el documento.

#### **4.6. Procedencia de contrato de subrogación de vientre**

La moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañan a otros. En consecuencia, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, como mínimo, el Estado debe abstenerse y no poner obstáculos a la posibilidad de acceder a esas libertades (Kemelmajer de Carlucci et al, 2012). En este sentido y completando esta idea, consideramos que el Estado debe aportar seguridad jurídica a los actos de las personas y regular aquellos vacíos legales que den lugar a abusos de derechos o interfiera en el conocimiento de los mismos.

La regulación se convierte en la solución que mejor satisface el interés superior del niño o niña. La dignidad de la persona nacida no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebida para ser querida y educada por quien no la ha parido; en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño. Por el contrario, la falta de marco legal puede generar situaciones de abuso por personas inescrupulosas (Lamm, 2017).

Para algunas personas, la subrogación altruista es la única oportunidad de crear una familia, por lo que cabe concluir que el rol del Estado debe ser el de crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas.<sup>14</sup>

El contrato familiar será el justificativo de la libertad individual. La contractualización de la familia aparecerá como el resultado lógico de la democratización de la vida privada y la victoria de una concepción nueva del individuo emancipado, definido en función de sí mismo, capaz de elegir el curso de su vida y juzgar las consecuencias de sus actos (Borrillo, 2012).

Lo que se desarrollará es la procedencia de un contrato de subrogación gestacional, donde como se ha visto, la gestante no comparte carga genética con el embrión. Ya que cuando ella aporta su propio material puede generar el

---

<sup>14</sup> Fuente: Investigation into Altruistic Surrogacy Committee, Queensland Parliament Report (2008). Recuperado de: [www.parliament.qld.gov.au/documents/committees/.../2008/surrogacy/report\\_oct08.pdf](http://www.parliament.qld.gov.au/documents/committees/.../2008/surrogacy/report_oct08.pdf)

inconveniente de que no quiera entregar al niño, tal como sucedió en el famoso caso “Baby M”, donde finalmente la justicia concedió la maternidad legal a la madre intencional y a la gestante el derecho de visita.

#### **4.6.1. Principios**

De acuerdo al art. 17 del CCC, los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Como personas y mujeres, existe de forma básica y fundamental un derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto. Entender que la gestación por sustitución implica siempre una explotación de las mujeres es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir (Lamm, 2017).

La contratación debería hacerse sobre la base de principios jurídicos y sociales que no alteren el orden público, que eviten abusos y la mercantilización de la filiación y que otorguen seguridad jurídica a las partes:

- Respeto por la dignidad humana
- Respeto por los derechos del niño y del niño por nacer
- Respeto por la libertad de disposición del propio cuerpo
- Respeto por la autonomía de la voluntad para llevar a cabo TRHA
- Respeto por la voluntad procreacional
- Equidad en el acceso a los TRHA
- Extrapatrimonialidad del cuerpo humano
- Derecho a la atención integral y cuidado de la gestante
- Observancia de principios éticos en el tratamiento
- Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el campo filiatorio
- Derecho a la verdad y a la identidad
- Reconocimiento del interés superior del niño

- Derecho al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida
- Derecho de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia
- Derecho a la salud
- No discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el derecho civil de quienes participan.

#### **4.6.2. Caracteres y elementos**

Caracteres del contrato de subrogación de vientre:

- Bilateral
- Consensual
- Escrito
- Gratuito

Elementos esenciales del contrato:

- Consentimiento de las partes: libre, pleno e informado. Deben ser capaces para contratar y contar con asesoramiento médico, psicológico y legal. El mismo debe ser comprobado certeramente.

- Objeto: llevar a cabo un TRHA concerniente en la subrogación gestacional de un embrión ajeno.

- Causa: el nacimiento de un hijo con fundamento en la voluntad procreacional de los comitentes.

#### **4.6.3. Condiciones de procedencia**

A continuación se procederá a enunciar las condiciones de las partes y de las circunstancias que den lugar a la posibilidad de realizar un contrato de subrogación de vientre:



- Gestantes y comitentes (progenitores) deben ser personas capaces, mayores de 18 años y manifestar su voluntad afirmativa expresamente de llevar a cabo el tratamiento, de forma libre, plena e informada.

- Debe comprobarse médicamente que la gestación por sustitución no redundará en perjuicio de la salud de la gestante, por lo cual debe someterse a estudios físicos y psíquicos previos que dictaminen su aptitud como tal.

- Debe existir una limitación real y cierta que impida la gestación en el vientre de la madre, ya sea por impedimentos de salud, género, identidad de género, orientación sexual o por falta de pareja.

- La gestación debe realizarse con material genético diferente a la de la gestante y perteneciente a uno o ambos progenitores si esto es posible.

- La gestante debe tener una motivación altruista de donar su capacidad gestacional, no pudiendo percibir ninguna remuneración por este acto, sin perjuicio de que le sean cubiertos los gastos en que incurrirá por su embarazo.

- Se debe respetar un número máximo de gestaciones altruistas que una mujer decida llevar a cabo.

- La práctica se debe llevar a cabo en centros o clínicas autorizados a tal fin.

- Una vez realizado el acuerdo y autorizado por entidad competente las partes pueden arrepentirse hasta el momento en que se realice la implantación.

#### **4.6.4. Derechos y deberes de los sujetos**

Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde

seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva (Lamm, 2012).

#### Derechos de la gestante

- Derecho a la información
- Derecho al acompañamiento psicológico
- Derecho a la intimidad y privacidad
- Derecho a disponer de su propio cuerpo
- Derecho a la libertad personal e integridad física
- Derecho a su propia seguridad y autonomía
- Derecho a continuar con las actividades que normalmente realiza
- Derecho a no incurrir en gastos por su estado de embarazo
- Derecho a compensación de gastos médicos, de traslados o interrupción de actividades laborales que hagan mermar su ingreso.

#### Deberes de la gestante

- Dar su consentimiento de forma expresa
- Someterse al TRHA
- Tomar los recaudos necesarios indicados por los especialistas
- Entregar al niño luego del nacimiento a los progenitores

#### Derechos de los comitentes

- Derecho a la intimidad y privacidad del tratamiento
- Derecho a la información
- Derecho al seguimiento del proceso
- Derecho a recibir al niño luego del nacimiento e inscribirlo como su hijo propio

- Derecho a la cobertura del tratamiento según la Ley 27447

#### Deberes de los progenitores

- Deber de recibir al niño luego del nacimiento e inscribirlo como su hijo propio

- Deber de cubrir los gastos de obra social de la gestante así como de los que incurra por su estado de embarazo
- Deber de dar a conocer al niño su origen

El recurrir a una gestante debe ser un acuerdo fundado en la buena voluntad y la confianza. Esta es la postura equilibrada que no subestima a la mujer, pero tampoco la desprotege. En definitiva, la clave de la defensa de los derechos implicados respecto de todas las personas es, cómo no, una regulación que impida su conculcación; un marco legal que proteja a las personas involucradas, les brinde seguridad jurídica y garantice una filiación acorde a la voluntad procreacional, independientemente de todo vínculo genético o biológico, por ser además esta la realidad volitiva de la persona que nace (Lamm, 2017).

El CCC se ocupa expresamente del derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, reconociendo la especificidad que detenta el derecho a la identidad en las TRHA heterólogas en los arts. 563 y 564, disponiendo de esta manera que la información relativa a la persona que ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento por lo cual se debe dejar en claro que a los niños nacidos por gestación por sustitución se debería extender este derecho a la información en lo relativo a conocer su realidad gestacional, es decir, saber quién fue la persona que lo gestó y todo lo que rodea a ese proceso (Notrica, 2018).

#### **4.7. Procedimientos propuestos**

Una vez celebrado el contrato, el mismo tiene fuerza de ley para las partes y debe quedar homologado por autoridad competente. Se pueden considerar diferentes posibilidades, ya sea que intervenga únicamente un ente

administrativo como la Secretaría de Salud o bien se de participación judicial al procedimiento.

#### **4.7.1. Contrato entre privados con regulación de ente administrativo**

En este escenario las partes firmarían el contrato, el cual sería homologado por alguna entidad competente de la Administración Pública, la cual deberá certificar la veracidad y cumplimiento de las condiciones de procedencia, dando así autorización a la clínica especializada para llevar a cabo el procedimiento.

Una vez culminado el proceso y nacido el niño, el mismo sería entregado a el o los progenitores y registrado como su hijo obteniendo así su Partida de Nacimiento y Documento Nacional de Identidad.

#### **4.7.2. Participación jurisdiccional en el proceso**

La participación jurisdiccional en el proceso debería ser en un estado previo a la realización del tratamiento, a cargo de los Juzgados de Familia, donde profesionales psicológicos junto con el equipo legal verificarían el cumplimiento de las condiciones de procedencia de llevar a cabo la TRHA, autorizando así a la entidad clínica a realizarlo y resolviendo que luego del nacimiento, el niño sería inscripto como hijo de los progenitores.

De acuerdo al proyecto de Ley de Gestación por Sustitución Nro. 5759-D-2016, se exige un dictamen de equipo interdisciplinario favorable sobre su salud física y psíquica, su interacción psicosocial familiar con sus convivientes y la aptitud de los comitentes. La autorización judicial debe basarse en el interés superior del niño, dictamen interdisciplinario favorable, consentimiento de las partes libre, previo, pleno e informado, que se constate el lazo afectivo entre las partes y que la gestante no supere el número máximo de veces que se sometió al procedimiento.

#### **4.8. Desafíos futuros**

Los avances tecnológicos en salud son inherentes al desarrollo de la humanidad, admitiendo también el requerimiento de un examen de jerarquía de derechos y principios bioéticos que acompañen esta evolución. (Lovat, 2015)

Actualmente las partes que llevan a cabo esta TRHA no tienen en claro cómo ni cuándo instrumentar el consentimiento informado, ni ante qué tribunal recurrir, ni la acción a intentar para lograr la filiación. Ni siquiera están seguros de estar llevando a cabo una práctica legal. Esta inseguridad jurídica en materia filiatoria exige una regulación de la gestación por sustitución que despeje dudas sobre la filiación de los niños que nacen de ellas (Medina, 2016), lo cual se ha considerado en el presente trabajo. El análisis debe incluir si es procedente la intervención judicial en el proceso o si esto sería un exceso de intervención estatal en la autonomía y en la vida privada de las personas.

Asimismo se debe promover evitar el tráfico de niños y garantizar la no comercialización. Se debe debatir dentro de un sistema donde interactúan diferentes variables, qué destino dar a los embriones crioconservados que fueron generados a los fines de la realización de esta TRHA, ya que no siempre todos son implantados y en las sentencias se omite que hacer con ellos. También es necesario determinar quién ejerce la responsabilidad parental durante la etapa prenatal y quienes serían los representantes legales del niño por nacer. Incluso se deben especificar los alcances de la cobertura de los gastos por parte de las obras sociales y prepagas.

En el derecho de familia todas estas nuevas situaciones creadas por las nuevas tecnologías generan cambios que encierran planteamientos éticos importantes ante los que la mirada jurídica no basta, sino que se requiere de una mirada multidisciplinar. Se trata de problemas que, al no tener una respuesta social unívoca, desembocan en una demanda de legislación y eso

deviene en una típica cuestión de axiología jurídica: cuáles son los valores que debemos proteger y cómo debe hacerse. (Lamm, 2012)

Siempre deberá tenerse en cuenta el interés superior del niño y una visión bioética y de Derechos Humanos que regule el procedimiento en aras de la dignidad humana, en un pie de igualdad y sin discriminación. (Yuba, 2016)

La agenda del derecho de la salud debe incluir la falta de regulación de esta compleja técnica como asignatura pendiente por la cual queda aún mucho camino por recorrer y derecho por navegar (Testa, 2017)

#### **4.9. Conclusión parciales.**

En este último capítulo, luego de analizar la necesidad de dar un marco legal a la maternidad subrogada y explicar cómo se regula la donación de órganos en Argentina se propone una solución concreta de regulación de la subrogación de vientre como una donación temporal de capacidad gestacional a través de un contrato entre las partes intervinientes. Estableciendo las condiciones de procedencia del mismo, los principios que lo rigen, sus caracteres y elementos así como los derechos y deberes de los sujetos. Se proponen alternativas de procedimiento, ya sea a través de un ente administrativo perteneciente al PEN o bien a través de un proceso judicial. Debido a la cantidad de aristas que supone el tema, se deja abierto el debate sobre algunas cuestiones en el apartado de desafíos futuros.

## **Conclusiones finales**

A lo largo del trabajo se ha observado que la falta de regulación de la subrogación de vientre conlleva riesgos e inseguridad jurídica para las partes que participan de dicho tratamiento y no trae consigo ningún beneficio. Es por ello importante poner el tema en discusión y definir pautas claras al respecto. De la legislación nacional surge que la maternidad subrogada no está prohibida, por lo cual, conforme al principio constitucional de reserva, se deduce que la misma está permitida. Sin embargo, el tener que acudir a la vía judicial para hacer valer los derechos a la familia y a la identidad del niño, consagrados tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales, trae consigo la incertidumbre de si los mismos serán respetados y bajo qué condiciones, hasta tanto se dicte sentencia. Asimismo, con su regulación se buscará evitar abusos de poder entre las partes, sea económico por parte de los padres contratantes como de la posesión del niño por parte de la gestante.

En primer término se expusieron los conceptos principales que son de relevancia para un acabado entendimiento del tema: el significado de las TRHA, sus antecedentes y la caracterización de la subrogación de vientre. Aquí cobra especial importancia el aspecto volitivo de la filiación, representada por la voluntad procreacional, definida en el CCC.

A continuación se revisó el marco jurídico nacional en que se encuentra inserta la discusión sobre la procedencia y legalidad de la subrogación de vientre, abarcando desde el Bloque Constitucional, el CCC y legislación específica a las TRHA.

Se presentaron los dos proyectos que actualmente existen en el Congreso Nacional como intentos diferentes de brindar reglas claras a la práctica pero que aun no han sido puestos en la agenda legislativa.

Caracterizar la situación actual y demostrar las diferentes posturas doctrinarias fue clave para demostrar los riesgos que conlleva la falta de

regulación, así como las estrategias judiciales que deben seguir los comitentes para que sus derechos se vean reconocidos.

Se propuso, tomando como base la legislación actual, el anteproyecto del CCC, los proyectos de ley presentados, la voces de la doctrina y la jurisprudencia, regular a la maternidad subrogada como una donación temporal de capacidad gestacional y de este modo dar un marco jurídico a aquellas personas que encuentran en esta TRHA un medio para ser padres o madres y desarrollar su familia, siempre bajo los principios de solidaridad, igualdad, autonomía y paternidad-maternidad responsable.

En síntesis y como resultado del estudio del tema elegido para realizar este proyecto se considera que es viable la realización de un contrato entre privados que regule la maternidad subrogada con el objetivo de que las partes puedan gozar de seguridad jurídica a la hora de llevar adelante esta técnica reproductiva, de modo que se realice una subrogación gestacional altruista con el consentimiento previo, libre e informado de los mismos.

Dictar una ley completa que delimite la puesta en práctica de esta TRHA como una ampliación de derechos para aquellos que quieran desarrollar su paternidad-maternidad, donde se respeten los principios fundamentales mencionados y se definan las condiciones de procedencia y ámbito en que se desenvolverá la relación contractual (administrativo o judicial), es una adaptación necesaria de la legislación a la realidad actual.

Vivimos en una sociedad plural y democrática, en la que existen tantos modelos de familias como familias. Facilitar el acceso a una verdadera diversidad familiar implica permitir la gestación por sustitución. Se trata de promover un marco jurídico que represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre y responsable, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad incluyente y diversa (Lamm, 2017).



**ANEXO I – MODELO DE CONTRATO DE SUBROGACION  
GESTACIONAL<sup>15</sup>**

Agreement is made this \_\_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ by and between \_\_\_\_\_ (hereinafter referred to as ASurrogate@), \_\_\_\_\_ (hereinafter referred to as Surrogate's Husband@), \_\_\_\_\_ hereinafter referred to as AGenetic Father@), and \_\_\_\_\_, (hereinafter referred to as AIntended Mother@).

The term ASurrogate@ refers to the woman who will undergo an embryo transfer procedure utilizing an embryo(s) created with the sperm of the Genetic Father and the egg(s) of a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), and carry said embryos to term for birth and delivery to the Genetic Father and Intended Mother. The term AGenetic Father@ refers to the sperm donor whose sperm will be used to fertilize the eggs of a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), to create embryos to be transferred to the Surrogate. The term AIntended Mother@ refers to the wife of the Genetic Father. The term AChild(ren)@ means each Child(ren) born to the Surrogate pursuant to the terms of this Agreement.

This Agreement is made with reference to the following facts:

1. The Genetic Father is a married individual over the age of eighteen (18) years who is desirous of entering into the following Agreement.
2. The Genetic Father desires to have a child who is biologically related to him.
3. The Intended Mother is incapable of conceiving or carrying a pregnancy to full term, or has been advised by a physician that a pregnancy would be dangerous to her health and/or the health of any child(ren) she may conceive.
4. The Surrogate is a married individual over the age of eighteen (18) years who is desirous of entering into this Agreement.
5. The Surrogate and Surrogate's Husband are a married couple willing to relinquish custody of a child(ren) born to the Surrogate for the benefit of and upbringing by the Genetic Father and Intended Mother.

NOW THEREFORE, in consideration of the mutual promises contained herein and with the intention of being legally bound hereby, the Parties agree as follows:

**SECTION I - PURPOSE AND INTENT**

---

<sup>15</sup> Extraído de [http://www.allaboutsurgacy.com/sample\\_contracts/GScontract1.htm](http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm) el 10/07/2018

The sole purpose and intent of this Agreement is to enable the Genetic Father and Intended Mother to have a child(ren) by means of the Genetic Father fertilizing in vitro an ovum from a designated Egg Donor (not a party to this Agreement) and to transfer and implant said embryo(s) into Surrogate, who agrees to carry the embryo(s) to term and relinquish custody of the Child(ren) born pursuant to this Agreement to the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate intends to carry the Child(ren) of the Genetic Father to term and thereafter deliver the Child(ren) to the Genetic Father and Intended Mother, as legal, biological and natural parents, a Child(ren) to the fullest extent she is capable of doing so.

It is the Parties' intention to try up to *three (3)* embryo transfer attempts. Further, it is the Parties' intention to transfer a maximum of *three (3)* embryos per attempt, or the number of embryos recommended by a physician, over a period of one year. If the contemplated pregnancy has not occurred after the third transfer attempt, this Agreement may be terminated by any party giving written notice to all Parties, and the treating physician.

In the event of any claim or dispute between the Parties concerning the transactions contemplated by this Agreement, it is the desire of the Parties that their mutual intentions, as reflected in this Agreement, control the disposition of such dispute.

## **SECTION II - REPRESENTATIONS**

Genetic Father and Intended Mother represent that they are a married couple, each over the age of eighteen years, who desire to enter into this Agreement. Genetic Father further represents that, to the best of his knowledge, he is capable of producing semen of sufficient nature for in vitro fertilization and subsequent embryo transfer into Surrogate.

The Surrogate represents that *she is married at this time*, and desires, *along with her husband*, to enter into this Agreement.

The Surrogate represents that she is over the age of eighteen years, and that she desires to enter into this Agreement for the reasons stated above, and not for herself or her husband to become the parent of any Child(ren) conceived by Genetic Father and a designated Egg Donor (not a party to this Agreement). The Surrogate further represents that she has made an informed decision to enter into this Agreement. Said decision has been made after careful consideration and counseling with respect to all aspects of each issue involved in this Agreement. The Surrogate further represents that she enters into this Agreement voluntarily, and in the absence of economic or emotional duress of any kind, and that she enters into this Agreement of her own free will.

The Surrogate further believes that she is capable of conceiving and carrying normal healthy children to term, but agrees that neither she nor her husband is desirous of forming and will not form or attempt to form a parent-child relationship with any Child(ren) she may bear pursuant to the provisions of this Agreement, and

that they shall freely and readily, in conformance with applicable statutory regulations, terminate all parental rights to said Child(ren) pursuant to this Agreement.

The objective of this Agreement is for the Surrogate to carry and deliver the biological Child(ren) of the Genetic Father. This objective will be accomplished through medical procedures using assisted reproductive technology. Specifically, these procedures included the retrieval of an ovum(s) from a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), in vitro fertilization of the ovum(s) with Genetic Father's sperm, and future implantation of the embryo(s) into the Surrogate.

At birth, the Surrogate and Surrogate's Husband will relinquish the Child(ren) to the Genetic Father and Intended Mother, and the Genetic Father and Intended Mother will assume all parental rights and responsibilities for the Child(ren) from that time forward. Genetic Father acknowledges paternity of the Child(ren) to be conceived and agrees to have his name listed on the Child(>s)(rens) birth certificate(s). Surrogate will comply with all legal actions necessary to have the Intended Mother's name placed on the birth certificate.

Following, and to the extent requested before the birth of the Child(ren), the Parties will each sign documents and do whatever acts are necessary to fulfill the intent of the Parties, and to make the Genetic Father and Intended Mother the actual and legal parents of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband represent that they will freely, readily, and within a reasonable period of time after the execution of this Agreement and after the birth of the Child(ren) effectuate the intent of this Agreement, and take all necessary legal actions to permanently terminate any parental rights to the Child(ren) pursuant to this Agreement, and to assist in effecting the objective and intent of this Agreement and ensure the custodial placement of the Child(ren) with the Genetic Father and Intended Mother. The Surrogate and Surrogate's Husband will enter into any Consent Agreements with respect to Genetic Father's and Intended Mother's custody and parentage of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband represent that they believe the Child(ren) conceived pursuant to this Agreement is morally and contractually that of the Genetic Father and Intended Mother, and should be raised by the Genetic Father and Intended Mother without any interference by the Surrogate and/or Surrogate's Husband and without any retention or assertion by them of any parental rights. The Surrogate and Surrogate's Husband agree that as soon as is medically possible, institute or participate in proceedings in the State of Ohio or other jurisdiction required to terminate their respective putative parental rights. Subsequent to the birth of the Child(ren), all Parties agree to voluntarily participate in any blood testing necessary to conclusively legally determine the paternity of the Child(ren), as ordered by a court or requested by either Party.

Genetic Father and Intended Mother have employed the services of \*Agency's Name\* to assist them in the egg donation aspect of this Agreement. It is understood that \*Agency's Name\* is not a party to this Agreement.

As it relates to the provisions of this Agreement, Genetic Father and Intended Mother agree to indemnify, defend and hold harmless the Surrogate and Surrogate's Husband from and against any and all causes of action, suits, claims, losses, damages, costs and expenses (including, without limitation, attorney fees, court costs and litigation expenses) suffered or incurred by either Surrogate or Surrogate's Husband as a result of or in connection with the participation, involvement or activities of either \*Agency's Name\* (not a party to this Agreement) or the designated Egg Donor (not a party to this Agreement).

### **SECTION III - COMPLIANCE**

All Parties warrant that all information provided to medical professionals for the purpose of the intent and objective of this Agreement is true and accurate to the best of their knowledge, and that no information is or will be omitted, falsified, embellished or altered for their own benefit or to mold compliance with any term of this Agreement.

#### **Psychological Examinations**

Surrogate, Surrogate's Husband, Genetic Father and Intended Mother shall have psychological testing to the extent their medical advisors determine such testing necessary prior to the transfer and implantation of said embryo(s) to the Surrogate. All medical and psychological information shared pursuant to this Agreement, shall remain confidential and shall be disclosed only to the Parties to this Agreement. The Parties understand that a Court may permit or require access to this information after the birth of the Child(ren), if necessary for the best interest of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband expressly waive their privacy rights to psychological information provided they are notified in advance as to what and when such information is to be disseminated.

#### **Physical Examinations**

Surrogate and Surrogate's Husband shall have medical examinations, blood and other tests as determined by Genetic Father and Intended Mother and their advisors. The Surrogate and Surrogate's Husband expressly waive the privilege of confidentiality and permits the release of any reports or information obtained as a result of said examinations to Genetic Father and Intended Mother provided they are notified in advance as to what and when such information is to be disseminated.

Genetic Father and Intended Mother shall have full access to the results of testing conducted to detect the presence of any diseases that may be indicated by the Surrogate's or Surrogate's Husband's personal and family history, including testing for sexually transmitted diseases and Rh factor compatibility.

Prior to the embryo transfer, Surrogate, Surrogate's Husband and Genetic Father shall undergo a physical examination under the direction of and in the sole discretion of a physician(s) designated by and acceptable to the Parties to determine whether the physical health and well-being of all Parties to this Agreement is protected. Said examination shall include testing for venereal diseases, including

HIV and AIDS, in order to protect the health of the Surrogate and Child(ren). The Parties agree to undergo any necessary medical testing that a designated physician deems necessary while this Agreement is in effect.

### **Sexual Intercourse by Surrogate**

Surrogate agrees and promises that she will not have sexual intercourse with anyone from the first day of her menstrual cycle before the embryo transfer until the date that pregnancy has been confirmed in writing or otherwise by the physician conducting the embryo transfer. Surrogate further agrees that she will not engage in any activity in which there exists a possibility that semen could be introduced into her body, such that the possibility of a pregnancy, other than one contemplated by this Agreement, could occur.

The Surrogate further agrees that she will not have unprotected intercourse with anyone other than her husband during the term of the pregnancy, and will use her best efforts to protect the fetus(es) from any and all communicable and venereal diseases.

### **SECTION IV - DUTIES OF SURROGATE**

The Surrogate agrees to comply to the best of her abilities with all medical instructions given to her by her physician and obstetrician, and any other medical professionals involved with the objective and intent of this Agreement.

The Surrogate agrees to follow a prenatal examination schedule as prescribed by her independent obstetrician, as well as to adhere to and follow all requirements of her treating obstetrician and physician, such as taking medication and vitamins. The Surrogate agrees to submit to any medical tests or procedures deemed necessary or advisable by her obstetrician and/or physician, including, but not limited to, amniocentesis. The Surrogate agrees to submit to amniocentesis at the request of the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate agrees not to participate in dangerous sports or hazardous activities, and not to knowingly allow herself to be exposed to radiation toxic chemicals or communicable diseases.

The Surrogate agrees not to smoke any type of cigarettes, drink alcoholic beverages or excessive caffeinated beverages, or to use any illegal drugs, prescription or non-prescription drugs without the written consent of her physician and/or obstetrician.

The Surrogate agrees not to travel outside of the United States of America after the second trimester of the pregnancy, with the exception of the event of an extreme illness or death in the Surrogate's family and only upon the written consent of her physician and/or obstetrician.

### **SECTION V - CUSTODY**

**Gender:** Genetic Father and Intended Mother agree to accept custody of any and all Child(ren) born pursuant to this Agreement, regardless of gender, number, health, physical condition, psychological condition, premature or full term.

The Surrogate and Surrogate's Husband agree to relinquish all claims to parental rights and custody of the Child(ren) born pursuant to the terms of this Agreement immediately after the birth of said Child(ren), and enter into any Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody, and/or step-parent adoption of said Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband further agree that Genetic Father and Intended Mother shall select the name(s) of the Child(ren), and that any birth certificate(s) issued through the medical facility in which the Child(ren) is born shall reflect the name(s) chosen by the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate and Surrogate's Husband agree to make no attempt to contact or maintain communications with the Child(ren) born pursuant to this Agreement, or with any member of the stated Parties' families subsequent to the birth of the Child(ren) without the Genetic Father or Intended Mother's prior written approval. Further, Surrogate and Surrogate's Husband agree that they will not intervene or interfere with the upbringing of the Child(ren), or in the lives of the Genetic Father, Intended Mother and Child(ren), unless otherwise agreed in writing and signed by all Parties.

In the event that custody of the Child(ren) is awarded to the Surrogate or her family, or any individual or organization not related to the Genetic Father, by any court decision or otherwise, the Genetic Father shall be indemnified by the Surrogate for any and all moneys he is required to pay for child support or medical procedure related expenses pursuant to any court order, and shall be entitled to immediate reimbursement from the Surrogate for all allowable reasonable and actual expenses paid by the Genetic Father and Intended Mother to the Surrogate pursuant to this Agreement or expended on behalf of the Surrogate.

In the event that the Genetic Father predeceases the birth of the Child(ren) or anticipated Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody and/or step-parent adoption of the Child(ren), said Child(ren) shall be placed in the custody of the Intended Mother with full intent to proceed with all legal avenues to ensure Intended Mother becomes the custodial parent of the Child(ren).

In the event that the Intended Mother predeceases the birth of the Child(ren) or anticipated Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody and/or step-parent adoption of the Child(ren), said Child(ren) shall be placed in the custody of the Genetic Father.

If both the Genetic Father and the Intended Mother are deceased or incapacitated, the Child(ren) shall be placed according to the provisions of the following paragraph.

\_\_\_\_\_ of (city), (State) shall be the guardian of the Child(ren) and take custody of the Child(ren) upon the birth of the Child(ren). In the

event that both Genetic Father and Intended Mother predecease the birth of the Child(ren), the terms of this Agreement shall be carried out to the fullest extent possible, and all parties shall abide by the requests set forth in Genetic Father's and Intended Mother's wills.

In the event of the Genetic Father and Intended Mother's premature demise prior to the Child(>s)(rens) birth and the completion of the contemplated legal proceedings as herein set forth, \_\_\_\_\_ of (city), (State), shall be responsible for all of the arrangements for the Child(ren). Further, any Child(ren) born pursuant to this Agreement shall have all testamentary and inheritance rights from the Genetic Father and Intended Mother as a natural Child(ren), and shall have no testamentary or inheritance rights from the Surrogate.

## **SECTION VI - BIRTH, ABORTION, SELECTIVE TERMINATION AND DEATH OF THE FETUS(ES)**

### **Birth**

The Surrogate shall give birth at \_\_\_\_\_ Hospital in (city), (State).

### **Abortion**

The Parties recognize that the Surrogate has the constitutional right to abort or not abort the pregnancy, however, the Parties intend to conform, to the best of their ability, to the following terms of this Agreement.

An abortion procedure shall not occur beyond the twentieth (20<sup>th</sup>) week of pregnancy, unless a medical doctor, the treating physician or Surrogate's obstetrician, or some other medical professional states that such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate.

The Surrogate waives any rights she may have to abort the pregnancy, except for medical reasons verified by a physician chosen by the Genetic Father and Intended Mother, or some other independent physician or obstetrician, not already involved with the Surrogate's pregnancy, and/or if such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate. If the fetus(es) has been determined by any designated physician to be physically or psychologically abnormal, the decision to abort the pregnancy or not to abort the pregnancy shall be the sole decision of the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate agrees to accept a clinical abortion under the circumstances stated in the foregoing paragraphs. However, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, Surrogate agrees to the termination of all expenses under *Section IX* of this Agreement. Further, Genetic Father and Intended Mother shall not be responsible for those medical expenses incurred by the Surrogate due to unforeseen complications of which would have been avoided had an abortion occurred. Furthermore, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, all further performance required by the Genetic Father and Intended Mother under the terms of this Agreement is excused.

Genetic Father and Intended Mother agree that if a medical emergency occurs affecting the Child(ren) where **either** the Genetic Father or Intended Mother cannot be contacted, the decision with respect to the course of action to be taken shall be left to the treating physicians and/or obstetrician, with no liability to the Surrogate. All medical costs and expenses not covered by the Surrogate's health insurance policy will be the responsibility of the Genetic Father and Intended Mother for such procedures. However, all reasonable efforts shall be made to contact Genetic Father and Intended Mother prior to termination of the pregnancy.

The Surrogate agrees not to abort the fetus(es) upon her own discretion, or against the medical advice of a medical professional. If the Surrogate seeks a termination of the pregnancy without the consent of the Genetic Father and Intended Mother, or without the advice of a medical professional, the Surrogate agrees to reimburse the Genetic Father and Intended Mother a sum of money equal to all expenses already paid by the Genetic Father and Intended Mother, including but not limited to, all legal and medical expenses with respect to this Agreement.

If the Surrogate undergoes an abortion with medical consent and consent of the Parties, she will be entitled to the amount of expenses accrued corresponding to the length of the pregnancy.

#### **Selective Termination**

In the event that the embryo transfer results in three (3) or more fetuses, the Parties to this Agreement may agree to fetal reduction in order to reduce the number of fetuses. Surrogate's refusal to selective reduction, so long as, in the opinion of the Surrogate's obstetrician, said reduction will not endanger the health of the Surrogate or the remaining embryos, as provided herein, constitutes a breach of the Agreement by Surrogate.

Surrogate agrees that she will not undergo fetal reduction without the express written consent of the Genetic Father and Intended Mother, except where such procedure is necessary to prevent serious physical harm of the Surrogate. Consent of all Parties shall not be unreasonably withheld.

All Parties understand that in light of applicable controlling law regarding a woman's right to an abortion, the Courts may determine that any promise that purports to limit that right may be unenforceable.

#### **Death of the Fetus(es)**

The Parties agree that if the fetus(es) die prior to the 24<sup>th</sup> week of pregnancy, this Agreement shall terminate, with no further obligations or duties of performance by any party, except as provided for by way of terms of actual incurred expenses. Genetic Father and Intended Mother agree to remain liable for medical costs incurred to the date of such death pursuant to the terms of Section IX, and shall hold the Surrogate harmless from liability for said death, unless the death of the fetus(es) is caused by the Surrogate's own wanton recklessness, failure to comply with the terms of this Agreement, failure to reasonably follow all prescribed medical regimens, or other conduct intended to harm the fetus(es).



In the event of the death of the fetus(es) subsequent to the 24<sup>th</sup> week of pregnancy, Genetic Father and Intended Mother will continue to pay expenses pursuant to the terms of this Agreement for a six (6) week recovery period, and agree to hold the Surrogate harmless from liability for said death, provided the death of the fetus(es) is not caused by the Surrogate's own wanton recklessness, failure to comply with the terms of this Agreement, failure to reasonably follow all prescribed medical regimens, or other conduct intended to harm the fetus(es).

#### **SECTION VII - ASSUMPTION OF THE RISK**

Surrogate and Surrogate's Husband understand and agree to assume all risks involved in the anticipated medical procedures, and to hold Genetic Father and Intended Mother, and all other Parties involved in the execution of this Agreement (excluding medical professionals), harmless against all risks. Surrogate and Surrogate's Husband represent that they have consulted with a physician or surgeon of their choice, and are aware of all medical risks, including, but not limited to, death, disability, the inability to have children, discomfort, lost wages, multiple births, Cesarean Section delivery and bed rest, which may result from the conduct contemplated by this Agreement.

Genetic Father and Intended Mother have been advised of all possible risks of abnormalities and/or birth defects of children born to healthy women. Notwithstanding the language of Section VI, Genetic Father and Intended Mother agree to take custody of, and assume legal and parental responsibility for any Child(ren) immediately after the Child(ren)s birth, regardless of whether the Child(ren) suffers from any congenital or other abnormalities or defects. Surrogate and Surrogate's Husband shall be held harmless from delivering a Child(ren) with abnormalities or defects as long as the Surrogate has not breached the terms of this Agreement.

#### **SECTION VIII - SELECTION OF PHYSICIANS AND COUNSELOR**

Genetic Father and Intended Mother shall select a physician(s) to conduct examinations, both medical and psychological, to order and review medical and blood tests, and perform all necessary tests and procedures.

The Surrogate shall execute all necessary medical releases for the benefit of Genetic Father and Intended Mother.

Genetic Father and Intended Mother shall have full access to all medical records of Surrogate for information with respect to the intent and objective of this Agreement.

#### **SECTION IX - PAYMENT OF CERTAIN ACTUAL AND REASONABLE EXPENSES**

This Agreement provides for certain actual and reasonable expenses to be paid on behalf of the Surrogate and Genetic Father and Intended Mother. Such payments are not in any way to be construed as payment for the Child(ren). Such actual and reasonable expenses are as follows:

**Surrogate's Living and Medical Expenses B Responsibility of Genetic  
Father and Intended Mother**

1. Surrogate's Living Expenses:

(a) Genetic Father and Intended Mother shall pay for certain Living Expenses of the Surrogate subsequent to the confirmation of pregnancy with a positive HCG TEST performed by a medical doctor and before the birth of the Child(ren) and for no more than four (4) weeks after the birth of the Child(ren). Examples include, but are not limited to, housing, automobile, related insurances for housing and automobile, real estate taxes and maternity clothing.

(i) Except for in the case of multiple births, the total Living Expenses under this Agreement shall not exceed (\$\_\_\_\_\_) or (\$\_\_\_\_\_) per any one month for ten (10) months or for each month the Surrogate remains pregnant, whichever period is shorter (except if otherwise provided for in Section VI). Furthermore, monthly total Living Expenses shall not exceed the following:

- (a) \$0.X per mile for any/all surrogacy related expenses
- (b) maternity clothing, meals and life insurance

First payment is due five (5) days following confirmation of pregnancy with a positive BETA TEST performed by a medical doctor. Subsequent payments are due on the monthly anniversary thereafter as long as the fetus(es) remains viable.

(ii) In the case of a multiple birth, the total Living Expenses in (i) above shall be revised not to exceed (\$\_\_\_\_\_) or (\$\_\_\_\_\_) per any one month for ten (10) months or for each month the Surrogate remains pregnant, whichever period is shorter (except if otherwise provided for in Section VI). In the event of more than one multiple birth, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional \_\_\_\_\_ (\$X) per multiple birth.

(iii) The sum of \_\_\_\_\_ Dollars (\$X) per IVF/embryo

transfer attempt, including mock cycles, for travel, and \$X per hour for child care (if any) to be paid within five (5) days of embryo transfer.

(iv) In the event the Surrogate's Husband incurs lost wages as a result of the IVF, the total Living Expenses in (i) and (ii) shall be increased prorata at a rate of \$\_\_\_\_\_ per day.

(v) In the event the Surrogate's treating physician or obstetrician orders bed rest or other contingencies for Surrogate in connection with the pregnancy and birth of the Child(ren), the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional One Hundred Dollars (\$\_\_\_\_\_) per week of bed rest or other contingencies. Such amount are payable during each week of bed rest or other contingencies and shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after cesarean section delivery.

(vi) In the event the Surrogate undergoes a Cesarean Section delivery, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional \_\_\_\_\_ (\$X).

(vii) In the event the Surrogate undergoes an invasive procedure, including but not limited to, an amniocentesis, D&C, cerclage, or loss of reproductive organs, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased an additional \_\_\_\_\_ (\$X) per invasive procedure.

(viii) Surrogate shall be reimbursed for childcare expenses at a rate of \$7 per hour for medical appointments related to the IVF procedure and any resulting pregnancy. Payment to be made with monthly payment.

## **2. Surrogate's Medical Expenses**

(a) All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses incurred during, or resulting from complications arising from embryo transfer, that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother. Said expenses shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after a cesarean section delivery.

(b) All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses associated with any testing done at the request of the treating physician or Surrogate's OB/GYN that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother. Said expenses shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after a cesarean section delivery.

(c) The costs and fees of medical service providers for paternity testing pursuant to above referenced language in this Agreement shall be paid by Genetic Father and Intended Mother.

All of the Surrogate's Living Expenses and the Surrogate's Medical Expenses to be paid by the Genetic Father and Intended Mother must be supported by a receipt. The Parties agree that this Agreement takes into consideration all time to be spent, pain and suffering, personal discomfort and other personal inconveniences and costs to be incurred by Surrogate in performance of all the terms and obligations set forth in this Agreement.

## **SECTION X - INSURANCE**

### **Health**

At the time the Surrogate executes this Agreement, Surrogate represents that she has in force a valid health insurance policy. The policy is expected to pay a significant portion of all medical bills relating to pregnancy, pregnancy-related complications, labor and delivery, and hospitalization, with the exception of the IVF procedure.

The Surrogate shall provide to Genetic Father and Intended Mother written documents proving that such health insurance policy is in full force and effect. Further, the Surrogate agrees to notify the Genetic Father and Intended Mother of any change in her health insurance status in sufficient time to make alternative arrangements.

The Surrogate shall submit all medical bills related to any resulting pregnancy to her insurance company, as well as provide copies of any rejected claims to Genetic Father and Intended Mother and contest rejections if warranted.

Genetic Father and Intended Mother shall be responsible for all of Surrogate's medical expenses that are related to the embryo transfer procedure and/or pregnancy that are uninsured, having followed all agreements stated in the forgoing paragraphs in this Section.

Surrogate agrees to submit a copy of her present medical insurance policy to Genetic Father and Intended Mother prior to any tests or prior to incurring any expenses or payment of funds pursuant to this Agreement, or prior to any attempted compliance with the intent and/or objective of this Agreement.

The Surrogate represents that she has medical coverage, which includes complete pregnancy care and delivery, and provisions for payment of a Cesarean Section delivery, if required. The Surrogate makes no warranty that her medical insurance will pay any or all costs associated with the pregnancy contemplated by this Agreement, and the Genetic Father and Intended Mother agree to make all payments in the event that the Surrogate's medical insurance does not pay her medical expenses, unless non-payment is the result of the Surrogate's negligence, such as the failure to submit expenses to the insurance company for reimbursement.

Should the Surrogate, due to unforeseeable circumstances, risk losing her medical insurance, she shall immediately notify Genetic Father and Intended Mother so that provisions can be made to address the options of converting the policy to COBRA coverage so that the Surrogate will not suffer loss of medical coverage. Should the Surrogate have to convert her policy, the cost of said policy shall be paid by the Genetic Father and Intended Mother.

The foregoing paragraphs shall not apply to an abortion in violation of this Agreement, or a miscarriage which is the result of the Surrogate's negligence or breach of this Agreement.

### **Life**

The Intended Mother and Genetic Father shall pay the costs of term life insurance on behalf of the Surrogate. Benefits shall be in the amount of \_\_\_\_\_ (\$X) dollars. \_\_\_\_\_ (\$X) dollars of said amount shall be directed toward a beneficiary of the Surrogate's choice and the Intended Parents shall be the beneficiary of the remaining \_\_\_\_\_ (\$X) dollars. Evidence of said insurance and the premiums due shall be furnished to the Genetic Father and Intended Mother.

## **SECTION XI - EARLY TERMINATION OF AGREEMENT**

Before the Surrogate becomes pregnant, this Agreement may be terminated under the following conditions:

1. By Genetic Father and Intended Mother if the Responsible Physician's opinion is that the Surrogate will not become pregnant within three (3) cycles.
2. By Genetic Father and Intended Mother if the Responsible Physician determines that the Surrogate is not a good candidate for carrying out this Agreement.
3. By Genetic Father and Intended Mother if the Surrogate has not become pregnant after three (3) cycles.
4. By the Surrogate if the Genetic Father and Intended Mother is found by a medical professional to not be good candidates for carrying out this Agreement.
5. At the discretion and with written approval of all Parties.

In the event of early termination of this Agreement, Genetic Father and Intended Mother shall be responsible for Surrogate's costs and expenses incurred to date, subject to the limitations of Section IX of this Agreement.

## **SECTION XII - BREACH**

The Parties agree to declare any material breach or allegation of any material breach in writing to the breaching party within a reasonable period of time after the non-breaching party becomes aware of the breach.

If the nature of an alleged breach is such that it cannot be reasonably cured, or if it can be cured but the breaching party fails to cure the breach within a reasonable period of time after notification, this Agreement may be immediately terminated by the non-breaching party by giving written notice of termination, by certified mail, without further liability or responsibility by the non-breaching party.

Surrogate agrees to refund all expenses paid to her by the Genetic Father and Intended Mother if she breaches any material portion of this Agreement.

Genetic Father and Intended Mother agree to pay all anticipated expenses of the Surrogate and expenses the Surrogate would have been entitled to pursuant to this Agreement if they breach any material portion of this Agreement as set forth below.

The Surrogate breaches this Agreement if she:

1. Aborts the pregnancy in violation of this Agreement without the consent of the Genetic Father and Intended Mother.

2. Acts in a manner dangerous to the well being of the unborn Child(ren) by failing to follow the directions of her physician, using medications or drugs not prescribed by her physician, using any tobacco product, using alcohol, attempting to intentionally inflict harm to the unborn Child(ren), or acquiring a venereal disease during the pregnancy.

3. Knowingly provides false or misleading information to any physician or psychotherapist as specified herein.

4. Becomes pregnant prior to the embryo transfer.

5. Fails to timely cooperate with legal proceedings to effect the intent and objective of this Agreement, and establish the Genetic Father and Intended Mother as the parents of the Child(ren).

6. Fails to relinquish custody of the Child(ren).

7. Violates any other provision of this Agreement.

If the Surrogate breaches this Agreement or fails to fulfill her obligation:

1. She relinquishes her entitlement to the payment of expenses, and if she has received the benefit of any portion or all of the payment of such expenses, she must immediately refund it to the Genetic Father and Intended Mother.

2. She will be responsible for all monetary expenses incurred by the Genetic Father and Intended Mother, including, but not limited to, medical expenses, psychological expenses, travel expenses, and all legal expenses.

3. She becomes liable for expenses already incurred incident to this Agreement.

4. She becomes liable for any necessarily incurred legal expenses to effect the intent and objective of this Agreement, and establish the Genetic Father and Intended Mother as the Child(ren)s parents.

The Genetic Father and Intended Mother breach this Agreement if they:

1. Fail or refuse to pay the expenses as agreed.

2. Refuse to accept the Child(ren) immediately following the birth, unless a blood test excludes the Genetic Father as being the biological father of the Child(ren) or unless the admitting hospital is found to be at fault for the resulting breach.

3. Knowingly falsify or omit any material information relating to questions contained in this Agreement or any other document prepared in the anticipation of the intent and objective of this Agreement.

If the Genetic Father and/or Intended Mother breach this Agreement, then they agree to be obligated as follows:

1. To pay all actual expenses, subject to the limitations of Section IX of this Agreement, of the Surrogate incurred to the date of breach, provided the Surrogate is not pregnant.
2. To pay child support costs pursuant to State Law upon the birth of the Child(ren).
3. To pay for all reasonable costs related to placing the Child(ren) for adoption, if the Surrogate places the Child(ren) for adoption.
4. To pay all legal fees associated with enforcement of this Agreement.
5. To pay all legal fees of the Surrogate to defend against collection suits for unpaid medical bills.

The exclusion of the Genetic Father as a parent of the Child(ren), or the inclusion of the Surrogate as a parent of the Child(ren) by maternity or paternity testing shall constitute a material breach on the part of the Surrogate, except in the event that an act of the treating doctor was the causative factor resulting in the exclusion of the Genetic Father as a parent of the Child(ren). Absent a causative factor by the treating physician, the Genetic Father and Intended Mother shall have no obligations whatsoever with respect to the Child(ren), and all expenses paid on behalf of the Surrogate shall be reimbursed.

### **SECTION XIII - ATTORNEY FEES AND COSTS**

In the event litigation is required to interpret or enforce the terms of this Agreement, the prevailing party shall be entitled to reasonable attorney fees, court costs, and to any other relief that the Court may deem just and appropriate.

### **SECTION XIV - INDEPENDENT LEGAL COUNSEL**

The Parties hereby acknowledge that they have been advised to retain and consult with their own independent legal counsel regarding the terms of this Agreement.

All documented legal fees incurred by Surrogate, not to exceed Five Hundred Dollars (\$500.00), as indicated by way of billing from counsel or counsel's firm as follows:

- (a) For advice with regard to representation or clarification of any portion of this Agreement;
- (b) For representation regarding Maternity/Paternity and/or adoption, and any other proceedings relating to custody.

By signing and otherwise executing this document, the Parties represent that they have consulted with independent counsel regarding the terms, conditions, rights, duties, liabilities and enforceability arising under the conduct contemplated by this Agreement.

## SECTION XV - MISCELLANEOUS

During the term of this Agreement, all Parties agree to immediately inform the other Parties, in writing, of any material change in their circumstances that may reasonably affect this Agreement. These changes include, but are not limited to, change of address, illness or death of a Party, loss of employment, change of employment, change in insurance coverage, change in marital status, and exposure to communicable diseases.

Any Party may withdraw their consent to this Agreement and may terminate this Agreement with written notice given to the other Party any time prior to the embryo transfer, subject to expenses under Section IX and any other relevant terms of this Agreement.

All Parties' obligations under this Agreement, with the exception of the sections relating to expenses, are conditioned upon the approval of the Parties' results of exams and tests.

All Parties voluntarily enter into this Agreement expecting to be bound by each of the terms and conditions as set forth above, notwithstanding any subsequently approved or enacted legislation to the contrary. Any party may attempt to enforce this Agreement in Court. However, all Parties understand that a court may refuse to enforce this Agreement, in whole or in part, as against public policy or otherwise. The Parties assume the risk of unenforceability in entering into this Agreement. Surrogate and Surrogate's Husband will be held harmless and reimbursed for any and all expenses under this Agreement relating to the enforceability of this Agreement in the event a court determines this Agreement is not valid, unless the Surrogate or Surrogate's husband were in breach of this Agreement.

**Privacy/Confidentiality:** The Parties, recognizing the potential of the performance of any controversial medical procedure to attract media attention, and agree that in the interest of privacy and preservation of family values, none of the Parties shall communicate with any media entity regarding the events which shall occur pursuant to this Agreement without the express written consent of all Parties named in this Agreement.

All Parties hereto agree that they will not provide nor allow themselves, nor their agents, to provide any information to the public, news media or any other individual or group which could lead to the disclosure of the identity of the Parties hereto or the Child(ren).

In anticipation of any necessity of an adoption, the Parties agree that upon the completion of an adoption of the Child(ren) conceived pursuant to this Agreement, to permanently close the adoption file pertaining to said Child(ren), except as otherwise provided by law.



**Severability:** In the event that any provision of this Agreement is deemed to be invalid or unenforceable, the same shall be deemed severable from the remainder of this Agreement and shall not cause the invalidity or unenforceability of the remainder of this Agreement. If such provision shall be deemed invalid due to its scope or breadth, such provision shall be deemed valid to the extent of the scope or breadth permitted by law.

**Warranties:** No warranties have been made as to the ultimate results, costs, liabilities and/or obligations of the Parties relative to each other which may result from any judicial process arising and resulting from the actions and/or conduct of the Parties to this Agreement. Further, the Parties understand that no person can warrant the conception of a Child(ren), the physical or mental health of any Child(ren) born pursuant to this Agreement, or the gender of any Child(ren) born pursuant to this Agreement.

**Voluntary:** Each party acknowledges that he or she fully understands the Agreement and its legal effect and that he or she is signing the same freely and voluntarily and that neither party has any reason to believe that the other did not freely and voluntarily execute said Agreement.

Any party may attempt to enforce this Agreement in court. However, all Parties understand that a court may refuse to enforce this Agreement, in whole or in part. The Parties assume the risk of unenforceability in entering into this Agreement.

**Governing Law:** This Agreement shall be governed by the laws of the State of (State).

**Integrated Contract:** This Agreement represents the entire Agreement between the Parties to the Agreement, and all agreements, covenants, representations, and warranties, express or implied, oral or written, are contained herein. No other agreements, covenants, representations, or warranties, express or implied, oral or written, have been made by any party to the other with respect to the subject matter of this Agreement.

## **SECTION XVI - AMENDMENT**

This Agreement may be amended upon the written consent of all Parties, notarized and executed prior to the birth of any Child(ren).

We have read this page and the foregoing Seventeen (17) pages of this Agreement, and it is our intention, by subscribing our signatures below, to enter into a binding legal obligation.

## **Bibliografía**

### **Doctrina**

- ALBALADEJO, M. (2009). Derecho Civil, introducción y parte general, Edisofer, Madrid, 2009
- Ales Uría, M. (2017). La Maternidad Deconstruida: Gestación por Sustitución con Ovodonación. Ed. La Ley
- Ales Uría, M., (2017). Maternidad por acuerdo de partes ¿legalidad o equidad? Ed. La Ley
- Ales Uría, M., (2017). Límites a la disposición sobre el propio cuerpo a partir de un concepto de dignidad humana fundante. Ed. La Ley
- Aybar, A., López A., Elespe, V. (2018). Gestación por Sustitución. Una realidad aun no reglada. Algunas aproximaciones. Extraído de: <http://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/07/com-2.-Ponencia-Congreso-Internacional-de-Derecho-de-Familia-2018.pdf>
- Basset, Ú. C. (2012). Filiación: consideraciones generales [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Fuente: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/filiacion-consideraciones-generales-basset.pdf>.
- Basset, Úrsula C., (2014). Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción. Ed. La Ley
- Basset U. (2015). El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. En Revista Jurídica Argentina La Ley tomo 2015 D. Buenos Aires. La Ley.
- Basset, U. y Salaverri, M., (2014). Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño. Ed. La Ley
- Berger, S. M. (2015). Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución. Ed. La Ley
- Berger, S. M., (2013). Maternidad subrogada: fallo argentino a favor. Ed. La Ley

- Bezic, C. (2013). ¿Puede haber dos padres y ninguna madre en la legislación argentina vigente? La cuestión del alquiler de vientre internacional por personas del mismo sexo [en línea] Documento inédito perteneciente a la asignatura Bioderecho de la carrera de grado de Abogacía. Extraído de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/puede-haber-dos-padres-bezic.pdf>
- Borda, G.J. (2016). La realidad y la transgresión de la ley. A propósito de un caso de legalización jurisprudencial de maternidad subrogada. Revista de derecho civil Nro. 5. Disponible [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar).
- Borrillo, D. (2012). La "biofamilia" en Francia: ¿derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad? Ed. Abeledo Perrot.
- Brandone, M.M., (2016). Gestación por sustitución: ante la ausencia de regulación ¿Cuál es la maternidad jurídicamente relevante?. Ed. La Ley
- Briozzo, S. (2016). La gestación por sustitución y el interés superior del niño ante la falta de regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. La Ley
- Briozzo, S., (2017). Inscripción de nacimiento en un caso de gestación por sustitución. Ed. La Ley.
- Brodsky, J. (2015). El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la gestación por sustitución: otra oportunidad perdida para una regulación necesaria. En Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 68. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Cabrera D. B y Codeglia, L. M. (1995), Responsabilidad por violación del derecho a la identidad, en Alterini, A, A. y López Cabana, R. M. (dirs.), La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1995.
- Calvo Caravaca A, Carrascosa González J. (2015), Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Transnacional. Extraído de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>

- Camacho, M (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. Extraído de: <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Carbajal, Mariana, (2011). La batalla por la paternidad. Extraído de <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-183627-2011-12-18.html>.
- Carbajal, M. (2012). Tobías, entre sus dos padres y la burocracia. Extraído de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-197878-2012-07-04.html>
- Carbajal, M. (2013). Los hombres que serán padres. Extraído de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/190585-58400-2012-03-28.html>
- Chmielak, C. L. (2017). Maternidad subrogada y voluntad procreacional. Ed. La Ley
- Corral Dueñas F. (2003). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, de Marina Pérez Monge. Revista Critica de Derecho Inmobiliario. Núm. 677.
- De la Torre, N. (2014). Algunas consideraciones en torno a la regulación proyectada en las uniones convivenciales. Ed. Infojus.
- De la Torre, N. (2014) La unión convivencial en el Nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia. Ed. La Ley
- Dickens B. M. (2014). El derecho humano a contar con asistencia médica para fundar una familia, en Zeger F. y Salas S. Bioética, reproducción y familia, Colección de Pensamiento Contemporáneo, Santiago de Chile. Ediciones Universidad Diego Portales.
- Famá, M.V. (2015). La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar. Ed. La Ley
- Famá, M.V. (2009). La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano. Ed. La Ley
- Fernández Sessarego, C. (1996). Daño a la identidad personal, en Libro de ponencias del Congreso internacional "La persona y el derecho en el fin de siglo". Santa Fe.

- Fromm, E. (1967). Psicoanálisis de la sociedad contemporánea. México D.F. Fondo de Cultura Económica.
- Galati, E. (2015). Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución.
- Gil Dominguez, A. (2012). Comaternidad y copaternidad igualitaria. Ed. La Ley.
- Gil Dominguez, A. (2014). La Voluntad Procreacional como Derecho y Orden Simbólico, Bs. As., Ediar.
- Gil Dominguez, A. (2015). La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano. Ed. La Ley
- Gitter, A., (2013). Gestación por sustitución. Ed. La Ley.
- González Magaña, I., (2014). La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo. Ed. La Ley
- Grosso, C., (2013). El alquiler de vientre: su ilegitimidad. Ed. La Ley
- Guzmán Ávalos, A. y Valdés Martínez M. C. (2017). Voluntad Procreacional. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2922064>
- Herrera, M. y Lamm, E. (2013), La fuerza de la realidad: la reciente ley de técnicas de reproducción humana asistida del Uruguay. Ed. La Ley.
- Herrera, M. y Lamm, E., (2014). Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar. Ed. La Ley.
- Herrera, M. y Lamm, E. (2015). Técnicas de reproducción humana asistida, en Bergel S. D et al, Bioética en el nuevo Código civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. La Ley.
- Herrera, M. y De La Torre, N. (2016) La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa. Ed. La Ley
- Jauregui, R. G. (2016). La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible. Publicado en LLLitoral

- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., de la Torre N. (2017). La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia". Ed. La Ley
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E. y Herrera, M. (2013). Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. Ed. La Ley
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Lamm, E., (2014). La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño. Ed. La Ley
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm E. y Herrera Marisa (2012). Regulación de la gestación por sustitución. Revista Jurídica Argentina La Ley.
- Krasnow, A. N., (2013). La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. La Ley
- Krasnow, A. N. (2014), Una pareja de lesbianas accede a la cobertura de un tratamiento de procreación asistida por decisión de la justicia. Revista de Derecho de Familia y de las Personas, diciembre 2014. Buenos Aires. La Ley.
- Lamm, E. (2012). Gestación por Sustitución. Revista para el Análisis de Derecho. Disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com).
- Lamm, E. (2017). Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución. Dirección de Derechos Humanos, Suprema Corte de Mendoza. Extraído de: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0213911117301425?token=996A7E76DCBF7C72D93B3006E2F30563B55F34623A4ECF119C03875881A3FA9029F21CFA0A8C64A330F598E409923119>
- Lafferrière, J. N., (2010). Filiación, técnicas de procreación artificial y ley 26.681, Presentación en Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Lucas Gioja", de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Lafferrière, J. N. (2012). Algunas normas sobre bioética [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires :

- El Derecho. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/algunas-normas-sobre-bioetica-lafferriere.pdf> [Fecha de consulta:.....]
- Lafferriere, J.N.,(2016). Maternidad subrogada. Límites y dilemas de las tecnologías reproductivas. Ed. La Ley.
  - Lovat, A. M. (2015). La infertilidad, las nuevas formas familiares, la garantía de los derechos reproductivos y el avance en las nuevas técnicas de reproducción. La gestación por sustitución. Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado.
  - Mainetti, J. A. (2016). Desarrollo de la bioética en América Latina. Revista Digital Microjuris..
  - Medina, G. (1997). Maternidad por Sustitución. Principales clausulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana. Revista La Ley.
  - Medina, G. (2012).Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo, la situación en el derecho comparado. Ed. La Ley
  - Medina, Graciela, (2016). Gestación por otro. Problemas y soluciones jurisprudenciales. Ed. La Ley
  - Melon, P. y Notrica, F. (2016). La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación. UBACyT. Obtenido de <http://www.colectivoderechofamilia.com>
  - Monteroni, J. (2015). “Paradiso, Campanelli” y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Prudentia Iuris. Extraído de:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/paradiso-campanelli-contrato-internacional.pdf>
  - Nazzasi Ruano, F. J., (2012). El alquiler de vientre internacional en el proyecto de Código Civil 2012. Extraído de:  
<http://centrodebioetica.org/2012/10/el-alquiler-de-ventre-internacional-en-elproyecto-de-codigo-civil-2012/>

- Notrica F., Melón P. y González A. (2016). La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Revista Digital Microjuris. Extraído de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/01/08/reflexiones-vinculadas-a-la-gestacion-por-sustitucion-y-su-necesidad-de-regulacion-a-traves-de-una-ley-especial/>
- Menicocci, A.A., (2013). Jurisdicción y derecho aplicable en materia de filiación por subrogación. La filiación por contrato. Ed. La Ley
- Meeroff M. (1996). Ciencia, Técnica y Humanismo. Una Propuesta a la Sociedad, Buenos Aires, Editorial Biblos.
- Minyersky, N. (2009). ¿Derecho al hijo/hija? en La familia en el nuevo derecho, Libro Homenaje a Cecilia P. Grosman,. 1º ed., tomo II. Santa Fe.
- Mir Candal L. (2004). Aportes de una Disciplina Humanista: El caso de la Antropología, En: Meeroff Marcos, Teoría Y Práctica de la Medicina Antropológica. Derivaciones Éticas Y Políticas, Asociación Médica Argentina, Sociedad Argentina De Medicina Antropológica, Buenos Aires.
- Mizrahi, M.L., (2010). El Niño y la Reproducción Humana Asistida, Revista La Ley.
- Notrica F., (2018) Hay que decir que sí a una regulación de gestación por sustitución. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. Universidad Nacional de La Plata. Extraído de: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/5249/4275>
- Notrica F, Curti, P y Cotado F (2017). La figura de la gestación por sustitución. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México.
- Pastore, Analía G. (2012). La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil, Revista Prudentia Iuris.
- Quaini, F., (2017). La gestación por sustitución hoy, Argentina y el mundo. Ed. La Ley
- Rivero de Arhancet, M. - Ramos Cabanellas, B., (2014). Ley uruguaya sobre Técnicas de Reproducción humana asistida e incidencia de la Ley de Defensa del Consumidor. Ed. La Ley
- Rivero Hernández Francisco, en AA. VV., Paz-Ares, Cándido; Diez Picaso, Luis; Bercovitz; Rodríguez Cano, Rodrigo y Salvador Coderch, Pablo (dirs.)



(1991). Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de publicaciones.

- Rojas Pascual, J.P. (2015). Proyecto de ley para regular la maternidad subrogada en Mendoza. Dr. Rojas Pascual. Disponible en: [www.maternidadsubrogada.com.ar](http://www.maternidadsubrogada.com.ar) el 10/05/17

- Sambrizzi, E.A. (2016). La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial. Ed. La Ley

- Sambrizzi E.A. (2012). La maternidad subrogada (gestación por sustitución)[el línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Fuente: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>.

- Sambrizzi, E. A., (2015). Una nueva e improcedente sentencia que admite la maternidad subrogada. Ed. La Ley

- Sambrizzi, E. A., (2013). Maternidad subrogada: Una sentencia que se aparta de la ley. . Ed. La Ley

- Scotti, L (2015). La Gestación por Sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Montevideo, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Nro. 38. Disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/511/752>

- Taboada Cordoba, L. (2002). Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Editora Jurídica Grijley, Lima.

- Testa, M. (2017). La maternidad subrogada en Argentina, Revista jurídica de Daños Nro. 17. Disponible <http://www.ijeditores.com.ar>.

- Tello, A., (2013). Francia: ineficacia de los contratos de gestación por otro. Ed. La Ley.

- Umansky L.F. y Rojas, M.A. (2012). Gestación por sustitución, voluntad procreacional e interés superior del niño en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Publicación de IJ Editores. Disponible en <http://www.ijeditores.com.ar>.

- Valdés Díaz, C. (2015). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. Ed. La Ley
- Valdivieso L., E. J. (2013). Para determinar el contenido de los derechos, ¿tienen límite los jueces? A propósito de un caso peruano de vientre de alquiler [en línea]. Presentado en Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/limite-jueces-vientre-alquiler.pdf>
- Van Den Akker O.(2006). Psychosocial Aspects of Surrogate Motherhood, Human Reproduction.
- Viar, L. A. (2014). Análisis de la ley 26862 sobre fecundación artificial a la luz del principio de razonabilidad [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26862-fecundacion.pdf>.
- Viar, L. y Lafferriere, J.N., (2015). Es inevitable la gestación por sustitución? Reflexiones a partir de una sentencia judicial. Ed. La Ley.
- Vidal Ramirez, F. (1990). Orden público y nulidad virtual del acto jurídico. En: Tratado de Derecho Civil. Tomo I: Título Preliminar, Universidad de Lima, Lima.
- Villaverde M. S.; Rosales P. (2006). Salud Sexual y Procreación Responsable, En: Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires.
- Yuba, Gabriela (2016). Gestación por sustitución y regulación normativa. Ed. La Ley

### **Legislación**

- Constitución Nacional
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

- Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Anteproyecto de Código Civil Comercial de la Nación (2012)
- Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida (2013) y Dec. Reg. 965/2013
- Ley 23.592 de Actos Discriminatorios contra Derechos Constitucionales (1998)
- Ley 26.618 de Matrimonio Civil (2010)
- Ley 24.779 de Adopción (1997)
- Ley 24.193 de Transplante de Órganos y Tejidos (Actualizada por Ley 26.066)
- Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución Nro. 5759-D-2016. Recuperado de <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/buscador2016-99.html>
- Proyecto 5700-D-2016. Proyecto de Ley de Regulación de la técnica de gestación solidaria. Recuperado de <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/buscador2016-99.html>
- Ley 19.167 de Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida promulgada en Uruguay (2013)

### **Jurisprudencia**

- Juzg. nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, Infojus online, Id Infojus: FA13020016
- Trib. Superior de C.A.B.A., 04/11/2015, “X., T. S y otros s/información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” Recuperado de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- Juzg. De Familia Nro. 1 de Mendoza, “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación” EXP. N° 714 OAV (2015). Fuente: Pagina web del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) , recuperado el 12/05/2017 de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)

- Juzg. De Familia Nro. 1 de Mendoza, 15/12/2015, “C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento” Recuperado de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- Juzg. De Familia de Lomas de Zamora, Sala 7, “H.M. y otro/a s/medidas precautorias (art.232 del CPCC) (419)”, Exp. N° LZ-62420-2015. Fuente: Pagina web de la Jueza María Silvia Villaverde, recuperado el 12/05/2017 de [www.villaverde.com.ar](http://www.villaverde.com.ar).
- Juzg. Nac. De 1ra instancia Nro. 102 de C.A.B.A., “C., F. A. y Otro c/ R. S., M. L. s/ Impugnación de maternidad”, recuperado el 12/05/2017 de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)
- Juzg. Nac. De 1ra instancia Nro. 83 de C.A.B.A., “N.N.O. s/ Inscripción de Nacimiento”, recuperado el 12/05/2017 de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)
- Juzg. Nac. En lo Civil Nro. 86, C.A.B.A., “N.N. o D.G.M.B.M. s/ inscripción de nacimiento” Exp. N° 38316-2012.
- Trib. Colegiado de Familia Nro. 5, Rosario, Santa Fe, 27/5/2016, “G.G.S. y Otros s/ filiación”, recuperado de <http://www.rubinzaonline.com.ar/fallo/15208/>
- Juzg. de Familia de Gualeguaychu,10/11/2013, “B.M.A. c. F.C.C.R. s/ordinario”
- Juzg. Nac en lo Civil Nro 8, C.A.B.A., 20/9/2016, “ B.B.M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación” Expte 70522/2014.
- Juzg. De Familia Nro 2 de Moreno, Bs.As., 04/07/2016, “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”. Recuperado de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Seccion 1), 01/04/2010 “S.H. y otros c/Austria” Cemanda nro 57813/2000. Recuperado del [sitio <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Ponencias/SHyotroscontraAUSTRIA.html>](http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Ponencias/SHyotroscontraAUSTRIA.html)

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24/01/2017, “Paradiso y Campanelli c/ Italia”. Recuperado de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21/07/2016, “Foulon y Bouvet c/ Francia”. Recuperado de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26/06/2014, “Manneson c/ Francia”. Recuperado de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- Trib. Supremo de España, Sala en lo Civil, Pleno, 06/02/2014, “D.R. y D.C. c/ Administración General del Estado” . Recuperado de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/10/2012, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, extraído de :  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)