



## **TRABAJO FINAL DE GRADO**

**EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

**Argumentos para su inclusión al sistema jurídico argentino**

**ABOGACIA**

**YACANTE, JUAN CARLOS**

**2018**

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el tema del contrato de gestación por sustitución con el objetivo de analizar si es posible regular un acuerdo de estas características y determinar, además, cuáles serían los argumentos jurídicos que justifiquen su inclusión en el sistema legal argentino. El contrato de gestación por sustitución está íntimamente relacionado con el derecho a la salud reproductiva, con el derecho a la identidad y especialmente con el derecho filiatorio, es por ello que se analizarán las repercusiones que esta institución ocasionaría en ellos, repercusiones que se dan en el ámbito jurídico, ético, social, cultural y religioso. Si bien este trabajo final está a favor del contrato en análisis, se presentaran los argumentos que se esgrimen en contra de la misma, porque en el derecho nunca está dicha la última palabra.

**PALABRAS CLAVES:** Gestación por sustitución, técnicas de reproducción humana asistida, voluntad procreacional, interés superior del niño, contrato, filiación

**ABSTRACT:** The present work deals with the issue of the contract of gestation by substitution with the objective of analyzing if it is possible to regulate an agreement of these characteristics and to determine, in addition, which would be the legal arguments that justify their inclusion in the Argentine legal system. The contract of gestation by substitution is closely related to the right to reproductive health, with the right to identity and especially with the filial right, that is why the repercussions that this institution would cause in them will be analyzed, repercussions that occur in the legal, ethical, social, cultural and religious. Although this final work is in favor of the contract in analysis, the arguments that are advanced against it will be presented, because in the law the last word is never said.

**KEY WORDS:** Pregnancy by substitution, techniques of assisted human reproduction, procreational will, best interest of the child, contract, filiation.

# INDICE

<b>Introducción general</b> .....	7
<b>Objetivo General</b> .....	10
<b>Objetivos Específicos</b> .....	10
<b>CAPITULO I</b> .....	12
<b>Nociones generales sobre la gestación por sustitución. Su problemática.</b> .....	12
1.1. Antecedentes históricos. ....	12
1.2. Concepto .....	15
1.3. Modalidades – Tipos de gestación subrogada .....	17
1.4. Terminología.....	21
<b>CAPITULO II</b> .....	25
<b>Argumentos que fundamentan la posibilidad de regular el contrato de gestación por sustitución en el derecho argentino.</b> .....	25
2.1. Los derechos reproductivos como derechos de la personalidad .....	25
2.2. Las nuevas formas de familia .....	31
2.3. La familia, los derechos reproductivos, su conexión con la gestación por sustitución.....	33
2.4. Los tratados sobre Derechos Humanos, su influencia en las resoluciones judiciales sobre la gestación por sustitución.....	35
2.4.1. Los tratados de Derechos Humanos .....	36
2.4.2. El Interés Superior del Niño como principio rector en la resolución de los conflictos. ....	38
2.4.3 La gestación por sustitución. El interés superior del niño .....	39
2.5. Una visión integral del sistema jurídico argentino, los instrumentos internacionales y su incidencia en el derecho interno. La solución a la falta de legislación sobre gestación por sustitución. ....	43
2.5.1 Las pautas de interpretación contenidas en el Código Civil y Comercial. ....	45
2.5.2 El deber que pesa sobre los jueces de resolver y fundar sus decisiones .....	45
2.6. Conclusiones parciales .....	48

<b>CAPITULO III</b> .....	51
<b>El contrato de gestación por sustitución</b> .....	51
3.1. Introducción .....	51
3.2. Disposiciones generales de los contratos.....	52
3.2.1. Noción de Contratos.....	52
3.2.2. Definición de contrato. El Código Civil y Comercial.....	53
3.2.3. Naturaleza jurídica de los contratos .....	54
3.2.4. Clasificación. Presupuestos y elementos de los contratos.....	54
3.2.5. Elementos de los contratos .....	56
3.2.6. Principios jurídicos aplicables a los contratos .....	58
3.2.7. La capacidad en los contratos .....	59
3.3. La Constitución Nacional, su vinculación con los contratos.....	60
3.4. El Contrato de Gestación por Sustitución.....	61
3.4.1. Introducción .....	61
3.4.2. Concepto de contrato de gestación por sustitución .....	62
3.4.3. Partes del contrato .....	63
3.4.4. Requisitos para ser gestante y comitente. Capacidad para poder contratar .....	64
3.4.4.1. Requisitos exigidos a la mujer gestante.....	65
3.4.4.2. Requisitos exigidos a los comitentes.....	66
3.4.5. El Consentimiento en el acuerdo de gestación por sustitución.....	67
3.4.6. El objeto del contrato .....	68
3.4.7. La causa del contrato .....	70
3.4.8. La Forma del contrato. ....	71
3.5. Pedido de autorización del tratamiento de implantación de embriones. Homologación del acuerdo. Procedimiento.....	73
3.5.1. Homologación. Concepto. ....	73
3.5.2. La autorización judicial. Procedimiento.....	74

3.5.3.	Pedido de dictamen interdisciplinario .....	75
3.5.4.	La autorización judicial. ....	76
3.5.5.	La resolución.....	76
3.5.6.	Obligación de la clínica que realizará el procedimiento. ....	77
3.6.	Efectos del contrato de gestación por sustitución homologado y autorizado. ....	77
3.7.	El Incumplimiento en el contrato de gestación por sustitución. ....	79
3.7.1.	El arrepentimiento de la gestante antes de iniciar el tratamiento.....	80
3.7.2.	La decisión de la mujer gestante de interrumpir el embarazo .....	80
3.7.3	Arrepentimiento de la gestante en entregar el niño .....	81
3.7.4.	Incumplimiento de los comitentes.....	82
3.7.5.	El daño resarcible. El daño moral. ....	83
3.8.	Obligaciones de medios y de resultado. ....	84
3.8.1.	Responsabilidad de la clínica o centro de salud.....	85
3.9.	La extinción del contrato de gestación por sustitución .....	86
3.10.	Conclusión parcial.....	87
<b>CAPITULO IV</b> .....		90
<b>El contrato de gestación por sustitución y sus consecuencias en las fuentes de filiación reconocidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.</b> .....		90
4.1.	Introducción .....	90
4.2.	Filiación .....	92
4.2.1.	Concepto.....	92
4.3.	Determinación de la filiación. ....	92
4.3.1.	Modos de determinación de la filiación. ....	93
4.4.	La determinación de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida. .	94
4.4.1.	La Voluntad procreacional, poniendo en tela de juicio el carácter absoluto del adagio Mater semper certa est.....	95
4.4.2	La voluntad procreacional en la gestación por sustitución. El artículo 562 del Código Civil y Comercial y la cuestión de su inconstitucionalidad.....	97

4.5. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante gestación por sustitución. El derecho a conocer sus orígenes .....	103
4.6. Los comitentes que no aportan material genético. El donante anónimo y el derecho a la identidad del menor. ....	106
4.7. Conclusión Parcial.....	109
<b>CAPITULO V</b> .....	111
<b>Las posturas en contra de la Gestación por sustitución. El derecho comparado. ....</b>	111
5.1. Introducción .....	111
5.2. Argumentos jurídicos en contra de la gestación por sustitución.....	111
5.3. La postura de la Iglesia Católica sobre la gestación por sustitución. ....	115
5.4. El derecho comparado. ....	118
5.4.1. Países en donde la gestación por sustitución está prohibida.....	118
5.4.2. Países en donde la gestación por sustitución es legal bajo ciertas condiciones.....	121
5.4.3. Países con admisión amplia y sin restricciones .....	124
5.5 Conclusión parcial.....	127
<b>CONCLUSIÓN FINAL</b> .....	128
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</b> .....	130
Bibliografía consultada .....	130
Jurisprudencia consultada.....	134
Legislación consultada. ....	135

## **Introducción general**

Los avances en la ciencia y en la tecnología generaron cambios profundos en la sociedad a nivel mundial. Las nuevas tecnologías trajeron como consecuencia un cambio radical en la forma de vida de todos los seres humanos.

Dentro de estos progresos científicos han sido de particular importancia los que se produjeron en la medicina, que al amparo de las nuevas tecnologías se lanzaron a la búsqueda de los procedimientos médicos que dieran con la solución a enfermedades y patologías que todavía no tenían una respuesta de sanación. Entre los progresos médicos que se dieron tenemos los que se desarrollaron en el campo de la reproducción humana asistida, aspecto este íntimamente conectado con el objeto de este trabajo.

La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional llevó a un proceso de cambios políticos, sociales, culturales que le dio un enfoque distinto a la realidad social de la República Argentina impactando necesariamente en el derecho, como consecuencia de ello, se sancionaron leyes como la de Matrimonio Civil que permite la unión entre personas del mismo sexo, la ley de Identidad de Género y la ley que regula el tratamiento de reproducción asistida. La sanción de las leyes mencionadas trajo derivaciones jurídicas, en particular a las ramas del derecho de familia y al derecho filiatorio.

Instituciones como el matrimonio, la familia y la filiación vieron sacudidos sus conceptos clásicos, cuestionando los paradigmas tradicionales del derecho con el reconocimiento de nuevos tipos de familia y en una nueva noción de maternidad y paternidad.

Las técnicas de reproducción humana asistida, por su parte, crearon una disociación entre el elemento biológico y el elemento volitivo en lo que respecta a la determinación de la filiación, creando una nueva fuente de filiación, además de la biológica y la adoptiva, la que se deriva de la voluntad procreacional.

Dentro de este contexto surge la figura de la gestación por sustitución, instituto que no está regulado por nuestro derecho, y que fue dejado de lado en la última reforma del Código Civil, aunque sí estuvo considerado en el proyecto de reforma.

La gestación por sustitución al no estar ni prohibida, ni permitida de manera expresa por nuestro ordenamiento jurídico, crea un vacío legal que trae aparejado serios problemas a la

hora de resolver los conflictos judiciales a los que deben someterse las partes que utilizaron esta práctica para llegar a concretar el sueño de ser padres.

La gestación por sustitución es un acuerdo entre una mujer llamada gestante y los padres comitentes, que ante la imposibilidad de estos de llevar a cabo un embarazo natural por razones médicas, la gestante se compromete a someterse a un tratamiento de reproducción humana asistida, transferir los embriones de material genético de al menos uno de los padres comitentes, quedar embarazada, cuidar del embarazo y al nacer el menor, este es entregado a los comitentes quienes serán considerados padres.

La falta de regulación de la gestación por sustitución comenzó a hacerse evidente ante la cantidad de matrimonios o mujeres solas o parejas del mismo sexo que recurrieron a la justicia porque el momento de nacer el niño, este era emplazado en el estado de hijo de la mujer gestante, gestante que no tenía ninguna intención de ser madre. Mientras que los comitentes, ante esta situación, deben recurrir a una acción de impugnación de la maternidad, pidiendo que se determine la filiación del menor a su favor.

Otra cuestión está dada por aquellas pareja, matrimonios, mujeres u hombres solos que viajan al extranjero a realizar esta prácticas, regresan al país con el menor que es anotado en el Registro de la Personas como hijo de los comitentes, sin más trámites que los que exigidos a nivel de embajadas o consulados, y sin recurrir a juicios o procesos de impugnación, creando una desigualdad evidente con aquellos que realizaron el procedimiento medico en Argentina.

Es por ello que la finalidad de este trabajo es el de contestar la pregunta de si ¿es posible regular dentro de nuestro ordenamiento jurídico un contrato de esta naturaleza? Ya que el contrato de gestación por sustitución es un instrumento complejo y rodeado de problemas que interesan no solo los derechos y obligaciones que las partes asumen en el acuerdo, sino que afecta también, a cuestiones de orden público, como son la nulidad absoluta del mismo, la filiación, el derecho a la identidad del recién nacido y el posible estado de vulnerabilidad en que podría encontrarse la mujer gestante al momento de prestar su consentimiento.

A pesar de los obstáculos jurídicos, sociales y morales que el contrato de gestación por sustitución conlleva en sí mismo, fue la doctrina y la jurisprudencia argentina la que expuso, en los casos concretos que se plantearon en los tribunales, los argumentos jurídicos a favor de una regulación legal, lo que genera una posibilidad cierta de dar una respuesta positiva al



problema de investigación. Y fue tan así, que el acuerdo en cuestión, fue regulado en el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial, pero el intento no prosperó.

La estrategia metodológica para afrontar los objetivos propuestos en este trabajo final y alcanzar una respuesta al problema planteado, será en la de abocarse en una investigación explorativa de la doctrina, la jurisprudencia argentina y del derecho comparado, analizándolas conjuntamente, con los principios constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y las leyes del derecho interno, en la búsqueda de una argumentación jurídica que no lleve a confirmar la hipótesis de trabajo.

Este trabajo cuenta con cinco capítulos, el primer capítulo contendrá los antecedentes históricos, analizará el concepto de gestación por sustitución, sus modalidades y la terminología. En el capítulo dos se analizarán la jurisprudencia, la doctrina, los principios constitucionales, los tratados internacionales y el derecho interno, con la finalidad de encontrar los fundamentos legales que permitan el reconocimiento y la regulación del contrato dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En el capítulo tres desarrollaremos los posibles presupuestos y los elementos esenciales y naturales con que debería contar un contrato de gestación por sustitución y sus efectos jurídicos. En el capítulo cuatro nos enfocaremos en las consecuencias que este acuerdo traerá a las fuentes de filiación contenidas en el Código Civil y Comercial y a la determinación de la filiación. Por último en el capítulo cinco expondremos los argumentos jurídicos en contra de esta figura y realizaremos una breve descripción del derecho comparado.

### **Objetivo General**

Analizar cuáles son los argumentos jurídicos, sociales y morales que servirán para fundamentar la inclusión de un contrato de gestación por sustitución en el derecho argentino y qué consecuencias tendrá en el derecho filiatorio.

### **Objetivos Específicos**

1. Analizar los presupuestos y elementos de un contrato de gestación por sustitución.
2. Analizar las consecuencias de un contrato de gestación por sustitución en las fuentes de filiación enumeradas en el Código Civil y Comercial de la Nación.
3. Determinar que posibles impactos causaría el contrato en los conceptos tradicionales de maternidad y familia.
4. Determinar un procedimiento judicial de control y homologación del acuerdo de gestación por sustitución.
5. Realizar un análisis crítico del impacto que tendrá en la sociedad la incorporación de este contrato en el sistema jurídico argentino.
6. Analizar la doctrina y los casos jurisprudenciales.
7. Establecer en que situación y que requisitos se deben exigir para poder acceder a este tipo de contratos.
8. Evaluar la clasificación del contrato entre oneroso o altruista, sus ventajas e inconvenientes.
9. Establecer la necesidad de una legislación específica.
10. Evaluar y analizar los argumentos esgrimidos en contra del contrato de gestación por sustitución

# **CAPITULO I**

## CAPITULO I

### **Nociones generales sobre la gestación por sustitución. Su problemática.**

#### 1.1. Antecedentes históricos.

En la antigüedad la infertilidad era considerada un castigo divino, era tal la importancia que los pueblos le daban a la descendencia que entendían que esta era la única posibilidad que tenía el hombre de trascender más allá de la incomprensible muerte. A tal punto llegaba su importancia que la fertilidad tenía su propia diosa, la Magna Mater o diosas madres siendo esta una de las primeras creaciones culturales del hombre primitivo.<sup>1</sup>

La fecundidad era la fuerza motora con miras de futuro, era una cuestión de importancia social con una finalidad clara de crecimiento, protección y expansión de la aldea, en otras palabras era nada más y nada menos que la supervivencia misma.

Esta idea también queda plasmada en la biblia, en el antiguo testamento en donde encontramos un mandato divino que ordena ser fecundos y multiplicarse, llenad la tierra y dominadla (Génesis 1:28). Y es también la biblia en el tan mentado caso de Abraham y Sarai, que al no poder tener hijos, esta le da su esclava a su marido para procrear a su hijo Ismael. (Génesis 16:1 – Génesis 16:16). Idéntico al caso de Raquel y Jacob en donde ella le entrega a su criada Bilhà para que Jacob pueda tener descendencia (Génesis 30:3). Todos estos hijos mencionados en la Biblia nacidos de estas madres sustitutas eran considerados por las leyes de su tiempo como hijos de la esposa.

De manera similar el Código de Hammurabi (1780 a.C.) regulaba en sus leyes 144; 145; 146 que la esposa que no podía dar hijos a su marido, podía darle una esclava o en su caso el marido podía tomar otra esposa para que le dé hijos, es interesante mencionar que la esclava que hacía de madre sustituta pasaba a gozar de ciertos beneficios.<sup>2</sup>

En el Egipto antiguo fueron de los primeros pueblos en dejar registros escritos de cómo proceder frente a la infertilidad. La mujer egipcia gozaba de un status social similar al del

---

<sup>1</sup> “Fertilidad en las antiguas civilizaciones. 1ª parte” [www.reproduccionasistida.org/fertilidad-en-las-antiguas-civilizaciones-1a-parte/](http://www.reproduccionasistida.org/fertilidad-en-las-antiguas-civilizaciones-1a-parte/). Recuperado el 04/03/2018.

<sup>2</sup> “El Código de Hammurabi” [www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/Código%20de%20Hammurabi.pdf](http://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/Código%20de%20Hammurabi.pdf). Recuperado el 04/03/2018.

hombre y por lo tanto la infertilidad no era considerada una cuestión que solo le atañía a la mujer o un castigo divino, sino un problema médico que debía intentar resolverse.<sup>3</sup>

Los griegos con Hipócrates a la cabeza habían ideado distintas técnicas médicas para luchar contra la infertilidad, pero sin dejar de lado el aspecto religioso que se mezclaba con la ciencia. (3)

Los romanos, por otra parte, en el caso en el que el marido fuera el que tuviera el problema para concebir podía entonces un hermano sustituirlo por lo que la esposa debía entregarse a él, el hijo nacido de esta concepción se consideraba hijo del marido. (Martinez Martinez, 2015).

Por su parte los árabes los pensaban que el problema de la concepción de un hijo podía estar tanto en el hombre como en la mujer y lo relacionaban con la posibilidad de un problema en los espermias, anomalía en el tracto genital o problemas psicológicos. (3)

Ya en la Edad Media, el más importante referente de la teología cristiana Santo Tomas de Aquino decía en su libro *Los Principios de la Naturaleza*, que la naturaleza busca la generación de descendencia para preservación de la especie, remarcando la importancia que debe tener la descendencia para el hombre. Siguiendo a Aristóteles en la cuestión metafísica de la potencia y el acto, Santo Tomas refería que el espermia era el hombre en potencia.

Ya en la mitad del siglo XX tienen lugar las primeras fecundaciones extracorpóreas de embriones humanos que fueron llevadas a cabo por los doctores John Rock y Meneen (Loyarte; Rotonda, 1995.)

Los investigadores alentados por los nuevos descubrimientos realizaban estudios que iban desde el semen congelado, que generaron los primeros embarazos con esta forma de reproducción asistida, hasta la fertilización in vitro de gametos, método este último que ocasionó entre los años 1969 a 1975 en adelante, la aparición de las primeras solicitudes de parejas o matrimonios, que al tener problemas para concebir, buscaban un acuerdo con una mujer para que esta prestara o alquilara su útero para que ellos puedan tener un hijo, poniendo así en la escena social y jurídica el tema de la maternidad subrogada.

En 1984 nace en Londres la niña Louise Brown que fue concebida fuera del útero materno fruto de un acuerdo entre una mujer inglesa y un matrimonio norteamericano, este hecho fue conocido como el caso Baby Cotton en donde comenzó a debatirse sobre el altruismo o la

---

<sup>3</sup>[www.fertilab.net/gineclopedia/fertilidad/conceptos\\_sobre\\_fertilidad/historia\\_de\\_la\\_infertilidad\\_1](http://www.fertilab.net/gineclopedia/fertilidad/conceptos_sobre_fertilidad/historia_de_la_infertilidad_1)  
Recuperado 04/03/2018

onerosidad de estos acuerdos y sus consecuencias jurídicas, morales y psicológicas. (Chiapero, 2012).

Otro caso que generó un debate jurídico importante fue el caso conocido como Baby M. Un matrimonio estadounidense los Stern acuerda con una mujer inglesa llamada Mary Beth Whitehead en un contrato de maternidad subrogada, que esta sería inseminada con el espermatozoides del señor Stern para que pueda concebir un hijo para ellos. Lo interesante era que el acuerdo contaba con varias cláusulas tales, por mencionar alguna, la renuncia a la filiación materna por parte de la mujer gestante, la impugnación a la presunción de paternidad por parte del esposo de la mujer gestante, el derecho a poner el nombre del recién nacido correspondería a los Stern, la prohibición de abortar impuesta a la mujer gestante en caso de muerte prematura de los comitentes, salvo casos en que estuviera en riesgo su vida. (Alfonso, 1995). Cabe destacar que los tribunales norteamericanos declararon nulo el acuerdo pero igual cedieron la custodia al Señor Stern como padre biológico de la criatura

Ya en nuestro país, fueron los medios de comunicación que a través de los casos de la farándula vernácula dieron publicidad al tema del “alquiler de vientres”. Estos personajes del mundo artístico optaron por el contrato de maternidad subrogada ejecutado en el extranjero a través de agencias especializadas en el tema, como un modo rápido para ser padres, algunos estas personas sin ningún impedimento para ser padres de manera natural.

Luego de nacido él bebe y finalizado el contrato regresan a Argentina y anotan en el registro de la personas al niño como propio, es decir lo emplazan en el estado de hijo, sin inconveniente legal alguno.<sup>4</sup> Mientras las parejas, matrimonios o personas solas que desean realizar el tratamiento por medio de este tipo de acuerdos en Argentina tienen necesariamente que pasar por un proceso judicial con todo lo que ello conlleva, incluyendo la incertidumbre de lo que se decidirá en la sentencia.

Para finalizar, si bien los antecedentes históricos mencionados no se han referido estrictamente a la maternidad subrogada tal como se nos plantea hoy en día. La intención de esta breve reseña histórica es la de remarcar la importancia que ha tenido y tiene en la historia la necesidad del varón y la mujer en crear, en formar una familia y concebir hijos.

---

<sup>4</sup>O.A.V., G.A.C., Y F.J.J. POR MEDIDA AUTOSATISFACTIVA Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza EXPTE.Nº 714/15/1F (Sentencia de fecha 29/07/ 2015)

Esta necesidad natural y cultural del hombre a la procreación de su descendencia será uno de los pilares en donde fundamentaremos el contrato de gestación por sustitución como una opción legal de técnica de reproducción humana asistida.

## 1.2. Concepto

La maternidad subrogada o gestación por sustitución se ha transformado en un fenómeno social en el mundo, la misma ha sido tratada y legislada de diferentes formas teniendo en cuenta la cultura e idiosincrasia de cada país.

En las legislaciones de algunos estados es prohibida de manera tajante, en otros es permitida pero regulada con límites o restricciones estrictas, mientras que otros, como veremos, aceptan sus modalidades más amplias y con mínimos requisitos, incluyendo el carácter oneroso del contrato, siendo este una de las cuestiones más álgidas del problema.

La gestación por sustitución o maternidad subrogada se perfecciona cuando entre una mujer denominada Mujer Gestante, y un matrimonio igualitario, o pareja en convivencia, o una mujer u hombre solo, denominados Comitentes, y al no poder estos llevar a cabo un embarazo de manera natural, convienen en un contrato a someterse a una de las técnicas de reproducción asistida humana, en donde se implantará un embrión en la matriz de la mujer gestante, lo desarrollará hasta su nacimiento y posteriormente, en virtud de lo pactado y previa renuncia de la filiación materna por parte de la mujer gestante, entregará al recién nacido a los comitentes o al comitente, quienes serán considerados progenitores ante la ley. (Díaz Fernández, 2015)

En un primer análisis del concepto vertido y a la luz de nuestro ordenamiento jurídico no será tarea fácil justificar un contrato de gestación por sustitución debido a las cuestiones de interés público y derechos personalísimos que se verán afectados con la ejecución del mismo. Derechos tales como el nombre, la filiación, el derecho a conocer sus orígenes o más aún, la posibilidad de que se considere a la persona humana, el niño y la mujer gestante en este caso, como un objeto de cambio y con valor pecuniario, en caso que se haya pactado un precio cierto por el servicio prestado por la gestante.

Si bien como decíamos es una figura controvertida no podemos negar el hecho de que se la haya tenido en cuenta al momento de redactar el proyecto de reforma del actual Código civil y Comercial de la Nación, lo cual denota un interés en ser legislada y un cambio en la mentalidad de la sociedad.

Aunque no se incluyó en el texto final y aprobado como ley, el proyecto de reforma es usado como una herramienta de fundamento a favor de la validez del contrato en los casos jurisprudenciales que se plantearon en los diversos tribunales del país. (Gonzalez, Melón, Notrica, 2016.).

Siguiendo con un análisis del concepto es importante destacar el valor del consentimiento prestado en el acuerdo, que debe contar con las características de libre, informado y pleno como condición previa a todo tratamiento de reproducción asistida.

Esto nos lleva a preguntarnos si la gestación por sustitución es una verdadera técnica de reproducción asistida humana o es un convenio o contrato en donde se plasma un acuerdo entre la mujer gestante y el o los comitentes a someterse a un determinado tratamiento reproductivo, con lo cual sería considerado, entonces, un acto voluntario lícito que tiene en miras los intereses de las partes. (Martinez Martinez, 2015).

Hasta aquí del análisis del concepto surge que la gestación por sustitución es un contrato, un acuerdo en donde se presta el consentimiento libre e informado de las partes intervinientes. Ahora bien, si es un contrato ¿cómo deberíamos clasificarlo? ¿Dentro de la categoría de los onerosos o de los contratos gratuitos? El proyecto de reforma del código civil y comercial en art. 562 inc. f establecía que la mujer gestante no debía recibir retribución alguna por los servicios prestados, es decir que la mujer gestante a través de un gesto altruista y desinteresado prestaría su ayuda a los comitentes, y estos solo deberán afrontar los gastos del tratamiento, lucro cesante y manutención mientras dura todo el proceso y ejecución del acuerdo.

Por último nos queda uno de los temas o cuestiones más difíciles del contrato de gestación por sustitución que es la previa renuncia de la filiación por parte de la mujer gestante.

El art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación establece como fuentes de filiación y con igualdad de efectos a la que tiene lugar por naturaleza, mediante técnica de reproducción humana asistida, o por adopción.

Como no podía ser de otra manera el instituto de la gestación por sustitución, como otros fenómenos sociales que se presentan en nuestros tiempos, están horadando postulados sociales, culturales y jurídicos que aparecían pétreos e incuestionables ante la ética, la religión o el derecho. Y son justamente las técnicas de reproducción humana asistida y la maternidad subrogada las que han puesto en discusión la máxima del derecho romano *Mater Semper certa est* receptada en nuestro derecho en el Código Civil anterior y en el reformado Código Civil y



Comercial de la Nación, que en su art. 562 deja claro que, aún en los casos que se haya recurrido a las técnicas de reproducción asistida, la maternidad queda determinada siempre por el parto.

Como se expone en el concepto es esencial para el cumplimiento del contrato que la mujer gestante renuncia a la maternidad del recién nacido, ya que de no ser así la ley la pone en lugar de madre del niño sin importar acuerdo alguno.

Ahora bien, lo que no hay que perder de vista en este tema es que la mujer gestante no es madre ya que no tiene la voluntad de serlo, ella solo presta su vientre, su útero, para que otra mujer pueda ser madre con su ayuda a través de un acuerdo, de un contrato. Esto pone en jaque a la máxima del derecho *mater semper certa est* lo que permitiría que el niño sea inscripto como hijo de los comitentes y no de la mujer gestante. Por lo tanto no estamos hablando entonces de una renuncia por parte de la madre a la filiación de su hijo, ya que no habrá, y no deberá haber, correspondencia genética entre el niño por nacer y la mujer gestante.<sup>5</sup>

Como vemos con estas técnicas de reproducción humana asistida ya no es necesario la relación sexual para concebir un ser humano. Con estas técnicas el papel preponderante lo tiene la voluntad expresada en el deseo de las personas en querer ser padres.

Con la relación sexual en ocasiones solo se busca el placer, con las técnicas de reproducción asistida el deseo de ser padres. Es la voluntad procreacional, entendida esta como el deseo de ser padres, la que agregará el elemento indispensable para llevar a cabo una concepción a través de estos métodos médicos, manifestada por medio del consentimiento previo, libre e informado, que estará presente antes y al momento mismo en que se va a dar origen a un niño. Es decir que en la gestación por sustitución la filiación se determinará sobre la base de la voluntad procreacional. (Lamm, 2012).

### 1.3. Modalidades – Tipos de gestación subrogada

Los avances en las técnicas de reproducción asistida provocaron un cambio en el concepto de maternidad. Maternidad tenía un concepto único, la madre es la que gesta, aporta la herencia genética y hace nacer al niño a través del parto.

---

<sup>5</sup>Poder Judicial de la Nación, Juzgado de Familia Nro. 7 Buenos Aires “H.M. Y OTROS/A S/ MEDIDA PRECAUTORIA (art. 232 del CPCC) Lomas de Zamora, 30 de Diciembre de 2015 Exp. N° LZ-62420-2015

El instituto de la gestación por subrogación echa por tierra este concepto y propone que no solo es la madre la mujer que concibe a un hijo por el método natural, sino que también sea considerada madre la mujer que haya prestado su consentimiento para llevar a cabo un procedimiento médico de reproducción asistida con la ayuda de otra mujer que prestará su útero para que la mujer comitente pueda ser madre aplicando le figura de la voluntad procreacional.

Se plantea que en la adopción también hay un vínculo que nacerá de la expresión de la voluntad, es decir que la filiación se determinará por el elemento volitivo. Pero en la adopción el vínculo surgirá con posterioridad al nacimiento del niño, el niño ya existe cuando la pareja o matrimonio u hombre o mujer sola, expresan su voluntad de adoptarlo. En cambio en las técnicas de reproducción humana asistida la expresión de la voluntad de ser padre se materializa en el mismo momento del origen de la persona, el niño por nacer será concebido como consecuencia de la expresión del consentimiento liso y llano, previo, libre e informado. (Iturburu, 2015).

Antes de entrar a los tipos de gestación por sustitución hay que aclarar ciertos términos o conceptos:

- **Carga Genética:** Es la transmisión de ADN mediante los gametos u óvulos.
- **Gestación:** Es el hecho de gestar o llevar él bebe en el útero. (Gutton, 2018).
- **Inseminación Artificial:** Técnica sencilla que consiste en depositar la muestra de semen en la cavidad uterina de la mujer a fin de que los espermatozoides sean capaces de ascender hasta las trompas de Falopio y fecundar el ovulo para dar lugar al embrión. (Rodrigo, 2017).
- **Fecundación In Vitro (FIV):** Técnica de mayor complejidad que consiste en extraer los óvulos del ovario para que, posteriormente, en el laboratorio tenga lugar la fecundación. Una vez fecundados, los embriones se dejan en cultivo por varios días, para luego realizar una transferencia embrionaria al útero de la mujer para lograr que esta quede embarazada. (Rodrigo, 2017).

Los tipos de gestación por sustitución o subrogada son:

**Gestación Subrogada Total o Parcial:** La mujer gestante será además la mujer que aportará la carga genética en él bebe. Esta técnica podrá ser llevada por medio de una Inseminación

artificial o por una FIV (Fertilización In Vitro) con semen del futuro padre o/y también con óvulos de la mujer gestante. (Salvador, 2017).

Gestación Subrogada Gestacional o Completa: La mujer gestante no cede sus óvulos para la creación del embrión, es decir no hay material genético suyo en el tratamiento. El material genético proviene de la mujer comitente y de la pareja o esposo de esta o de un donante anónimo según sea el caso. (Salvador, 2017).

La gestación subrogada total o parcial es la que más inconvenientes trae en lo que respecta al tema de la filiación en nuestra legislación, ya que la mujer gestante proporcionará material genético o carga genética y será considerada madre por naturaleza del recién nacido sin importar el acuerdo al que se haya llegado entre ella y los comitentes. Se tendría que recurrir, en este caso, a la figura de la adopción para que la mujer comitente sea considerada madre del bebe.

Mientras que la gestación subrogada gestacional o completa es la más adecuada para nuestro sistema que no la prohíbe expresamente, lo que ha hecho que toda la jurisprudencia hasta el momento le haya dado sentencia favorable a este tipo de acuerdo, ya que entre los varios y valiosos fundamentos esgrimidos se resalta la correspondencia genética entre los comitentes y el recién nacido sea total y la falta de voluntad procreacional de la mujer gestante, es decir la mujer gestante no es madre, ni quiere ser la madre de ese niño<sup>6</sup>

De estas dos modalidades básicas podemos advertir que tenemos distintas variantes o posibilidades como por ejemplo:

1. Que ambos comitentes aportan sus gametos. Este sería el caso de parejas heterosexuales

---

<sup>6</sup>Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil N° 102. Cap. Fed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “C., F.A. Y OTROS c/ R.S., M.L. s/IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD (Sentencia del 18/05/2015)

O.A.V., G.A.C., Y F.J.J. POR MEDIDA AUTOSATISFACTIVA Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza EXPTE.N° 714/15/1F (Sentencia de fecha 29 de Julio 2015)

Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil M° 86. Cap. Fed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 38316/2012 “NN ODGMBM s/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO. (Sentencia de 18/06/2013.)

Poder Judicial de la Nación Juzgado Civil 7 Buenos Aires “A. R., C Y OTROS c/ C., M.J. s/ IMPUGNACIÓN DE FILIAIÓN (Sentencia del 15 de Junio de 2016).

2. En el caso de parejas homosexuales de hombres uno de ellos aportaría el semen y una donante los óvulos, que luego será inseminados en la mujer gestante, como puede verse la mujer gestante no aporta material genético.
3. Donante de semen y ovulo de la comitente implantado en el útero de la gestante
4. Donación de semen y donación de ovulo, pero nada de material de la mujer gestante. (Lamm, 2013.)

Es decir que pueden intervenir varias personas en un contrato o acuerdo de gestación por sustitución, los donantes de semen y los donantes óvulos, el o los comitentes, la mujer gestante y su marido o pareja si los tiene y eventualmente los médicos o instituto que realizará el tratamiento.

Por último y con respecto a este tema, el art. 562 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial prescribía, que en la gestación por sustitución, el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece

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

Como se puede observar y según lo que venimos desarrollando, en el inc. e del artículo 562 regla de manera expresa que la mujer gestante no deberá aportar material genético o sus gametos, dejando en claro que hoy por hoy sin una ley que la regule expresamente, ni una ley que la prohíba tajantemente, es la gestación por sustitución gestacional o completa la que es aceptada por nuestra jurisprudencia y mayoría de la doctrina.

Si bien el art 562 no se incorporó al código modificado, quedo como un argumento de peso para fundamentar a favor de estos acuerdos en un intento de sincerar nuestro derecho con realidad imperante. (Gonzalez, Melón y Notrica, 2016).

#### 1.4. Terminología

En lo que va en este trabajo hemos nombrado a esta figura de distintas maneras utilizando tales denominaciones en forma indistinta como si todos las voces significaran lo mismo, esto fue de manera adrede hasta llegar a esta parte del trabajo en donde dejaremos en claro que termino utilizaremos y porque razón elegiremos tal terminología.

Diversos son los nombres o términos con los que se conoce esta institución entre ellos tenemos maternidad subrogada, gestación por sustitución, madre suplente, madre portadora, gestación por cuenta ajena o a cuenta de otra, gestación subrogada. O términos que generaron polémica tales como madre de alquiler o alquiler de vientre.

Como se puede observar en la mayoría de ellos se encuentra la palabra maternidad o madre, y como ya adelantáramos más arriba creemos que la madre gestante no es madre y por lo tanto la figura no debería llevar ese nombre, ese es el pensamiento de la mayoría de los autores y de la jurisprudencia que están a favor de esta práctica. (Lamm, 2013).

Habiendo descartado las palabras madre y maternidad, y el vulgar y peyorativo alquiler de vientre o alquiler de útero, consideramos que la palabra subrogación tampoco es adecuada para nuestro objeto de estudio, ya que según la Real Academia Española<sup>7</sup> dice que Subrogar es sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.

Este término sería ambiguo y no abarcaría a todos los casos. Es decir, si comprende a los casos en que la mujer gestante aporte todo el material genético y el proceso médico, aunque

---

<sup>7</sup><http://dle.rae.es/?id=YZ2is6w> Consultado el 19/05/2018.

no quedaría claro con los casos en que sean los comitentes quienes aporten la carga genética, ya que no serían subrogados, sino que se gestaría por otro y para otros.

Siguiendo el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y a autores como Lamm (2013), Souto Galván (2005), Kemelmajer entre otros, utilizaremos la expresión de Gestación por Sustitución, ya que como venimos remarcando la mujer gestante no es madre, no tiene la voluntad de ser madre, por ello la palabra maternidad no sería la indicada, la maternidad va más allá del parto, va más allá del nacimiento del niño, tiene que ver con la voluntad y la responsabilidad de querer ser madre, de educar, cuidar y amar al recién nacido. Es por eso que es más adecuado hablar de gestación y no de maternidad, ya que la mujer que presta su útero, y lo hace para gestar un niño del cual no asumirá ningún efecto jurídico filiatorio, precisamente porque ella no quiere ser madre, y solo lo hace con la única finalidad de que otra mujer, hablamos de la mujer comitente, quiere alcanzar el sueño de ser madre y formar una familia.

La maternidad y filiación del recién nacido no quedará determinada por el parto de la mujer gestante, sino por la voluntad procreacional emitida a través del consentimiento en forma previa al tratamiento médico, libre e informada de la pareja, matrimonio o mujer u hombre solo.

En conclusión, consideramos a la denominación Gestación por Sustitución como la que más se encastra en la realidad que se nos presenta respecto de esta institución, ya que abarca a más situaciones y es más precisa en su terminología y no crear equívocos que después terminan discutiéndose en la doctrina y en los tribunales. (Souto Galván, 2005.)

Lo mismo sucede con la palabra Comitente o Padres Comitentes refiriéndonos a quienes hacen uso o recurren al contrato de gestación por sustitución para poder tener un hijo. Se prefiere este término y no el de Padres de Intención, porque la palabra intención no es sinónimo de voluntad, y hemos dejado más que claro que el factor necesario y esencial de esta figura y las técnicas de reproducción humana asistida en general es la voluntad expresada por medio del consentimiento libre, previo e informado y es y será la Voluntad Procreacional la fuente de filiación que la ley exige en estos casos en concreto. (Montero, 2015).

### 1.5. Conclusión parcial

En el recorrido por los antecedentes históricos se destaca la importancia que el hombre le daba a la fertilidad como un modo, no solo de trascender en su progenie, sino también como un aspecto importante para la creación de una nación, a tal punto que estudiaban curas o soluciones al problema de la infertilidad y se legislaba sobre posibles soluciones, incluidas la de una esclava o hermano sea la gestante de un hijo que la esposa o un su defecto el esposo, no podían concebir.

Del concepto de gestación por sustitución rescatamos la cuestión de que la mujer gestante no quiere ser madre, ella solo quiere ayudar a que una pareja o un matrimonio puedan ser padres de un niño que se gestó en su vientre y que luego entregará según lo acordado, siendo esta la causa que genera el contrato. Por eso es importante también, la terminología, dejándose de lado la palabra maternidad, maternidad subrogada, madre sustituta o madre de alquiler que generan debate y ambigüedad.

## **CAPITULO II**



## CAPITULO II

### **Argumentos que fundamentan la posibilidad de regular el contrato de gestación por sustitución en el derecho argentino.**

#### 2.1. Los derechos reproductivos como derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad son aquellos derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad, entre estos derechos podemos mencionar derecho a la vida, salud, honor, libertad, etc. (Llambias, 1995).

Una parte minoritaria de la doctrina desconoce estos derechos personalísimos o de la personalidad como derechos subjetivos aduciendo que carecen de sujeto pasivo, es decir que no hay un deber correlativo que recaiga sobre un sujeto pasivo, indican que no hay un objeto preciso y delimitado siendo el sujeto objeto y sujeto a la vez, y que además no pueden ser transferidos, ni adquiridos, y no se extinguen como los derechos subjetivos.

La mayoría de la doctrina (Buteler Cáceres, 1979; Borda, 1999; Llambias, 1961) acepta estos derechos de la personalidad y los reconocen como verdaderos derechos subjetivos, considerando que si hay un deber correlativo, deber este, que recaee sobre toda la comunidad.

En cuanto al objeto aducen que el objeto de los derechos personalismos son el honor, la vida, la integridad, la intimidad, y si alguno de estos derechos se ve conculcado, el objeto es individualizado y puede ser separado del sujeto de derecho.

En cuanto a que los derechos personalísimos no pueden ser transferidos o adquiridos esto no es un requisito de los derechos subjetivos.<sup>8</sup>

En definitiva, estos derechos pertenecen a las personas por su sola condición de tal, para protección y defensa del individuo y por ende de sus atributos tales, como el nombre, estado, capacidad.

Los derechos personalísimos son aquellos que corresponden innatamente a toda persona, desde su nacimiento y hasta su muerte, y que le garantizan el integro ejercicio y

---

<sup>8</sup><http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechodelapersonalidad> *Derechos de la personalidad.* Homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Moisset de Espanés, Luis – Hiruela de Fernández, María del Pilar.pdf Recuperado el 29/04/2018.

desenvolvimiento de sus atributos esenciales para así poder desarrollarse plenamente en su humanidad. (Moisset de Espanés)<sup>9</sup>

El Código Civil de Vélez contenía el art. 1071 bis que reconocía el derecho personalismo a la intimidad, (agregado por ley 21.173.) convirtiendo este derecho en un derecho jurídicamente protegido de todo acto que arbitrariamente lo perturbe.

Mientras que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Título I Capítulo 3 regula los Derechos y actos personalismos, tales como la Inviolabilidad de la persona humana (art.51), Afectación a la dignidad (art.52), Derecho a la imagen (art.53), Disposición de los derechos personalísimos (art.55), Actos de disposición sobre el propio cuerpo (art.56), Investigación en seres humanos (art.58), Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud (art.59), Directivas médicas anticipadas (art.60) aquí se le reconoce a la persona plenamente capaz el derecho a anticipar directivas respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad, Exequias (art.61) el derechos a disponer por parte de la persona plenamente capaz de sus exequias e inhumación.

Todos estos derechos, introducidos por primera vez en un Código Civil argentino, declaran el reconocimiento y respeto por la dignidad humana, ya que su fundamento está, precisamente, en la noción de dignidad. Es la conexión de un derecho con la vida humana la que convierte este derecho en fundamental.<sup>10</sup>

Dentro de estos derechos personalísimos y específicamente dentro de los derechos a la integridad, se le reconoce a la salud una importancia fundamental, a tal punto que se considera una obligación que incumbe principalmente al Estado, y que es su deber implementar las medidas necesarias que garanticen una adecuada asistencia sanitaria.

La salud siempre se vinculó con la ausencia de enfermedad o dolencia, pero esto fue evolucionando hasta llegar a comprender que salud no solo es no estar enfermo, sino que es un estado de bienestar físico, psíquico y social.

---

<sup>9</sup><http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechodelapersonalidad> *Derechos de la personalidad*. Homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Moisset de Espanés, Luis – Hiruela de Fernández, María del Pilar.pdf Recuperado el 29/04/2018.

<sup>10</sup> Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. Lamm, Eleonora, comentarios al *Capítulo 3 "Derechos y actos personalísimos"*, pág. 124 - Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Versión pdf.

Si bien la salud estaba protegida de manera implícita en el art. 14 bis y en el art. 33 de la carta magna, es decir que no estaba contemplada de manera expresa en ninguna parte del ordenamiento jurídico argentino, sino que se consideraba implícito en los derechos no enumerados que prescribe el art. 33 de la Constitución Nacional, y por ende su no mención expresa no implicaba una negación del derecho a la salud.

La protección de la salud fue reconocida a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en casos como Las Saladeritas de Barracas (Fallos 31:274) en donde se evitó que los saladeros vertieran fluidos que contaminaran las aguas del río en pos de la seguridad y salud de la población, fallo del año 1887. O el caso Baricalla (Fallos 310:12) en donde la Corte sentenció que el derecho a la salud es una extensión, una secuela del derecho a la vida.

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se incorpora el derecho a la salud de manera expresa en el Capítulo II de los Nuevos Derechos y Garantías, en donde en el art 41 nos dice que los habitantes gozaran del derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano, agregando más adelante, que le corresponde a la Nación y a las Provincias dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos que garanticen la protección de este derecho

En el art 42 en lo referido a los derechos del consumidor y su relación de consumo con los usuarios, estos tienen derechos, entre otros mencionados, a la protección de la salud a través de procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos.

En el art. 75 inc. 22 se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos, dándoles además, rango constitucional, los convenios son, la Declaración Americana de los Derechos 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. Estos tratados tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y se entienden que complementan los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

Son estas incorporaciones en el ordenamiento jurídico argentino las que abrirán la puerta a una protección de la salud de manera integral, no solo como ausencia de enfermedad o dolencia, sino como un amparo a la salud del hombre en todos sus aspectos, reconociéndola como un derecho fundamental para el desarrollo humano en lo social, económico, cultural, también, porque no, emocional, y en lo que atañe a este trabajo, en lo familiar en particular como veremos más adelante.

Esta mirada al concepto de salud integral va evolucionando al compás de los cambios sociales, culturales y tecnológicos, y comienza a abarcar aspectos y problemas de la salud que en el pasado no eran tenidos en cuenta como tales, como por ejemplo, la salud sexual y reproductiva del ser humano.

La importancia que va adquiriendo la salud sexual y reproductiva del hombre, queda plasmada cuando la OMS (Organización Mundial de la Salud) en La Declaración en Alma Ata, Kazajistán en 1978, destaca entre otros aspectos y cuestiones de la salud, la importancia de la planificación familiar, coordinada con la salud materno-infantil, siendo esta declaración una de las primeras en incluir el problema de la salud sexual y familiar. Luego en 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW en sus siglas en inglés) en su art.12 establece que será el Estado el encargado de adoptar las medidas necesarias a eliminar la discriminación en el acceso a los servicios de atención médica incluyendo los que se refieren a la planificación familiar.<sup>11</sup> (Sosa, Tagliaferri, Tufarelli, 2015)

La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing 1995 expresa en la Sección C párrafo 94 que la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental, y social y no de mera ausencias de enfermedad y dolencia. Es decir que la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria con la finalidad, entre otras, de procrear. Agrega que tanto el hombre y la mujer, tienen el derecho a obtener información y a planificar una familia de su elección, así como el derecho a acceder a métodos para la regulación de la fecundidad que no estén prohibidos por las leyes. Declara también el derecho a acceder a servicios y atención de la salud adecuados y seguros que permitan que los embarazos se lleven sin riesgo cuidando la salud de la madre y del niño por nacer. Luego en el

---

<sup>11</sup>Artículo 12 I. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia* [https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo\\_web.pdf](https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf) “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” 1979.

párrafo 95 y haciendo referencia a la salud sexual y derechos reproductivos, la Conferencia declara que, se reconoce el derecho a las personas de adoptar las decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.<sup>12</sup>

Es en 1985 que en nuestro país se reconocen los derechos reproductivos y derechos sexuales como derechos humanos mediante la ratificación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer la que luego toma rango constitucional con la reforma de 1994 incorporada en el art. 75 inc.22.

En el 2002 se aprueba la ley 25.673 donde se establece la creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR) cuya finalidad es garantizar los derechos sexuales y reproductivos de la población y disminuir las desigualdades que lo afecten.

Como decíamos la reforma de la Constitución Nacional de 1994 crearon los vientos de cambio al incorporar todos esos tratados internacionales con rango constitucional, llevando indefectiblemente al cuestionamiento de los viejos conceptos que ordenaban y regían a nuestra sociedad argentina.

Es así que se crean leyes tales como la ley 25.929 de Protección del embarazo y del recién nacido del año 2004 establece que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, incorporándose las mismas al Programa Médico Obligatorio. Derechos de los padres y de la persona recién nacida.<sup>13</sup>

La ley 26.150 de Programa Nacional de Educación Sexual integral del año 2006 que establece que todos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. Creación y Objetivos de dicho Programa.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup><http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf> . “IV Conferencia Mundial de la Mujer”, Beijing, 1995. Sección C – Párr. 94, 95 (Versión pdf pág. 37).

<sup>13</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=98805>

<sup>14</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/121222/norma.htm>

La ley 26.529 que regula los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud del año 2009 esta ley establece en su art.2 que los derechos del paciente constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate. Y tienen derecho a ser asistido, a ser tratado digna y respetuosamente, a la intimidad, a la confidencialidad, gozar de autonomía de la voluntad en cuanto a las terapias y procedimientos médicos, derecho a la información y a una segunda opinión médica <sup>15</sup>

Pero una de las leyes que va a abrir el camino hacia los nuevos conceptos de familia, procreación, filiación y a nuestro objeto de estudio, la gestación por sustitución, es la ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, que en su art. 1 garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicos-asistenciales de reproducción médicamente asistidas.

En su art. 2 establece que, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Y remarca sobre la obligación de las obras sociales y entidades de medicina prepaga de incorporar esta prestación en sus servicios.<sup>16</sup>

Las otras leyes que trajeron controversias y cambios radicales en los conceptos y en el régimen jurídico argentino son la ley 26.743 que establece el derecho a la identidad de género de las personas y la ley 26.618 de Matrimonio Civil o llamada ley de matrimonio igualitario que establece que el matrimonio se celebra entre dos personas sin importar su sexo o género.

En conclusión, el derecho como ciencia social se ha visto en la necesidad de ser más receptivo a los cambios que le impone la realidad. El derecho debe afrontar los problemas concretos que estos cambios exigen, de manera tal que, ante un conflicto gocen de protección.

La incorporación de los tratados a la Constitución, la sanción de las leyes mencionadas, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, pone al derecho en la obligación de revisar la legislación vigente y armonizarla al compás de las nuevas situaciones jurídicas que se la presentan.

---

<sup>15</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

<sup>16</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Frente a este panorama jurídico, el instituto de la gestación por sustitución se ve fortalecido, ya que hubo un intento de incorporarlo a la reforma al Código Civil, y que a pesar de que fue eliminado de la misma, no fue prohibido, en consecuencia, esto es lo que le da un respaldo jurídico, basado en una visión integral del derecho, como un argumento para su validez.

## 2.2. Las nuevas formas de familia

En el proceso denominado de constitucionalización de los derechos civiles producto de la incorporación de los tratados de derechos humanos en la Constitución Nacional, fue el derecho de familias el que más impacto ha recibido, generando cambios esenciales en sus conceptos y por ende en los efectos jurídicos. (Kemelmajer de Carlucci, 2014.)

Es así que el nuevo Código Civil y Comercial se hace eco de estos cambios adoptando las normas que procuren un marco jurídico a estas nuevas conductas sociales imposible de ignorar por el derecho. (Lorenzetti; Highton de Nolasco; Kemelmajer de Carlucci, 2011).

El concepto de familia siempre estuvo arraigado a su origen biológico y natural, pero en la etimología primitiva de la palabra hacía referencia al conjunto de esclavos y criados de una persona, derivación de la palabra *famulus* (Fámulo) que indica sirviente o esclavo. (Corominas 1994.). Esta acepción se suaviza en el siglo III (a. C), y el instituto pasa a abarcar a todo lo que estaba bajo el poder del Pater Familias, como sirvientes, esclavos, hijos, esposa y cosas.

La familia tiene diversas definiciones con contenidos diferentes, según pongan su origen en un hecho biológico con vínculos jurídicos o condicionados a la idiosincrasia, política religión, etnias y cultura de cada sociedad, poniendo a la definición de familia por naturaleza como una forma más del concepto en general.

Desde un punto de vista sociológico familia, es una institución social cuyas relaciones están determinada por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyendo un sistema integrado dentro de la estructura social con base en pautas estables de la sociedad (Bossert; Zannoni 2016).

En sentido amplio, la familia se forma por individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que tienen su origen en el matrimonio, la filiación y el parentesco (Bossert; Zannoni 2016)

A nivel estrictamente jurídico, la familia queda reducida a los vínculos de cónyuges, padres, e hijos y los efectos jurídicos derivados de esa interrelación, siendo esta interrelación el objeto de tutela de la mayoría de las normas jurídicas de esta rama del derecho.

Pero la idea de esa familia nuclear y natural, matrimonial y heterosexual se desdibuja ante los cambios que proponían las nuevas conductas sociales, lo que llevó a una revisión de los paradigmas culturales, morales y jurídicos estancados en el tiempo.

La evolución del instituto de la familia pasó de tener como único origen el hecho biológico y natural, a ser además, una construcción social y cultural, y por lo tanto existirán tantos conceptos de familia como pueblos y etnias existan. Como consecuencia, no existirá un modelo universal y único, sino una diversidad de formas de familia.

Pero la variedad en los tipos de familia, no implican un desmedro a la familia tradicional, sino que completa el concepto amplio de la institución, ya que la familia es y constituye el primer nivel de integración social que un individuo tiene. Es el primer lugar en donde desarrolla sus primeras habilidades sociales y afianza su pertenencia cultural, completando así su personalidad. Es además en donde se sentirá protegido y acompañado frente a las dificultades. (Sánchez Martínez, 2010). La misma autora nos recuerda que: no está en crisis la familia, sino que lo que está en crisis es un determinado tipo de familia.<sup>17</sup>

De manera tal que para el derecho argentino ya no existe una forma de familia, sino que existen formas de familias entre las que podemos nombrar:

- Familia Nuclear: Compuesta por el padre, madre descendencia biológica o por adopción. Como una derivación de esta, la familia extensa que abarca a los abuelos, tíos o familiares por afinidad. Esta es el tipo más tradicional y conservadora.
- Familia Convivencial: fruto de la regulación de las uniones Convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 505) se considera familia a las uniones de parejas sin distinción de sexo que conviven sin contraer matrimonio, con esta regulación legal se garantiza la protección de este tipo familiar.
- Familia ensamblada: regulada por nuestro Código Civil y Comercial en el Título VII de Responsabilidad Parental, Capítulo 7 de los Deberes y Derechos de los

---

<sup>17</sup><http://actualidaduniversitaria.com/2011/02/igualdad-sexual-y-diversidad-familiar/> *Igualdad y diversidad sexual* (2011) Sánchez Martínez M. O. (Consultado el 08/03/2018.)



progenitores e hijos afines en el art 672 nos dice que el progenitor afín es el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Las familias ensambladas son aquellas que después de una ruptura matrimonial o convivencial, vuelven a formar pareja en otro vínculo matrimonial o convivencial, en el cual uno o ambos cónyuges o convivientes tienen hijos nacidos de su anterior relación.

- Familias monoparental y Pluriparental: Formado por hijos que viven con un solo padre o una sola madre, situación que puede darse por diversos motivos, como por ejemplo, viudez, o elección de ser madre o padre monoparental realizando de una técnica de reproducción asistida o en caso de la mujer que toma la decisión de ser madre soltera y adopción unilateral. Las familias pluriparentales, en principio, no están aceptadas por nuestro Código Civil y Comercial, que en su art. 558 in fine expresa que ninguna persona puede ostentar más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza jurídica de la filiación, ya sea por naturaleza, por técnica de reproducción asistida o por adopción. Las familias pluriparentales generalmente, se dan en el caso en que dos hombres o dos mujeres que están casados o en unión convivencial, tienen un hijos con terceros a través de una técnica de reproducción asistida o de manera natural y quieren sumar a ese tercero al proyecto familiar y que tome parte en la responsabilidad parental.
- Familia Homoparental: Hoy en Argentina, con la ley de Matrimonio Civil llamada popularmente matrimonio igualitario, esta clasificación de tipo de familia es solo para referenciar que es una pareja homosexual la encargada de la responsabilidad parental.

Como podemos ver la evolución del concepto de familia no constituye un fenómeno aislado dentro del derecho, sino que la evolución de esta particular institución, produce un cambio en todo el sistema jurídico y social de una población, lo que conlleva a modificar sustancialmente las leyes, provocando consecuencias importantes en varias ramas del derecho como por ejemplo, en los derechos sucesorios, filiales y reales por nombrar los más importantes. (Díaz de Guijarro, 1953).

### 2.3. La familia, los derechos reproductivos, su conexión con la gestación por sustitución

Pensamos que la salud, la familia y los derechos reproductivos están íntimamente relacionados, ya que un problema de fertilidad o cualquier otro problema en la salud

reproductiva de la pareja, afectará de manera directa sus ilusiones de ser padres y formar una familia.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera a la infertilidad como un problema de salud y la define, como una enfermedad del sistema reproductivo es decir, como una incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.<sup>18</sup> Tal situación conlleva efectos en la salud física, mental, psicológicos, social y hasta religiosos.<sup>19</sup>

En el caso de las parejas del mismo sexo, no hay, en principio, un problema de salud en el sistema reproductivo, si puede verse limitada su elección a la forma o medio de acceder a tener un hijo y por ende, podrá verse lesionado su derecho a formar una familia, ya que no siempre en estos casos la forma natural de concebir un hijo será una opción. En cuanto a la adopción como opción, suele ser la menos buscada, debido a su largo y a veces pesado proceso de tramitación, por un lado, y a los aspectos relacionados con la discriminación que estas parejas del mismo sexo o personas solas suelen sufrir.

Es por eso que en estos casos las técnicas de reproducción humana asistida pueda ser tenida como una de las opciones más acordes para estos casos, por supuesto que la elección siempre quedara a discreción de los interesados.

Los derechos reproductivos tienden a proteger la libertad y la autonomía de la personas, garantizando la posibilidad de elegir libremente, si se va a tener o no tener hijos, cuando tenerlos, y el medio natural o médico elegido para tenerlo.

A su vez le Estado se verá en la obligación de garantizar estos derechos reproductivos de manera tal que si se desea formar una familia y tener hijos pueda hacerlo, independientemente de su género, estado civil, nacionalidad o del medio o método a utilizar para tenerlos. (Rojas Pascual, 2016).

La gestación por sustitución surge, entonces, como una de las tantas opciones para aquellas parejas que se encuentran imposibilitadas de concebir o de llevar a término un embarazo, ya

---

<sup>18</sup>[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf) . Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).n

<sup>19</sup>Juzgado De Familia 2da Nominación. Córdoba, Córdoba. Autos n° 930. R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN. Sentencia del 22/11/2017.

sea por problemas en la salud reproductiva o por ser una pareja del mismo sexo o mujer u hombre solo que buscan formar una familia.

Pero aquí nos detenemos para hacer una salvedad muy importante, para poder optar por el contrato de gestación por sustitución, uno o los dos comitentes debe tener alguna imposibilidad para concebir o para poder llevar un embarazo a buen término, es decir sin riesgo para la mujer o para el niño por nacer.

Esta restricción es importante porque impide que aquellas mujeres que tienen la posibilidad de quedar embarazadas, deleguen las incomodidades del embarazo en otras mujeres argumentando razones poco serias como la estética, trabajo o comodidad. Esta restricción puede ser no tenida en cuenta en el caso de parejas de hombres u hombres solo dado el impedimento biológico obvio de poder llevar un embarazo. (Lamm, 2013)

Esta restricción estaba contemplada en el art. 562 inc d del proyecto de reforma del Código Civil y comercial.

#### 2.4. Los tratados sobre Derechos Humanos, su influencia en las resoluciones judiciales sobre la gestación por sustitución

Una vez constitucionalizado el derecho de familia como consecuencia de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la carta magna, los principios receptados en los mismos son siempre tenidos en cuenta para fundamentar, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, cuestiones o controversias que se les presentan a resolver.

Frente a los cambios en las conductas sociales, el derecho no puede permanecer indiferente a estos cuestionamientos de los conceptos clásicos del sistema jurídico.

Es por esta razón que principios tales como, el de Igualdad, el de no discriminación, el derecho a fundar una familia de manera natural o valiéndose de los avances científicos, la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, entre otros, insertos en los tratados, obliga a los Estados a proveer y garantizar los medios para su aplicación dentro del sistema jurídico de cada país. (Melón; Notrica, 2016).

Y es en estos acuerdos internacionales que la jurisprudencia ha encontrado algunos los argumentos para darle validez a la figura de la gestación por sustitución.

#### 2.4.1. Los tratados de Derechos Humanos

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 16 nos dice que tanto los hombres como las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho a casarse y fundar una familia, sin restricción o discriminación de raza, nacionalidad o religión. En su inc 2 el mismo artículo, destaca la importancia del consentimiento al momento de contraer matrimonio, el mismo debe ser libre y pleno. Declara en su inc 3 que la familia tiene el derecho a la protección tanto de la sociedad como del Estado.<sup>20</sup> En el artículo 27 de la declaración, deja asentado que toda persona tiene el derecho a gozar de las artes y a participar en el progreso científico.<sup>21</sup>
- En igual consonancia la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica 1969) en su artículo 17 nos dice que la familia es el elemento fundamental de toda sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Mientras que en su inc 2 se les reconoce al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.<sup>22</sup> El art. 24 la convención deja asentado el principio de igualdad ante la ley, a la no discriminación y a igual protección ante la ley.
- La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 hace hincapié en la importancia que tiene el derecho a la identidad, recomendando a los Estados que tomen las medidas necesarias para que el niño sea inscripto inmediatamente después del nacimiento, deposita la responsabilidad en los padres del niño en lo que respecta a educación y condiciones de vida adecuadas, dentro de sus posibilidades. Los Estados deben tomar las medidas necesarias para la protección de estas declaraciones y derechos.<sup>23</sup>

Es de vital importancia que cuando se pacte un contrato de gestación por sustitución se deja expresada la voluntad de la mujer gestante de no querer ser madre, de su intención de ayudar a gestar a un niño para otros, y por la otra parte dejar asentada la voluntad procreacional de los comitentes en querer ser los padres, de esta manera la inscripción del niño en el registro será de manera inmediata y sin controversias.<sup>24</sup>

<sup>20</sup>[http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=1003](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003)

<sup>21</sup>[http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=1003](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003)

<sup>22</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

<sup>23</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

<sup>24</sup>*Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente*

- En Los Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, se establece en el art. 10 que a la familia se le debe conceder la protección y asistencia más amplia posibles, haciendo hincapié en la salud, cuidado y educación de los hijos, porque la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Se les reconoce a las madres el derecho a una especial protección durante el tiempo que dure el embarazo, entre las medidas que menciona son las licencias por embarazo con derecho a una remuneración y adecuada prestaciones de seguridad social.<sup>25</sup>

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos propiamente en su art. 23. 1. 2 se reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y deberá gozar de la protección integral del Estado parte. Mientras que en el punto 2 del artículo nos dice que se reconoce el derecho del hombre a contraer matrimonio y a formar una familia.

Como vemos estos tratados tienen como objetivo que los Estados partes respeten y garanticen el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades contenidos en las convenciones, sin discriminación alguna de sexo, religión, nacionalidad u otra condición social, respetando así el principio de igualdad ante la ley.

Se reconoce y protege el derecho a fundar una familia, a la salud integral, que incluye a la salud reproductiva y sexual. Garantiza también, el derecho a disfrutar y beneficiarse del progreso científico, incluidos los progresos médicos, respetando el derecho a la indispensable libertad para la investigación científica como lo expresa el art. 15.3 del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y culturales, en su art. 15.3 expresa que los Estados Partes se comprometan a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.<sup>26</sup>

Todos estos principios, derechos y libertades contenidos en los acuerdos mencionados sirvieron y sirven como argumentos a favor del reconocimiento de la figura de la gestación por sustitución, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia nacional.

---

con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

<sup>25</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>

<sup>26</sup><https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

#### 2.4.2. El Interés Superior del Niño como principio rector en la resolución de los conflictos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 del año 1990 e incorporada a la Constitución Nacional en la reforma de 1994 adoptando rango de jerarquía constitucional, nos dice en su art. artículo 3.1 que todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, en las que estén involucrados menores, es primordial que estén dirigidas a la protección del interés superior del niño.

Analizando brevemente el artículo transcrito, notamos que no se da un concepto que haga referencia a que se entenderá por interés superior del niño quedando, por lo tanto, la interpretación del mismo, a criterio de las autoridades e instituciones de cada Estado parte, con el peligro de que el concepto quede impregnado de tintes políticos, ideológicos o religiosos de la autoridad que lo invoque. (Garibo Peyró, 2017).

Es decir que el interés superior del niño pasa a ser un concepto ambiguo, una cláusula general dentro de un convenio que deberá ser entendido en forma flexible, y de acuerdo a la cuestión que se intente resolver en cada caso en concreto, en consonancia con el tratado y con el resto del ordenamiento jurídico. (Ravetllat Ballesté, 2012).

No obstante ello, se puede realizar una aproximación o encuadre de lo que abarcaría su significado, basados en los análisis de la doctrina y en los pronunciamientos de los jueces en los conflictos que fueron llamados a resolver.

La doctrina nos dice que el interés superior del niño debe considerarse como el principio general que abarca a todos los derechos fundamentales que tiendan a garantizar la protección del menor, con la finalidad de posibilitar el libre desarrollo integral de su personalidad. Esto debe comprender el accionar de todas aquellas figuras e instituciones del derecho, cuya intención se dirija a dar una respuesta efectiva y concreta que solucione el conflicto en el que un menor se halle involucrado. (Ravetllat Ballesté, 2012).

En otras palabras, el beneficio que este principio protectorio pretende, se verá plasmado cuando el caso concreto se presente, es decir que el caso en concreto le quita lo ambiguo y abstracto al significado del principio.

Ahora, si bien el interés superior del niño es un concepto amplio y general, los países que receptaron este principio, tienen la obligación de legislar en consecuencia, buscando la plena

vigencia y satisfacción de esos derechos, siguiendo los parámetros fijados por la convención y no pudiendo disminuirlos ni vulnerarlos con discriminaciones fundadas en la religión o en razones ideológicas o políticas.

Por último, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión consultiva 17/2002 indico que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>27</sup>

Agrega además, que la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.<sup>28</sup> Como vemos resalta la necesidad de tener en cuenta las circunstancias especiales de cada caso siendo preciso ponderar, no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.<sup>29</sup>

#### 2.4.3 La gestación por sustitución. El interés superior del niño

Sabemos que la gestación por sustitución es un instituto controvertido y sobre todo si se pretende argumentar a favor de ella utilizando el principio del interés superior del niño, ya que los que argumentan en contra, también lo utilizan a su favor.

Así por ejemplo, la ley española 14/2006 que legisla sobre las técnicas de reproducción humana asistida, prohíbe expresamente en su art. 10 el contrato de gestación por sustitución de pleno derecho y sin importar si es con o sin precio, lo declara nulo de nulidad absoluta y expresa que la filiación de los hijos nacidos por esta técnica se determinará por el parto. Pero si el padre comitente es el padre biológico del niño, es decir prestó el material genético para el procedimiento, se le reconoce la acción de reclamación de la paternidad.<sup>30</sup>

La jurisprudencia de ese país estableció que se declarará prohibido, no solo el contrato de gestación por sustitución realizado en España, sino que tampoco se reconocerá la filiación constituida en el extranjero como fruto de este contrato, sin importar que sean parejas del mismo sexo o que tengan problemas de fertilidad. (Garibo Peyró, 2017).

---

<sup>27</sup>[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) (2002. VII. Párr. 56. Pág. 61 versión pdf.).

<sup>28</sup>[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) (2002. VII. Párr.60. Pág. 62. Versión pdf.)

<sup>29</sup>[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) (2002. (VII. Parr.61- Pág. 62. Versión pdf.)

<sup>30</sup>[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/114-2006.html#cpa10](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html#cpa10)

Como consecuencia de ellos el menor no será inscripto como hijo de los comitentes atendiendo al interés superior del niño, ya que la filiación, aun en esta figura, se determina por el parto.

La doctrina española contraria a esta institución, sostiene que no se puede realizar la inscripción del menor nacido en el extranjero por medio de esta técnica, porque eso sería promover y avalar el llamado turismo reproductivo, en una clara configuración de fraude a la ley. (Garibo Peyró, 2017).

Es así, que los tribunales españoles consideran que la denegación de la inscripción del niño nacido en el extranjero a través de este contrato, en los registros de las personas de España, no vulnera el interés superior del niño por las siguientes razones:

- No solo es la inscripción del niño en los registros el problema fundamental, sino que también está la explotación de la mujer gestante, su dignidad, la dignidad del recién nacido y la necesidad de impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.
- Que en España no existe una laguna en lo referente a la gestación por sustitución, esta se encuentra prohibida, y por lo tanto se debe partir de esa prohibición para sentenciar.
- La protección hacia el menor o recién nacido parte de la aplicación de la ley y de los convenios suscriptos por España.
- Por lo tanto se verá en cada caso en concreto, es decir se tendrá en cuenta la relación del niño o recién nacido con los comitentes, la relación de estos con la mujer gestante, la relación del niño con la mujer gestante, el material genético aportado por las partes en base a análisis de ADN, la posibilidad de aplicar el instituto de la adopción, etc. Pero siempre la filiación será determinada por el parto y el contrato será declarado nulo.(Garibo Peyró, 2017)

Mientras tanto, la jurisprudencia argentina fundamenta sus decisiones a favor de la gestación por sustitución, con argumentos, basados en el interés superior del niño, distintos a la interpretación que hacen los tribunales españoles sobre este principio.

Y esto es así porque la situación jurídica de la gestación por sustitución es distinta en los países que prohíben su práctica, es distinta también, en los países que la aceptan y permiten expresamente, y es distinta en los países, entre ellos Argentina, que no la prohíben ni la permiten de manera expresa.



Por esta razón la jurisprudencia argentina echa mano a los argumentos doctrinarios a favor de la figura, a una combinación de la Constitución Nacional, las leyes vigentes, y los principios generales del derecho, para argumentar, en todos los casos planteados hasta ahora, a favor del contrato de gestación por sustitución.

El problema más importante a resolver por los tribunales argentinos en pos del principio del interés superior del niño, es el de la determinación de la maternidad, ya que la atribución de la misma en nuestro sistema jurídico sigue el principio de “la madre siempre es cierta”, madre es quien da a luz, aún en las técnicas de reproducción asistida.

En todas las sentencias que se dictaron en favor de la gestación por sustitución, o a favor de la homologación del acuerdo previo a la intervención médica, los argumentos que se fundamentaron en base al principio del interés superior del niño son parecidos y pueden resumirse en la necesidad de proteger el derecho a la identidad del menor, determinando su filiación de manera inmediata, dejando de lado el principio de *mater semper certa est*, y dando una importancia determinante a la voluntad procreacional de los comitentes, a la correspondencia genética y la expresión de voluntad de la mujer gestante en su intención clara de no ser madre.

- Responde al interés superior del niño una inscripción inmediata
- La imposición a los padres comitentes de hacer conocer oportunamente al hijo/a su realidad gestacional.
- Corresponde a las instituciones del Estado tomar las medidas que tiendan a satisfacer la condición del niño como sujeto de derecho, a proteger y respetar su identidad, el derecho a su pleno desarrollo.
- La aplicación de la regla “Mater certa est” no puede aplicarse a la mujer gestante por carecer indudablemente volitivo de querer ser madre del recién nacido.<sup>31</sup>

En otro caso la jurisprudencia dijo en referencia al interés superior del niño:

- El conflicto familiar exige una composición humana que no se agota en el estricto marco jurídico. Que además de la ley, el juzgador debe dar solución al conflicto en un

---

<sup>31</sup>Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil M° 85. Cap. Fed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 38316/2012 “NN ODGMBM s/ INSCRIPCION DE NACIMIENTO. (Sentencia de 18/06/2013.)

dictamen provisto de una carga de conciencia recta y justiciera, por encima del tecnicismo jurídico.<sup>32</sup>

En otro caso:

- Hace referencia a la necesidad de la inmediata inscripción del recién nacido.
- A respetar el derecho del niño a preservar su identidad.
- Que en el caso de la técnicas de reproducción humana asistida, la inscripción e identidad del niño toman un significado determinante cuando la correspondencia genética en total con la parte comitente sumada a su voluntad procreacional, agregando la no intención de la mujer gestante en ser madre, pero si su intención de ayudar en el proyecto familiar a la pareja comitente.<sup>33</sup>

En otros diversos fallos en donde se solicitaba la homologación del acuerdo de gestación por sustitución, se deja en claro los problemas que genera esta laguna legislativa, en desmedro de la rápida determinación de la filiación del menor, ya que este podría sufrir un menoscabo en su derecho a la identidad, porque si al nacer el niño, su inscripción no se condice o no coincide con el de la voluntad procreacional de los comitentes, ni con la voluntad de la mujer gestante que no quiere ser madre, su derecho a la identidad se verá afectado.<sup>34</sup>

Un ejemplo de ello es el fallo emitido por la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que después de analizar la falta de legislación y procedimiento en materia de gestación por sustitución y resolver sobre la competencia de la causa e inscripción del niño recién nacido, los jueces dijeron que, ante determinada situación las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberá tener siempre el objetivo en el interés superior del niño, haciendo alusión a la Convención sobre los Derechos del Niño, apartado 1, del artículo 3. El fallo

---

<sup>32</sup>O.A.V., G.A.C., Y F.J.J. POR MEDIDAD AUTOSATISFACTIVA Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza EXPTE.Nº 714/15/1F (Sentencia de fecha 29/07/ 2015).

<sup>33</sup>Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Departamento judicial de Lomas d Zamora. JUZGADO DE FAMILIA Nro. 7. En autos H.M. Y OTROS/A S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS (art. 232 del CPCC). Exp. Nº LZ-62420-2015. (Sentencia del 30 de Diciembre de 2015)

<sup>34</sup>Juzgado De Familia 2da Nominación. Córdoba, Córdoba. Autos nº 930. R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN. Sentencia del 22/11/2017.

destaca que el derecho a la identidad tiene valor imprescindible y ordeno la inscripción provisoria del nacimiento emplazando al recién nacido en el estado de hijo de los comitentes<sup>35</sup>

Hemos esbozado aquí sobre las cuestiones del derecho constitucional y convencional que los jueces utilizan para argumentar en favor de los acuerdos de gestación por sustitución, y que deben resolver combinarlos con la legislación vigente y los principios generales del derecho, a falta de una legislación sobre el tema.

2.5. Una visión integral del sistema jurídico argentino, los instrumentos internacionales y su incidencia en el derecho interno. La solución a la falta de legislación sobre gestación por sustitución.

El derecho es el resultado de la interacción entre vida humana, valores y normas jurídicas, es la unidad resultante de esta relación la que da forma a un concepto de derecho. Si el derecho solo sería conceptualizado como el estudio de la norma jurídica, se caracterizaría por ser una ciencia formal carente de todo contenido social, moral o cultural de la realidad que intenta ordenar.

El derecho se nutre de la realidad social, cultural, moral y algún caso religioso, observa las conductas humanas, identifica el hecho humano que afecta de algún modo a la realidad y lo toma como punto de partida para la creación de una norma jurídica. Un sistema de normas jurídicas que no se percata de la realidad, no cumplirá con su fin último, que es el de proteger la libertad de las personas.

Ahora bien, ¿qué sucede si se produce un hecho o una conducta humana que acarree consecuencias jurídicas y que debido a esto se vean afectados algunos intereses sociales, morales, religiosos de una determinada sociedad, y este hecho o conducta humana no está contemplada en el sistema jurídico?

La solución a este problema la da el nuevo Código Civil y Comercial, que en su Título Preliminar, Capítulo I Derecho, art 1; 2; 3 describe que fuentes formales, que criterio de interpretación deberá tener en cuenta un juez al momento de aplicar el derecho, y su deber de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción.

El artículo 1 “Fuentes y aplicación”. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados

---

<sup>35</sup>Cámara de Apelaciones CAyT – Sala I “D. N. S. E. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO” EXPTE N°: A37847-2015/0 Fallo Octubre de 2015.

de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.<sup>36</sup>

La primera regla le indica al juez que debe remitirse a las leyes que resulten aplicables al caso, nótese que habla de leyes aplicables al caso. Entendemos que a diferencia del Código Civil de Vélez, el Código Civil y Comercial ya no es un cuerpo único de reglas que rigen una materia, sino que es un denominador común de todo un sistema de derecho privado, que juntos con las otras leyes especiales, forma un todo integrado e interrelacionado con el bloque constitucional convencional. El derecho se enfoca hacia una práctica social compleja, que se construye de varios sistemas y subsistemas que no se agotan en las leyes. Es decir el derecho ya no se identifica solo con un sistema jurídico, sino que adquiere una visión más amplia. (Depetris, 2015).

Se observa la fuerza que tiene el llamado “bloque constitucionalidad federal” que constituye un parámetro interpretativo y normativo, sentando las bases y condiciones a toda regulación a realizarse, y a toda solución jurídica de los conflictos a resolver por un juez.<sup>37</sup>

En el tema de la gestación por sustitución es en donde se ve reflejado lo ordenado por el art. 1 del Código Civil y Comercial en lo que se refiere a las fuentes normativas y extra normativas que los jueces invocan para fundamentar a favor de estos contratos, entre ellas tenemos los acuerdos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, de los cuales ya hemos hablado, la misma Constitución Nacional en sus art. 19 donde se consagra el principio de reserva, a su art. 16 y principio de igualdad ante la ley, al art. 14 bis consagrando la protección integral de la familia, y por supuesto el Código Civil y Comercial de la Nación

En lo que respecta a las leyes tenemos, la ley 26.682, de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida, la ley 26.529 de Derechos del paciente en su relación con los profesionales y las instituciones de salud, ley 26.485 de prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, la ley 26.061 de

---

<sup>36</sup>Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400. 1ra edición - Junio 2015 2da edición - Mayo 2016. [versión electrónica]. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar).

<sup>37</sup>Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Comentarios de Marisa Herrera y Gustavo Caramelo al Tomo I Título Preliminar y Libro Primero. Pág. 8. 1ra edición - Junio 2015 2da edición - Mayo 2016. [versión electrónica]. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar)

protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y también la ley de matrimonio civil igualitario 26.618.

En cuanto a las fuentes extra normativas, los jueces al tratar el tema de la gestación por sustitución, apelan a la doctrina, al derecho comparado y al proyecto de reforma del código civil que contenía el art. 562 que como dijimos no fue incorporado al nuevo código, pero si sentó un antecedente importante que los magistrados tienen en cuenta a la hora de sentenciar.

### 2.5.1 Las pautas de interpretación contenidas en el Código Civil y Comercial.

El art.2 del Código Civil y Comercial nos dice, que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Interpretar es entendido como la acción o efecto de explicar o declarar el sentido de una cosa, principalmente en aquellos textos faltos de claridad.<sup>38</sup>

La interpretación y aplicación de la norma son acciones que están íntimamente relacionadas, sobre todo en aquellos casos en que hay que darle un significado y alcance a una norma jurídica para poder aplicarlo al caso concreto. La acción de interpretar también es aplicada en el ámbito del derecho privado cuando no hay una norma, cuando hay un silencio normativo respecto del tema a resolver, es aquí en donde el juez deberá recurrir a un proceso de interpretación buscando la solución en todo el ordenamiento jurídico.

El Código Civil y Comercial adopta pautas interpretativas destinada a los jueces, tales como las palabras de la ley, sus finalidades, la analogía (permitida solo en el derecho privado, no en el derecho penal), los tratados de derechos humanos y los principios y los valores jurídicos, para puedan llegar a una sentencia coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Como veremos más adelante este proceso de interpretación se aplicó para dictar sentencia favorable a favor de la gestación por sustitución.

### 2.5.2 El deber que pesa sobre los jueces de resolver y fundar sus decisiones

El art. 3 del Código Civil y Comercial expresa que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

---

<sup>38</sup>Ossorio, Manual (1992). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Ed. Heliasta S.R.L. Veinteava edición. (Pág. 524)

Como decía al art. 15 del viejo código civil, ningún juez puede dejar de dictar sentencia bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Los jueces como integrante de uno de los poderes del Estado deben fundar sus decisiones de manera razonable, es decir desprovista de todo atisbo de arbitrariedad.

La doctrina y la jurisprudencia nos dice que toda sentencia debe estar motivada, y que tal motivación debe ser razonable basándose en una visión sistemática de todo el ordenamiento jurídico tanto nacional como convencional.

En conclusión, los artículos 1; 2; 3 del Código Civil y Comercial se ven reflejados nítidamente en el andamiaje de las resoluciones dictadas por los jueces sobre la cuestión de la gestación por sustitución. Ejemplo de ello son algunos fragmentos de los fallos que trataron sobre el tema, entre los que podemos mencionar el fallo del Juzgado Civil N° 8 Poder Judicial de la Nación Barrios, Beatriz Mariana y Otros c/ Gonzalez, Yanina Alicia s/ Impugnación de filiación, fallo del año 2014, en el punto XI de los Vistos de la sentencia nos dice a fs. 173 Se expide la Sra. Fiscal, quien luego de considerar, en términos generales, que en el caso debe aplicarse el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, estima que corresponde aplicar en forma analógica la normativa referida al reconocimiento de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, que brinda una adecuada protección al interés superior del niño. Así, teniendo en consideración las particulares circunstancias del caso, opina que corresponde hacer lugar a la acción de impugnación de filiación respecto de la gestante, y declarar que el niño Lorenzo es hijo matrimonial de los accionantes.

En el punto I de los Considerando el fallo destaca que al no estar prohibida esta figura y al no encontrarse legislada, crea una gran incertidumbre para todas las partes que intervienen en el acuerdo de gestación por sustitución. Debido a que la intervención judicial fue posterior al alumbramiento, el interés superior del niño y el derecho a la identidad cobran especial relevancia para el juzgador a la hora de exponer los argumentos a favor del reconocimiento del vínculo filial en los padres comitentes. Y continúa diciendo, que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida viola los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Este mismo fallo toma para realizar su

fundamentación, al derecho comparado y al art 562 del proyecto de reforma del código civil, ya que los toma como un antecedente de un intento de regulación dentro de nuestro derecho.<sup>39</sup>

En el caso de 2017, que se presentó en el Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, en donde las partes de un contrato de gestación por sustitución solicitaban autorización judicial para realizar un procedimiento de implantación de embriones en el vientre de una mujer gestante, también encontramos un ejemplo de lo que el nuevo Código Civil y Comercial legisla y da las pautas interpretativas a seguir por el juzgador en los casos en que no exista ley especial a aplicar al caso concreto, tomando a todo el sistema jurídico como un todo coherente y no contradictorio.

Y nos dice en los considerando de la resolución, que al no haber una regulación normativa de la gestación por sustitución implica una contradicción total en el régimen normativo argentino, ya que la voluntad procreacional guarda afinidad con diversas leyes del derecho interno como por ejemplo la ley 26.529 de Derechos del Paciente, donde los art 1 y 2 señalan a la autonomía de la voluntad. Otra ley relevante en el tema es la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenernos (art. 3º, inc. e), exigiendo el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3º, inc. g).

Y agrega el fallo que no hay norma dentro del derecho argentino que prohíba expresamente o sancione con la nulidad absoluta u otro tipo de sanción, ya sea administrativa, penal o de otro orden, a la gestación por sustitución, lo cual genera incertidumbre para aquellos que recurren a éste tipo de acuerdo y también para la sociedad en general, porque al no tener una regulación clara y especial, y al no haber una jurisprudencia consolidada, se estará siempre a merced de la discrecionalidad del juzgador para cada caso. Y sigue diciendo que al no estar regulada la gestación por sustitución corresponde aplicar el principio de legalidad previsto en el art 19 de la Constitución Nacional, y por lo tanto, al no estar expresamente prohibida, se la considera implícitamente receptada en el nuevo Código Civil y Comercial.

El fallo también se aboca el tema de la terminología, y descarta de plano el término maternidad subrogada, y adopta el termino de gestación por sustitución, pues la mujer

---

<sup>39</sup> El art. 562 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercia de la Nación. El consentimiento previo, informado y libre de todas las personas intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial.

gestante no es madre, no quiere ser madre, no tiene la voluntad procreacional de ser madre, ni siquiera tiene correlación genética con el menor.<sup>40</sup>

## 2.6. Conclusiones parciales

Al ser reconocida la salud como un derecho fundamental del ser humano, extendió este reconocimiento a la salud reproductiva, y por ende al problema de la fertilidad, esterilidad o a la imposibilidad natural de concebir un hijo.

Si a esto le agregamos, los tratados internacionales de derechos humanos declaran enfáticamente el derecho a formar una familia en condiciones de igualdad, libertad, sin discriminación alguna relacionada al sexo, incapacidad, cultura o religión, y lo más importante aún, sin injerencias desmedidas del Estado parte.

El reconocimiento de nuevos derechos fundamentales y la constitucionalización de los tratados de derechos humanos, trajo como consecuencia, entre otras cosas, que el concepto de Familia, cambie a conceptos de Familias, dejando de lado el concepto nuclear, único y hegemónico que imperaba, todo esto condicionado por estas nuevas variables sociales e históricas que se presentaban.

Si a esto le agregamos los avances científicos en materia de técnicas de reproducción humana y la posterior aprobación de la ley en Argentina, la aprobación de la ley de matrimonio igualitario y la ley de Identidad de Género, crearon el coctel necesario para que los conceptos tradicionales de familia, reproducción y filiación cambiaran para siempre.

La figura del contrato de gestación por sustitución es hija de estos cambios sociales y jurídicos, siendo tal vez el último recurso para acceder a la posibilidad de concebir un hijo y formar así una familia.

Al no estar prohibido expresamente y al adoptar nuestro país una postura abstencionista respecto del tema, sucedió que, cuando se presentaron los primeros casos judiciales de contrato gestación por sustitución, estos fueron resueltos siempre a favor del acuerdo, y por ello la filiación del recién nacido quedó emplazada en los padres comitentes y no en la madre gestante, debido a un juego de principios constitucionales, convencionales y legales de nuestro sistema jurídico.

---

<sup>40</sup>Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, Provincia de Río Negro. Solicita autorización judicial para implantación de embriones. Fallo del 06/07/2017. <http://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3263-se-autorizo-un-matrimonio-conformado-dos-hombres-ser-progenitores> (Recuperado 14/05/2018).



El art. 19 de la Constitución Nacional (Principio de Reserva), los acuerdos internacionales de derechos humanos constitucionalmente jerarquizados, la doctrina y la jurisprudencia velaron por el interés superior del niño, considerando que el reconocimiento y la validez del acuerdo entre los padres comitentes y la mujer gestante, era lo mejor para el niño, siempre y cuando este acuerdo se realizara dentro de determinadas condiciones y cumpliendo determinados requisitos.

Sabemos que la situación ideal para este tipo de situaciones es una regulación legal. Una legislación adecuada permitiría seguridad legal, y un proceso claro para llevar a cabo un acuerdo, evitando la incertidumbre de un proceso legal complejo como la impugnación de la maternidad de la madre gestante, que trae inconvenientes psicológicos y de ansiedad a las partes intervinientes.

Ante la falta de una ley, el ordenamiento jurídico argentino, visto como un sistema congruente e integral, reacciona protegiendo esa voluntad procreacional expresada en el acuerdo. Esto se ha visto reflejados en los fallos jurisprudenciales que han aceptado la gestación por sustitución, declarando válido el acuerdo que le da origen, siempre y cuando este cumpla con determinadas condiciones, como veremos más adelante.

## **CAPITULO III**

## CAPITULO III

### **El contrato de gestación por sustitución**

#### 3.1.Introducción

En los capítulos I y II de este trabajo dejábamos de manifiesto que, respecto de la gestación por sustitución y otras figuras no legisladas, los tribunales argentinos justifican sus decisiones judiciales directamente desde los principios constitucionales, es decir, que de un juego de los principios constitucionales, más las leyes relacionadas de algún modo al caso concreto, se encontraba el camino a una solución y resolución fundada. Esta situación obligó al derecho civil a plantearse un cambio.

Este cambio se vio reflejado en la reforma al Código Civil y es conocido como la “constitucionalización del derecho privado” estableciendo una comunicación entre los principios constitucionales, el derecho público y el derecho privado. (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Kemelmajer De Carlucci, 2011.)

Lo que vemos es que ante la falta de legislación de una determinada institución que está influenciando de alguna manera la vida de una sociedad, los jueces deben remitirse necesariamente a los principios del derecho, o los constitucionales, o buscar dentro del sistema de leyes, los fundamentos para dar solución al problema, marcando así el rol de las constituciones en la aplicación judicial del derecho. (Chaumet, Meroi, 2015).

Si bien la jurisprudencia ya le ha dado luz verde a la gestación por sustitución como fruto de todos los cambios jurídicos y sociales que se han dado en esta última década, la falta de regulación puede generar situaciones no deseadas que lleven a la vulneración de los derechos de la partes intervinientes y por sobre todo a los intereses del menor.

Hasta ahora todavía no ha ocurrido esto, porque los jueces tienen como norte, además de la constitución nacional, el art. 562 del proyecto de reforma que contenía requisitos imperativos que hacían viable un contrato de gestación por sustitución, amparando al menor y a las partes intervinientes.

En este capítulo analizaremos el contrato de gestación por sustitución teniendo como punto de partida el malogrado art. 562 de la reforma del código civil, la doctrina y la jurisprudencia para poder extraer los elementos, los presupuestos, clasificación, la forma y procedimiento

para la formación de un contrato que lleve a buen término la voluntad de las partes expresada en él.

### 3.2. Disposiciones generales de los contratos

#### 3.2.1. Noción de Contratos

En nuestro sistema jurídico las personas pueden libremente celebrar acuerdos por medio de los cuales puedan concretar sus proyectos dándoles la posibilidad de acceder a bienes, servicios o crear o regular una situación que les mejore sus vidas.

Estos acuerdos crean vínculos obligatorios en donde la partes intervinientes crean o establecen derechos y obligaciones que les permitirán satisfacer sus intereses.

Hay que diferenciar que no todo acuerdo o convención es un contrato, porque tenemos que las simples convenciones no producen efectos jurídicos, por ejemplo esto ocurre cuando nos ponemos de acuerdo con otra persona para ir a comer a un restaurant. En cambio las convenciones jurídicas son acuerdos que producen efectos jurídicos y la diferencia con el contrato es una diferencia de género y especie, siendo el género la convención y la especie el contrato.

El contrato produce efectos jurídicos determinados y estos son el de crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Para que el contrato produzca estos efectos se necesitan por lo menos dos o más sujetos, que pasan a llamarse partes del contrato, manifiesten su consentimiento en obligarse, y ese consentimiento debe ser libre de todo vicio.

El contrato es por definición, un acto jurídico, es decir que es un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación, o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Al ser un acto voluntario este tiene que ser ejecutado con discernimiento, intención y voluntad.

El discernimiento es la aptitud de un individuo de entender lo malo de lo bueno, lo lícito de lo ilícito. La intención es la determinación de la voluntad en orden a un fin, es el designio reflexivo de obrar o producir un efecto. Y la libertad es la posibilidad de optar lícitamente entre el ejercicio o no ejercicio de nuestros derechos subjetivos, sería la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una u otra manera o no obrar. (Ossorio, 1992.)

Al ser el contrato un acto voluntario lícito se desprende que si bien hay libertad para contratar esta libertad está limitada. Estas limitaciones están dadas por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

### 3.2.2. Definición de contrato. El Código Civil y Comercial

El art. 1137 del viejo Código Civil nos decía que, hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.<sup>41</sup>

La doctrina mayoritaria concluía que este concepto era más bien un concepto de convenio o convención, pero no necesariamente de contrato, criticando su falta de precisión.

Mientras que el art 957 del nuevo Código Civil y Comercial nos da una definición más compleja diciendo que contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.<sup>42</sup>

En esta definición, más coincidente con lo que la doctrina venía sosteniendo, tenemos que este concepto se determina al contrato como un acto jurídico, pudiendo en caso de duda, remitirse a la regulación de los actos jurídicos para subsanar cualquier vacilación.

También vemos la importancia que tiene el consentimiento, presupuesto esencial para llegar a concretar un contrato, dejando de ser, como decía el viejo código civil, una simple declaración de voluntades. El contrato nacerá de la reunión de dos voluntades expresada por las partes dando lugar al consentimiento. Y será PARTE del contrato quien vuelque su consentimiento en nombre propio y aun en interés ajeno o ese consentimiento sea expresado por un representante en nombre de su representado.<sup>43</sup>

Y por último, este concepto indica en forma expresa que el contrato no solo tiene como cometido reglar los derechos de la partes, sino que abarca todas las posibilidades que puedan producir efectos jurídicos como, crear, modificar, transferir o extinguir derechos y

---

<sup>41</sup>[http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340\\_libroII\\_S3\\_tituloI.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloI.htm)

<sup>42</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#20>

<sup>43</sup>*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Comentario al art 957 / Gustavo Caramelo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

obligaciones y esto podrá enmarcarse tanto en los contratos tipificados en el Código Civil y Comercial, como en aquellos que no lo estén, como los llamados contratos innominados.<sup>44</sup>

### 3.2.3. Naturaleza jurídica de los contratos

El contrato es una especie de acto jurídico, tal como lo exprese el art. 957 del Código Civil y Comercial, como todo acto jurídico debe ser lícito, voluntario y establecer, como fin inmediato entre las partes, relaciones jurídicas.

Es un acto jurídico bilateral, porque requiere al menos dos partes que manifiesten su consentimiento y regulen sus derechos, el contrato será para ellos como ley.

Al ser el contrato un acto jurídico por definición, se aplicaran de manera supletoria las reglas sobre este instituto, para aquellos casos en que no se haya legislado en forma específica sobre un tema.

### 3.2.4. Clasificación. Presupuestos y elementos de los contratos

Los contratos se clasifican en:

- Unilaterales: Son aquellos contratos que crean obligación solo para una de las partes. Es decir cuando una de las partes se obliga hacia la otra, sin que esta quede obligada. Ej.: Contrato de Donación
- Bilaterales: So aquellos contratos que crean obligaciones reciprocas para ambas partes, se obligan las partes recíprocamente la una hacia la otra. Ej.: Contrato de Compraventa.
- Plurilaterales: Son los contratos que tienen tres o más partes, las prestaciones contenidas en el contrato están dirigidas a la obtención de un fin común.
- Onerosos: La prestación de una de las partes del contrato tiene su razón de ser en la contraprestación de la otra parte. Es un contrato cuyas prestaciones impone un sacrificio y un beneficio reciproco para ambas partes
- Gratuitos: La gratuidad es dar algo sin esperar un beneficio como contraprestación, quien realiza un contrato gratuito, como por ejemplo el contrato de donación, ve disminuido su patrimonio por la liberalidad a la que se obliga, sin esperar nada a cambio. La finalidad perseguida por la parte que realiza el acto a titulo gratuita

---

<sup>44</sup>*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Comentario al Art 957 / Gustavo Caramelo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

puede tener una motivación altruista. Esta clasificación de contratos gratuitos y onerosos tendrá su importancia al momento en que desarrollemos el contrato de gestación por sustitución en particular.

- **Conmutativos:** Es cuando en el contrato las partes desde, el momento de la celebración del mismo, conocen exactamente la importancia y la equivalencia económica de las prestaciones a las que se obligaron. De manera tal que el contrato podrá ser oneroso cuando hay ventajas para las partes, bilateral porque habrá ventajas recíprocas para ambas partes, y será conmutativo porque, al momento de la celebración, las ventajas estimadas por ambas partes serán equivalentes económicamente.
- **Aleatorios:** Es aquel contrato en donde las ventajas o las pérdidas, para una de las partes o para todas las partes, dependen de un acontecimiento incierto. Ej.: los contratos de juegos o apuestas, renta vitalicia, contrato de venta de cosas futuras.
- **Formales:** El art. 969 del Código Civil y Comercial nos dice que los contratos en los cuales la ley exige una forma para su validez, de no tener la forma exigida, serán declarados nulos. Ahora, cuando la forma requerida para los contratos, es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin que haya sanción de nulidad, no quedaran concluidos, mientras no se ha otorgado el instrumento exigido, pero si valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.<sup>45</sup> Esta clasificación, al igual que la clasificación de gratuitos y onerosos, tendrá importancia en el tema del contrato de gestación por sustitución, porque será vital para su validez y existencia, las formalidades previas al contrato y al momento de concretarse la firma y homologación ante autoridad judicial, como veremos más adelante.
- **Nominados e Innominados:** Los contratos son nominados o innominados según la ley los regule especialmente o no los haya regulado. Los contratos innominados se regirán por las siguientes reglas jurídicas:
  - La voluntad de las partes
  - Las normas generales sobre contratos y obligaciones
  - Los usos y prácticas del lugar de celebración

---

<sup>45</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#20>

- las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

Esta clasificación prevista en el art. 970 del Código Civil y Comercial, la tendremos en cuenta a la hora de analizar el contrato de gestación por sustitución.

Lo que determina que un contrato sea nominado o innominado es su tipificación en las normas legales que lo regulan. Si el diseño contractual adoptado por las partes no responde a ningún tipo legal regulado, las disposiciones que se aplicaran serán los pautados en el art. 970 del Código vigente.<sup>46</sup>

La importancia que tiene la clasificación de los contratos es que se encuadra al acuerdo de las partes en una determinada categoría de contrato, lo que permitirá establecer cuál será el régimen legal que lo reglará y los efectos que deberá producir, o en su caso, de ser un contrato innominado aplicar las reglas que recomienda el Código.

### 3.2.5. Elementos de los contratos

La mayoría de la doctrina reconoce que hay:

- Elementos esenciales
- Elementos Naturales
- Elementos accidentales

Elementos esenciales: que serían aquellos que necesariamente deben existir para que haya contrato, sin estos elementos el contrato no puede existir. Estos serían:

- El Consentimiento
- El Objeto
- La Causa
- El consentimiento

Para que un contrato exista es necesario que haya un acuerdo de voluntades expresada por la partes intervinientes. Es consentimiento es punto inicial, el nacimiento de la relación jurídica contractual, porque a través de él se plasma el acuerdo de voluntades de la partes. Sin consentimiento no hay contrato, lo que transforma al mismo en un elemento esencial para su existencia.

---

<sup>46</sup>*Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Comentario al Art 970 / Gustavo Caramelo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. Versión pdf.*



El consentimiento se plasma a través de la oferta o propuesta de contrato realizado por una de las partes y la aceptación de la propuesta de la otra parte. Por medio de este acuerdo los contratantes reglaran sus derechos y obligaciones. Art. 971 del Código Civil y Comercial: *Formación del consentimiento. Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo*<sup>47</sup>.

- El objeto

El objeto de un contratos son las obligaciones que la partes pactan en el mismo, estas obligaciones tienen por objeto prestaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer.

El objeto de los contratos debe ser lícito, posible, determinado o determinable, además debe ser susceptible de apreciación pecuniaria y corresponder a un interés de las partes aunque sea extramatrimonial.

Según el art. 1004 del Código Civil y Comercial no pueden ser objetos de los contratos los objetos prohibidos por las leyes, o los hechos imposibles de realizar. Además el objeto de los contratos no puede ser contrario al orden público, la dignidad humana, o lesivo a los derechos ajenos.

- La causa

La causa es la finalidad inmediata buscada por las partes o sea la razón del acto jurídico. (Cordobera, 2015).

El Código Civil y Comercial hace una remisión diciendo que las disposiciones que se regulan los actos jurídicos se aplican a los contratos.

El art 1012 del Capítulo 6 del Título II de los contratos en general remite, precisamente al art. 281 que nos dice que: *Causa. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#20>

<sup>48</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#9>

Es un elemento esencial del contrato y eso está expresado en el art. 1013 del Código Civil y Comercial cuando nos dice que la causa debe existir al momento de la formación, celebración, subsistir durante su ejecución del contrato.

La falta de causa es causal de nulidad, adecuación o extinción, según sea el caso.

El contrato será nulo si la causa fin es ilícita, es decir cuando sea la causa contraria a la moral, el orden público o las buenas costumbres.

Elementos naturales: Son aquellos que se encuentran naturalmente en los contratos porque forman parte de él por imperio de la ley, aunque las partes nada digan sobre ellos, pero las partes pueden dejar de lado si eso no afecta a sus intereses por medio de una cláusula expresa. Podemos mencionar algunos:

- Pacto comisorio
- Vicios redhibitorios
- Garantía de evicción

En caso que las partes no hayan pactado nada en el contrato respecto de estos elementos, estos elementos funcionan de manera supletoria por imperio de la ley en caso de conflicto.

Elementos accidentales: Son los elementos que no corresponden a un contrato, pero las partes fruto, de la autonomía de la voluntad y libertad para contratar incorporan voluntariamente por medio de cláusulas expresas.

Podemos mencionar, la seña, u otros acuerdos a lo que las partes puedan llegar, como por ejemplo los pactos de compraventa, retroventa, pacto de no enajenar, venta condicional, entre otras.

### 3.2.6. Principios jurídicos aplicables a los contratos

Los principios jurídicos son un conjunto de estándares que no son normas legales, sino que operan como directrices, políticas, o pautas, que tienen por finalidad optimizar los objetivos fijados. (Dworkin, 2002)

Al elaborar un esquema general de los contratos en donde se remarcan los elementos comunes a todos a todos ellos, no podemos dejar de mencionar los principios jurídicos que regulan a esta especie de convenios, en donde se asientan sus fundamentos, y que tienen por

finalidad abarcar todas las posibilidades que esta institución presenta y que por ahí la ley no contempla en su totalidad.

Entre los principios jurídicos que se aplican a la materia de los contratos tenemos:

- La libertad de las partes o autonomía de la voluntad: el hombre es libre de contratar, de elegir con quien contratar, de establecer y configurar el contenido de las cláusulas del contrato. Pero esta libertad está limitada por el orden público, la moral y las buenas costumbres. Este principio es de vital importancia al tema de este trabajo final, porque el contrato de gestación por sustitución tiene aristas controvertidas que pueden afectar al orden público y a la autonomía de la voluntad. (art. 958 CCCN)
- La fuerza obligatoria del contrato: Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Ellas podrán modificar o extinguir su contenido por medio de un acuerdo. Con el nuevo Código Civil y Comercial la obligatoriedad de los acuerdos ya no se asemeja a una ley como era la anterior formula, sino que la obligatoriedad surge de la propia validez del acuerdo.<sup>49</sup>
- La buena fe en la celebración: El principio de la buena fe es el más importante en el derecho privado, y es un principio rector en los contratos. Es el factor moral en las relaciones intersubjetivas.

El art 961 del Código Civil y Comercial nos dice que los contrato deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y que además de obliga a las partes no solo a lo que está expresamente pactado, sino que también a todas las consecuencias que puedan derivarse de ello en la medida de lo razonable.

Hace referencia a la rectitud y honestidad en las relaciones jurídicas y sociales. En lo que respecta al contrato se tiene en cuenta la buena fe en la celebración, en la interpretación de la clausulas pactadas y en el modo de ejecución del mismo. (Cajarville, 2012.)

### 3.2.7. La capacidad en los contratos

La doctrina moderna no considera a la capacidad como un elemento esencial del contrato, sino que se lo tiene como un presupuesto de validez del consentimiento.

---

<sup>49</sup>*Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado.* Alberto J. Bueres dirección. Tomo I. Comentario de Kitainik, Nicolás al art 959, pág. 556. Ed. Hammurabi s.r.l. 4ta. Reimpresión. 2015.

La capacidad es la aptitud que tiene una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. Por lo tanto la validez del contrato estará sujeta a que las personas que lo celebren tengan aptitud legal para obligarse.

Tenemos dos tipos de capacidad:

- Capacidad de derecho: Es la aptitud que tiene toda persona humana para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad.

De modo tal que una persona no podrá celebrar un contrato por tener una incapacidad de derecho relacionada, por ejemplo, por encontrarse ejerciendo una función pública incompatible con la finalidad del contrato, es decir que esta incapacidad no dependerá del discernimiento o aptitud mental de la persona, sino de la situación fáctica en la que se encuentre.

- Capacidad de ejercicio: Toda persona humana puede ejercer por si misma sus derechos, excepto la limitaciones contempladas por la ley.

La incapacidad de ejercicio tendrá que ver con la edad de la persona, o con su grado de madurez suficiente, o porque fue declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión que la sentencia misma disponga.<sup>50</sup>

El art. 1000 del Código Civil y Comercial nos dice que se debe declarar la nulidad del contrato celebrado por persona incapaz o con capacidad restringida. Ahora bien, si una de las partes del contrato es capaz no tendrá derecho a pedir que se le restituya lo pagado o gastado, excepto en lo que benefició o enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida.

### 3.3. La Constitución Nacional, su vinculación con los contratos.

El art. 958 del Código Civil y Comercial consagra la libertad de contratación, esta libertad es el presupuesto de la autonomía de la libertad, les da a las personas la potestad de regular sus relaciones sociales y jurídicas a través de los convenios. Esta libertad deriva del art. 19 de la Constitución cuando en su última parte nos dice que, ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup>Art. 24 del Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>51</sup>*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Comentario al Art 958 / Gustavo Caramelo. Pág. 336 - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. Versión pdf.

El derecho contractual está fuertemente vinculado al derecho constitucional, porque este, en el transcurso de la historia, fue incorporando derechos y garantías que tendieron hacia la igualdad y libertad de las relaciones interpersonales, como por ejemplo en el derecho laboral en la relación jurídica laboral entre trabajador y empleador.

Los principios generales del derecho contractual, tales como el orden público, buena fe, autonomía de la voluntad, tienen raigambre constitucional, lo que acarrea como consecuencia que, que la normativa constitucional se expanda a las relaciones de derecho privado. (Cordero, 2013.)

El contrato es una institución fundamental en lo que hace a la vida en sociedad, es por ello que fue evolucionando al pasar de ser un instrumento de dominación, en donde la parte más fuerte imponía su voluntad, a convertirse un instituto en donde las partes, en una mejor paridad de condiciones, reglaban sus derechos en igualdad y libertad.

Los tratados de derechos humanos con rango constitucional, inyectaron a las relaciones sociales y jurídicas una nueva visión del hombre en sociedad, una nueva visión de sus relaciones sociales y jurídicas con una acentuación en los contenidos sociales, estos nuevos principios y garantías consagrados en la Constitución, pusieron en tela de juicio aquellos conceptos jurídicos que parecían inamovibles e irremplazables, produciendo una actualización ideológica de los mismos. (Zentner, 2010.)

### 3.4. El Contrato de Gestación por Sustitución

#### 3.4.1. Introducción

Para poder llevar a cabo un proceso de gestación por sustitución, necesariamente hará falta un acuerdo de voluntades entre las partes interesadas.

Al no estar legislada la figura desarrollaremos en esta capítulo cuales serían los presupuestos de validez del contrato, sus elementos esenciales, analizaremos la problemática del objeto, es decir si el objeto es prohibido y por lo tanto el contrato sería nulo, o si es contrario a la moral ya las buenas costumbres o afecta al orden público.

Es impensable la figura de la gestación por sustitución sin un contrato, sin un acuerdo entre la mujer gestante, en su caso su cónyuge, los progenitores comitentes, los médicos intervinientes. Analizaremos quienes serán parte en el contrato según la situación de cada una de las personas que intervendrán en el mismo.

Desarrollaremos el procedimiento de homologación del contrato y su importancia fundamental en la validez de todo el proceso de gestación por sustitución, sobre todo en el cuidado y protección de los derechos y obligaciones que surjan del acuerdo, tema por demás complejo.

Para realizar esta etapa del trabajo final, tomaremos como guía el art. 562 del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, además de la doctrina y la jurisprudencia, tres proyectos de ley presentados por, uno por la entonces senadora nacional por Mendoza, hoy vicegobernadora, la Ing. Montero, Laura Gisela, y el otro por el Dr. Rojas Pascual, Juan Pablo presentado este en la legislatura de la provincia de Mendoza. El tercer proyecto es el presentado conjuntamente por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (Samer) y las ONG Concebir, Súmate a dar Vida, Abrazo por dar vida y 100% Diversidad y Derechos.

Desarrollaremos una teoría de contrato de gestación por sustitución, esbozaremos un concepto y analizaremos sus presupuestos de validez, sus elementos y demás características contractuales que debería contener una ley. Porque solo una ley que regule lo que la jurisprudencia ya ha validado y reconocido en todos sus fallos, garantizará los derechos de las partes, pero por sobre todo garantizar y proteger los derechos de la gestante y del niño o niña por nacer.

### 3.4.2. Concepto de contrato de gestación por sustitución

Podríamos decir que el contrato de gestación por sustitución es el acto jurídico que se perfecciona cuando, entre una parte denominada Mujer Gestante, y la otra parte denominada Comitentes o Comitente, acuerdan y ambas partes aceptan en que la mujer gestante se someterá a un procedimiento de reproducción humana asistida determinado, en una clínica especializada para tales prácticas médicas, en donde se le implantará un embrión de material genético de los comitentes o de donante anónimo en su útero, desarrollará el embarazo hasta el nacimiento del menor y posteriormente, en virtud de lo estipulado, entregará al recién nacido a los comitentes o comitente, quienes serán considerados en el vínculo jurídico filial como padres del menor, estos a su vez, se comprometen a pagar todos los gastos del procedimiento y toda compensación que se genere en gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico que sean necesarios en pos del bienestar de la gestante. Este contrato será válido si es homologado judicialmente y si los comitentes o comitente están natural o medicamente imposibilitados para gestar y llevar a cabo un embarazo en buen término.

La ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, nos dice en su art. 2 que, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Agrega que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.<sup>52</sup>

De lo expuesto surge que el contrato de gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida, sino un acuerdo de voluntades en el que las partes se comprometen a realizar una técnica de reproducción medica determinada para llevar a cabo la finalidad del acuerdo (Martinez Martinez, 2015)

### 3.4.3. Partes del contrato

Las partes del contrato de gestación:

- **MUJER GESTANTE:** Es aquella que acuerda, expresa su consentimiento y acepta prestar su útero para llevar el embarazo hasta el nacimiento del menor. En el caso en que la mujer gestante este casada se hace indispensable también el consentimiento del cónyuge de la misma. Posee la voluntad gestacional, pero no voluntad de procreación, por lo que no será emplazada en el vínculo jurídico filial del menor por nacer<sup>53</sup>
- **COMITENTES O COMITENTE:** Son aquellas personas sola, pareja o matrimonio del mismo género, parejas o matrimonio heterosexual, que expresan en el contrato su voluntad procreacional de ser padres y que por motivos médicos o naturales, uno o los dos miembros de la pareja, están imposibilitados llevar a cabo un embarazo a término. Poseen voluntad procreacional y serán los que se les reconocerá un vínculo jurídico de filiación con el menor nacido de estas

---

<sup>52</sup><http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

<sup>53</sup>Anteproyecto de ley sobre gestación por sustitución, art. 2. Mendoza. Autor, Dr. Juan Pablo Rojas Pascual. El anteproyecto fue presentado en el mes de Mayo de 2015 en la Provincia de Mendoza, República Argentina.<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/80-proyecto-de-ley-sobre-maternidad-subrogada-en-mendoza> (Recuperado el 11/07/2018).

técnicas médicas. Los comitentes también podrán ser llamados “Padres Intencionales” en el contrato.<sup>54</sup>

- **CLINICA O CENTRO DE SALUD QUE REALIZARÁ EL PROCEDIMIENTO**  
La clínica especializada podrá o no ser parte del acuerdo, eso dependerá de la mujer gestante y de los comitentes integrarla en el acuerdo. Pero hay que tener presente que será el establecimiento médico el que deberá explicarle a la mujer gestante en que consiste el proceso de fecundación, cuáles serían los eventuales riesgos del mismo y recabar su consentimiento previo, libre e informado exigido por la ley para todo procedimiento médico al que se debe someter una persona. Para su homologación no es necesario que la clínica sea parte del acuerdo, pero en el acuerdo, si es esencial y deberá constar en que clínica se hará la fecundación para poder ser autorizada por autoridad competente, y así operar al amparo de la ley para dar plenas garantías al ejercicio de los derechos derivados del contrato<sup>55</sup>.

En definitiva creemos que solo se necesitaría para la celebración de un contrato de gestación por sustitución, el acuerdo de voluntades de la mujer gestante y de él o los comitentes. Pero para iniciar su ejecución será necesario su homologación judicial previa para controlar que se cumplan los requisitos de ley y así garantizar los derechos de todos los involucrados. (Notrica, Cotado, Curtis 2017.)

#### 3.4.4. Requisitos para ser gestante y comitente. Capacidad para poder contratar

El art. 562 del anteproyecto de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación contenía los requisitos esenciales que debía contener contrato de gestación por sustitución para poder ser homologado luego por un juez.

La jurisprudencia los ha tomado como guía para fundamentar sus fallos, aun cuando este artículo no fue incorporado a la reforma definitiva, un ejemplo de ello es el fallo “R., L.S. Y

---

<sup>54</sup> Juzgado de Familia de Segunda Nominación. Ciudad de Córdoba. R., L.S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”. AUTOS n° 930. Fallo del 22/11/2017. <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1821> (recuperado el 16/07/2018)

<sup>55</sup> Juzgado de Familia de Segunda Nominación. Ciudad de Córdoba. R., L.S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”. AUTOS n° 930. Fallo del 22/11/2017. <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1821> (recuperado el 16/07/2018)



OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”, en donde el juez en sus considerandos agrega el texto completo de dicho precepto <sup>56</sup>

#### 3.4.4.1. Requisitos exigidos a la mujer gestante.

- Tener plena capacidad civil, es decir tener la aptitud de poder ser titular de derechos y contraer obligaciones, entre ellos poder contratar con libertad.
- Se establecerá a través de estudios psicológicos y físicos si la mujer gestante se encuentra apta para poder ser sometida al procedimiento médico, que establezca la autoridad de aplicación, que sería en este caso el Ministerio de salud de la Nación (art 3 de la Ley 26.862). Los juzgados por lo general cuentan con un cuerpo interdisciplinario para realizar este tipo de estudios. En Córdoba es el equipo técnico del fuero de familia (CATEMU).
- No aportar sus gametos. Esto es indispensable para la validez del contrato, ya que como dijimos la mujer gestante no es madre, no quiere ser madre, solo quiere ayudar a que los comitentes sean padres. Por otro lado, de aportar ella sus gametos legalmente sería madre y por ende tendría un relación jurídica filial con el recién nacido, lo que la pondría en la situación de tener que renunciar a su filiación, algo inadmisibles en nuestro sistema jurídico y acarrearía la nulidad absoluta del acuerdo.
- No puede someterse a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos veces. Este requisito tiene su razón de ser por la naturaleza controvertida y compleja de la figura en estudio. Ya que entre los argumentos en contra están precisamente la transacción dineraria, el aprovechamiento de la situación económica y social de la mujer gestante. Una cantidad ilimitada de veces en realizar el procedimiento atentaría contra la dignidad de la mujer y su cuerpo pasaría a ser utilizado como un objeto de intercambio. Consideramos que con una vez es suficiente.
- Haber dado a luz y tener un hijo propio. La razón de este requisito estaría en las posibles consecuencias psicológicas negativas que traería si una mujer que nunca tuvo hijos propios, es sometida a un procedimiento de gestación por sustitución. Además la mujer que ya ha tenido hijos comprende el compromiso, la responsabilidad y los rigores que un embarazo implica. (Lamm, 2013)

---

<sup>56</sup> Juzgado de Familia de Segunda Nominación. Ciudad de Córdoba. R., L.S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”. AUTOS n° 930. Fallo del 22/11/2017. <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1821> (recuperado el 16/07/2018)

- La mujer gestante no debe recibir retribución dineraria, ni de ningún tipo. El acuerdo de gestación por sustitución no puede tener carácter lucrativo o comercial. Solo puede recibir una compensación por parte de los comitentes que sirvan para afrontar los gastos médicos, de traslado, asesoramiento médico y legal y todos los gastos que incluya la situación de gestación.<sup>57</sup>
- En el proyecto presentado conjuntamente por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (Samer) y las ONG Concebir, Súmate a dar Vida, Abrazo por dar vida y 100% Diversidad y Derechos<sup>58</sup> en su art. 6 y 7. La Dra. Eleonora Lamm en su libro *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientre* (2013, pág. 264), agregan un requisito que tanto la mujer gestante como para los comitentes, en caso que alguna de las partes sea extranjera, deberán tener un plazo máximo de residencia ininterrumpida en el país de 5 años, la Dra. Lamm nos dice que al menos uno de los comitentes deberá tener un plazo de 3 años ininterrumpidos de residencia en el país.
- Un requisito que han agregado los proyectos de ley mencionados, y que se le exige a ambas partes, es el de tener un fuerte lazo afectivo entre ellos.

#### 3.4.4.2. Requisitos exigidos a los comitentes

- Tener capacidad legal
- La persona o pareja comitente debe estar imposibilitado de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud del comitente o del niño por nacer. Este requisito es de importancia ya que restringe de alguna manera que el contrato de gestación por sustitución sea utilizado por mujeres que si pueden concebir hijos, pero no quieren quedar embarazadas por razones laborales, de estética o por simple comodidad, y deleguen esa responsabilidad en la mujer gestante. (Lamm, 2013). Tal imposibilidad debe estar acreditada por estudios médicos que serán presentados con el acuerdo para su homologación.
- Al menos uno de los comitentes debe aportar material genético. Este requisito se funda en que la gestación por sustitución es la única posibilidad que tienen la persona sola o parejas que no pueden concebir hijos de manera natural, de tener un

---

<sup>57</sup>Proyecto de ley 2574-S-2015 art. 12 presentado en el Senado de la Nación el 14-8-15, de autoría de la senadora Laura Gisela Montero <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016/05/20052016.pdf>

<sup>58</sup>Proyecto De Ley De Gestación Por Sustitución 5759-D-2016 <http://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/2453-proyecto-ley-gestacion-sustitucion>

hijo genéticamente propio. De manera tal que los comitentes que no puedan aportar material genético para la realización del procedimiento, no podrían optar por este instituto. Vale destacar que este requisito fue tachado de discriminatorio (Lamm, 2013).

Y de hecho creemos que es así, ya que en un caso reciente se ha permitido que una mujer sola, con impedimentos para concebir hijos propios y sin posibilidades de aportar material genético, se la habilitó a realizar un procedimiento de gestación por sustitución, previa pedido de homologación del acuerdo, declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial y autorización de realizar el tratamiento.<sup>59</sup>

- Someterse a estudios médicos y psicológicos.
- Contratar un seguro de vida a su costo a favor de la mujer gestante, el mismo deberá cubrir las contingencias que puedan derivarse de las prácticas médicas.

#### 3.4.5. El Consentimiento en el acuerdo de gestación por sustitución

Como elemento esencial para la celebración del contrato en estudio se requerirá que las partes presten su consentimiento. Esta declaración de voluntad debe ser hecha de manera clara e inequívoca, y nunca tacita, es decir, que por el solo hecho de comenzar con los preparativos del contrato se considerará que la voluntad ha sido expresada a favor de la celebración del acuerdo.

Este consentimiento se formará por la propuesta u oferta y la aceptación de la misma. La oferta puede partir de los comitentes o de la mujer gestante, como se describe en los vistos de la mayoría de los casos jurisprudenciales nacionales.<sup>60</sup>

La declaración de voluntad de la mujer gestante es el que más debe controlarse, además de ser acompañado de un estudio exhaustivo de los requisitos exigidos, por ser esta la parte del

---

<sup>59</sup> “A., M. T. y Otro – Solicita Homologación” Expte SAC N° 7057134  
<https://www.justiciaCordoba.gob.ar/Inicio/fileAdjunto.aspx?id=1199>

<sup>60</sup> Poder judicial de la Nación. Juzgado Civil N° 8 – 70522/2014 BARRIOS, BEATRIZ MARINA Y OTROS c/ GONZALEZ, YANINA ALICIA s/ IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN. Sentencia de 2016.

Juzgado Nacional en los Civil N° 102 “C., F.A. c/ R. S., M.L. s/ IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD. (SENTENCIA DE 2015)

Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, Provincia de Rio Negro. Solicita autorización judicial para implantación de embriones. Fallo del 06/07/2017. <http://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3263-se-autorizo-un-matrimonio-conformado-dos-hombres-ser-progenitores>(Recuperado 14/05/2018).

contrato que acarreará con el peso del procedimiento médico y posterior embarazo. Siguiendo a la Dra. Lamm (2013), esta resalta que se debe tener la certeza de que su consentimiento fue dado en forma libre, pleno e informado en el momento de la celebración del contrato, y en cada una de las etapas de ejecución del mismo.

El consentimiento es libre cuando fue prestado sin coerción, violencia, libre de error o que no haya sido objeto de un aprovechamiento de su situación psíquica o social económica.

Es pleno en cuanto se tiene capacidad para contratar y ejercer derechos y deberes y es informado no solo en cuanto al procedimiento médico, sino en cuanto al riesgo físico y psicológico que puede ocasionar el tratamiento.

#### 3.4.6. El objeto del contrato

El objeto de un contratos, por ser estos un acto jurídico, son las obligaciones que la partes pactan en el mismo, estas obligaciones tienen por objeto prestaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer.

El problema del objeto de los actos jurídicos radica en si estos están prohibidos por la ley, si son ilícitos, o si están reñidos con el orden público, la moral o las buenas costumbres.

El contrato de gestación por sustitución tiene por objeto el que una mujer se comprometa a gestar un embrión con material genético de los comitentes o de un donante en su útero, fecundado a través de una técnica de reproducción asistida, llevar el embarazo de manera responsable y una vez nacido el niño, entregarlo a los padres comitentes, estos a su vez se, como contraprestación, se comprometen a costear todos los gastos del tratamiento y todas las compensaciones pecuniarias que puedan surgir de la ejecución del mismo.

La doctrina que está en contra de la validez del contrato de gestación por sustitución, se muestra contraria a su regulación, entre ellos Zannoni, (1978), Bossert (1995) que nos dicen que la maternidad subrogada o alquiler de vientre, es un pacto, un acuerdo contrario a la moral, a las buenas costumbres, de objeto prohibido por lo que debería ser declarado nulo o inexistente, ya que en caso de no cumplirse lo pactado, no podría demandarse su cumplimiento porque no se puede negociar el estado de familia, y porque además las personas no pueden ser objeto de negocios jurídicos.

Chiapero (2012 pág. 120) por su parte nos dice que es incuestionables la nulidad del contrato de maternidad subrogada, aun cuando no hubiere precio, es decir motivada en fines altruistas.

La otra parte de la doctrina es la que reconoce la validez del contrato de gestación por sustitución y fundamentan su postura en la voluntad procreacional como objetivo del contrato, y además, por tratarse de un acto voluntario, libre y gratuito, con una motivaciones altruistas y un fuerte vínculos afectivos entre las partes intervinientes, es decir que no conlleva un interés económico y comercial, sino un interés puramente solidario y con intención de ayudar. (Famá, 2011)

La doctrina latinoamericana ha intentado encuadrar la figura del contrato de gestación por sustitución dentro de un arrendamiento de obra, ya que el objeto del acuerdo es crear un bebe, o también tipificarlo como un contrato de servicios. (Martinez Martinez, 2015). Esta autora citando a Martinez-Pereda y Massigoge Benegio en La Maternidad portadora subrogada o de encargo en el derecho español, consideran que el contrato de gestación por sustitución es un contrato que no puede equipararse, ni tipificarse con otras figuras contractuales tradicionales, porque la complejidad del acuerdo lo pone frente a actos jurídicos atípicos y complejos, en el que no solo intervendrán las partes que llevaran a cabo el objeto principal, sino que necesitaran de la ayuda indispensable y esencial de terceros como, médicos, centros de salud, abogados, psicólogos, entre otros que se requieran para concluir las prestaciones del acuerdo de manera exactas. Todas estas cuestiones hacen que no encuadre o no se pueda encuadrar dentro de los contratos conocidos.

La jurisprudencia argentina ha abrevado en la doctrina que está a favor del reconocimiento de la gestación por sustitución para fundamentar la validez del acuerdo y por ende en la licitud de su objeto.

Tenemos que en el fallo del 15 de Junio de 2016 nos dice, la teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada al tratarse de un acuerdo voluntario y libre. Respecto del argumento de la explotación o cosificación, el juzgador considera a este, paternalista y que subestima la capacidad de consentir de la mujer como también que le

impide ejercer su derecho a la privacidad y autodeterminación, estimo que no es el caso de autos<sup>61</sup>

En otro fallo jurisprudencial, en donde las partes presentaron un acuerdo al juez, este destaca en la sentencia, el consentimiento de la mujer gestante cuando hace notar que en las cláusulas del convenio, la misma, expresa su consentimiento previo y libre, y además su falta de voluntad procreacional. Destacando ella, su deseo de ayudar a sus amigos a ser padres.<sup>62</sup>

Podemos decir entonces que no todo acuerdo de gestación por sustitución puede ser llevado a cabo, para que este sea considerado válido y su objeto no sea tachado de ilícito, se necesitará cumplir con todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico y que deberían ser regulados en una futura ley. Así lo estima la jurisprudencia cuando nos dice, que un juez debe revisar el cumplimiento de todos los requisitos que la ley exija, entre ellos, el de acudir a la vía judicial, ejerciendo un control jurisdiccional de legalidad, para proteger y garantizar el interés de todas las partes, y en especial del niño. Y verificar además, la existencia de una voluntad procreacional cierta en los padres comitentes.<sup>63</sup>

#### 3.4.7. La causa del contrato

El art. 281 del Código Civil y Comercial nos dice que la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. Y que también integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.<sup>64</sup>

De manera tal que la causa es la finalidad inmediata autorizada por la ley y que ha sido determinante de la voluntad, ya que el contrato es en sí mismo finalidad. Comprendiendo tanto a la causa fin que es común a todo acuerdo típico, como así también a la causa fin que da motivos al acuerdo en especial, es decir, el fin común a las partes integrantes del acuerdo.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Poder Judicial de la Nación Juzgado Civil 7 en autos A. R., C. Y OTROS c/ C., M. J. s/IMPUGNACION DE FILIACION. (Sentencia del año 2016) <http://www.colectivoderechofamilia.com/a-r-c-y-otros-c-c-m-j-simpugnacion-de-filiacion/>

<sup>62</sup> Poder Judicial de la Nación JUZGADO CIVIL N° 83 Causa N° 81682/2014 – NN O, s/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO. (sentencia del año 2015) <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-civil-83-gestacion-por-sustitucion/>

<sup>63</sup> Juzgado de Familia de 2da. Nominación. – Autos N° 930 – “R., L.S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN” Expte. N° 3447358. Córdoba. (Fallo del año 2017) <http://www.sajj.gob.ar/juzgado-familia-2da-nominacion-local-cordoba-otros-solicita-homologacion-fa17160015-2017-11-22/123456789-510-0617-1ots-eupmocsollaf?>

<sup>64</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#9>

<sup>65</sup> *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Comentario a los Arts. 1012; 1013; 1014 / Caramelo, Gustavo. Pág. 410 - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. Versión pdf.

Si la causa es la razón de la realización de un contrato, en el contrato de gestación por sustitución consideramos que la causa fin sería, en la mujer gestante, el de ayudar a que una pareja matrimonio heterosexual u homosexual, o mujer u hombre solo, que tienen un impedimento médico o natural comprobable que les imposibilita tener hijos propios, la mujer gestante prestará su ayuda de manera altruista y solidaria concibiendo un hijo para ellos. Y en el caso de los comitentes, el de alcanzar el sueño de tener un hijo genéticamente propio y formar una familia en razón y concordancia con la voluntad procreacional expresada en el contrato.

En todos los casos jurisprudenciales de nuestro país se ha señalado en los vistos de las resoluciones, la intención de la mujer gestante, generalmente amiga íntima o pariente de los comitentes, su intención clara de ayudar a que los comitentes cumplan con sus deseos de ser padres.

Para no confundir el objetos del contrato con la causa del contrato deberemos decir que, el objeto del contrato para la mujer gestante es el de prestar su útero para concebir un hijo de los comitentes a través de una técnica de reproducción humana asistida, llevar el embarazo responsablemente hasta el nacimiento del niño y entregarlo a los padres comitentes. La causa fin en la mujer gestante será la de prestar su ayuda de manera altruista y solidaria a los comitentes.

Mientras que el objeto para los comitentes es el de entregar su material genético para la realización de la técnica de reproducción, pagar el tratamiento y las compensaciones acordadas a la mujer gestante y recibir el menor en el momento del nacimiento. Mientras que la causa para los comitentes será la de cumplir su sueños de ser padres genéticos de un niño a través de la voluntad procreacional expresada.

Se discute si la causa y el objeto de los contratos de gestación por sustitución son ilícitos o prohibidos, repitiendo los conceptos ya vertidos creemos que no los son por los fundamentos ya mencionados de la jurisprudencias argentina que serían, el principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional, la autonomía de la libertad contractual, la no discriminación, el derecho de igualdad y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

#### 3.4.8. La Forma del contrato.

Los contratos pueden ser formales o no formales, consideramos que el contrato de gestación por sustitución debe ser un contrato formal, y dentro de esta categoría, debe ser un

contrato formal y ad solemnitatem, es decir que debe tener una determinada forma establecida por la ley, que no puede ser reemplazada por ninguna otra forma y que de no respetarla, el contrato será declarado nulo de nulidad absoluta.

Siguiendo a Teitelbaum (2016) considera que las ventajas de celebrar el contrato en un documento público notarial le ofrece ventajas y asegura que la manifestación de la voluntad de los actores dará plena fe de las declaraciones vertidas en el documento.

Además resalta el autor, que los escribanos se encuentran habituados a elaborar su propio juicio respecto de la capacidad de las personas y podrían detectar cualquiera anomalía que vicie la voluntad de los contratantes y se negará a intervenir en la configuración del acuerdo.

En la tarea de redacción del contrato el notario público podrá realizar tareas de asesoramiento recabará información, documentación que podrán ser resguardadas.

Es de destacar que, el acto jurídico redactado ante escribano público goza, por imposición legal, de certeza de verdad de todo lo expuesto en el acto jurídico, también dará certeza del lugar y fecha en el que se realiza el mismo, aliviando la tarea de los magistrados a la hora de la homologación del mismo o para dictaminar, en base a lo redactado, en alguna cuestión que se presente. (Teitelbaum, 2016).

Por último, entre las características generales, el contrato de gestación por sustitución debe ser:

- Bilateral: Todo contrato es un acto jurídico con dos partes por lo menos, ya que las partes de obligan recíprocamente una con la otra.
- Gratuito: Siguiendo a la mayoría de la doctrina y al proyecto del Código Civil y Comercial, creemos que el contrato debe ser gratuito y con una finalidad altruista y solidaria, sin perjuicio de las compensaciones necesarias y gastos que el mismo ocasione a la mujer gestante y que los comitentes deberán afrontar como contraprestación. Igual no podemos dejar de destacar que algún fallo reconoció los gastos y abrió el debate por el lucro cesante y recomendó que el servicio de gestación por sustitución debiera estar remunerado, expresa el fallo que, más que un alquiler de vientre se paga por una prestación<sup>66</sup>. Agregando que es incongruente

---

<sup>66</sup>O.A.V., G.A.C., Y F.J.J. POR MEDIDAD AUTOSATISFACTIVA Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza EXPTE.Nº 714/15/1F (Sentencia de fecha 29/07/ 2015)



que la clínica, los abogados de las partes perciban honorarios por sus servicios y los comitentes reciban su hijo, pero la mujer gestante no perciba ninguna remuneración por el mayor esfuerzo realizado.

- Nominado e innominados: Al no haber una ley que lo regule el contrato de gestación por sustitución en un contrato innominado.

Tratándose de un contrato puramente atípico porque no encaja en ninguna de las figuras específicas, a pesar del intento de combinar elementos que corresponden a formas contractuales previstas por la ley, como un alquiler o locación de servicios.

Esta cuestión se resolvería con una apropiada regulación.

### 3.5. Pedido de autorización del tratamiento de implantación de embriones. Homologación del acuerdo. Procedimiento.

#### 3.5.1. Homologación. Concepto.

Según la Real Academia Española, homologar es dicho de autoridad, que contrasta el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto o de una acción<sup>67</sup>

En una de sus acepciones, homologación es la acción y efecto de homologar, que sería la confirmación por el juez de ciertos actos y convenciones de las partes. (Ossorio, 1992, pág. 475).

Una vez que las partes celebraron el contrato, y después de haber realizado los estudios en la clínica o centro de salud especializado, que permitan establecer la viabilidad del gestación de la mujer gestante, protocolizaran todo lo acordado y actuado ante escribano público, estando en condiciones de presentarse ante el juez competente para solicitar la homologación del acuerdo y el pedido de autorización del tratamiento de implantación de los embriones.

La homologación del acuerdo sería una de los pasos a seguir dentro del proceso de autorización de la implantación de los embriones y tiene la finalidad de verificación por parte del juez de que se hayan cumplido con los requisitos esenciales del acuerdo, sobre todo en lo referente al consentimiento de la mujer gestante, que no se encuentre viciado y de que ha entendido de manera clara, la información sobre el tratamiento y sus consecuencias.

---

<sup>67</sup><http://dle.rae.es/?id=Kbn7oZ7>

### 3.5.2. La autorización judicial. Procedimiento.

Tomando como modelos los proyectos de ley de gestación por sustitución presentados por la senadora Ing. Montero, Laura Gisela (S-2574/15) y del senador Cobos, Julio (S-825/18)<sup>68</sup> presentado en Junio de 2018, en los mismos se desarrollaron los procedimientos de autorización adecuados para que se pueda contar con la seguridad jurídica requerida para tan compleja figura jurídica.

Para comenzar con el procedimiento las partes deberán solicitar por escrito la autorización judicial ante juez competente del fuero de familia, consideramos que el fuero de familia es el pertinente porque cuenta con los equipos multidisciplinarios necesarios para actuar, ya que se verán involucradas cuestiones de derecho de familia, protección de menores y de derecho filiatorio.

El o los comitentes y la mujer gestante deberán contar con su respectiva asistencia letrada, pudiendo ser un mismo abogado para ambas partes.

La solicitud deberá contener los requisitos de una demanda:

- Nombre, domicilios, edad, estado civil, documento de identidad de los comitentes y de la mujer gestante.
- Una relación clara de los hechos que llevaron a las partes a tomar esta determinación
- Los hechos y el derecho en el que se funda la petición.
- La petición de autorización en términos claros y precisos.

La solicitud deberá ser acompañada de la siguiente documentación:

- El contrato de gestación por sustitución suscripto por las partes y protocolizado ante escribano público.
- Informe de la clínica o centro de salud habilitado, en donde conste que las partes del acuerdo fueron informadas sobre las técnicas de reproducción asistida humana a realizar. Que la mujer gestante entiende el proceso y los riesgos que implica y que ha explicitado su consentimiento libre, pleno e informado para realizar la práctica, una vez autorizada.
- Acreditar la identidad de las personas intervinientes en el acuerdo.
- Presentar certificado de nacimiento de al menos un hijo de la mujer gestante.

---

<sup>68</sup>[http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/avanzada\\_825/18](http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/avanzada_825/18).

- Presentar el certificado que acredite que la mujer gestante goza de buena salud física y psíquica.
- Presentar el certificado médico que acredite que los comitentes o comitente son incapaces de concebir, ya sea por razones médicas, de género u orientación sexual.
- Certificado que acredite que al menos uno de los comitentes o el comitente aporta material genético, en caso que ninguno de los comitentes aporte material genético, certificar que no se utilizará material genético de la mujer gestante.
- Acreditar, solo de ser necesario, certificado de residencia en el país de la gestante o de los comitentes o comitente de al menos 5 años.

La documentación que se describe debe ser presentada bajo pena de ser rechazada la solicitud. Se podrá aportar cualquier otra documentación o información de interés para la autorización que se solicita.

### 3.5.3. Pedido de dictamen interdisciplinario

Una vez que el juez acepta el pedido de autorización, solicitará al equipo multidisciplinario del poder judicial<sup>69</sup> que elabore un dictamen legal, médico, psicológico y socio-ambiental de las partes y su entorno familiar.

El informe interdisciplinario deberá dictaminar sobre:

- Evaluar la salud física y psíquica de la mujer gestante. Evaluar su aptitud para prestar el consentimiento para la celebración del contrato, para la realización del procedimiento médico y que entienda las implicancias y consecuencias del mismo. Evaluar si la decisión fue tomada de modo reflexivo y consultado con su pareja o cónyuge e hijos. Analizar su entorno familiar y socio-cultural.
- Evaluar la aptitud de los comitentes para actuar en ese carácter. Evaluar si la decisión fue tomada con total responsabilidad. Evaluar que cuenten con los necesarios recursos, tanto económicos, sociales y culturales para llevar a cabo este

---

<sup>69</sup>Juzgado de Familia de 2da. Nominación. – Autos N° 930 – “R., L.S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN” Expte. N° 3447358. Córdoba. (Fallo del año 2017) <http://www.sajj.gob.ar/juzgado-familia-2da-nominacion-local-cordoba-otros-solicita-homologacion-fa17160015-2017-11-22/123456789-510-0617-1ots-eupmocsollaf?>

proyecto de vida. Analizar el entorno y el apoyo del círculo íntimo familiar, acompañado de un informe socio-ambiental y psicológico.<sup>70</sup>

- Informe y evaluación que constate que el o los comitentes son incapaces de gestar médica o natural.
- El juez podrá agregar otras evaluaciones o informes que considere pertinentes.

#### 3.5.4. La autorización judicial.

El juez, una vez que ha escuchado a las partes y analizado los dictámenes e informes en las audiencias previstas por cada código de procedimiento, autorizará el procedimiento de implantación de los embriones.

Entre las pautas que deberá tener en cuenta el juez para resolver la autorización tenemos:

- Tener siempre presente en la resolución el interés superior del niño por nacer.
- Comprobar que todos los requisitos de ley fueron cumplidos.
- Fundamentar porque considera favorable el dictamen y evaluación multidisciplinaria.
- La evaluación en las audiencias respecto de si las partes han prestado su consentimiento de manera previo, libre e informado sobre el convenio y el procedimiento médico.
- Algunos proyectos de ley de gestación por sustitución agregan como pautas a tener en cuenta por el juez para dictar la autorización del procedimiento, que constate el vínculo afectivo entre gestante y comitentes.<sup>71</sup>

#### 3.5.5. La resolución

La sentencia en su parte resolutoria ordenará:

1. Homologar el acuerdo suscripto por las partes.
2. Proceder a la autorización del procedimiento de implantación de embriones.
3. Ordenar la inscripción del niño o niña, nacido del procedimiento medico autorizado, como hijo de los comitentes y ordenar al Registro Civil y de Capacidad de las Personas que expida el certificado de nacimiento correspondiente.
4. Hacer constatar en la clínica que la mujer gestante es solo portante sin vinculación genética y filial con el niño o niña.

<sup>70</sup>Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, Provincia de Rio Negro. Solicita autorización judicial para implantación de embriones. Fallo del 06/07/2017. <http://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3263-se-autorizo-un-matrimonio-conformado-dos-hombres-ser-progenitores>

<sup>71</sup><http://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/2453-proyecto-ley-gestacion-sustitucion>. PROYECTO DE LEY DE GESTACION POR SUSTITUCION 5759-D-2016. Art 11, inc. 20

5. Imponerle a los padres procreacionales la obligación de, que en el momento oportuno cuando el hijo o hija cuente con la madurez suficiente para entender, informarle respecto de su origen gestacional.

Se le reconoce el derecho de acceder al expediente judicial, y a toda información médica y administrativa, según el Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>72</sup>

### 3.5.6. Obligación de la clínica que realizará el procedimiento.

El centro de salud no podrá proceder a realizar la transferencia embrionaria sin la autorización correspondiente.

La falta de autorización judicial previa hará que la filiación del niño o niña nacido del procedimiento de gestación por sustitución se determine por las normas de la filiación por naturaleza.

### 3.6. Efectos del contrato de gestación por sustitución homologado y autorizado.

El principio general respecto de los efectos del contrato está dispuesto en el art. 1021 del Código Civil y Comercial cuando nos dice que el contrato solo tiene efecto entre las partes que contratan, y no tendrá efecto respecto de terceros a excepción de lo dispuesto por la ley.

Los contratos no pueden hacer surgir obligaciones respecto de terceros, ni los terceros invocaran derechos sobre contrato, excepto que la ley así lo disponga.

El efecto más importante en un contrato de gestación por sustitución es que cuando este ha sido homologado y se autorizado el procedimiento, el acuerdo adquiere obligatoriedad, las partes quedan obligadas al cumplimiento de lo pactado. Las partes ya no podrán sustraerse al deber de cumplir. (Cordobera, 2015.)

Otro efecto importante es el que los contratos deben cumplirse siempre ajustándose al contenido de las cláusulas según la interpretación de la partes y no pueden ir más allá.

---

<sup>72</sup>ARTÍCULO 564. *Contenido de la información* A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

ARTÍCULO 563. *Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida* La información relativa a que la persona 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.

De lo expuesto surge que las partes de un contrato de gestación por sustitución homologado y autorizado por autoridad judicial, quedan obligadas al cumplimiento de las prestaciones pactadas que serían:

### 3.6.1. Derechos y obligaciones de la mujer gestante:

#### - Obligaciones:

- ✓ Someterse a los estudios previos físicos y psicológicos que determinaran la viabilidad del tratamiento.
- ✓ Someterse al tratamiento de reproducción asistida.
- ✓ De ser exitoso el tratamiento, cuidar de su salud durante el embarazo y de la salud de niño en gestación.
- ✓ Permitir las visitas programadas en el acuerdo e informarle a los comitentes del avance de la gestación o cualquier otra novedad importante.
- ✓ Una vez nacido el niño o niña entregarlo a los comitentes.
- ✓ No interferir en el proceso de anotación del menor. (Arias, Sepúlveda, 2015)

#### - Derechos

- ✓ A que se la cubran los gastos necesarios de los estudios previos.
- ✓ A que se le pague el tratamiento de gestación.
- ✓ Cubrir durante el embarazo con todas las necesidades pactadas en el acuerdo y compensar los gastos realizados por la gestante en todo lo relacionado al proceso de gestación.
- ✓ Si se pactó, compensar el lucro cesante.
- ✓ Derecho al acompañamiento por parte de los comitentes durante todo el proceso.

### 3.6.2. Derecho y obligaciones de los comitentes

#### - Obligaciones.

- ✓ Cubrir todos los gastos de los estudios previos al tratamiento.
- ✓ Cubrir todos los gastos del tratamiento de la técnica de reproducción asistida.
- ✓ Cubrir todas las necesidades de la mujer gestante pactados en el acuerdo y compensar los gastos realizados por la misma que estén relacionados directamente con el proceso de gestación.
- ✓ Si se pactó, compensar lucro cesante.
- ✓ Cumplir con las visitas programadas en el acuerdo, acompañar y receptar las inquietudes e información dadas por la gestante.

- ✓ Estar presentes al momento del parto.
  - ✓ Recibir el menor.
  - ✓ Anotar al recién nacido en el Registro Civil como hijo de él o los comitentes.
  - ✓ Una obligación que pesa sobre los comitentes, que puede o no surgir del acuerdo, pero que si surgirá de la resolución que autorizará el tratamiento, es el deber ineludible de los padres procreacionales de hacer saber al hijo o hija nacido de este tipo de tratamientos de reproducción asistida, en el momento en que estos tengan la madurez suficiente, su origen gestacional.
- Derechos.
- ✓ Derechos a que la mujer gestante se someta a los estudios previos pactados.
  - ✓ Derecho a que la gestante se someta al tratamiento de reproducción asistida.
  - ✓ Derecho a que la mujer gestante sea responsable con el cuidado de su salud y con la salud del niño en gestación.
  - ✓ Derecho a que se le permitan las visitas programadas en el acuerdo y derecho a estar informado en todo momento del proceso de embarazo.
  - ✓ Derecho a que se le entregue el niño recién nacido.
  - ✓ Derecho a que la mujer gestante no interfiera, ni obstaculice la anotación del menor en el Registro Civil por parte de los comitentes.

### 3.7. El Incumplimiento en el contrato de gestación por sustitución.

El incumplimiento de una obligación nacida de un contrato genera que la parte que se ha visto afectada por la conducta antijurídica, pueda reclamar el daño injustamente ocasionado por el accionar de la parte incumplidora del acuerdo.

Nuestro Código Civil y Comercial ha unificado las responsabilidades, ya que la responsabilidad contractual como la extracontractual, tienen en realidad la misma finalidad, que es resarcir todo perjuicio injustamente ocasionado. Al contener los mismos elementos como son antijuridicidad, factor de atribución, relación causal y daño, justificaron su unificación (Vivas, 2017).

El contrato de gestación por sustitución es un contrato complejo que requiere, según nuestra opinión, un tratamiento especial dentro de la esfera de la responsabilidad producida por el incumplimiento del mismo, esto es por los intereses de orden público que se enervan, del interés del menor como principio fundamental a tener en cuenta, por las cuestiones de salud que pueden llegar, en el caso más extremo, hasta el riesgo de vida de la mujer gestante.

### 3.7.1. El arrepentimiento de la gestante antes de iniciar el tratamiento.

¿Es posible el arrepentimiento de la mujer gestante a realizarse el tratamiento? ¿Tal conducta puede ser tenida como un incumplimiento de contrato? Son las primeras preguntas que nos hacemos de esta cuestión.

Creemos que la ejecución forzada del contrato en este caso es imposible debido a sus características.

Y consideramos además, que la mujer gestante podrá arrepentirse de cumplir con el acuerdo, aunque este ya se hubiese protocolizado ante escribano, y más aún, aunque este ya se hubiere homologado y el tratamiento este autorizado por el juez competente, siempre y cuando no se hubiere producido la transferencia de embriones.

Las variables y presiones a las que puede estar expuesta la gestante hacen posible pensar que el arrepentimiento puede ser una opción que se haga realidad. Por eso consideramos que los comitentes deberán prever esta posible situación, afrontando la pérdida del costo del tratamiento, gastos y compensaciones.

Esta posible contingencia debería estar prevista en una cláusula del contrato y de producirse, el juez que entendió en la causa deberá analizar el arrepentimiento, analizar si el contrato preveía tal situación, y de no preverla considerar si esta decisión ocasiona o no un daño a los comitentes, pero nunca podrá ordenar que se cumpla el contrato de manera forzada.

### 3.7.2. La decisión de la mujer gestante de interrumpir el embarazo

Solo en caso en que el embarazo ponga en riesgo la vida o salud de la gestante podrá esta pedir que se interrumpa.

No podrán pedir la interrupción de un embarazo normal y viable fruto del contrato, ni la mujer gestante, ni los comitentes. Hay que tener en cuenta, como ya dijimos, que la mujer gestante no es madre, que ella presta su útero para gestar el hijo de la otra parte del contrato. Por lo tanto no podría decidir la interrupción del embarazo que es normal, que no ha puesto en riesgo ni la salud, ni la vida de la mujer gestante.



### 3.7.3 Arrepentimiento de la gestante en entregar el niño

Puede darse que la mujer gestante no quiera cumplir con la obligación de entregar el niño recién nacido, si bien en nuestro país tal situación todavía no se ha planteado, si ha sucedido en el derecho comparado siendo la solución a la cuestión según la mujer gestante haya aportado o no material genético o teniendo en cuenta el cambio de circunstancia en las relaciones entre comitentes y gestante, pero siempre teniendo en miras el interés superior del niño. (Lamm, 2013, pág. 290).

En reino Unido, por ejemplo, se le confiere a la gestante un periodo de reflexión de 6 semanas en el que decidirá si se quedará o no con el niño. (Lamm, 2013, pág. 291).

En Grecia, una vez autorizado el acuerdo y transferido los embriones no hay posibilidad de arrepentimiento, ni periodo de reflexión, la gestante está obligada a entregar el recién nacido inmediatamente y los comitentes tienen la obligación de hacerse cargo del menor en ese mismo momentos. (Lamm, 2013, pág., 291).

En Sudáfrica, si la mujer gestante aportó material genético, tiene derecho a resolver el contrato dentro de los 60 días de nacido el niño presentando una notificación al tribunal.

En New Hampshire, Estados Unidos, la ley prevé que en todos los contratos de gestación por sustitución la gestante tiene el derecho de resolver el contrato hasta 72 horas después de nacido el menor (Lamm, 2013, pág. 292).

En Israel, la mujer gestante, no tiene la facultad de resolver el contrato una vez autorizado, salvo que el tribunal considere que han cambiado las circunstancias en las que fue celebrado el acuerdo y en miras del interés superior del niño.

En nuestro esbozo teórico de un contrato de gestación por sustitución, si fuera legislado por nuestro ordenamiento, creemos, siguiendo a la Doctora Lamm, (2013) que si la mujer gestante no aporta material genético, si ha contado con el tiempo suficiente para meditar su decisión de ayudar a los comitentes, si ha volcado su consentimiento desprovisto de toda presión o vicio de la voluntad y si ha contado con asesoramiento médico y psicológico, si ha concurrido a todas las audiencias ordenadas por el juez autorizante, permitirle que al momento del nacimiento del niño tomar la decisión de resolver el contrato no entregando al menor, sería convalidar una actitud desmedida y desproporcionada, y porque además ella no es la madre del menor, solo ha prestado su útero para gestarlo.

Siguiendo a la autor mencionada, al art. 562 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial y a la jurisprudencia en los casos de pedido de autorización e impugnación de la maternidad planteados, concluimos que en nuestro ordenamiento y bajo las circunstancias previstas, la mujer gestante tiene siempre la obligación de entregar el menor en un tiempo prudencial inmediato al nacimiento del menor y a no interferir de ninguna manera en el emplazamiento del estado de filiación a favor de los comitentes, ni en la anotación del mismo en el Registro.

#### 3.7.4. Incumplimiento de los comitentes.

El incumplimiento del contrato de gestación por sustitución por parte de los comitentes generará la obligación de resarcir los daños ocasionados a la mujer gestante.

El no realizar los pagos de los gastos y compensaciones previstos en el contrato, por lo tanto la gestante podrá reclamar por daños y perjuicios.

Los comitentes también deberán hacerse cargo de cualquier daño a la salud de la gestante que puede surgir como consecuencia directa del tratamiento y embarazo, la gestante tendrá el derecho de demandar por estos daños. Por esta razón se recomienda como requisito importante que los comitentes contraten un seguro de riesgo y de vida a favor de la gestante.

Los comitentes deberán cumplir con la obligación de visita y constante comunicación con la mujer gestante durante el tratamiento y posterior embarazo, su incumplimiento también deberá generar la responsabilidad de resarcir por el daño que esta situación pueda ocasionar.

Ahora bien ¿qué pasaría si los padres procreacionales, los comitentes no aceptan recibir al menor cuando nazca? Estamos frente al incumplimiento de la obligación principal del contrato de gestación por sustitución.

Los comitentes, ahora ya padres procreacionales, tienen la obligación de aceptar al recién nacido sin excusas que estén dirigidas a la condición de la salud o de alguna discapacidad que el menor presente al nacer. Tal situación deberá ser resuelta por el mismo juez que entendió en la autorización, dejando al menor en guarda del Ministerio Público Tutelar.

La mujer gestante no podrá tener la guarda del menor, salvo que ella acepte tal responsabilidad, ya que, como repetimos en más de una ocasión, la mujer gestante no es madre del menor, ella no ha querido ser madre, ella solo ha ayudado a que los comitentes puedan serlo, por lo tanto no podrá exigírsele tal responsabilidad a menos que ella la acepte,

en consecuencia los comitentes responderán por todos los gastos que esta situación genere, más indemnización por los perjuicios ocasionado.

### 3.7.5. El daño resarcible. El daño moral.

Como adelantáramos las partes del contrato de gestación por sustitución podrán por mutuo o por decisión de una de las partes, extinguir el acuerdo antes de la homologación y autorización o después, pero siempre con la obligatoria condición de que esta situación suceda antes de la transferencia de los embriones.

Por ser un contrato con prestaciones especialmente complejas creemos en la necesidad de que las partes contraten un seguro que cubra algunas de las contingencias que puedan preverse.

Si el acuerdo todavía no fue homologado, las partes podrán acordar de mutuo acuerdo las restituciones que consideren oportunas o recurrir al juez en caso de controversias.

Pero si el acuerdo hubiese sido homologado y el tratamiento autorizado, será el mismo juez el que atienda toda contingencia o desacuerdo que surja entre las partes.

Si la extinción del contrato se da a través de una rescisión o distracto de mutuo acuerdo entre las partes, la misma producirá los efectos hacia el futuro (ex nunc) y por lo tanto no tendrá efectos retroactivos.

Las partes deberán acordar que se restituirán en función de lo pactado en el distracto<sup>73</sup>, pero nunca se le hará responsable a la gestante del pago de honorarios de abogados, tratamiento médico de reproducción asistida u otros gastos acordados en el contrato y de obligación exclusiva de los comitentes.

Si la mujer gestante decide extinguir el contrato<sup>74</sup> por razones que el juez competente considera atendibles, esta deberá restituir todo lo que los comitentes le hubieren adelantado en gastos que todavía no sucedieron, es decir todo lo que se le adelantó en concepto de gastos futuros. No se le podrá exigir el pago de honorarios de abogados, gastos del tratamiento médico, ni la restitución de lo que se le pagó en conceptos de gastos efectivamente acaecidos.

---

<sup>73</sup> Artículo 1076 del Cód. Civil y Comercial: Rescisión bilateral El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros.

<sup>74</sup> Artículo 1077 del Cód. Civil y Comercial: Extinción por declaración de una de las partes El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad.

Si los comitentes deciden de manera unilateral extinguir el contrato, deberán hacerse cargo de los gastos y compensaciones efectivamente ocasionados a la gestante y de todos los demás costos a los que se obligaron en el contrato en lo que hace el tratamiento y demás honorarios.

Ahora bien, si la mujer gestante decidiera poner fin al contrato sin aducir razones atendibles o comprensibles y el contrato ya hubiere sido homologado y autorizado ¿podrán los comitentes demandar a la mujer gestante por Daño Moral?

Las consecuencias no patrimoniales como las llaman en el Código Civil y Comercial puede definirse como la lesión a los intereses no patrimoniales provocados por un hecho ilícito, es una lesión de índole espiritual que sufre una persona en su estado de ánimo, generando un dolor y angustia grave<sup>75</sup>

Creemos que tal reclamo judicial es posible, pero será el juez que entendió en la homologación y autorización el que deberá decidir sobre esta cuestión.

### 3.8. Obligaciones de medios y de resultado.

Si de las circunstancias de la obligación o del contrato firmado por las partes surge que el deudor debe obtener un resultado determinado e ineludible, no encontramos en presencia de una obligación de resultado. Estas obligaciones tienden a la obtención de un resultado determinado. La responsabilidad del deudor es objetiva, la culpa es irrelevante a los efectos de atribuir la responsabilidad. El deudor solo podrá liberarse demostrando la acusa ajena, rompiendo el nexo causal.<sup>76</sup>

Mientras que las obligaciones de medios hacen referencia a la conducta del deudor. El deudor debe realizar una determinada actividad con las diligencias que la misma exija, comprometiendo sus buenos oficios y aplicando su mejor esfuerzo, con independencia del éxito del resultado esperado, es decir que el interés final aspirado es aleatorio, puede o no darse, pero el deudor cumple con la obligación siendo prudente y diligente. El factor de atribución en las obligaciones de medios es siempre subjetivo, es necesario la culpa del deudor para generar una responsabilidad.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> *El daño moral: sus alcances en el Código Civil y Comercial, legitimación, alcances de la reparación.* [http://server1.utsupra.com/site1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00404311030](http://server1.utsupra.com/site1?ID=articulos_utsupra_02A00404311030) Fecha: 15/08/2018.

<sup>76</sup> Código Civil y Comercial de la Nación art. 1722 y 1723.

<sup>77</sup> Vazquez Ferreyra, Roberto A. “*Las obligaciones de medios y de resultado en el Código Civil y Comercial*” [https://www.academia.edu/28835423/Las\\_obligaciones\\_de\\_medios\\_y\\_de\\_resultado\\_en\\_el\\_C%C3%B3digo\\_Civil\\_y\\_Comercial](https://www.academia.edu/28835423/Las_obligaciones_de_medios_y_de_resultado_en_el_C%C3%B3digo_Civil_y_Comercial)

En el contrato de gestación por sustitución nos encontramos con numerosas obligaciones a cumplir recíprocamente por la gestante y por los comitentes.

Para atribuir eventualmente la responsabilidad de cada una de las prestaciones habrá que determinar si las mismas son de medio o de resultado.

Tenemos, entonces, que en una primera etapa del acuerdo ambas partes deberán someterse a análisis y estudios médicos y psicológicos previos. En esta etapa podemos decir que ambas obligaciones son de resultado, ya que la finalidad ineludible de la prestación es presentarse a la realización de los estudios. Ambas partes cumplirán con presentarse y estar disponibles para los análisis.

Ya en la etapa del tratamiento de reproducción humana asistida y gestación de los embriones, las obligaciones de la mujer gestante son de prudencia y de cuidado, sus obligaciones serán de medios, la gestante cumple en someterse a la transferencia de embriones, de cuidar del embarazo, su salud y la salud del por nacer, el resultado del procedimiento médico no depende de ella. Y será de resultado cuando deba permitir el derecho de visita y seguimiento del embarazo por parte de los comitentes. (Arias, Sepúlveda, 2015.)

En esta etapa las obligaciones de los comitentes son de resultado, ya que deberán cumplir con el pago del procedimiento médico, cumplir con el régimen de visita y la erogación de los gastos y compensaciones acordadas. Y por último, también será de resultado para ambas partes, la obligación de recibir, por parte de los comitentes al menor, cuando la mujer gestante lo entregue según lo pactado.

Por último, la obligación será de resultado para la parte comitente tramitar la inscripción del menor en el registro de las personas.

### 3.8.1. Responsabilidad de la clínica o centro de salud.

De acuerdo con el art. 1768 del Código Civil y Comercial nos dice que la actividad del profesional liberal, en principio, está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer y sujeta a la responsabilidad subjetiva, salvo que se haya comprometido un resultado concreto.

Es decir que los profesionales liberales, en este caso los médicos, responden por su accionar siguiendo las reglas de las obligaciones de medios, es decir que tiene a su cargo el

deber de ser diligentes, prudentes, comprometer sus buenos oficios y esfuerzos, en procura de alcanzar el resultado final, aunque este no se concrete en la realidad.

Es decir que el incumplimiento de los médicos en la realización del tratamiento de fertilización asistida quedará plasmado cuando obraran con negligencia en la práctica del tratamiento. Su responsabilidad es subjetiva.

Pero dentro de estos tratamientos de fecundación asistida, existen riesgos que deben ser previstos por los médicos y que entrarían ya en la órbita de las obligaciones de resultado y así fueron expresados en distintos fallos jurisprudenciales en donde se dijo que si bien la obligación de los médicos es de medios, el no adoptar las medidas que debió haber implementado para evitar que una niña nacida por medio de técnicas de reproducción asistida padeciera una grave patología genética -fibrosis quística-, este tipo de daño lo ha hecho infringiendo una obligación de resultado, y a ello debe sumarse el incumplimiento de la obligación objetiva de seguridad que lo hace pasible de reproche y que solamente pudo exonerarlo si hubiera acreditado la ruptura del nexo causal, y a este fin no alcanza el consentimiento informado suscripto por los progenitores. El fallo aclara que para obtener un consentimiento libre e informado en un tratamiento de fertilización asistida, es menester informar a los involucrados y especificar de manera clara el alcance de los estudios de factibilidad de portación de mutaciones en los genes de los donantes y la posibilidad de contener alguna mutación no detectable. De esta manera, ante la información detallada, se pueda obtener de las partes un consentimiento libre con la asunción plena y responsable de los riesgos del procedimiento medico a implementarse.<sup>78</sup>

### **3.9. La extinción del contrato de gestación por sustitución**

El contrato de gestación por sustitución se extinguirá por:

- ✓ El cumplimiento efectivo de todas las obligaciones que surgieran del mismo. Gestación y embarazo exitosos, entrega del menor, pago de compensaciones y gastos. Inscripción del menor por parte de los comitentes.
- ✓ Por imposibilidad de cumplimiento que sea objetiva, absoluta y definitiva de la obligación producida por caso fortuito o fuerza mayor, sin derivar en

---

<sup>78</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala/Juzgado: D. G. A. M. y otros c/ R. L. R. y otros s/ daños y perjuicios – resp. prof. médicos y aux. Fallo del año 2016  
<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/01/04/responsabilizan-al-medico-y-al-centro-interviniente-por-los-danos-de-una-nina-concebida-por-fecundacion-intrauterina-que-nacio-con-fibrosis-quistica-2/>

responsabilidad alguna entre las partes. Si la imposibilidad sobreviene por culpa de alguna de las partes, será el juez que entendió en la homologación el que determine la reparación del daño.<sup>79</sup>

- ✓ Por imposibilidad de cumplimiento temporaria, cuando el tiempo transcurrido por su duración, frustre el interés de alguna de las partes de modo irreversible.<sup>80</sup>
- ✓ Algunos de los proyectos de ley que se presentaron en el Congreso de la Nación, contemplaban la posibilidad de, que de no realizarse la transferencia embrionaria dentro del año contados desde la homologación y autorización, ya no podría realizarse, dando lugar así a una forma más de extinción del contrato.<sup>81</sup>
- ✓ Las partes podrán rescindir el contrato de manera bilateral.<sup>82</sup>
- ✓ El contrato se podrá extinguir por declaración de una de las partes. Si el contrato contiene cláusulas resolutorias expresas, indicando la facultad de alguna de las partes de resolver el contrato en caso de incumplimientos puntualmente pactados. O haciendo uso de la facultad legal de invocar las cláusulas resolutorias implícitas en todo contrato bilateral para aquellos incumplimientos no previstos expresamente en el acuerdo.<sup>83</sup>
- ✓ La muerte de la gestante y el embrión.
- ✓ La muerte de los o el/la comitentes no producirá la extinción del contrato.

### 3.10. Conclusión parcial

Hemos desarrollado el problema de investigación que nos planteáramos al comienzo de nuestro trabajo final, que es el de esbozar y elaborar una teoría sobre cuáles serían los presupuestos, elementos esenciales y naturales, y que características debería contener un contrato de gestación por sustitución para que pueda encajar en nuestro ordenamiento jurídico sin violentar el orden público, la moral, las buenas costumbres y que además pueda ser

<sup>79</sup> Imposibilidad de cumplimiento. Definición. Art 955. Código Civil y Comercial de la Nación.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#19>

<sup>80</sup> Imposibilidad temporaria. Art. 956. Código Civil y Comercial de la Nación.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#19>

<sup>81</sup> <http://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/2453-proyecto-ley-gestacion-sustitucion>. PROYECTO DE LEY DE GESTACION POR SUSTITUCION 5759-D-2016. Art. 18.

<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/avanzada/825/18>. Art 26.

<sup>82</sup> Rescisión bilateral. Art 1076. Código Civil y Comercial de la Nación.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#19>

<sup>83</sup> Art 1086 Clausula resolutoria expresa y art. 1087 Clausula resolutoria implícita. Código Civil y Comercial de la Nación. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#19>

considerado válido evitando la nulidad absoluta, respetando el interés superior del niño por nacer, cuidando la dignidad y salud de la mujer gestante y proporcionarle a los comitentes la posibilidad de crear una familia.

Basándonos en la doctrina, los tratados internacionales de derechos humanos, los proyectos de ley presentados por senadores nacionales y por sobre todo en la jurisprudencia nacional que resolvió siempre a favor de esta figura, es que elaboramos este capítulo del trabajo final con la firme convicción de que el contrato de gestación por sustitución es una institución que se presenta en la sociedad para ayudar, para ser una opción más para aquellas que persona que quieren formar una familia y que por motivos médicos no lo pueden hacer.

De más está decir que si se trató en el Congreso la despenalización del aborto, figura más que controvertida y que hoy sigue tipificada como delito en el Código Penal, cuanto más podría tratarse este contrato para la aprobación de una ley que lo regule, que alejado de la controversia de interrumpir una vida inocente, intenta y busca crearla con la finalidad más que loable que es la de formar una familia.



## **CAPITULO IV**

## CAPITULO IV

### El contrato de gestación por sustitución y sus consecuencias en las fuentes de filiación reconocidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

#### 4.1. Introducción

La reforma constitucional de 1994 incorpora con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos que ampliaron el contexto normativo del derecho nacional.

Hoy es impensable que en un fallo de nuestra jurisprudencia no encuentre su fuente de fundamento en las convencionales internacionales contenidas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, si se encuentran en juego algunos de los derechos reconocidos en ellas.

Tan es así que la Corte suprema en el caso Ekmekdjian c/ Sofovich de 1992, en el caso Girolodi de 1995, en el caso Mazeo de 2007, dijo que, la violación de un tratado puede ser tanto por normas de derecho interno que sean contrarias al tratado, como la omisión de establecer normas que hagan posible su cumplimiento. Más adelante sostiene que, la ratificación de un tratado internacional por parte de un Estado, obliga a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo aplique en los casos concretos que el tratado contemple, siempre que las disposiciones sean lo suficientemente concretas, que puedan adaptarse de manera directa a los hechos en cuestión, dándole así, operatividad al tratado.

La reforma de la constitución trajo aparejado cambios sociales y jurídicos que desembocaron en una revisión de la mayoría de las instituciones jurídicas de derecho privado, en especial las relacionadas al derecho de familia. (Herrera, 2015)

Este fenómeno social y jurídico plagado de cuestionamientos al ordenamiento jurídico y a las normas sociales establecidas, llevo a los operadores del derecho a plantearse la tan demorada reforma del Código Civil vigente en ese momento.

El decreto que creó la comisión para la elaboración del proyecto de reforma del Código Civil fue claro al decir que el derecho privado, en su totalidad, se vio afectado por las relevantes transformaciones culturales y las modificaciones legislativas que se produjeron en las últimas décadas, en donde la reforma de la constitución de 1994, con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y la interpretación que de ellos realizó la

jurisprudencia, crearon la necesidad de proceder a la actualización y unificación del derecho privado.<sup>84</sup>

La sanción de la ley de Matrimonio Civil, llamada ley de matrimonio igualitario, la sanción de la ley de Identidad de Género, así como la ley de Reproducción Medicamente Asistida crearon un impacto en las instituciones del derecho de familia, en el concepto de familia tradicional y generaron controversias en el derecho filiatorio.

El nuevo Código Civil y Comercial se hace eco de estos cambios culturales, regulando las relaciones familiares de manera tal que lo importante y central pasa a ser la persona humana y su libertad de elegir la manera o forma en que organizará su vida familiar sin que el Estado se inmiscuya en su vida íntima con regulaciones que protejan a un tipo de familia, creando escollos o discriminado la elección de otras formas de organización familiar. (Herrera, 2015).

La gestación por sustitución surge entre todos estos fenómenos sociales y reconocimientos de derechos expresados en las leyes mencionadas, a tal punto que el proyecto de reforma del Código Civil la había tenido en cuenta, pero finalmente no prosperó.

A pesar de su no inclusión en el nuevo Código, la fuerza de la realidad hizo que parejas y matrimonios heterosexuales y homosexuales decidieran utilizarla como una opción para solucionar su problema médico de no poder concebir un hijo genéticamente propio y así poder constituir una familia, aprovechándose, para esto, del argumento de que al no estar expresamente prohibida, la gestación por sustitución, estaría permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero problema de la utilización de la gestación por sustitución no es solamente el acuerdo, el contrato, su nulidad o no, o su cuestionamiento moral, el problema más importante es la filiación del menor nacido de esta práctica, ya que el Código Civil y Comercial sigue teniendo como principio jurídico para la determinación de la filiación, aún para los nacidos de técnicas de reproducción humana asistida, el hecho del parto, es decir “mater semper certa est”.

En este capítulo analizaremos como la voluntad procreacional expresada en el contrato de gestación por sustitución puso en jaque el dogma romana para la determinación de la filiación y que consecuencias trajo esto al derecho filiatorio.

---

<sup>84</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/179643/norma.htm>

## 4.2. Filiación

### 4.2.1. Concepto

La filiación es definida como el vínculo jurídico, determinado por la procreación entre progenitores e hijos. (Bossert, Zannoni, 2016).

El viejo Código Civil nos decía en su art. 240 que el vínculo filial podía tener lugar por naturaleza o por adopción y, además, podía ser matrimonial o extramatrimonial y que estas dos fuentes de filiación, por naturaleza o adopción, producirían los mismos efectos legales, siempre que la adopción fuera plena.

El Código Civil y Comercial en su art. 558 declara que las fuentes de filiación son por naturaleza, por adopción y la que tiene su origen en las técnicas de reproducción humana asistida, y que tanto la adopción plena, la por naturaleza y las originada por las técnicas médicas asistidas, sean matrimonial o extramatrimonial, surtirán los mismos efectos jurídicos dispuesto en el Código.

Se observa que el nuevo Código reproduce el art. 240 del viejo código de Vélez, agregando la fuente filiación que tiene su origen en las técnicas de reproducción asistida, fruto de la sanción de la ley que regula tales técnicas y de las exigencias que la realidad social venía exigiendo.

Deja claro que no hay diferencia entre la filiación que surge de la relación sexual y la que surge de las practicas medicas de reproducción, adquiriendo relevancia para la determinación de la filiación, en este caso, la idea de la voluntad procreacional como modo de atribuirla.

### 4.3. Determinación de la filiación.

Cuando la filiación tiene lugar por naturaleza, la ley atribuye a los progenitores el vínculo jurídico, cuando el nexo biológico se considera acreditado, y de esta manera la maternidad o la paternidad quedan jurídicamente determinadas. El recién nacido queda emplazado en el estado de hijo.

En el caso de la adopción, la determinación de la filiación se da a través de un proceso judicial que a través de una sentencia, se creará entre personas no ligadas por lazos biológicos un vínculo jurídico filial que tendrá los mismos efectos legales que la filiación consanguínea.

Para el caso de las parejas unidas en unión convivencial o matrimonios heterosexuales u homosexuales, o personas solas, que padezcan de problemas de infertilidad o esterilidad, o que por cuestiones naturales no pueden concebir un hijo, el Código se ha visto en la necesidad de cambiar las reglas generales y tradicionales para la determinación de la filiación cuando éstas parejas o matrimonios, se sometan a un procedimiento de reproducción humana asistida.

En estos casos para la determinación de la filiación, como lo dispone el art. 562 del Código Civil y Comercial, el recién nacido será hijo de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, libre e informado, con independencia de quien haya aportado el material genético. Es decir que se conjugan la voluntad procreacional y el hecho del parto, ambas circunstancias atribuyen la filiación en los casos de la utilización de técnicas de reproducción asistida.

#### 4.3.1. Modos de determinación de la filiación.

Para Bossert y Zannoni (2016) los modos de determinación de la filiación son:

- El legal
- El voluntario o negocial
- El judicial

El legal: es cuando la ley en base a ciertos supuestos, así lo establece en sus normas, un ejemplo de esto es el art. 565 del Código que expresa que la determinación de la maternidad se establecerá con la prueba del nacimiento y con la identidad del nacido.

Otro ejemplo sería el de la determinación de la filiación matrimonial en donde se indica que se presume hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio.

La voluntaria o negocial: cuando la determinación de la filiación se atribuye por el reconocimiento expreso o tácito que hacen uno o los dos progenitores. La ley otorga al reconocimiento plenos efectos para emplazar al menor en el estado de hijo. Un ejemplo de esto sería la determinación de la filiación extramatrimonial del art 570 del Código Civil y Comercial.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> ARTÍCULO 570.- Principio general. *La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento (...)* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15>

La judicial: Ante la negación del reconocimiento del hijo por parte de él o de los progenitores, la determinación de la filiación resultará de una sentencia que atribuirá la filiación materna o paterna en base a las pruebas biológicas surgidas del juicio de filiación.

#### 4.4. La determinación de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida.

La reforma al Código Civil y Comercial introduce importantes modificaciones en el derecho de familia y en el derecho filial, en consonancia con la aprobación de importantes leyes que pusieron en crisis algunos principios del sistema jurídico que parecían inamovibles, adecuándose, de esta manera, a los principios constitucionales y a los tratados internacionales de derechos humanos. Esto trajo una solución a la discordancia que había, entre el plano jurídico y los avances tecnológicos en materia de reproducción humana asistida. (Famas, 2012).

El desarrollo y los avances en las técnicas médicas de procreación asistida produjo una verdadera revolución en el derecho filial, tomando especial importancia, en lo que respecta a la determinación de la filiación, el elemento volitivo por sobre el componente genético, este enfrentamiento de elementos, se hace patente precisamente en el tema de la reproducción asistida. (Kemelmajer, Herrera, Lamm, 2010)

El tradicional concepto de linaje, de filiación, ha cambiado gracias a estas nuevas tecnologías de procreación fuera de la sexualidad.

Como dijimos el Código Civil reconoce como fuente de filiación el vínculo derivado de las técnicas de reproducción asistida, que tiene su fundamento en la voluntad procreacional, quitándole al vínculo biológico el carácter de ser el requisito único y central en la atribución de la filiación. De manera tal que el vínculo volitivo derivado de estas técnicas ocupan un lugar privilegiado, desbiologizando la filiación, haciendo hincapié en los elementos volitivos, sociales y afectivos, por sobre el elemento genético. (Kemelmajer, Herrera, Lamm, 2010)

Con el régimen legal vigente en lo que respecta el derecho filiatorio siguen teniendo como presupuesto la relación sexual para la procreación. Mientras que la reproducción humana asistida, al carecer de este elemento biológico sexual, pero al reconocérsele un componente volitivo, necesitará de reglas distintas para atribuir la filiación. Y es así que el Código Civil la reconoce como una nueva fuente de filiación con un régimen jurídico propio. (Guzmán Avalos, Valdez Martinez 2015; Gonzalez, M. E. 2015).

#### 4.4.1. La Voluntad procreacional, poniendo en tela de juicio el carácter absoluto del adagio Mater semper certa est

Las técnicas de reproducción asistida pusieron en crisis principios que eran considerados pétreos e indiscutibles dentro de nuestro sistema jurídico en lo que hace a familia y filiación.

En materia de derecho filiatorio puso en el debate, la no existencia de una verdad única en lo que respecta a la determinación de la maternidad cuando se ha usado una técnica reproductiva humana para concretar el sueño de ser padres y formar una familia.

La discusión de la paternidad siempre ha estado relacionada a una cuestión moral, estaba más referida a una elección que hacia el hombre de emplazar a un recién nacido en estado de hijo. Mientras tanto la mujer no tenía esta elección, ella quedaba atrapada en la fórmula del mater semper certa est, ya que su maternidad quedaba determinada de manera pasiva por el hecho del nacimiento. Esto es porque antes de la aparición de los exámenes genéticos, la relación filial entre padres e hijos se establecía a través de presunciones legales, entre ellos el adagio romano pater est, quem nuptiae demonstrant. Al ser evidente el hecho del parto en relación con la madre, se aseguraban que, además, que el niño naciera en la seguridad de una familia que tuviera también la figura paterna.<sup>86</sup>

Las técnicas de reproducción asistida han tornado en discutibles las presunciones legales existente, tanto para determinar la paternidad, que hoy con los avances en la tecnología genética la tornan en tan cierta como la maternidad natural, así como en caso de la gestación por sustitución, en donde la maternidad no es atribuida a la mujer gestante, sino a la mujer comitente, es decir a la mujer que expreso su voluntad procreacional.

Las técnicas médicas de reproducción asistida trajeron esperanza a las parejas o personas solas amenazadas por la infertilidad. Y por sobre todo cuando, ante el fracaso y la imposibilidad de quedar embarazadas con las mismas técnicas, estas mismas técnicas les ofrecieron otra posibilidad, otra opción que fue la gestación por sustitución.

Estas parejas o personas solas, sin importar su orientación sexual, pero con un problema reconocido de salud, como es la infertilidad o en su caso, la imposibilidad natural de concebir un hijo, vuelcan su voluntad procreacional en un convenio primero y en la clínica o centros de salud después, demostrando su verdadera intención de ser padres.

---

<sup>86</sup> “Filiación en los casos de Maternidad Sustituta”. <http://www.diariojudicial.com/nota/67886>

El derecho de familia y filiación está plagado de normas imperativas, pero estas normas se han visto amainadas con los nuevos vientos de cambio que llegaron al derecho, y esto se debe a la cada vez mayor intervención e importancia que se le da a la injerencia de la voluntad de los sujetos que interactúan en las relaciones familiares.

Es tal la importancia que tiene el elemento volitivo hoy en el derecho, que el código reconoce que, de las tres fuentes de filiación, en dos la voluntad es determinante, y estas son la adopción y las técnicas de reproducción humana. De esta manera, ya no hay duda que la voluntad es un elemento fundamental para la constitución del concepto actual de derecho de filiación. (Avalos, Martínez, 2015).

Ahora bien, la voluntad procreacional está presente en todas las fuentes de filiación, en la biológica, por ejemplo, el elemento volitivo este presente, pero no es determinante, ya que no siempre se producen relaciones sexuales con la intención de procrear. Mientras que en la adopción los adoptantes vuelcan su voluntad de ser padres, es decir, no se puede ser padre adoptivo por accidente, sino que después de reunir los requisitos y condiciones establecidos por la ley, se determinará su lazo filial con el menor a través de la sentencia, resolución que tendrá como base fundamental la voluntad de los adoptantes de ser padres.

Cuando se usan las técnicas de reproducción asistida humana para procrear, puede suceder que una de la persona integrante de la pareja aporta el material genético y la otra no, pero los dos han prestado su consentimiento previo, libre e informado con independencia de quien haya aportado los gametos, de manera tal que un acto voluntario y libre provisto enteramente de un amor filial, es lo que determinará la existencia del niño o niña por nacer, de lo contrario este jamás nacerá.<sup>87</sup>

Entonces podemos decir, siguiendo conceptualmente a Gil Domínguez (2014) que la voluntad procreacional es el deseo de querer tener un hijo o hija, darle afecto y amor filial, asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y de una paternidad libre y responsable, o expresada mediante el consentimiento previo, libre e informado, sin intervenciones irrazonables por parte del Estado y respetando la diversidad como característica propias de la condición humana y de la familia.

---

<sup>87</sup>*Voluntad procreacional ¿Qué es?* (2016) <https://www.afda.org.ar/2016/09/16/voluntad-procreacional-que-es/>



#### 4.4.2 La voluntad procreacional en la gestación por sustitución. El artículo 562 del Código Civil y Comercial y la cuestión de su inconstitucionalidad.

El art. 562 nos dice que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, sin importar cuál de ellas haya aportado los gametos.

Como podemos ver, aún en las técnicas medicamente asistida, sigue regida la determinación de la maternidad por el principio de que es madre quien da a luz, es decir, aferrándose al lazo natural del parto, pero agregando la voluntad procreacional expresada a través del consentimiento.

Este artículo del Código vino a solucionar el problema de aquellas parejas del mismo sexo o personas solas, que utilizando las técnicas médicas de reproducción, aspiraban a una procreación, siendo ellos mismos o uno de ellos gestante y progenitor, con lo cual la determinación de la filiación se dará por, la conjunción del parto, la voluntad procreacional y su correspondiente inscripción y protocolización en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Pero es este mismo artículo del Código Civil y Comercial el que ha ocasionado los mayores problemas a la hora de determinar la filiación dentro de la figura de la gestación por sustitución que es utilizada, a través de un previo acuerdo de partes, como una técnica de reproducción humana asistida.

En la gestación por sustitución no será madre la mujer que dé a luz al niño o niña, ya que ella no aporta material genético y tampoco tiene intención de ser madre, su propósito, expresado en el acuerdo es claro, y es el de ayudar a que los comitentes sean padres y formen una familia, ni siquiera debería renunciar a su vínculo jurídico filial con el recién nacido porque en realidad no lo hay.

Pero el gran obstáculo que la figura en estudio tiene es precisamente el art. 562 del código, porque insiste en considerar madre a la mujer que da a luz en el caso de la reproducción asistida humana.

La gestación por sustitución, desde nuestro punto de vista, es la figura jurídica en donde queda plasmada, mediante un acuerdo entre los comitentes y la mujer gestante, la voluntad

procreacional de los comitentes y la voluntad gestacional de la gestante, acto que volverá a repetirse en el momento de prestar el consentimiento previo, libre e informado al momento de realizar la técnica médica.

La voluntad procreacional, como ya dijimos, es el deseo de tener un hijo o hija, darle afecto y amor filial, tomando a su cargo la responsabilidad de su formación. Pero en aquellas parejas o mujeres u hombres solos, que tienen un impedimento médico para engendrar un hijo o un impedimento natural, como serían una pareja del mismo sexo hombres, las opciones son o la adopción o las técnicas de reproducción asistida, mediante la figura de la gestación por sustitución.

Esto es así porque ante la infertilidad o el impedimento natural de no poder concebir o engendrar un hijo de manera natural, la gestación por sustitución se presenta como una opción aceptable para concretar el sueño de formar una familia, con un hijo nacido de las técnicas de reproducción asistida.

Kemelmajer, Lamm, Herrera, (2012) nos dice que así como la filiación natural tiene su fundamento en las relaciones sexuales, en la adopción se unen los elementos de la compleja situación de vulnerabilidad del menor, ya nacido, unida a la voluntad de los adoptantes, mientras que en las técnicas de reproducción asistida y especialmente en la gestación por sustitución, la voluntad procreacional es el elemento fundamental, central, para la atribución de la filiación.

Porque tal voluntad procreacional se expresa en varios actos jurídicos, primero en el contrato y después al momento previo de la realización de la operación médica, obligatorio por ley, siendo esta expresión de voluntad procreacional la más relevante.

La diferencia entre la filiación por adopción y la filiación originada en las técnicas de reproducción asistida está dada, en que en la adopción, la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida, mientras que en la reproducción asistida el niño o niña nace, es concebido, como consecuencia de esa voluntad procreacional expresada. (Kemelmajer, Lamm, Herrera, 2012).

Si bien la adopción cuenta con el elemento volitivo como fuente central, no hay ningún vínculo genético entre adoptante y adoptado, cuestión que, en la mayoría de las veces, no sucede en las técnicas de reproducción, ya que en el caso de la gestación por sustitución, se tiene en cuenta que al menos uno de los comitentes aporte material genético.

El Código Civil y Comercial en su art. 565 mantiene el principio general en cuanto a la determinación de la maternidad, diciendo que en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece por la prueba del nacimiento, y en el art. 562 en relación a los hijos nacido por técnicas de reproducción asistida, serán hijos de quien da a luz.

Tal situación haría impensable la posibilidad de aplicar la gestación por sustitución como una opción de gestar un niño a través de una técnica médica asistida, ya que la madre sería considerada la mujer que gesta al bebé y no los comitentes que declararon su voluntad de ser padre.

Como consecuencia de ello si se recurre a la gestación por sustitución, como opción para gestar un niño, nos encontraremos que los que participaron en el acuerdo, podrían tener, por imperio del art. 562, un resultado distinto al esperado en el momento de determinar la filiación.

En los hechos es así, ya que en los casos jurisprudenciales en el que los que comitente y mujer gestante optaron por recurrir a la gestación por sustitución sin pedir autorización judicial previa, tuvieron que recurrir, luego del nacimiento del menor, a la impugnación de la maternidad de la mujer gestante, y los comitentes probar su vinculación genética y probar su voluntad procreación, además de remarcar en la demanda de impugnación, la falta de interés de la mujer gestante en ser madre.<sup>88</sup>

Otras estrategias procesales, además de las impugnativas, que utilizan los comitentes y mujer gestante que no solicitaron con antelación la autorización judicial, fueron las mediadas autosatisfactivas, medida utilizada cuando la demandante considera que hay una obstrucción injustificada al goce pleno de un derecho.<sup>89</sup> Pero no hay litigio, ni tensión entre dos intereses jurídicamente relevantes. (Balcázar Quiroz, 2005).

Es por esta razón, para no pasar por este estresante proceso de impugnación, que las personas que recurren a la gestación por sustitución han optado por iniciar el procedimiento

---

<sup>88</sup> Poder Judicial de la Nación Juzgado Civil 8 70522/2014 BARRIOS, BEATRIZ MARIANA Y OTROS c/ GONZALEZ, YANINA ALICIA s/IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN.

Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil N° 102. Cap. Fed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “C., F.A. Y OTROS c/ R.S., M.L. s/IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD (Sentencia del 18/05/2015)

Poder Judicial de la Nación Juzgado Civil 7 Buenos Aires “A. R., C Y OTROS c/ C., M.J. s/ IMPUGNACIÓN DE FILIAIÓN (Sentencia del 15 de Junio de 2016).

<sup>89</sup> O.A.V., G.A.C., Y F.J.J. POR MEDIDAD AUTOSATISFACTIVA Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza EXPTE.N° 714/15/1F (Sentencia de fecha 29/07/ 2015)

de autorización judicial previo y solicitar además, en algunos casos, la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial.

El planteo de inconstitucionalidad del art 562 del código, ha sido tratado por los tribunales o a pedido de parte, solicitándolo en el momento oportuno, o por el mismo tribunal que se abocó a realizar un control de convencionalidad y de constitucionalidad de la cuestión traída a debate, aunque no exista petición expresa de parte.

El caso jurisprudencial Exp. N° LZ-62420-2015 Juzgado de Familia Nro. 7 De Lomas de Zamora, HM Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC) expresa que el art. 562 del Código Civil y Comercial configura para los comitentes, una barrera que torna inaccesible el ejercicio de derechos de raigambre constitucional y cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar el acceso a esos derechos contenidos en los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Agrega además, que es potestad de los jueces efectuar un control de constitucionalidad y de convencionalidad, sobre todo cuando un artículo del código civil, en este caso concreto, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento libre previo e informado, sino que reconocerá esa maternidad en la persona de la mujer gestante, quien además ha expresado su consentimiento de no querer ser madre, constituyendo para todos los involucrados en este caso de gestación por sustitución, una barrera para el ejercicio de derechos humanos y fundamentales, reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, como consecuencia de sus argumentos declaró en el resuelvo la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial.

En el caso A., M. T. y Otro – Solicita Homologación. Expte SAC N° 7057134 un fallo de 6 de Agosto de 2018 en la provincia de Córdoba, en el que dos mujeres, una comitente y la otra gestante, solicitaban homologación de un acuerdo de gestación por sustitución.

La solicitante no puede concebir hijos propios por serios problemas de salud, que su única posibilidad es recurrir a las técnicas de reproducción asistida por medio de la figura de la gestación por sustitución y la mujer gestante será una amiga de muchos años.

En la solicitud de homologación presentada alega la comitente que el art. 562 del Código Civil y Comercial resulta inconstitucional puesto que avanza sobre sus derechos personales; que la práctica de la gestación por sustitución no está expresamente prohibida; denuncia su

falta de legislación; que no se tienen en cuenta las nuevas formas de familia; solicita que se autorice el tratamiento y que la nacer el menor sea anotado en el Registro como hijo suyo.

El juzgador advierte, señalando los fundamentos del Fiscal, que cuando se pretende llevar adelante un procedimiento de reproducción asistida humana, pero que su desenlace tendrá un resultado distinto al esperado en lo que hace a la filiación del menor, la cuestión debe ser judicializada para evitar posteriores perjuicios a las partes. Agrega que nos encontramos ante una mujer que invoca el derecho a formar una familia, que por la edad que detenta y la patología médica que le impide concebir, considera que se verá impedida de realizar tal proyecto, en virtud de lo que ordena el art 562, que limita legalmente la determinación de la maternidad por el parto.

El fallo expresa que los jueces, en virtud de varios fallos que anteceden, deben realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio o a pedido de parte siempre dentro del caso concreto y respecto de las normas que se aplicaran al caso.

El tribunal, luego de analizar la demanda, reconoce que la comitente ha declarado su voluntad procreacional traducido en su deseo de ser madre, que se diferencia de ser progenitora, y lo hizo en el tribunal y ante el equipo interdisciplinario, agrega además, que hay una ley que reproducción humana asistida que le permite a través de este proceso de gestación por sustitución, ser madre y su único obstáculo es el art. 562 del Código.

De manera tal que, este artículo 562 aparece, y solo en el caso concreto, pasible de ser declarado inconstitucional, puesto que le impide a la comitente el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste y que sin remover ese obstáculo la pretensión esgrimida no sería viable. Todo esto fundamentado en la Constitución y los tratados de derechos humanos con rango constitucional que se aplican al caso.

Pero en otro caso planteado, también en los tribunales de Córdoba, la cuestión fue tratada en forma diferente y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 no prosperó, este es el caso presentado en el Juzgado de Familia de 2da. Nominación. – Autos N° 930 – “R., L.S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN” Expte. N° 3447358. Córdoba. (Fallo del año 2017)<sup>90</sup>. El juzgador se pregunta en los considerando, si resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad del art. en cuestión, ya que los jueces solo son llamados a declarar la

---

<sup>90</sup> <http://www.saij.gob.ar/juzgado-familia-2da-nominacion-local-cordoba-otros-solicita-homologacion-fa17160015-2017-11-22/123456789-510-0617-1ots-eupmocsollaf>

inconstitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, solo en los casos en que se verifique de manera flagrante que esas mismas leyes causan una vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, y tal medida debe ser tomada solo como última dentro de las posibles soluciones.

Sigue el juzgador, que para llegar al extremo es necesario realizar una interpretación sistemática de todo el cuerpo normativo del Código civil y Comercial según los arts. 1 y 2 de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el mismo sistema brinda una solución a la cuestión.

Continúa el tribunal diciendo que, es la regla de la filiación que tiene su fuente en las técnicas de reproducción asistida que su elemento fundamental sea la voluntad procreacional y que si bien el artículo 562 en principio parece contradictorio, tal cuestión debe resolverse dentro del mismo sistema. Por lo tanto debemos preguntarnos ¿en la gestación por sustitución el elemento determinante sería el parto o la voluntad procreacional? La respuesta aparece clara, ya que justamente el elemento determinante de esta filiación es el elemento volitivo, es decir el deseo de querer ser progenitores. Y agrega que por otra parte, la norma no es de orden público, ya que no incluye ninguna sanción de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz, por lo que en este caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida.

Para concluir diremos entonces, que la aplicación del artículo 562 del Código Civil y Comercial de manera aislada e interpretado de manera literal, sin armonizarlo con los derechos de raigambre constitucional, convencional y con las normas del Código Civil, podría llegar a constituir un obstáculo al ejercicio de los derechos subjetivos de aquellas parejas, matrimonios o personas solas, que desean formar una familia a través de la gestación por sustitución, como único método posible para alcanzar su meta, pudiendo constituir así, una discriminación a la mujer que, aun expresando su voluntad procreacional de ser madre a través de una técnica de reproducción asistida humana, podría no reconocérsele su filiación materna.

La aplicación estricta del art. 562 todavía no ha ocurrido debido que ahora son más los casos en los que los comitentes solicitan, con antelación a iniciar el tratamiento médico, la homologación del acuerdo y la posterior autorización a realizar la transferencia de embriones.

Esta situación es distinta y genera menos inconvenientes que la que se venían dando con mayor frecuencia, que era la de realizar primero el tratamiento y después recurrir a los tribunales a solicitar la anotación del recién nacido como hijo de los comitentes, impugnando la maternidad de la mujer gestante.

#### 4.5. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante gestación por sustitución. El derecho a conocer sus orígenes

El derecho a la identidad es un derecho personalísimo que tiene su raigambre en la constitución, este derecho implica ser humano es único, es uno mismo y no es otro, esa persona es irrepetible estableciéndose así, su identidad personal.

La identidad personal es reconocida como un derecho personalísimo porque goza de todos los caracteres que tipifican a estos derechos en nuestro sistema legal, distinguiéndose claramente dos aspectos bien definidos. Por un lado *el aspecto estático* o identidad interna del sujeto como serían su nombre, la identificación física del sujeto, sus datos registrales. Mientras que por lo otro lado, *el aspecto dinámico* está relacionado con la verdad biográfica de la persona, dando a entender su estilo particular de diferenciación con el otro, sería la identidad del sujeto en proyección con la sociedad, es la historia de vida personal de cada hombre, su estilo particular y propios que lo diferencia del otro. (Junyent Bas de Sandoval, 2016, pág. 33).

Siguiendo a Junyent Bas de Sandoval (2016, pág.34;35) nos dice que hay un concepto restringido de identidad personal definiéndola igual que a la filiación, es decir como un estado de familia, es decir que acota el derecho a la identidad personal a un estado de familia que surge de una generación, reduciéndolo a una identidad filiatoria.

Si bien la identidad filiatoria es un aspecto de la identidad de las personas, la identidad personal no se agota en esta, sino que la esencia de la identidad tiene un aspecto fundamental que es el derecho de todo sujeto a conocer sus orígenes más allá del vínculo filiatorio.

De manera tal que identidad, y ya entrando en un concepto amplio, más completo, sería el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a una persona en la sociedad. Haciendo que cada persona sea uno mismo y no otro.

Si hacer una distinción tan tajante de los aspectos estáticos y dinámicos de la identidad de las personas, se puede armonizar un concepto que abarque ambos aspectos, ya que los

elementos que supuestamente son estáticos, como el nombre por ejemplo, puede ser cambiado o modificado, es decir, no siempre son inmutables, como así también puede cambiar su sexo, lo que cambiaría radicalmente su identidad personal, no solo en el aspecto llamado estático, sino también en el dinámico.

De manera tal que el conocimiento de su realidad filial e identidad filial, es importante, ya que ayudará a la formación de la personalidad del sujeto, constituyendo el punto de partida que desarrollará la formación del aspecto dinámico de la identidad forjando de esa manera su propia historia proyectándose, así en la sociedad.

Famá (2012, pág. 171) nos dice que delimitar el alcance del derecho a la identidad presenta ciertas dificultades, constituyendo un concepto complejo, y menciona a Habermas cuando dice que la identidad es aquella decisión solitaria en donde el individuo moral asuma la responsabilidad de su propia biografía convirtiéndose en aquel que es.

De manera tal que la identidad no queda limitada a los aspectos físico y biológicos de las personas, sino que comprende además, los aspectos espirituales, intelectuales, políticos, profesionales a través del cual se proyectará en la sociedad.

Ahora bien ¿cómo repercute la identidad de las personas en la filiación que tiene como fuente a las técnicas de reproducción humana asistida?

Nos preguntamos esto porque cuando nace un niño fruto de una relación sexual natural entre hombre y mujer, ningún juez u oficina de Registro Nacional de las Personas, ordena por imperio de la ley a los padres, hacer conocer a su hijo, cuando este tenga edad suficiente para entender, sus orígenes. Algo que si sucede, cuando a través de una sentencia o por imperio de la ley debe realizar los progenitores que tendrás un hijo que fue concebido por medio de técnicas de reproducción asistida humana.

En toda la jurisprudencia que ha resuelto sobre los casos de gestación por sustitución, en su parte resolutive, ha insta y ordena de manera clara que de producirse el nacimiento del niño o niña, le hagan conocer, cuando tenga la edad y grado de madurez suficiente para entender, acerca de su origen e historia gestacional.

El Código Civil y Comercial en sus art. 563 prescribe que los nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida en donde se utilizaron gametos de terceros, esta situación deberá constar en el correspondiente legajo base al momento de la inscripción del nacimiento,



este legajo asegura el derecho de acceso a la información. Reconociéndose la importancia que tiene el derecho a la identidad en las técnicas de reproducción asistida denominadas heteróloga. (Rodríguez Iturburu, 2016).

En la gestación por sustitución, la identidad de la persona por nacer adquiere una complejidad diferente dentro de lo que son las técnicas de reproducción humana asistida.

Decimos esto porque cuando se trata de realizar un tratamiento de reproducción asistida en donde los que aportan los gametos son ambos miembros de la pareja, conocido esto como fecundación homóloga, la cuestión de la identidad de los hijos nacidos no suscitará mayores problemas, ya que el derecho a la identidad de las personas por nacer en estos casos está, en cierto modo, protegido y no habrá dificultades en lo que respecta al derecho a conocer su verdad biológica y por ende su historia como persona.

Pero en la llamada fecundación heteróloga, cuando la donación de los gametos es por parte de uno solo de los miembros de la pareja, o cuando no se ha aportado material genético para el tratamiento de fertilidad, ya sea porque es una persona solo o es una pareja del mismo sexo, y además, tal material genético será implantado en el vientre de una tercera persona, la llamada mujer gestante, la cuestión se torna compleja.

De manera tal que al contar la gestación por sustitución con particularidades distintivas, el derecho a la identidad del niño por nacer puede verse comprometida, porque la práctica de esta técnica, está fundada en un acuerdo entre comitentes y mujer gestante, en donde los primeros vuelcan su voluntad procreacional de ser padres y pactan derechos y obligaciones con la mujer gestante que tiene la voluntad gestacional y de ayudar a que los comitentes cumplan su sueño, pero no tiene la voluntad de ser madre y así lo determina claramente en el convenio.

Esto produce una disociación entre la madre genética y la mal llamada madre gestacional, produciéndose un posible conflicto sobre quien ostenta la posición de madre en esta situación, y como consecuencia de ello, una posible vulneración del derecho a la identidad del recién nacido.

Pero como ya hemos visto la jurisprudencia con ayuda de la doctrina ha zanjado el inconveniente argumentando en favor de la figura de la gestación por sustitución, fundándose en la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos contenidos en el art. 75 inc.22,

resaltando el art.19 del principio de reserva, el interés superior del niño, el derecho a formar una familia, el derecho al acceso a los avances científicos, entre otros.

De manera tal que el derecho a la identidad del niño nacido bajo la figura de la gestación por sustitución está protegido, si se le hace conocer y se le permite acceder a toda la información de cómo fue su fecundación, de su origen y de su verdad histórica, en el momento de su vida en que tenga la madurez suficiente para entender o cuando el mismo lo considere necesario. (Junyent Bas de Sandoval, 2016)

4.6. Los comitentes que no aportan material genético. El donante anónimo y el derecho a la identidad del menor.

Uno de los requisitos exigidos por el artículo 562 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial era que al menos uno de los comitentes aportara el material genético para realizar el proceso de reproducción.

Mientras que en los proyectos de leyes que intentaron regular la gestación por sustitución que hoy se encuentran en el Congreso de la Nación, contiene el requisito mencionado, pero agregan la excepción en la cual reconocen que ambos comitentes o el comitente solo puedan no aportar sus gametos en virtud de razones medica que lo impidan.

En fallos recientes se presentaron casos como el de Córdoba A., M. T. y Otro – Solicita Homologación. Expte SAC N° 7057134 del 6 de Agosto de 2018, en donde una mujer sola con imposibilidad médica acreditada para poder gestar, además de su avanzada edad para quedar embarazada, decide recurrir a la gestación por sustitución, y a través de una amiga de muchos años, llegan a un acuerdo para que esta gestic un hijo en su vientre con el aporte de material genético de donantes anónimos.

El juez homologa el acuerdo y ordena la transferencia de embriones, además ordena que el recién nacido se inscriba en relación filial con la comitente, y por ultimo recomienda en el punto dos del resuelvo de la sentencia que ponga en conocimiento del hijo la forma en la que fue gestado y su realidad biológica, en la medida que el grado de madurez del menor lo vaya permitiendo. Tal recomendación consta en todas las sentencias relacionadas a las técnicas de reproducción asistida y en especial en el caso de la gestación por sustitución.

Es esta misma recomendación es la adquiere relevancia cuando hablamos de los casos de donantes anónimos y nos preguntamos si debe protegerse el derecho del dador de gametos a

su anonimato o debe respetarse el derecho a conocer su identidad histórica y genética de los menores nacidos de estas técnicas.

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobado por ley 23.849 y agregado al art. 75 inc.22, lo que le da rango constitucional, nos dice en su art. 7.1 que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.<sup>91</sup> Siguiendo a Famá María V. (2012) se le reconoce al menor el derecho a conocer sus orígenes, pero que la expresión “en la medida de lo posible” expresada en el artículo impone o constituye una restricción.

Considera que este artículo puede ser interpretado como una protección a la intimidad del donante de gametos y ser además, una restricción a la información sobre su identidad al menor.

De manera tal que parece que el anonimato del dador de gametos parece chocar con el derecho a la identidad del menor nacido a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

Dentro del derecho comparado hay dos corrientes sobre el tema en cuestión. La primera está compuesta de aquellas legislaciones que no le otorgan al menor la posibilidad o el derecho de conocer la identidad de aquellos que donaron anónimamente el material genético, salvo circunstancias extraordinarias, como pueden ser que la vida del hijo esté en peligro o su salud se vea afectada, en este grupo de países se encuentra Francia, España, Grecia, Quebec (Canadá). El segundo grupo corresponde a aquellas legislaciones que le reconocen al menor el derecho a conocer la identidad del donante anónimo, en este grupo tenemos a Suecia, Austria, Suiza, Holanda, Noruega, Gran Bretaña y Finlandia. (Famá, 2012 pág. 185; 186; 187).

Hay que destacar que aquellas legislaciones en donde no existe el anonimato para los donantes de material genético, tampoco existe una provisión legal que obligue a los progenitores del menor a informar a los menores de cómo fueron concebidos. De manera tal que aunque no hay ningún inconveniente en conocer la identidad de los donantes, si no hay una obligación de los padres de hacer conocer su origen no hay ningún sentido de protección al derecho de identidad del menor. (González, 2015). Agrega la autora citada que cuando se elimina el anonimato de los donantes, merma a su vez la donación.

---

<sup>91</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

En vista de que las posiciones frente al anonimato del donante de gametos va desde el absoluta anonimato hasta la libre información si restricciones de los donantes, nuestro Código Civil Y Comercial ha adoptado una postura intermedia, que procura una solución en donde se protege el anonimato del dador y por otro lado, se afirma el derecho de los nacidos por técnicas de reproducción asistida humana a conocer su origen genético, así lo disponen los artículos 563 y 564 del cuerpo legal cuando dicen que la información relativa a que la persona 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.

Y en cuanto al contenido de la información disponible, el Código expresa que, a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;

b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local

Como podemos observar nuestro Código ha adoptado el sistema llamado de anonimato relativo o también llamado anonimato intermedio o equilibrado, (Rodríguez Iturburu, 2016) es decir que como regla general la donación es anónima, pero que ante determinadas situaciones, este anonimato caerá, siempre después de una evaluación judicial de la circunstancias del caso en concreto.

Para terminar diremos que la utilización de gametos donados por terceros anónimos, no generará vínculo jurídico filial alguno con los dadores, y no se podrá realizar ninguna acción filiatoria contra ellos, ni se exigirá alimentos o derecho a comunicación alguno entre el menor y el donante. Diferenciándose claramente el rol de padre y progenitor, del simple donante que no tiene voluntad procreacional, y que solo aporta el material genético de manera anónima. Ya que no se puede pretender que el donante asuma el papel materno/paterno que en realidad no ha buscado. (Junyent Bas de Sandoval, 2016, Rodríguez Iturburu 2016)

Así lo dispone el Código Civil y Comercial en su artículo 575 cuando nos dice que en el caso de haberse utilizado gameto de terceros no se producirá vínculo jurídico filial alguno con sus aportantes, pero que si queda en pie los impedimentos matrimoniales que serán los mismos que en el caso de la adopción plena.

#### 4.7. Conclusión Parcial.

La gestación por sustitución ha venido a producir una crisis en el aforismo romano *mater semper certa est*, este contrato que, conlleva un acuerdo para practicar una técnica de reproducción asistida, produce una disociación entre la madre gestante y la madre procreacional que no ha sido fácil de asimilar por la sociedad, ni por el derecho, ya que este sigue teniendo como principio general el viejo concepto en el cual madre es quien da a luz, y así lo demuestra nuestro Código Civil que sigue atado al mismo.

A pesar de la reforma al Código, el problema de la filiación en las técnicas de reproducción asistida y sobre todo en la gestación por sustitución, sigue trayendo conflictos que son resueltos en los tribunales por falta de normas claras o porque no hay normas que regulen tales cuestiones.

Son la jurisprudencia y la doctrina que fundando sus sentencias en una visión armonizadora de todo el sistema jurídico, empezando por la Constitución, las convenciones internacionales y el derecho interno, logran dar solución a los conflictos que se suscitan y que ponen en riesgo los derechos y el interés superior del menor, su identidad, el derecho a planificar una familia sin injerencias del Estado y a la no discriminación a la hora de elegir un método para llegar al sueño de ser padres, optando por el procedimiento que crean mejor y más conveniente para ellos.

## **CAPITULO V**

## CAPITULO V

### Las posturas en contra de la Gestación por sustitución. El derecho comparado.

#### 5.1. Introducción

En este último capítulo del trabajo final, expondremos los argumentos que esgrimen la doctrina y parte de la sociedad civil que está en contra de la figura de la gestación por sustitución.

La postura de este trabajo es claramente a favor de la gestación por sustitución, pero eso no implica que no se reconozca lo controvertido y difícil de la cuestión, por esta razón no intentaremos una confrontación de posturas, ni se le saldrá al cruce a las opiniones contrarias.

En este capítulo utilizaremos el término de maternidad subrogada o alquiler de vientre con el alcance que los autores contrarios a la gestación por sustitución utilizan y quieren darle.

#### 5.2. Argumentos jurídicos en contra de la gestación por sustitución.

Entre los argumentos tenemos:

- Que se presenta a la gestación por sustitución como un procedimiento de técnica de reproducción asistida humana, en donde una mujer manifiesta su voluntad de llevar adelante un embarazo por otra persona o pareja, como si fuera este procedimiento o una forma de terapia para aquellas personas solas o parejas que no puedan concebir por padecer esterilidad o infertilidad. Pero tanto la ley de acceso a las técnicas de reproducción asistidas, o el mismo Código Civil y Comercial la mencionan como tratamiento.

Son tanto los dilemas éticos y legales que acarrea la maternidad subrogada que fue excluida de la reforma del Código.

Que el Código Civil y Comercial y la ley de reproducción humana contemplan tales procedimientos para ser llevados a cabo dentro del ámbito de la pareja, siendo solo la mujer de la pareja la que deberá quedar embarazada, pero no como un método de concepción fuera de ese ámbito familiar.

El vacío legal de ser tenido como prohibición, de lo contrario de estaría desoyendo la prolífica doctrina y legislación extranjera y nacional que previenen respecto del desconocimiento que se tiene de los riesgos y efectos psicológicos dañinos.

Además se agrega que, los fallos que sentaron precedentes, se basaron en la voluntad procreacional, el consentimiento previo libre e informado de los que participaron en el acuerdo, y el respeto por el contrato, pasando por encima y sin ser tenidos en cuenta el interés superior del niño y el principio jurídico, que aún hoy prevalece en el Código Civil y Comercial, que es madre la mujer que da a luz.

De más está decir que el contrato de alquiler de vientre debe ser sancionado con la nulidad absoluta, por ser contrario al orden público por ser su objeto prohibido, por comerciarse una vida humana, violenta la dignidad de la mujer, sus derechos fundamentales y los derechos fundamentales del por nacer.

La doctrina jurídica y bioética ha señalado que la maternidad subrogada promueve la cosificación de la mujer, alienta la explotación económica, esclavizándola por dinero con el objetivo de que alquile su cuerpo gestando un hijo para terceros.

La maternidad subrogada, desconoce el vínculo afectivo que se produce entre el niño y la mujer gestante durante la concepción del mismo. (Sanders Bruletti, 2018.)

- Sambrizzi, (2012) nos dice que, aunque la maternidad subrogada haya sido tenida en cuenta en la reforma del código civil, la razón y el sentido común se rebelan ante esta práctica porque se produce una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, con la sola finalidad de satisfacer un deseo y el derecho de ser madre que en sí bien, en mismo es loable, no tiene el carácter de derecho absoluto.

Tal disociación de la maternidad provoca una situación de incertidumbre en la filiación del menor debido, precisamente, por existencia de una madre genética y una madre gestante, dejando en desamparo el interés superior del niño y su derecho a la identidad. Y por lo tanto un convenio de esta naturaleza es contrario a la moral, atenta contra la dignidad humana y debe ser considerado nulo por ser su objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres.

El autor considera que la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, por lo que un contrato que tenga como objeto el alquiler de vientre queda fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, corriéndose el riesgo de que el niño sea tratado como un artículo comercial y porque además, un embrión no puede ser tratado en la misma categoría que una cosa y tenga un equivalente en dinero.

La dignidad humana no admite ser objeto de transacciones jurídicas, debe respetarse el derecho del por nacer a su identidad y reconocérsele el derecho a



nacer dentro de una familia en la que sus padres genéticos sean también sus padres legales. Y que estos además, no le oculten al hijo que nació a través nacer de estas técnicas, su origen, sin entrar en artilugios o meras ficciones para adornar la situación.

La realización de este procedimiento puede ocasionar daños considerables en el menor, cuando se produzca la separación, casi inmediata, de la madre gestante y el recién nacido, negándose la especial relación que surge entre ambos en todo el embarazo, dejándose de lado las necesidades del menor.

No se reconoce el derecho subjetivo a ser padres. Es decir que no se reconoce el derecho al hijo, porque el afán desmedido de querer tener un hijo a toda costa, solo persigue la satisfacción de un deseo personal y egoísta, olvidando que lo que se quiere concebir es un ser humano, que no puede elegir y que también tiene derecho, entre ellos el derecho natural de nacer con dignidad.

En consecuencia, si se reconoce el derecho a tener hijos, podría implicar, como consecuencia lógica, el derecho a no tenerlos, lo que abriría las puertas al derecho de abortar porque no se quiere tener hijos. (Sambrizzi, 2012.)

- Por su parte Ricardo Zannoni, (1988) en la revista Lecciones y Ensayos número 49 pág. 85 que edita la Universidad Nacional de Buenos Aires, expresó su desacuerdo con la figura de la gestación por sustitución, y en consecuencia no le reconoce ninguna validez al acuerdo que tenga por objeto la gestación por cuenta ajena.

Agrega que, este tipo de contratos obligan necesariamente a hablar de una madre biológica y de una madre portadora, lo que crea una incertidumbre en lo relacionado a la filiación del menor.

El autor está de acuerdo con las prácticas de fecundación in vitro, por ejemplo, o inseminación artificial, siempre y cuando garanticen que la procreación del hijo va a ser atribuida a un padre y a una madre, cosa que en la maternidad subrogada no se da, porque la dicotomía entre madre biológica y madre gestante, pone el menor en una situación en la cual se desatienden sus intereses y lo colocan en una posible disputa de intereses en lo referente a su filiación.

En lo referente al acuerdo, Zannoni expresa que, el contrato o acuerdo pone al menor y a la mujer gestante en el tratamiento jurídico de “cosa” colocándolo como objeto de la relación jurídica, ya que la portadora o mujer gestante está obligada a realizar dos tipos de prestaciones, una de hacer y otra de dar, en la de hacer se contempla, llevar a cabo el embarazo, prestarse a los estudios y cuidados necesarios

en los estados de preñez etc. Mientras que en la obligación de dar, la prestación se plasma con la entrega del menor a los dueños del embrión o comitentes.

Como consecuencia de ello, en toda esta relación emanada del contrato, la madre y el embrión en la primera etapa y el menor una vez nacido, reciben indefectiblemente el tratamiento de “Cosa” en el alcance jurídico del término.

Por último, los acuerdos de maternidad subrogada rompen con el principio tradicional de “partus sequitur ventrem” que siempre ha permitido atribuir la filiación del recién nacido a la madre que da a luz, sin necesidad de reconocimiento por parte de esta. De manera tal que si se considera el acuerdo, este no haría más que crear una situación de incertidumbre en la relación filial entre madre biológica, o sea la que aporta material genético, el hijo y la madre legal, que es la que da a luz al menor, siguiendo el tradicional adagio romano.

- Silvina María Chiapero, nos dice que, todo control de la actividad relacionada con la procreacional está visto como un ataque al derecho subjetivo de la personas de elegir libremente el método de concebir un hijo y formar una familia. Y que se encumbra el derecho a elegir entre las variadas opciones sin intromisiones indeseadas del Estado.

Entienden, los seguidores de esta postura que la autonomía debe ser absoluta, en pos de que el hombre, para sentirse pleno y feliz, pueda siempre hacer lo que le plazca sin ningún obstáculo externo o interno. (Chiapero, 2012 pág. 2 y 3)

Nos dice la autora, que la organizaciones internacionales vienen influyendo en las conferencias internacionales que versan sobre los derechos de las mujeres y su status jurídico y social, sobre una nueva redefinición de nuevos derechos que antes no era posible pensar en discutirlos, entre ellos las conductas sexuales que obligan a una revisión en la relación existente entre libertad, cultura y sexualidad.

Pero lo cierto es que tal revisión intenta insertar a los derechos reproductivos como un derecho absoluto de decidir, sin injerencias del Estado, sobre la sexualidad y sobre la absoluta facultad de procrear con el auxilio de las técnicas de reproducción asistidas, sin ningún tipo de limitaciones legales. (Chiapero 2012, pág. 15 y 18).

Con la reivindicación del derecho a la salud se ha intentado, también, hacer ingresar el derecho a una salud reproductiva, aún en contra de los valores culturales y religiosos de los pueblos, yendo incluso en contra de la visión del hombre y la familia que rige en esas sociedades. Dejando al Estado y al sistema legal limitado

de manera estricta a la protección y respeto de cualquier decisión reproductiva, facilitando todos los medios para acceder legalmente a ellos.

En cuanto al contrato de maternidad subrogada lo tilda de nulo de nulidad absoluta, aún en los casos en que la finalidad fuera puramente altruista y gratuita.

El contrato viola el orden público, porque su objeto se encuentra fuera del comercio y su contenido es claramente inmoral porque desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas, contrariando, además, la indisponibilidad del propio cuerpo. (Chiapero, 2012, pág. 120).

La autora no reconoce un derecho al hijo, sino que reconoce el derecho del hijo a tener padres, el hijo no es un bien útil que este el servicio de los deseos o intereses de los progenitores. La maternidad y la paternidad deben estar en función del hijo y no al revés.

Por último nos dice, que debe haber una legislación tendiente a desalentar la celebración y práctica de los contratos de maternidad subrogada, y que su alcance no debe ser solo dentro del ámbito del derecho civil postulando su nulidad absoluta, sino que debe llegar hasta el ámbito del derecho administrativo y penal, sancionando a todo médico que se preste o contribuya a la realización de estas prácticas.

Y en caso de que ya se haya producido el parto derivado de un contrato de maternidad subrogada, seguir con el principio legal que rige todo nacimiento, es decir aceptar el vínculo filial original, pues lo contrario conllevaría a alentar su existencia. (Chiapero, 2012, pág. 191).

### 5.3. La postura de la Iglesia Católica sobre la gestación por sustitución.

Es clara la postura de la Iglesia católica frente a la maternidad subrogada, y no solo contra ella, sino contra toda técnica de reproducción asistida relacionadas a la fecundación in vitro y con la inseminación artificial, en definitiva toda forma de reproducción asistida heterologa, es decir la técnica de reproducción asistida en donde no se utiliza material genético de los esposos o pareja, utilizándose material genético de donantes anónimos.

Para la iglesia Católica la maternidad subrogada supone la comercialización del cuerpo de la mujer e incita al tráfico de menores, creando, además un neo derecho de un grupo minoritario de la sociedad. La Iglesia siente una profunda aflicción por las parejas y matrimonios que tiene un problema de infertilidad o de esterilidad, sin embargo cree que el fin no justifica los medios, porque la intención de dar vida a un hijo no confiere el derecho al

mismo, lo cual además, no le da derecho a las personas recurrir a cualquier medio para lograr su objetivo de ser padre. (Fernández, 2017).

En el documento llamado Congregación para la doctrina de la fe. Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación de Marzo de 1987, nos dice que la maternidad sustitutiva es inaceptable e inmorales, es una falta objetiva contra el amor materno, contra la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable. Ofende a la moral, a la dignidad y al derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres. Incuba, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.<sup>92</sup>

El mismo documento sentencia que, debe rechazarse toda fecundación artificial heteróloga, incluyendo a la maternidad sustitutiva porque la misma es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana.

El documento emanado del vaticano y rubricado por el entonces Cardenal Joseph Ratzinger, que sería a la postre conocido como el Papa Benedicto XVI, proclama que la Iglesia no es ajena al sufrimiento de los esposos que no pueden tener hijos o temen traer al mundo hijos minusválidos, es una aflicción que se comprende y se valora adecuadamente.

El deseo de los esposos de tener descendencia es un deseo natural y que resalta la vocación de maternidad y paternidad nacida del amor conyugal. Sin embargo tal sufrimiento no confiere al matrimonio el derecho de tener un hijo, sino solamente le confiere el derecho a realizar los actos naturales que se adecuen a la procreación. En tanto, la comunidad cristiana esta llamada a iluminar y sostener el sufrimiento de quienes no consiguen ver realizada su legítima aspiración de ser padre y madre.

La iglesia Católica recomienda para aquellos padres la institución de la adopción como una salida a su necesidad de ser padres.

En el discurso del Santo Padre Juan Pablo II a la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial reunida en octubre de 1983, el Papa Juan Pablo resalta la necesidad de que los médicos sean creyentes u hombres de buena voluntad reconozcan que el ser humano es un unidad sustancial de cuerpo y espíritu. Los médicos deben hacer un esfuerzo constante para

---

<sup>92</sup>[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html) CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. II. INTERVENCIONES SOBRE LA PROCREACIÓN HUMANA. A. FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. 3. ¿Es moralmente lícita la maternidad "sustitutiva"? Recuperado el 28/10/2018.

tener presente siempre la unidad profunda del ser humano, en la interacción evidente de todas sus funciones corporales unida a su dimensión afectiva intelectual y espiritual.

El punto en que más se hizo hincapié en el discurso fue el tema de la manipulación genética, y se pregunta ¿Cómo conciliar la manipulación genética con la concepción que reconoce al hombre una dignidad innata y una autonomía intangible? En efecto, es de gran interés saber si una intervención sobre el patrimonio genético, que sobrepase los límites de la terapéutica en sentido estricto, se debe considerar también como moralmente aceptable.<sup>93</sup>

En el discurso queda claro que el Papa acepta los avances realizados por medicina en el ámbito de la genética, pero estos avances deben mantener el respeto por los valores morales que constituyen la salvaguarda de la dignidad de la persona humana, impidiendo cualquier daño y buscando el bien.

Culmina el discurso papal diciendo que, es más necesario que nunca no adoptar la posición de separar la ciencia de la ética, todo lo contrario estas deben estar más unidas ahora que nunca, porque la dignidad del hombre es siempre salvaguardada por la ética.

Si bien no habla específicamente de la gestación por sustitución, la mención de las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética, y la recomendación de la necesidad de que estas estén bajo la regulación de la moral, la ética, y a la luz de la mirada de Dios, es lo que hace pensar que hay y habrá una particular repulsión por la figura maternidad subrogada.

José María Gil Tamayo, secretario general de la Conferencia Episcopal Española y obispo de Ávila, en una nota del diario el Mundo de España dijo que la maternidad subrogada no es más que un eufemismo de alquiler de vientre, lo mismo que interrupción legal del embarazo no es más que un aborto. Agregó que los niños y las mujeres no tienen precio, sino dignidad.

Sentenció que el alquiler de vientre ocasiona problemas en la identidad personal del menor así concebido, y clama contra la figura del alquiler de vientre y se mercantilización, aconsejando a las parejas que no pueden tener hijos a adoptar. Dijo que un hijo no es un derecho, sino un don.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> [https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1983/october/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_19831029\\_ass-medica-mondiale.html](https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1983/october/documents/hf_jp-ii_spe_19831029_ass-medica-mondiale.html) DISCURSO DEL SANTO PADRE JUAN PABLO II A LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL (Roma, 29 de octubre de 1983). Recuperado el 28/10/2018.

<sup>94</sup> <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/02/23/58aed4f3ca47418c4e8b464b.html>

#### 5.4. El derecho comparado.

El derecho comparado ofrece tres formas de regular la gestación por sustitución, en estas tres formas de legislar la figura queda resaltado el grado de controversia de la misma que va desde la prohibición absoluta, pasando por una admisión restringida o condicionada, o a una admisión amplia. Sin contar como nuestro país, entre otros, que toman una postura abstencionista, es decir que no hay regulación, ni mención de prohibición o permisión.

Tenemos tres formas:

- Permisi3n de la gestaci3n por sustituci3n
- Admisi3n, pero solo bajo ciertas condiciones o requisitos, entre ellos que sea con fines altruista. por ejemplo.
- La admisi3n amplia

##### 5.4.1. Países en donde la gestación por sustitución está prohibida

La posici3n adoptada por estos países busca la busca prevenir contra la gestaci3n por sustituci3n y eliminar su pr3ctica, entre esos países tenemos:

Francia:

El Comit3 Consultatif National d'Éthique de Francia en su Opini3n n. ° 3 del 23 de octubre de 1984, se manifestaba en contra de la gestaci3n por sustituci3n, afirmando que la misma sirve a intereses comerciales y lleva a la explotaci3n material y psicol3gica de las mujeres involucradas. El mismo comit3 reitera su postura en Mayo del 2010, diciendo que la gestaci3n por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar grave secuelas emocionales a los hijos. (Lamm, 2013, pág. 118)

La ley N° 94-653 del ańo 1994 agrega un apartado en el C3digo Civil franc3s, y en su art. 16.7 expresa que todo convenio relativo a la procreaci3n o la gestaci3n por cuenta de otro ser3 nulo. Adem3s el C3digo Penal sanciona con un ańo de prisi3n y una multa en euros a los intermediarios que se dediquen a contactar comitentes y gestantes y tengan como finalidad un negocio lucrativo. (Lamm, 2013, pág. 119)

No obstante lo expresado en el ańo 2012 los tribunales de Rennes, en Bretaña, ha permitido la inscripci3n en el Registro Civil franc3s del nacimiento de gemelos que habían nacido en el 2010 a trav3s de un contrato de gestaci3n por sustituci3n celebrado y ejecutado en la India entre padres comitentes franceses y mujer gestante india. Tal autorizaci3n se

fundamentó en el art. 47 del código civil francés que dice que todo acto de registro civil de franceses y extranjeros celebrado en un país extranjero y redactado según los usos habituales en aquel país será considerado un acto administrativo auténtico. (Sáenz, 2015).

España:

El art. 10 de la ley 14/2006 prohíbe expresamente la gestación por sustitución, declarando la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados con ese fin, sin importar quien aporte el material genético, o de quienes celebren el contrato, o si hubo o no contraprestación económica. La filiación de los hijos, en estos casos, será determinada por el parto, pudiendo el progenitor que haya donado los gametos, reclamar la paternidad siguiendo los procedimientos procesales habilitados para tal fin. (Sáenz, 2015).

De manera tal que el hijo será hijo de la mujer gestante, y del padre comitente, solo si aportó el material genético y solo luego de reclamar la paternidad. (Lamm, 2013, pág. 72).

Italia:

La ley N° 40 del 19 de febrero de 2004, no permite la reproducción artificial heterogénea, por lo que la mujer solo puede fecundar con los gametos del marido, debiendo ambos cónyuges prestar su consentimiento por escrito. En su art. 12.6 dice que quien, en cualquier forma, produce, organiza o anuncia la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros.

Cabe resaltar que en el 2014, en un fallo del Tribunal constitucional de Italia se declaró inconstitucional la prohibición de la fecundación heteróloga asistida y con donante externo, reconociendo el derecho a todos los ciudadanos de que el hijo sea concebido por la pareja y gracias a donantes anónimos. Pero no implica a la gestación por sustitución. (Rother, 2015).

México:

En México existe un Código Civil general, pero cada Estado mexicano es competente para regular en materia civil. Esto es así porque el art. 73 de la Constitución Nacional, que regula y determina cuales son las competencias del Estado Federal no menciona, ni incluye a la competencia en materia civil. (Lamm, 2013, pág. 126). De manera tal que cada estado mexicano es competente en dictar su propio código civil.

Y es así que el Estado de Tabasco, permita la gestación por sustitución solo en parejas heterosexuales y que el contrato tenga una finalidad altruista. No está permitida para los extranjeros. (Fernández, 2017).

En el Estado de Sinaloa, se permite en iguales condiciones que el anterior, pero se agrega de manera expresa que la pareja tenga algún impedimento médico para procrear. Tampoco está permitida para los extranjeros. (Fernández, 2017).

Mientras que en el Estado de Coahuila, la gestación por sustitución está prohibida de manera expresa.

También está prohibida en el Estado de Querétaro en iguales condiciones que las mencionadas arriba. (Fernández, 2017).

No existe una ley a nivel nacional que regula la gestación por sustitución en México, aunque hay un proyecto de reforma de la Ley General de Salud para incluirla y regularla. (Fernández, 2017).

Como vemos México tiene en razón de su sistema federal estados que la prohíben expresamente y estados que la permiten bajo ciertas condiciones. En los otros estados mexicanos no está regulada en ninguna forma.

#### Alemania:

La ley alemana de protección de embriones de 1990 señala en su art 1 que la utilización abusiva de las técnicas de reproducción asistida será sancionada con pena privativa de la libertad de hasta 3 años de prisión o una multa a quien (...) *practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento*". Y agrega después que no habrá sanción ni para la madre sustituta, ni para la madre que desea tomar a su cargo el niño. (Sáenz, 2015).

#### Portugal:

El art. 8 de la N° 32/2006 considera nulo todo contrato de gestación por sustitución ya sea gratuita o comercial, manteniendo la regla del principio romanos que es madre quien da a luz, en este caso la mujer gestante. No hay sanciones para los contratos gratuitos, pero si para los contratos con fines onerosos y su promoción a la celebración. Lamm, 2013, pág. 131).



Suiza:

La gestación por sustitución está prohibida por el art 119.2 d de la Constitución Federal que dice: *La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: (...) d. se prohíbe la donación de embriones, así como las todas las formas de maternidad de sustitución; (...).*<sup>95</sup>

Si bien en Austria, no hay una prohibición específica en materia de gestación por sustitución, el art. 2.3 de la Ley Federal de reproducción asistida del año 1992 señala que los ovocitos y los embriones solo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden, salvo que el hombre sea estéril, en esta caso solo se autorizará la inseminación artificial, pero no la in vitro, de manera tal que la gestación por sustitución no es posible en Austria.

5.4.2. Países en donde la gestación por sustitución es legal bajo ciertas condiciones.

Israel:

La ley 5746 del año 1996 regula los acuerdos de gestación por sustitución y solo pueden acceder a ellos los residentes de país, y solo parejas heterosexuales, el semen debe ser de la pareja, mientras que los óvulos pueden ser de la madre comitente o de otra mujer que no deberá ser la gestante, esta debe estar relacionada con el embrión. Los comitentes deben acreditar infertilidad o incapacidad de llevar a cabo un proceso de gestación.

La mujer gestante debe ser soltera, aunque una mujer casada puede ser mujer gestante siempre que la pareja de su consentimiento expreso, pero además, la pareja comitente debe probar que ha hecho todo lo que está a su alcance para conseguir una mujer gestante soltera.

Cabe aclarar que las parejas homosexuales israelíes, si bien tienen prohibido el acceso a los acuerdos de gestación por sustitución, estos pueden realizarlos en el extranjero y obtener el reconocimiento e inscripción del niño una vez llegado al país.<sup>96</sup>

Se tiene muy en cuenta la ley Judía es por ello que tanto los comitentes como la mujer gestante deberán profesar la misma religión, en este caso la judía, para evitar problemas o

<sup>95</sup> <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf>

<sup>96</sup> <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-israel/>

discrepancias religiosas, pero en caso que ninguna de ellas sea judía, este requisito puede ser dejado de lado. (Rother, 2015).

Otro requisito indispensable es que el acuerdo debe ser autorizado por la (*state-appointed committee*) comité o comisión estatal formada por 7 miembros en los que hay médicos, psicólogos, trabajadores sociales, juristas y religiosos.<sup>97</sup>

Si bien no se exige que sea onerosos el contrato, se prefiere que tenga una finalidad altruista, por lo tanto no se puede exigir un pago, pero los comitentes están obligados a compensar gasto, pérdidas de ingresos, ayudas sociales u otros gastos, Suma que deberá ser entregada mensualmente.

Grecia:

En este país la gestación por sustitución está regulada en dos leyes una es la 3089/2002 y otra es la 3305/2005 en ellas se establecen ciertos requisitos para aprobar el acuerdo, entre los que podemos mencionar:

- El acuerdo de transferencia de óvulos fertilizados a la mujer gestante deber ser autorizado judicialmente de manera previa al procedimiento.
- No debe haber beneficios económicos entre las partes que celebraron el contrato. Pero se permite la compensación de gastos.
- Los comitentes no deben exceder los 50 años.
- Los comitentes deben probar que no pueden procrear hijos de manera natural.
- La mujer gestante no debe aportar material genético.
- La mujer gestante y la mujer comitente deben tener su domicilio en Grecia.
- Los padres comitentes se convertirán en padre inmediatamente de nacido el niño.

Una vez realizado el procedimiento de transferencia de embriones, no hay posibilidad de arrepentimiento en la ley Griega, se está obligado a cumplir con el acuerdo. La gestante deberá entregar al niño una vez nacido y los comitentes deberán recibirlo, obligándolos a hacerse cargo del niño. (Lamm, 2013, pág. 152; 153)

---

<sup>97</sup> <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-israel/>

Reino Unido:

En 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act que sanciona penalmente a la publicidad y la gestión comercial destinada a realizar este tipo de contratos. La ley prohíbe iniciar o colaborar en las negociaciones que tenga el propósito de la celebración de un acuerdo de gestación sustituta, en pocas palabras condena la negociación con fines lucrativos.

Pero la gestación por sustitución no puede reputarse ilegal en Gran Bretaña si es gratuita y con finalidad altruista, es decir prohíbe la comercial, pero acepta la que tenga una finalidad benévola, sin fines de lucro, sin intermediarios y con un dato llamativo, el acuerdo es aprobado judicialmente con posterioridad al nacimiento del menor. Si está permitida una compensación económica. (Lamm, 2012)

En cuanto a la filiación del menor recién nacido, se determina por la madre que da a luz.

La filiación se transfiere después de un cierto periodo de gracia, llamado Periodo de reflexión que puede ser de 6 semanas y tras finalizar este, se pide autorización judicial solicitada por los padres intencionales para transferir la filiación a estos.

Es decir que el acuerdo de gestación por sustitución en Gran Bretaña, siempre quedará supeditado a que sea benévolo, sin intermediarios, pero la madre es la mujer gestante y solo después de un periodo de reflexión de la madre, y previa autorización judicial se entregará el niño a los padres intencionales, es decir que se previene la posibilidad de arrepentimiento de la mujer gestante en ese periodo de reflexión, en lo que hace a la entrega del menor, pero tal decisión debe estar fundada. Este sistema es el más protector de la mujer gestante, porque esta puede tener decisión sobre su embarazo, conserva la determinación de la filiación y se protege su derecho a arrepentirse o cambiar de parecer. (Lamm, 2012).

Brasil:

En Brasil el contrato de gestación por sustitución está prohibido si es con fines lucrativos, el 6 de enero de 2011 se publicó la decisión del Consejo Federal de Medicina, en donde se señala que la donación temporal de útero no deberá tener carácter lucrativo.

Además, el contrato solo podrá llevarse a cabo en aquellos supuestos en que los comitentes tengan un problema médico para procrear.

La madre sustituta deberá pertenecer a la familia de los padres de intención, en una relación de parentesco de hasta el cuarto grado. Este procedimiento es llamado Vientre Solidario. (Sáenz, 2015).

No hay normas que especifiquen sobre la filiación del menor nacido por esta técnica, lo que deberá acudirse a los tribunales para pedir autorización o en su defecto si el tratamiento ya se realizó impugnar la maternidad.<sup>98</sup>

Canadá:

La ley de reproducción humana asistida de Canadá (Assisted Human Reproduction Act) en su art. 6 nos dice que se prohíbe expresamente el pago a la gestante. También se prohíbe que los médicos presten asistencia para realizar el proceso, si la mujer tiene menos de 21 años.

La gestación por sustitución con fines altruista no está prohibida por la ley, pero los contratos de gestación por sustitución no es ejecutable como tal, ya que la ley nada dice sobre la validez de ellos, y ha sido la jurisprudencia la que decide en base el mejor interés del niño.

La validez de los contratos y las consecuencias de la filiación es responsabilidad de cada provincia de Canadá, por ejemplo el Código Civil de Quebec establece expresamente la nulidad de estos contratos. (Lamm, 2013, pág. 149)

#### 5.4.3. Países con admisión amplia y sin restricciones

Entre los países que más se destacan de este grupo tenemos:

India:

La India admite la gestación por sustitución, pero no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio y en virtud de estos contratos.

Era el país líder en contratos de alquiler de vientres o del también llamado *turismo reproductivo*.

Hay que destacar que la India no tenía hasta el año 2016, una regulación legal específica en esta materia, solo existían guías como la llamada Guía ética para la investigación biomédica y la Participación de seres Humanos del año 2006 o la Guía para la Reglamentación de Reproducción asistida del año 2010.

---

<sup>98</sup> <https://www.babygest.es/brasil/>

En noviembre de 2016 se aprueba una ley que prevé nuevos requisitos y condiciones para acceder a la gestación por sustitución en ese país.<sup>99</sup>

Entre los requisitos para los extranjeros se pueden mencionar, el que solo se permitirá matrimonios extranjeros heterosexuales casados y que en su país de origen se permita la práctica de este tipo de gestación, para esto, deben presentar una carta de la embajada lo que acredite (Fernández, 2018). Se requiere, además, una carta de la clínica en donde se llevará a cabo la transferencia de embriones, que confirme que el precio total del contrato ha sido pagado a la mujer gestante.

La mujer gestante debe ser menor de 35 años, ser madre de al menos un hijo y una vez firmado el contrato pierde el derecho de arrepentirse o de interrumpir el embarazo, salvo por situaciones concretas. Si es casada se necesita el consentimiento expreso del marido.

Entre ciudadanos indios la gestación por sustitución solo es permitida con fines altruistas y la mujer gestante deber ser pariente cercana de alguno de los comitentes.

La finalidad de esta nueva regulación es tratar de terminar, precisamente con el turismo reproductivo que tanto daño estaba haciendo al país. La nueva ley lleva el nombre de Surrogacy (Regulation) Bill, 2016. (Fernández, 2018).

Rusia:

En este país la gestación por sustitución es accesible para las parejas heterosexuales y mujeres solteras que tienen un impedimento médico para procrear, este impedimento debe estar debidamente acreditado.

Solo es permitida la gestación por sustitución gestacional, es decir aquel procedimiento en donde la gestante no aporta material genético alguno. De manera tal que los óvulos y los espermatozoides deben pertenecer a la pareja o a donantes.<sup>100</sup>

La mujer gestante debe tener una edad de entre 20 y 35 años, tener al menos un hijo propio sano, buena salud física y psíquica.

En cuanto a la filiación, la mujer gestante debe renunciar a ella una vez nacido el menor, recién después de esta renuncia de la filiación el menor podrá ser inscripto y se entregará el certificado de nacimiento a nombre de los padres intencionales.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> <https://www.babygest.es/india/>

<sup>100</sup> <https://www.babygest.es/rusia/>

Luego de estos trámites la mujer gestante pierde todo derecho sobre el menor y no puede reclamar la maternidad. De la misma manera los padres intencionales no podrán renunciar a la filiación del menor una vez que aceptaron e inscribieron al menor.

Entre las leyes que regulan estas situaciones son el Código de Familia de la Federación art. 51 y 52, la Ley Federal de Salud (Nº. 323-FZ) y la Ley Federal sobre los actos de Registro del Estado Civil. (Lamm, 2013, pág. 170)

Estados Unidos:

La situación varía según el estado, esto implica que no hay una ley federal que rijan para todo el país, por lo tanto cada estado de la Unión tiene la competencia constitucional de reglar en materia civil.

Tenemos por ejemplo que en los Estados de Arizona y de Dakota del Norte están prohibidos los convenios y se los considera nulos, también en Nueva York, Indiana y el Distrito de Columbia, no se le reconoce a los contratos validez alguna. Mientras que en los estados de Florida, New Hampshire, Illinois, Utah y Virginia, se le reconoce plena validez a los convenios siempre y cuando cumplan con los procedimientos establecidos por la ley especial. (Rodríguez – Yong, Martínez – Muñoz, 2012).

Es importante destacar que en aquellos países en donde la gestación por sustitución es legal bajo ciertas condiciones a cumplir, además de los requisitos exigidos por la ley, se presta especial atención en la protección de la mujer gestante, en revisar su consentimiento, y hasta en escuchar sus motivos o razones en caso de no querer entregar el recién nacido a los padres comitentes, creando incluso la posibilidad de que la determinación de la filiación del menor recaiga sobre ella, si es su voluntad. Como por ejemplo en el sistema de Gran Bretaña en donde la determinación de la filiación se transfiere a los padres de intención recién después de un periodo de tiempo y con la entrega del menor.

Otro denominador común en el derecho comparado es la gratuidad u onerosidad del contrato, en los países en donde se permite con ciertas limitaciones, solo será válido el contrato si no se pactó un precio por el servicio, es decir deberá ser un acuerdo gratuito y con una finalidad netamente altruista. Mientras que en aquellos países en donde se permite ampliamente el contrato, el acuerdo generalmente es oneroso.

---

<sup>101</sup> [https://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=470679](https://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=470679) Código de Familia de la Federación Rusa

### 5.5 Conclusión parcial

Analizar los argumentos jurídicos esgrimidos en contra de la gestación por sustitución sirve para poder tener una visión más amplia del problema y de ello obtener la información necesaria para mejorar los aspectos del contrato.

La vulnerabilidad, dignidad y el aprovechamiento de la condición socioeconómica de la mujer gestante, la gratuidad u onerosidad del contrato, la comercialización del contrato, el respeto por los derechos del niño, argumentos estos, enarbolados por la doctrina que aboga por la prohibición expresa, son cuestiones que la doctrina a favor del convenio toma cuenta para elaborar las condiciones del contrato, con el fin de evitar abusos y consecuencias negativas.

Por su parte, el estudio del derecho comparado proporciona la experiencia de aquellos países que ya legislaron esta figura, tomando lo mejor de su regulación y adaptándola a nuestro ordenamiento jurídico.

## CONCLUSIÓN FINAL

En el transcurso de este trabajo final de grado hemos mencionado, en varias oportunidades, lo complejo de esta figura, la gestación por sustitución. Las implicancias y consecuencias jurídicas, sociales, morales, religiosas y hasta políticas, dejan en claro lo controvertido del tema en cuestión.

Si además a esto le agregamos la palabra contrato, la escalada de la polémica es mayor, porque supone el ingreso al ámbito de lo transaccional, del canje o de lo comercial, a tal punto que hasta los autores que están a favor de la implementación legal de la gestación por sustitución, evitan la palabra contrato y utilizan un sinónimo más suave, si se quiere, que es el de acuerdo.

La gestación por sustitución se ha convertido, en la Republica Argentina, en una opción más para contrarrestar la imposibilidad de concebir de manera natural un hijo, presentándose como una solución al problema de la infertilidad. Esto lo demuestra el aumento en tribunales de las presentaciones de solicitud de homologación judicial de los acuerdos y el pedido de autorización de la práctica de técnica de reproducción humana asistida.

En el presente trabajo, el problema de investigación planteado, de si ¿es posible regular a través de una ley especial el contrato de gestación por sustitución e incorpóralo al ordenamiento jurídico? Surge como respuesta que, en nuestro país, es posible la regulación de tales acuerdos, porque de la cantidad de casos presente en la jurisprudencia argentina, todos han sido resueltos con sentencia a favor de los convenios, y en todos los considerandos de las sentencias emitidas, los jueces abogan por necesidad de una regulación legal de la institución.

En desarrollo del presente trabajo se determinó que nuestro régimen jurídico, cuenta con los principios constitucionales y convencionales suficientes para argumentar a favor de nuestra hipótesis de trabajo, y que además cuenta con los principios generarles del derecho interno y con leyes especiales que, en una visión integrativa del sistema, también se encuentran los fundamentos adecuados a favor de su legislación.

La regulación se hace necesaria, precisamente por las cuestiones orden público que se ven envueltas en el acuerdo. Ya que una ley especial contendrá lo preceptos, derechos y obligaciones de las partes, los efectos jurídicos previsibles del acuerdo, el procedimiento a seguir para solicitar la homologación del contrato y la autorización de la transferencia de



embriones y el procedimiento a seguir en la inscripción del menor, en pos del interés superior del niño.

La regulación del contrato de gestación por sustitución, no solo es posible en nuestro ordenamiento jurídico, sino que además es necesaria para proteger a la parte más vulnerable del contrato que es la mujer gestante. Esta pondrá su cuerpo, prestará su útero, con la finalidad de concebir un hijo para los padres comitentes. Por lo tanto la ley deberá prever y analizar la situación socioeconómica de la mujer gestante, que su consentimiento no se encuentre viciado y previendo, además, un resarcimiento económico. Con ello se intentará evitar, las consecuencias nocivas que este tipo de contrato puede acarrear, precisamente, cuando no hay una regulación especial.

Prever a través de una norma jurídica las consecuencias nocivas de una determinada institución, es proteger los derechos de los que se encuentran en la situación tipificada y regulada por esa ley, lo contrario, el vacío legal, el limbo jurídico, la ausencia de regulación, la abstinencia jurídica de ni prohibir, ni permitir, no hace más que generar la posibilidad un daño y de perjudicar a aquellos que se encuentran en una situación vulnerable.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

### **Bibliografía consultada**

- **Balcázar Quiroz, J.** (2005) *Medidas autosatisfactivas*. Esquema introductorio. <https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0175.pdf> (Recuperado el 23/08/2018)
- **Bossert, G.A.; Zannoni, E.A.** (2016) *Manual de Derecho de Familia* (7ma. Ed.) Editorial Astrea.
- **Bossert, G.A.; Zannoni, E.A.** (2016) *Manual de Derecho de Familia*. (7ma. Ed.) Editorial Astrea. Pág. 5; 6;
- **Bossert, Gustavo, y Zannoni, Eduardo** (1995), *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 179.
- **Buteler Cáceres, José A.** ("*Manual de Derecho Civil - Parte General*", ed. Ábaco, Buenos Aires, 1979, p. 39); **Borda, Guillermo A.** ("*Tratado de Derecho Civil argentino - Parte General*", 4ª ed. Perrot, Buenos Aires, T. I); **Jorge Joaquín Llambias, Jorge J.** ("*Tratado de Derecho Civil - Parte General*", Perrot, Buenos Aires, 1961, T. I.)
- **Cajarville, J. C.** (2012). *La buena fe y su aplicación en el derecho argentino*, Prudentia Iuris, N° 74, 2012. Cajarville, J. C. (2012). *La buena fe y su aplicación en el derecho argentino* [en línea], Prudentia Iuris, 74. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/buena-fe-aplicacion-derecho-argentino.pdf> (Fecha de consulta: 29/05/2018) <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/buena-fe-aplicacion-derecho-argentino.pdf>
- **Cataneo, Victoria y Suárez Natalia** (2017). *Ley nacional de salud sexual y procreación responsable n° 25673 y decreto reglamentario 1282/2003*. <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/ley-nacional-de-salud-sexual-y-procreacion-responsable-no-25673-y-decreto-reglamentario> (Recuperado 01/04/2018)
- **Chaumet M. E. y Meroi A.A.** (2015). *Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado ¿Sera en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?* [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf)
- **Chiapero, Silvina M.** (2012) *Maternidad Subrogada*. 1ra. Ed. Buenos Aires. Ed. Astrea
- **Cordobera, Lidia G.** (2013). *Las bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Límites*. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/las-bases-constitucionales-del-derecho-de-los-contratos.- analisis-critico-del-alcance-del-principio-de-la-autonomia-de-la-voluntad.-limites>
- **Cordobera, Lidia G.** (2015) *Incidencias del CCCN. Contratos en general*. Ed. Hammurabi 1ra. Edición 2015
- **Corominas, Joan** (1994). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana* Ed. Gredos S.A. (3ra. Ed.). Pag.267.

- **Díaz de Guijarro, E.** (1953). *Evolución de la familia*. Revista de la Facultad de Derecho de México Nro. 11. Tomo III. Pág. 29; 32. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25276/22680> (Recuperado el 08/04/2018).
- **Dworkin, R.** (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ed. Ariel, pág. 72
- **Famá, María V.** (2012) *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Revista Lecciones y Ensayos N° 90, Universidad Nacional de Buenos Aires. Pág. 171 [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones\\_y\\_ensayos\\_nro\\_00\\_90.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_00_90.pdf)
- **Famá, María V.** 2011 “*Maternidad subrogada. Exegesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*”. La Ley 21/06/2011 – LA LEY 2011- C, 1204
- **Fernández Díaz, E.** (2015) *Gestación por Subrogación o Maternidad Subrogada* Revista Científica Semestral In Iure. Ciencias Jurídicas y notariales. Año 5 Vol. 2 pág. 66. <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/view/15>
- **Fernández Sessarego, Carlos.** (2001) *Derecho Privado. Homenaje al Profesor Doctor Alberto Jesús Bueres. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?* Ed. Hammurabi.
- **Fernández, Sandra** (2017) *¿Qué opina la Iglesia Católica sobre la maternidad subrogada?* <https://www.babygest.es/opinion-de-la-iglesia-sobre-maternidad-subrogada/> (Recuperado el 05/09/2018)
- **Flavio Cumpiano Alfonso,** “*¿Bebés a la orden? Consideraciones ético jurídicas de la maternidad subrogada*”, en Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Puerto Rico 56 (1) (enero-marzo de 1995), pág. 79. (Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-89422015000200007](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007) ) (14/04/2018)
- **Garibo Peyró, Ana P.** (2017). El Interés Superior del Menor en los supuestos de Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª*. Pág. 245; 252; 253 <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf> (Recuperado el 16/05/2108).
- **Gil Domínguez, A.** (2014) *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Ediar.
- **Gil Domínguez, Famá, M.V. y Herrera, M.** (2006) *Derecho constitucional de familia*. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Ediar.
- **González, A., Melón, P. y Notrica, F.P.** (2016) *La gestación por sustitución como realidad que no puede ser silenciada*. SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/andreagonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciadadacf150426/123456789>
- **Gonzalez, Mariana E.** (2015). *La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente de filiación*. Publicado en: Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. 20/05/2015. LA LEY 2015-C. Cita Online: AR/DOC/1296/2015
- **González, Noelia Igareda** (2015). *El derecho a conocer los orígenes biológicos vs el anonimato en la donación de gametos*

- <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Igareda-Gonzalez-Or%C3%ADgenes-y-donaci%C3%B3n.pdf> (Recuperado el 05/09/2018)
- **Guerrero Arias, F.G. y Mesa Sepúlveda, M. A.** (2015) *La incidencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre en algunos derechos fundamentales de los menores.* [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8258/FidelGustavo\\_Guerrero\\_Arias\\_MariaAdelaida\\_MesaSepulveda\\_2015.pdf;sequence=2](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8258/FidelGustavo_Guerrero_Arias_MariaAdelaida_MesaSepulveda_2015.pdf;sequence=2)
  - **Gutton, Isabelle** (2018) *Cuales son los diferentes tipos de gestación subrogada* recuperado de: <https://www.babygest.es/tipos-de-subrogacion/>
  - **Guzmán Avalos, A. y Valdez Martínez, M.** (2015) *Voluntad procreacional.* <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Avalos-y-Valdes-Voluntad-procreacional.pdf> (Recuperado el 06/09/2018)
  - **Herrera, Marisa.** (2015) *Manuales universitarios. Manual de Derecho de las Familias* 1ra. Edición, 2015. Buenos Aires. 1ra. Edición, 1ra. reimpresión 2015. Ed. Abeledo Perrot S.A., 2015. <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2649-unificacion-responsabilidad-civil-contractual-y-extracontractual-nuevo> (Recuperado el 23/09/2018)
  - **Iturburu R. Mariana** (2015) *La regulación de las técnicas de reproducción asistida en la actualidad. Reproducción.* Vol. 30/Nº4 pág. 152 Diciembre 2015. [http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero\\_4/4-ITURBURU.pdf](http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-ITURBURU.pdf)
  - **Junyent Bas de Sandoval, Beatriz M.** (2016) *Fecundación asistida e identidad personal.* Buenos Aires 2016. Ed. Astrea 1ra. edición.
  - **Kemelmajer de Carlucci, A.** (2014). "Las Nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014" *Revista Jurídica La Ley* 8 de Octubre de 2014.
  - **Kemelmajer de Carlucci, Aida, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora** (2010). "Filiación y homoparentalidad, luces y sombras de un debate incomoda y actual" Publicado en: LA LEY 20/09/ 2010, 1
  - **Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora.** (2012) *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida.* <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/KEMELMAJER-HERRERA-Y-LAMM.-Ampliando-el-campo-del-derecho-filial-en-el-derecho-argentino.-Texto-y-contexto-de-las-te%CC%81nicas-de-reproduccio%CC%81n-humana-asistida.pdf> (Recuperado el 03/06/2018)
  - **Lamm, Eleonora** (2012) *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho.* InDret Revista para el análisis del derecho. [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf) Recuperado 24/03/2018.
  - **Lamm, Eleonora** (2013) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientre* Observatori de Bioètica i Dret. Universitat de Barcelona.
  - **LLAMBIAS, Jorge Joaquín.** (1995) "Tratado de Derecho Civil Parte General" Tomo I. Editorial Perrot. Pág. 275.
  - **Lorenzetti R.; Highton de Nolasco, E.; Kemelmajer de Carlucci A.** (2011) *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*

- <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> . Recuperado el 06/04/2018.
- **Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana** (1995) *Procreación humana artificial; un desafío bioético*. Buenos Aires. Ed. Depalma.
  - **Martinez Martinez, Verónica L.** (2015) *Maternidad Subrogada. Una mirada a su regulación en México*. Revista electrónica Dikaion Vol. 24 Nro. 2 diciembre 2015. <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4956/4291> Recuperado 27/03/2018.
  - **Melón, P.; Notrica, F.** (2016). “*La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación*” <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/La-gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n-como-t%C3%A9cnica-de-reproducci%C3%B3n-humana-asistida.-La-necesidad-de-una-regulaci%C3%B3n.pdf> (Recuperado el 14/04/2018).
  - **Montero, Laura G** (2015). *Proyecto de ley Expediente N° 2574-S2015*, presentado en el Senado de la Nación el 14-8-15. El Proyecto pasará por las Comisiones de Legislación General, Salud, Justicia y Asuntos Penales.
  - **Notrica, Cotado, Curti.** (2017). “*La figura de la gestación por sustitución*” IUS. Revista Del Instituto De Ciencias Jurídicas De Puebla, México. Nueva Época Vol. 11, No. 39. Enero - Junio De 2017.
  - **Ossorio, Manuel.** (1992) *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1992. 20va. Edición
  - **Ravetllat Ballesté, I.** (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *EDUCATIO SIGLO XXI. Vol.30, Núm. 2 (2012)*. Pág. 89 y ss. <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/140741> (Recuperado el 16/05/2012).
  - **Rodrigo, Andrea** (2017) *Las técnicas de reproducción asistida y su uso en gestación subrogada*. Recuperado de: <https://www.babygest.es/tecnicas-de-reproduccion-asistida/>
  - **Rodríguez Iturburu, M.** (2016) *Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN*. <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccygn> (Recuperado el 09/09/2018).
  - **Rojas Pascual, Juan P.** (2016) *Los Derechos Reproductivos ¿Qué son? ¿En Argentina?* <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/66-derechos-reproductivos-en-argentina> (Recuperado el 11/04/2018)
  - **Ruiz Sáenz, Ángela** (2015) *Tratamiento de barriga de alquiler em direito comparado* [https://www.researchgate.net/publication/299651027\\_Tratamiento\\_de\\_barriga\\_de\\_alquiler\\_em\\_Direito\\_Comparado](https://www.researchgate.net/publication/299651027_Tratamiento_de_barriga_de_alquiler_em_Direito_Comparado) (Recuperado el 04/07/2018)
  - **Salvador, Zaira** (2017) *¿Que es la gestación por sustitución? – Definición, tipos e indicaciones*. Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>
  - **Sambrizzi, E.A.** (2012) *La maternidad subrogada (gestación por sustitución)* En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El

- Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf> . (Recuperado el 03/08/2018)
- **Sánchez Martínez, María O.** (2010). *Igualdad sexual y diversidad familiar. ¿La familia en crisis?* Ed. U. de Alcalá. Pág. 17; 18.
  - **Sánchez Martínez, María O.** (2010). *Igualdad sexual y diversidad familiar. ¿La familia en crisis?* Ed. U. de Alcalá. Pág. 17; 18.
  - **Sanders Bruletti, Miriam M.** (2018) *La maternidad subrogada en la legislación argentina. Una mirada bioética.* Cita: MJ-DOC-13553-AR | MJD13553. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/11/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacion-argentina-una-mirada-bioetica-2/> (Recuperado el 16/09/2018)
  - **Sosa Andrea, Tagliaferri Pablo, Tufarelli Bárbara** (2015). *Programa Nacional De Salud Sexual Y Procreación Responsable.* <http://www.auditoriamedicahoy.com.ar/biblioteca/Salud%20sexual%20y%20procreacion%20responsable%20Tufarelli.pdf>
  - **Souto Galván, B.** (2005) “*Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*”, Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp.275-292.
  - **Tietelbaum, Horacio,** (2016) *El colapso del dogma Mater semper certa est frente a la voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial.* COLEGIO DE ESCRIBANOS de la Provincia de Córdoba. Revista Notarial. Año 2016/2. N° 94.
  - **Vivas, Mario L.** (2017) *Unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Principales aspectos de la reforma.*
  - **Zannoni, Eduardo** (1978). *Inseminación artificial y fecundación extrauterina.* Bs.As., Astrea, 1978, pág. 111
  - **Zannoni, Eduardo A.** (1988) *La genética actual y el derecho de familia.* <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/49/la-genetica-actual-y-el-derecho-de-familia.pdf> (Recuperado el 03/07/2018).
  - **Zentner, D.** (2010). *Bases constitucionales del derecho contractual.* Revista Jurídica, 14, 59-73. [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/900/Bases\\_constitucionales\\_Zentner.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/900/Bases_constitucionales_Zentner.pdf?sequence=1) Recuperado 9/7/2018.

### **Jurisprudencia consultada**

- Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil M° 85. Cap. Fed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 38316/2012 “*NN ODGMBM s/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO.* (Sentencia de 18/06/2013.)
- Poder Judicial de la Nación Juzgado Civil 8 70522/2014 *BARRIOS, BEATRIZ MARIANA Y OTROS c/ GONZALEZ, YANINA ALICIA s/IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN*
- Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil N° 83.Cap.Fed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 81682/2014 “*NN O s/ Inscripción de Nacimiento*” causa N° 81682/2014. (Sentencia del 25 /06/2015.)

- Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil N° 102. Cap. Fed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “*C., F.A. Y OTROS c/ R.S., M.L. s/IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD* (Sentencia del 18/05/2015)
- *O.A.V., G.A.C., Y F.J.J. POR MEDIDA AUTOSATISFACTIVA* Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza EXPTE.N° 714/15/1F (Sentencia de fecha 29/07/ 2015)
- Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Fuero Contencioso Administrativo. Cámara de Apelaciones CAyT, Sala I.  
*D. N. S. E. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO. EXPTE N° A37847-2015/0.*
- Exp. N° LZ-62420-2015 Juzgado de Familia Nro. 7 De Lomas de Zamora, *HM Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (232 del CPCC)*. Reg. N° 485. FOLIO INT.: 1465/99. H. REG N° 436. FOLIO HON 639/73.
- Poder Judicial de la Nación Juzgado Civil 7 Buenos Aires “*A. R., C Y OTROS c/ C., M.J. s/ IMPUGNACIÓN DE FILIAIÓN* (Sentencia del 15 de Junio de 2016).
- Juzgado de Familia de 2da. Nominación. – Autos N° 930 – “*R., L.S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN*” Expte. N° 3447358. Córdoba. (Fallo del año 2017)
- Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, Provincia de Rio Negro. *Solicita autorización judicial para implantación de embriones*. Fallo del 06/07/2017
- Juzgado de 1ª Nominación de Familia de la Ciudad de Córdoba  
Causa: *A., M. T. y Otro – Solicita Homologación* (6 de agosto de 2018)

### **Legislación consultada.**

- Constitución Nacional Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica 1969). Aprobada por ley N° 23.054
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Aprobada por ley N° 23.849
- Los Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Aprobada por ley N° 23.313.
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Aprobada por ley N° 23.179
- Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Ley N° 25.673
- Protección del embarazo y del recién nacido. Ley N° 25.929
- Programa Nacional de Educación Sexual integral. Ley N° 26.150
- Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Ley N° 26.529.
- Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Ley N° 26.862.
- Identidad de Género. Ley N° 26.743
- Ley de Matrimonio Civil. (matrimonio Igualitario). Ley N° 26.618



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



## ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Yacante, Juan Carlos
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	17.544.330
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	El contrato de gestación por sustitución. Argumentos para su inclusión al sistema jurídico argentino.
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	<a href="mailto:jyacante@hotmail.com">jyacante@hotmail.com</a>
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<p><b>Texto completo de la Tesis</b></p> <p><i>(Marcar SI/NO)<sup>[1]</sup></i></p>	<p>SI</p>
<p><b>Publicación parcial</b></p> <p><i>(Informar que capítulos se publicarán)</i></p>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Firma autor-tesista

\_\_\_\_\_  
Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

\_\_\_\_\_ certifica que la tesis  
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma Autoridad

\_\_\_\_\_  
Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

\_\_\_\_\_

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.