

UNIVERSIDAD
SIGLO



La educación evoluciona

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
Y
LA NECESIDAD DE UNA NORMATIVA ESPECIFICA**

Nombre y Apellido: Silvia Natividad Ramos

Legajo: VABG 42832

Carrera: Abogacía

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo principal de análisis al instituto de la gestación por sustitución, la cual será analizada en profundidad. El trabajo tiene como eje primordial la determinación del reconocimiento jurídico que debería hacerse en el derecho privado de tal situación, como una forma más de filiación, con todos los derechos que se les reconocen a los otros institutos. De esta manera, la hipótesis a seguir es el estudio y análisis de las diferentes posturas sobre el significado de tal laguna del derecho en relación a la gestación por sustitución.

Palabras claves. Gestación por sustitución. Ordenamiento jurídico argentino. Reconocimiento jurídico. Laguna del derecho. Filiación.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the institute of surrogate motherhood or post-replacement gestation, which will be analyzed in depth. The work has as its main axis the determination of the legal recognition that should be made in the private law of such situation, as one more form of filiation, with all the rights that are recognized to the other institutes. In this way, the hypothesis to be followed is the study and analysis of the different positions on the meaning of such a gap in the right in relation to Pregnancy by substitution

Keywords. Pregnancy by substitution. Argentine legal order. Legal recognition. Lagoon of the right. Filiation.

ÍNDICE

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.....	6
LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA GESTACION POR SUSTITUCIÓN. ..	6
1. Introducción.	7
2. Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).....	7
3. Concepto.	7
2.2. Tipos y clases.	8
2.3. Fundamento de su crecimiento.....	10
3. Gestación por sustitución.....	11
3.1. Concepto y Nota tipificante.	11
3.2. Posturas doctrinarias.	12
4. Derecho comparado.....	13
5. Conclusión parcial.	14
CAPITULO II.....	16
REGULACIÓN NACIONAL DE LAS TRHA.....	16
1. Introducción.....	17
2. Código Civil de Vélez Sarsfield	17
2.1. Propuestas y modificaciones legislativas.	18
2.2. Ley 26.862. incidencias.	19
3. Código Civil y Comercial de la Nación.	20
3.1. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y las TRHA.	21
3.2. Versión final de Código Civil y Comercial de la Nación.....	24
4. Conclusión parcial.	24
CAPITULO III.....	26
DERECHOS IMPLICADOS EN LA CUESTIÓN. JURISPRUDENCIA.	26
1. Introducción	27
2. Laguna del derecho.....	28
2.1. Concepto.....	28
2.2. Implicancias.....	29
2.3. Soluciones posibles.....	30
3. Reforma de la Constitución Nacional en 1994.	31
3.1. Implicancias en relación a la gestación por sustitución.....	31

4. Fallo aplicable al tema de fondo.....	36
4.1. Principales argumentos.	38
5. Conclusión	43
CONCLUSIÓN FINAL.....	46
BIBLIOGRAFÍA.	48

INTRODUCCIÓN

Se puede aseverar que uno de los propósitos que las personas contrastan en su vida es la conformación de una familia. Este hecho, en la mayoría de los casos, marca un antes y después en la manera de ver las cosas. Sin embargo, existen en el mundo muchas parejas o personas que ven limitado su derecho a formar una familia porque físicamente no pueden concebir hijos. Frente a esto es que la ciencia viene a dar respuesta a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

La gestación por sustitución se ubica dentro de estas técnicas; es aquella que permite la formación del embrión de una pareja o personas para luego ser implantado en el útero de otra mujer que llevará cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de aquellos. Puede abarcar desde la inseminación artificial con el propio óvulo de la mujer gestadora hasta la transferencia de embriones no relacionados genéticamente por una fertilización asistida (Luna, 2017). Frente a estas situaciones es que se plantean múltiples inconvenientes.

Como en diversos ámbitos, la ciencia crece de manera dispar con el derecho. La gestación por sustitución es un hecho, una realidad, a la que el derecho no da respuesta en muchos casos. En Argentina, la gestación por sustitución no se encuentra regulada, por lo que son muchas las personas que quedan imposibilitadas de recurrir a esta técnica médica con total seguridad y protección.

Es visible la necesidad imperiosa de contar con una regulación que sea capaz de proteger los derechos de todas las personas involucradas. Ante ello, es la jurisprudencia la que viene a integrar la falta de regulación en la materia, pero que solo brinda solución al caso concreto. Lo cierto es que existen fallos que legitiman los contratos de alquiler de vientres o gestación por sustitución.

Frente a esto, es que el presente trabajo pretende identificar la problemática que genera la falta de regulación en nuestro derecho positivo de la gestación por sustitución entendiendo que el derecho a la identidad es uno de los que se ve más comprometido, porque precisamente uno de los sujetos involucrados son los menores frutos de este tipo de técnicas.

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida, que permite la formación del embrión de una pareja o personas para luego ser implantado en el útero de otra mujer que llevará cabo el embarazo y da a luz el hijo en beneficio de aquellos (Zanonni, 2012)

Existe actualmente una creciente demanda de individuos que recurren a los métodos de reproducción humana asistida para satisfacer el deseo de ser padres. La ley 26.862 y la incorporación al nuevo Código Civil y Comercial Argentino de la figura de la voluntad procreacional trajeron aparejada la discusión respecto a la identidad de las personas por nacer y menores de edad.

Si bien es visible que hay una evolución en el ordenamiento positivo argentino, existen a la fecha lagunas legales que impiden dotar a estos tratamientos de seguridad jurídica. Frente a ello, es que surge la necesidad de resolver la problemática que afecta a un sector de la sociedad, a través de la incorporación definitiva de esta figura, en el Código Civil y Comercial de la Nación de un marco jurídico satisfactorio que proteja los derechos e intereses de las partes involucradas.

Es imperioso el debate de una ley que dote de normativa específica a la gestación subrogada en nuestro país, teniendo en cuenta los paradigmas del derecho comparado, las ambiguas posturas doctrinarias al respecto como así también la jurisprudencia que mediante sus diversos fallos resuelven los planteos de la problemática jurídicamente inconclusa en nuestro país.

Es aquí donde surge el principal conflicto jurídico debido al vacío legal que dejó la no incorporación de la figura de la gestación subrogada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El reconocimiento de la verdadera identidad y filiación del recién nacido queda librada a una sentencia judicial para cada caso en particular. Los jueces amparados en las distintas fuentes del Derecho como así en la reciente voluntad de procrear cubren el vacío legal por la no incorporación de una norma específica que regule la temática en cuestión.

Es en consecuencia que en este Trabajo Final de Grado se pretende hacer eco de una gran problemática nacional que no solo tiene incidencia en el ámbito social, sino que la solución está en el ámbito jurídico; siendo los juristas del derecho los encargados de denotar posibles soluciones para el respeto y uniformidad de los derechos. De esta manera se deberá tener en cuenta no solo las leyes nacionales como el Código Civil y Comercial de la Nación, sino que se debe estar a las disposiciones Constitucionales y Tratados de Derechos Humanos que receptan y protegen los derechos fundamentales. De esta manera, el trabajo parte de la siguiente problemática: ¿Cuáles son los efectos jurídicos que se atribuyen a la gestación por sustitución en el derecho argentino, ante el silencio otorgado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación?

De esta manera, el objetivo general es analizar la solución jurídica que debe otorgarse a quienes acuden a la técnica de la gestación por sustitución, teniendo en cuenta el vacío legal existente en el ordenamiento jurídico argentino.

Como objetivos específicos están los de identificar la problemática a la que se enfrentan las personas que quieren llevar a cabo este tipo de procedimientos en Argentina; identificar los derechos que se encuentran vulnerados por la falta de regulación en la materia; exponer el impacto social de la creciente demanda de este tipo de procedimientos en la actualidad; establecer la relevancia y el reconocimiento del derecho a la identidad de los nacidos bajo estas prácticas; analizar la regulación de la gestación por sustitución en el derecho comparado; analizar los fallos jurisprudenciales de los principales tribunales de justicia nacionales y extranjeros; efectuar un análisis crítico de la importancia de la regulación específica y no general sobre la gestación por sustitución ; etc.

Dicho esto, es que se debe hacer hincapié en la jurisprudencia nacional e internacional a los fines de observar y marcar la fundamentación que hacen de las sentencias en las que se tiene en cuenta un gran aporte en relación a ponderación de principios y respetos de los mismos. Entran en juego una gran cantidad de principios en esta actividad de subrogación materna como son la autonomía de la voluntad, la libertad de actuación, el derecho al acceso a la salud, el derecho a la conformación de una familia, el derecho a la vida, el interés superior del niño y, entre otros más, el derecho a la identidad.

Por estas razones es que antes de todo el análisis de complejo que se hace sobre la gestación por sustitución como actividad que no encuentra regulación explícita en el derecho argentino, es necesario el entendimiento de la incidencia de los principios (derechos fundamentales) receptados en el bloque constitucional que hacen de base a las diferentes sentencias que permiten o niegan dicha actividad.

Lo que se pretende entonces determinar con este Trabajo Final de Grado es la correcta visualización de la laguna que existe en este campo. Pero a su vez denotar de qué manera se ha llenado ese vacío de manera jurisprudencial. De esto saldrá como resultado la aproximación a una regulación legislativa que tenga en cuenta lo que ocurre en materia judicial y determine la prohibición expresa o la regulación ya sea de forma positiva de esta actividad.

La gestación por sustitución no encuentra regulación específica en nuestro país, lo que obliga a muchas personas a acudir a otros países a realizar este tipo de prácticas,

es por ello que resulta indispensable que este instituto sea debatido, analizado y culmine en una ley que llene el vacío legal que existe en la actualidad en la materia. Siendo esta última la hipótesis a plantear.

El presente Trabajo Final de Grado está estructurado en base a tres capítulos. El primer capítulo tiene como centro de análisis a las técnicas de reproducción humana asistida. De esta manera se las definirá y describirá en relación al procedimiento y los efectos que tienen. Acto seguido se adentrará en una de sus formas, lo que es la gestación por sustitución, concepto y manera de llevarse a cabo; poniendo especial énfasis en las diferentes posturas doctrinarias que justifican o no la utilización de este tipo de métodos. También en este capítulo se estará una breve reseña del derecho comparado.

El capítulo segundo se verá la concreta problemática que existe en torno al vacío legal que hay en la materia y se expondrán los proyectos legislativos en torno a esta temática. De esta manera se hará eco de la situación en la que se encuentran las peticiones de las personas que necesitan o quieren formar una familia a través de estas técnicas.

En el tercer capítulo se hará un análisis de los principios y derechos que entran en juego en dicha problemática. De esta manera se hará especial referencia a la influencia de la reforma constitucional del año 1994 y al denominado bloque constitucional. De esta forma se harán especial referencia a los tratados de derechos humanos que tratan la materia. Finalmente, se hará un análisis jurisprudencia a los fines de brindar las herramientas para hacer un aporte a una futura legislación sobre la materia. Se tendrá en cuenta como los jueces han fundamentado las diferentes posiciones tomadas en relación a la negación o permisión de la gestación por sustitución. Es decir, se detentará un análisis de los argumentos que hacen a la respuesta de si es posible o no realizar la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino.

Las personas que desean satisfacer su deseo procreacional mediante la técnica de gestación por sustitución no encuentran seguridad jurídica en nuestro ordenamiento positivo vigente. Para llegar a esta afirmación, se utilizará el tipo de investigación *exploratorio*, que tiene por objetivo examinar un fenómeno sobre el cual no se conoce demasiado. En este trabajo de investigación en concreto, la investigación se centrará en analizar las consecuencias que produce el vacío legal respecto de la gestación por sustitución en nuestro país. Se combinará con el tipo *descriptivo*, ya que permitirá

describir al fenómeno bajo estudio –la gestación por sustitución o gestación por sustitución - a partir de la caracterización de sus rasgos tipificantes.

La estrategia metodológica utilizada para el presente trabajo de investigación será la cualitativa, que es aquella que tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno. Busca un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad. No se trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible. En la presente investigación se analizarán posturas doctrinarias referidas a las técnicas de reproducción humana asistida sin aportar datos cuantitativos. Se logrará identificar cuál es el problema de la falta de regulación de la gestación por sustitución en nuestro país y se demostrará la necesidad de una imperiosa ley en la materia.

La técnica que será utilizada para el desarrollo del TFG es la observación de datos o documentos, por medio de la cual se recolectarán y analizarán las fuentes primarias y secundarias mencionadas en el apartado anterior, con la finalidad de poder observar cuáles son las dificultades que se le presentan a las personas que desean acceder a la técnica de gestación por sustitución.

Mediante el análisis de la doctrina, se conocerán las distintas opiniones que surgieron en torno a cada uno de los proyectos de ley, y sobre todo, las recomendaciones que proponen aquellos que alguna vez se negaron a la recepción del instituto en estudio.

Los fallos jurisprudenciales demostrarán que las leyes de nuestro derecho interno no son suficientes para dar respuesta a los sujetos que se ven involucrados en este tipo de técnicas, exponiendo los derechos que se ven conculcados a causa de la falta de regulación.

Esta investigación partirá desde el año 1994 con la reforma de la Constitución Nacional Argentina y la incorporación a nuestro derecho interno de los Tratados sobre Derechos Humanos, fuente del derecho a la identidad, la familia y la vida, hasta la actualidad. El nivel de análisis del estudio comprenderá legislación y jurisprudencia argentina y comparada.

CAPITULO I

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA GESTACION POR SUSTITUCIÓN.

1. Introducción.

En este capítulo se hace un análisis conceptual sobre las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA, en adelante). La finalidad teórica de este capítulo no es menor toda vez que sienta la base sobre la cual se discute jurídicamente, en los próximos capítulos. Es decir, y para aclarar el contenido y finalidad de este capítulo inicial, se hace saber el contenido técnico-científico del mismo para lograr entender de qué se habla cuando se dice que la filiación nació por TRHA. Dentro de las TRHA se encuéntrala técnica en análisis clave de este TFG: la gestación por sustitución, término que ha sido utilizado por los redactores del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es objetivo principal de este capítulo la correcta conceptualización y entendimiento por parte del lector de qué es, qué conlleva y qué efectos trae aparejado esta actividad. Solo a partir de aquí es posible adentrarse en los próximos capítulos sobre qué derechos entran en juego y la determinación de una posible solución del vacío legal existen en nuestra legislación nacional.

Es importante a los fines de adentrarse en el vacío legal nacional, observar y detenerse brevemente en cómo están regulados estas técnicas en el Derecho Comparado. Esto es un avance necesario que se debe hacer para entender el avance que se ha hecho en países de primer mundo, y en los cuales existe una correlativa conexidad territorial con Argentina.

2. Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

3. Concepto.

El primer paso para tener una idea clara e que trata esta actividad científica-medica, está en la correcta conceptualización de la misma. Las Técnicas de reproducción Humana Asistida son novedosos mecanismos y tratamientos médicos y científicos que tienen como finalidad lograr sobrepasar o soslayar los problemas de fertilidad que se dan en una pareja. También, las TRHA tienen a capacidad de ayudar a parejas que consiguen la fecundación, pero, sin embargo, no lograr gestaciones viables (Rovati, 2014).

Es decir, la “reproducción asistida se puede definir como el conjunto de técnicas y procesos que sustituyen el proceso natural de la reproducción” (Salvador, 2017, pág. 1). No solamente puede indicarse como novedoso estas técnicas desde el punto de vista científico y los logros que consigue, sino que también debe estarse a su desarrollo reciente, lo que hace a su tratamiento legal, dentro de todo, actual. Se sostiene que hasta

casi el final del siglo XX, las personas con problemas de fertilidad debían resignarse o acudir a la adopción si deseaban formar una familia. Es decir, no tenían otros caminos que tomar que no fuera la de adoptar o resignarse de ser padres.

En 1978 con el nacimiento de Louise Brown, la primera «niña probeta», la historia cambia y se convierte en un hito científico ya que las personas estériles vieron en la reproducción asistida la solución a sus problemas de fertilidad. La técnica que permitió este primer nacimiento fue la FIV. Se extrajo un óvulo de la paciente y se realizó la unión con el espermatozoide en una placa en el laboratorio. El embrión fecundado se dividió hasta cuatro células y se volvió a implantar en la madre (Salvador, 2017).

Si bien al principio esta actividad era poco aseguradora de éxito y de grandes costos, se fue avanzando y sofisticando al punto de que es algo que asegura (no al 100 %) cierto grado de éxito en la reproducción humana. Es decir, al inicio, los tratamientos de fertilidad no ofrecían grandes porcentajes de éxito. Sin embargo, se han ido perfeccionando las distintas técnicas con los años, se han formado profesionales especializados en este campo y cada vez nacen más niños en todo el mundo gracias a la medicina reproductiva.

Por lo tanto, para entender que son estas TRHA debe estarse a dos cuestiones claras. La primera que se aleja de la procreación natural que ha sido la fuente histórica de filiación. Y segundo, se torna importante delimitar, clasificar y clarificar las TRHA a los fines de entender que las mismas no son todas iguales y tienen diferentes grados de peligro en su ejecución por estas razones se puede indicar que las TRHA pueden ser definidas como el “el conjunto de procedimientos mediante los cuales se intenta acercar, a través de la ciencia, el espermatozoide al ovulo, y de esta manera lograr el embarazo” (Falotico & Pietra, 2015, pág. 384). Estas técnicas, que suponen uno de los avances más importantes en materia medica de los últimos tiempos, surgieron como solución a la infertilidad masculina, la que luego también fue utilizado para surtir problemas femeninos en la gestación.

2.2. Tipos y clases.

Las TRHA pueden ser clasificadas de varias maneras. Sin embargo, a los fines de un entendimiento correcto de esta técnica se lo suele dividir en procesos de alta y de baja complejidad. Son técnicas de baja complejidad el: coito programado, capacitación

de semen, inseminación artificial, congelación de semen, etc. Por otro lado, son técnicas de alta complejidad: la fecundación in vitro, inyección intracitoplasmática de espermatozoides, diagnóstico genético preimplantacional, vitrificación, etc. (Salvador, 2017).

Algunas de estas técnicas pueden ser desarrolladas en este trabajo para el entendimiento de que tratan. De esta manera, “El coito programado o dirigido es una sencilla técnica de reproducción asistida basada en el control de la ovulación para determinar el momento en el que tener las relaciones sexuales en busca del embarazo” (Andrea, 2017, pág. 1).

Por otro lado, la capacitación espermática o capacitación del semen es un proceso por el que pasa el espermatozoide tras la eyaculación y que permite a los espermatozoides liberados adquirir la capacidad de fecundar el óvulo. Se trata de una serie de modificaciones en su estructura y movilidad que hacen que el espermatozoide pueda penetrar la gruesa membrana que recubre el ovocito para poder fusionarse con él y dar lugar al embrión (Andrea, 2017, pág. 1)

Otras de las TRHA más comunes es la inseminación artificial (IA) que es una técnica sencilla y de bajo coste mediante la cual se introducen espermatozoides de forma no natural en el útero de la mujer. El objetivo es que se produzca la fecundación y conseguir el embarazo. Se trata de un procedimiento indoloro y mucho menos invasivo que otras técnicas reproductivas como la fecundación in vitro (FIV). En función del origen de la muestra de semen utilizada, distinguimos dos tipos: “Inseminación artificial homóloga (IAH) o conyugal (IAC), es decir, que se utiliza muestra de la pareja. La probabilidad de embarazo en este caso es cercana al 15-25% y la Inseminación artificial heteróloga o de donante (IAD), con espermatozoide de banco. La tasa de éxito es del 20-30%.” (Reus, 2017, pág. 1).

La congelación del semen es una técnica ampliamente utilizada que permite preservar la fertilidad en el hombre. “Gracias a la criopreservación espermática, los espermatozoides que son congelados y almacenados en bancos de espermatozoides podrán usarse mediante técnicas de reproducción asistida en un futuro. Además, no verán afectada su calidad ni tendrán un tiempo límite de conservación” (Reus, 2016, pág. 1)

Estas que fueron definidas brevemente con anterioridad son aquellas TRHA que son clasificadas dentro del grupo de baja complejidad. Dentro de las de alta complejidad podemos definir a la microinyección de espermatozoides o ICSI, que:

es un proceso de fecundación in vitro (FIV) mediante el cual un espermatozoide es microinyectado directamente en el interior del óvulo con el objetivo de obtener embriones de buena calidad. Puesto que se trata de una forma de realizar la FIV, muchas veces nos referimos a este método como FIV-ICSI. La principal ventaja de esta técnica es que ofrece altas tasas de éxito, que en muchas ocasiones permiten conseguir el embarazo en el primer intento, incluso en los casos más graves de esterilidad por factor masculino (Reus, 2017, pág. 1)

Otras de las técnicas consideradas de alta complejidad es el diagnóstico genético preimplantacional (DGP). Esta:

es en una técnica de prevención que se utiliza en reproducción asistida con la finalidad de detectar anomalías en el material genético de los embriones. Gracias al DGP, es posible evitar la transferencia de embriones con alteraciones genéticas o cromosómicas y, de esta manera, aumentar la probabilidad de tener un hijo sano. El DGP también suele ser llamado PGD (por la sigla en inglés, preimplantational genetic diagnosis) y se considera una técnica complementaria que puede aplicarse en el transcurso de una fecundación in vitro (FIV) (Salvador, ¿Qué es el diagnóstico genético preimplantacional o DGP?, 2018, pág. 1)

Por último, “la congelación y la vitrificación son dos técnicas distintas empleadas en reproducción asistida para la criopreservación de óvulos, espermatozoides y embriones. El objetivo de ambos procesos es el mismo: mantener intactas las células para su uso posterior” (Andrea, 2017).

2.3.Fundamento de su crecimiento.

Si bien la medicina es una rama de las ciencias naturales que está en constantes avances a los fines de mejorar la calidad de vida de las personas, pueden darse hechos que hacen repensar la manera en que estos avances pueden y deben ser trasladados al ámbito jurídico legal.

Estas TRHA son verdaderos hitos que hacen repensar varias formas de generar y aplicar el derecho vigente de un país. “La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la infertilidad como una enfermedad. Se trata de una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (Villalobos Castro, 2012, pág. 1)

Por estas razones es que debe hacerse cierto hincapié en el origen de la problemática; y que no es la manera de regular estas técnicas o algunas de sus

modalidades, sino que está en el hecho factico que dio como resultado las técnicas en sí. Es decir, solo cuando se tenga en cuenta que estos avances médicos nacieron como respuesta a una problemática social y en desarrollo como es la infertilidad o la imposibilidad de procrear, es cuándo podremos estar en condiciones de regularla legalmente.

Otro dato de gran importancia es que una de cada cuatro parejas tiene problemas a la hora de procrear de forma natural, lo que en números publicados por la Organización Mundial de la Salud (OMS, en adelante) se reveló que existen 48.5 millones de parejas que no logran procrear después de 5 años. Es decir, estos números confirman el descenso de natalidad existente en el mundo dado principalmente por los problemas que tienen las parejas al momento de procrear de forma convencional (Casella & Maggiora, 2015).

Si se tienen en cuenta estos datos y cifras, y apoyado por el tratamiento que se propone desde la doctrina y de los estudios de la OMS en la temática, es dable entender que el hecho generador de todo es la sociedad en sí misma, y estas TRHA surgen y se desarrollan a los fines de un mejoramiento y aseguramiento de la calidad de vida de las personas, a los fines de controlar y lograr un embarazo que lleve a las personas a cumplir con el sueño de formar una familia.

3. Gestación por sustitución.

3.1. Concepto y Nota tipificante.

Dentro de las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, existen las que se denominan gestación por sustitución. Si bien esta es más bien una modalidad diferente en cuanto a nominación conceptualización, la misma es llevada a cabo por medio de una de las técnicas recientemente nombradas, con una gran diferencia a remarcar que es que una mujer accede a gestar el hijo de otra persona.

Es importante hacer hincapié en una clarificación de esta técnica. Así, siguiendo a Brena Sesma (2012), bajo el nombre genérico de gestación por sustitución se contemplan distintas variantes. De esta manera, “si una mujer recibe un embrión para llevar a cabo solo el embarazo y posteriormente dar a luz, se trata de una gestación subrogada” (pág. 139). En cambio, “si una mujer, además de llevar a cabo la gestación entrego su ovulo para la fertilización, se trata de una verdadera gestación por sustitución, la madre biológica y gestante asume el compromiso de entregar el hijo a

quienes se lo pidieron por encargo” (pág. 140). Por último, se da una tercera posibilidad es que “una mujer aporte el ovulo, otra geste el embrión y que una tercera que encargo el proceso, se quede con el niño, así, la maternidad queda fragmentada; existe una madre biológica, otra gestante y una conocida como la social, pues es quien solicito el proceso” (pág. 140).

De esta manera se pretende dejar en claro que la gestación por sustitución se torna más compleja (dentro de lo que son las TRHA definidas en los apartados precedentes) ya que interviene una tercera persona (mujer) que es la que permite el embarazo y posterior nacimiento del bebe. Ahora bien, cabe preguntarse ¿de quién es hijo ese bebe, de la madre biológica que alquilo su vientre o de la madre que lo encargo? Estas cuestiones son las que se deben analizar en el capítulo tercero y cuarto sobre los derechos que les asisten a las partes en la relación que se da.

Solo a los fines de dejar en claro la cuestión es importante remarcar que el Código Civil y Comercial de la Nación indica en el artículo 558 que “(...) Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”¹

3.2. Posturas doctrinarias.

Desde una óptica del Derecho civil son innumerables las propuestas que han tenido lugar sobre la cuestión desde hace unos años. Existen dos posturas marcadas que se encuentran encontradas en sus argumentos. Si bien no es objeto de este apartado introductorio hacer un análisis del contenido de los mismos, si se pretende mostrar cuales son.

Por un lado, está la postura que denominaría negatoria o conservadora, que sostiene que “estos contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho y que el nacido como consecuencia de estos contratos de gestación por sustitución es “hijo” de la mujer que da a luz” (Calvo Caravaca & Carrascosa Gonzalez, 2015, pág. 47). Es decir, aluden al hecho de que, la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante, de forma que se debería confirmar que el estado civil es indisponible por los particulares.

¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 558.

Desde el otro Angulo de la discusión, se sostiene lo contrario. Esta posición sostiene que la anterior, y negatoria de la TRHA, ha quedado desfasada por la realidad social y que, en consecuencia, debe ser derogada y superada. Esta posición aboga por una regulación legal que debería admitir la celebración y ejecución de estos contratos así como la filiación de los nacidos en relación con los comitentes y no con la madre que da a luz (Calvo Caravaca & Carrascosa Gonzalez, 2015)

4. *Derecho comparado.*

Si bien no es objetivo de este TFG el hacer un recorrido legal de todos los países y textos legales de los mismos que traten la cuestión, si se pueden marcar algunos plexos que son novedosos.

Si bien los países europeos que son miembros del Unión Europea podrían tener similitudes en sus ordenamientos jurídicos en este tema, se puede notar que no es así. Es decir, se carece de uniformidad.

Existen países que tienen una regulación expresa sobre TRHA como es el caso de Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania. También están los países con leyes en dictado o proceso de discusión como Francia, Portugal, Italia, Austria y Bélgica. Existen países con medidas legales (Decreto ley o normativas), como es el caso de Portugal; Bulgaria, Antigua URSS, Republica Checa, Hungría, Austria. Países con recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos: Irlanda y Suiza (Cubillos, 2013).

En Uruguay el artículo 3 de la ley 19.167 establece de manera explícita que el Estado uruguayo deberá garantizar el acceso a la salud que supone la realización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que deberán estar a cargo del Sistema Nacional Integrado de Salud. Algo muy importante a remarcar es que entiende por TRHA al

conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, quedando comprendidas la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la micro inyección espermática, el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la crio-preservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en el caso de mujeres cuyo útero no pueda gestar el embarazo debido a

enfermedades genéticas o adquiridas, conforme lo establecido por el artículo 25 de la misma ley (Casella & Maggiora, 2015, pág. 20).

Es de por demás importante detenerse en este punto. La ley uruguaya recepta de forma legal cada tipo de reproducción humana asistida que puede llevarse a cabo. Como puede inferirse de este articulado, la gestación por sustitución es legal y está determinado por un hecho condicionante: la imposibilidad de la mujer de tener hijos por enfermedad genérica o adquirida en el útero. Si bien puede hablarse de un gran avance en la legislación uruguaya, dicha ley si estuviera vigente en Argentina, podría ser atacada de inconstitucionalidad ya que violaría el artículo 16 de la CN porque atentaría contra el principio de igualdad. Esto último se visualizaría en los casos de los matrimonios homosexuales que si bien no tienen enfermedad en el útero (en caso de ser dos hombres) estos no tienen la capacidad física para procrear.

Si hablamos de gestación por sustitución debe hacerse referencia adecuada del país que la vio nacer, es decir, EE. UU. Se debe hacer hincapié en que este país al tener Estados independientes, en vez de provincias autónomas como es el caso de Argentina, pueden regular este tipo de cosas de forma disimiles. “Por ello podemos concluir que, si bien no hay leyes que permitan expresamente la práctica de la gestación por sustitución, tampoco hay aquellas que la prohíban y por ende, existe una tendencia a la permisividad de la práctica de esta técnica” (Cubillos, 2013, pág. 25)

La figura de la gestación por sustitución existe formalmente al encontrarse prevista e incluida en la legislación civil de diecisiete Estados de la Unión Americana, como lo son: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin.

5. Conclusión parcial.

Si bien el capítulo que se finaliza con esta conclusión tuvo una finalidad netamente introductoria que haga ubicar al lector en la temática abordada; es necesario que queden claro ciertos puntos.

En primer lugar, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, son verdaderos mecanismos que posibilitan el embarazo para personas que han perdido la esperanza de ello. Es decir, nacieron como respuesta a una necesidad o problema social y de cada vez mayor desarrollo.

En segundo lugar, la medicina siempre, o casi siempre, va por delante de la regulación jurídica de esos avances. Esto último trae aparejado el consecuente planteamiento de la necesidad de una discusión y regulación de cada técnica de reproducción humana asistida. Esto es así ya que como se verá algunas están legalmente permitidas y en otras existe un silencio o vacío legal.

La gestación por sustitución es una manera de llevarse a cabo la filiación en la que se puede observar como nota característica la presencia de un tercero ajeno a la relación de pareja (o persona sola) que quiera tener hijos. Esa tercera persona es la madre biológica, o no dependiendo de la doctrina que se tome, y nacen a partir de allí un sin número de cuestiones a discutir.

Entiendo que, si tomamos en cuenta a lo expresado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que definió a la infertilidad como una enfermedad, se debe partir de esta premisa básica que es la búsqueda de una solución interdisciplinaria, donde conyuguen a la solución desde el ámbito médico-científico y jurídico. Desde el primero la respuesta ha llegado con amplia aceptación desde la doctrina biológica; sin embargo, desde el ámbito del derecho la cuestión no es clara, pero debe aclararse por una cuestión lógica: el derecho está para solucionar los problemas de las personas. Tomando en cuenta ello, el problema de la infertilidad, por ejemplo, puede ser solucionado con la gestación por sustitución, lo que configura una solución médica a ese problema, pero desde el ámbito jurídico existen variados conflictos que serán visualizados en los próximos capítulos.

Lo que se pretende dejar en claro es que, desde un análisis crítico personal, las técnicas de reproducción humana asistida, son un avance médico; pero más allá de eso, se configuran como una solución a muchos de los problemas de mayor envergadura que se enfrentan las personas, como es el no poder formar una familia.

Solamente desde ese ámbito es posible adentrarse a la cuestión jurídica que parece ser reticente en la aceptación de ello. Más bien, de la aceptación total, ya que recientemente las técnicas de reproducción humana asistida fueron aceptadas.

CAPITULO II

REGULACIÓN NACIONAL DE LAS TRHA.

VACÍO LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1. Introducción.

En este capítulo segundo se pretende hacer un recorrido legal o legislativo para visualizar la manera en que ha ido avanzando y evolucionando la material civil y privado en relación a los nuevos cambios sociales que se fueron dando, y que siguen dándose. De esta manera, si bien es objetivo específico la determinación del vacío legal existente en argentina sobre gestación por sustitución, es necesario hacer hincapié en la recepción que sí tuvieron las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

De esta manera se estará a las disposiciones del Código Civil de Vélez, y las consecuentes modificaciones legislativas que el cuerpo civil derogado fue recibiendo a lo largo de su vigencia. La idea es mostrar el desarrollo que se tuvo en la materia filiatorio que mostro a lo largo del recorrido un tire y afloje en el reconocimiento de ciertos derechos como el de igualdad, el de no discriminación, el de la autonomía de la voluntad, etc.

De manera especial se estará al dictado de la ley 26.862 y a las incidencias y principales postulados que la misma trajo aparejado. De esta manera se llega al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación unificado, reformado y actualizado y a la versión final del mismo. Entre estos dos plexos existen ciertas modificaciones claves para este trabajo.

Antes de comenzar con este recorrido es necesario que se defina a filiación y que supone jurídicamente este hecho. La idea central de las TRHA gira en torno a este tema y está totalmente ligado.

2. Código Civil de Vélez Sarsfield

La filiación puede ser definida como “el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos” (Bossert & Zannoni, 2016, pág. 179). Como puede observarse, solo se hace referencia a una sola manera en que nace la filiación: la procreación.

El Código Civil de Vélez en su versión originaria hacia una diferenciación importante sobre hijos legítimos e ilegítimos. Los primeros eran los nacidos en el yugo matrimonial y los segundos fuera de este. Entre los ilegítimos, a su vez, diferenciaba a los llamados sacrilegios que eran los hijos de clérigos de ordenes mayores o de madre o padre ligado por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia

Católica. Los incestuosos eran los nacidos de quienes eran hermanos ascendientes o descendientes. Los adulterinos eran los nacidos de padres que no podrían casarse por estar ligados en otro matrimonio (Bossert & Zannoni, 2016).

Con respecto a estos hijos llamados ilegítimos, Vélez determino que estos no tenían derecho alguno a reconocer a sus padres, madres, ni a investigar a paternidad o maternidad; siendo lo único permitido reclamar alimentos hasta los 18 años de edad (Bossert & Zannoni, 2016). Si bien lo es posible ni didáctico ahondar sobre este tema, si es necesario marcar que esta legislación es propia de la situación histórica en la que se dictó y conformo.

Existía un cierto conservadurismo que hacia impensado el reconocimiento de hijos ilegítimos, así como el derecho a la identidad del niño. Más bien se salvaguardaba la unión familiar de las personas que habían contraído matrimonio legal y de los hijos nacidos en el seno de este. De esta manera es posible hablar de técnicas científicas que no están ni cerca de ser descubiertas.

De esta manera puede verse que en el nacimiento del cuerpo legal civil argentino está marcado por una fuerte defensa de la unión familiar matrimonial y la única fuente de filiación es la procreación biológica entre las personas de diferente sexo.

2.1. Propuestas y modificaciones legislativas.

Con el correr de los años se fue visualizando cierta flexibilidad legislativa que iba a acompañando a la necesidad y peticiones sociales, como así haciendo reconocimiento de los derechos humanos. La ley 2.393suprimio la categoría de hijos sacrilegios al secularizar el matrimonio (Ortiz de Rosas & Roveda, 2009)

De esta manera, la ley 14.367 sancionada en 1954, elimina las clasificaciones de hijos legítimos e ilegítimos; dándole a estos últimos los mismos derechos que los hijos naturales (Bossert & Zannoni, 2016).

La ley 23.264 de 1985 elimino las discriminaciones entre los hijos. De esta manera el artículo 240 quedo determinada la filiación que “puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código”²

² Código Civil de Vélez. Derogado por ley 26.994

2.2. Ley 26.862. incidencias.

Mientras se encontraba vigente el Código Civil de Vélez se realiza el dictado de la Ley 26.862 que supuso un antes y un después en relación al reconocimiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Más allá de que la ley en si es muy importante, se encuentra correcto acentuar a tres de los artículos que la misma contiene. De esta manera en el artículo 1 se determinó que el objeto de la ley es la de “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”³. Como puede extraerse de este primer artículo habla de garantizar, no de reconocer o permitir, sino que es un derecho al que se debe acceder.

El segundo artículo define las TRHA diciendo que:

a los efectos de la presente ley, 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. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.⁴

La importancia de este artículo está en que se aprueba o legaliza tanto las intervenciones de reproducción asistida de alta y baja complejidad. Amén de ello es importante la textura abierta que se visualiza en la última parte del artículo cuando deja abierta la posibilidad a nuevas técnicas científicas que sean autorizados.

Por último, el artículo 7 indica que los beneficiarios:

Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer⁵.

³ Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Artículo 1. 5 de junio de 2013.

⁴ Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Artículo 2. 5 de junio de 2013.

⁵ Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Artículo 7. 5 de junio de 2013.

3. *Código Civil y Comercial de la Nación.*

Uno de los hechos legislativos y jurídicos más importantes de los últimos tiempos, a mi entender, es el dictado del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN, en adelante).

El decreto presidencial 191/2011 realizó el pedido de conformación de un nuevo código que reforme, actualice y unifique a los Códigos Civil y Comercial de la Nación. La comisión redactora conformada a tal efecto estuvo a cargo de tres juristas de gran renombre en el plano nacional e internacional. Como presidente el Dr. Ricardo Lorenzetti; y las otras dos personas miembros eran Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci.

Si bien el CCCN tiene una reforma importantísima en todos sus institutos que regula, es importante remarcar que en uno de los temas que mayor incidencia tuvo la reforma y actualización está en el derecho de las familias. Si bien es importante refiriéndose de manera directa a las TRHA y a la manera en que estas vieron su regulación en el CCCN, pretendo mostrar algunos puntos de gran tenor como son los llamados aspectos valorativos, por la comisión redactora.

De esta forma, el Código Civil y Comercial se estructura en base a ciertos principios rectores. Uno de ellos es el logro de un Código con identidad cultural latinoamericana. Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano⁶.

Otro de los aspectos claves a tener en cuenta es la llamada Constitucionalización del derecho privado⁷. En este aspecto es importante recordar que el capítulo venidero tratará de forma exclusiva este tema ya que se hará referencia a la reforma constitucional del año 1994 y a la corriente neoconstitucionalista, como fundamentadora del respeto por los derechos humanos, la inclusión de estos en las Constituciones Nacionales parte dogmática, y la defensa de los mismos mediante la fuerza operativa, vinculante y con el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces (Dworkin, 1989).

El Código Civil y Comercial, remarca la Comisión Redactora, debe ser un Código de la igualdad. “Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado”. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla

⁶ Fundamentos Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación

⁷ Fundamentos Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación

una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”⁸. Esto como se verá es muy importante a la hora de fundamentar jurisprudencialmente las decisiones que tenga como respuesta al caso concreto una permisión de la gestación por sustitución.

Otro de los puntos muy importantes en relación a la gestación por sustitución es la búsqueda de un Código basado en un paradigma no discriminatorio. “En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza”⁹. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.

3.1. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y las TRHA.

Una vez que se hizo hincapié en los fundamentos básicos en los que se sentó el Código Civil y Comercial de la Nación, es posible adentrarse a que fundamentos y de qué manera se proyectó en relación a las TRHA.

De esta manera, el texto proyectado según la comisión redactora contenía modificaciones de gran rango para la materia filiatorio. Es muy importante hacer alusión a los fundamentos del porqué de los siguientes artículos que propuso la Comisión para regular la materia filiatorio.

De esta manera se determinó que el Anteproyecto tiene en especial atención los principios constitucionales que están regidos y marcados en el bloque constitucional, es decir, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en que la nación es parte. De esta manera es que se tuvo en cuenta de forma particular el interés superior del niño, el principio de igualdad de los hijos, el acceso a la salud y a las técnicas medias novedosas, el derecho a la identidad y a la verdad genética, etc¹⁰.

La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

⁸ Fundamentos Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación. Página 5

⁹ Fundamentos Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación. Página 6

¹⁰ Fundamentos Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación¹¹.

Por otro lado, y de enorme importancia en esta tesis, estaba el artículo 562 sobre Gestación por sustitución. De esta manera enunciaba:

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 naturaleza¹².

En este sentido es que el anteproyecto, y más específicamente en los fundamentos del mismo, se hace un fuerte eco de lo que significa la voluntad procreacional. De esta forma de la define como “el elemento central y fundante para la

¹¹ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación según Comisión Redactora. Artículo 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos.

¹² Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación según Comisión Redactora. Artículo 562.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos.

determinación de la filiación cuando se ha producido por las TRHA”¹³. Es decir, es el elemento volitivo o de voluntad el que importa, no el biológico. Como se verá más adelante, este es el centro por donde gira la cuestión problemática, ya que se pueden dar casos donde este principio o regla choque con el derecho del niño a la verdad biológica o el derecho a la identidad.

En relación al artículo 562 es muy importante remarcar lo que enuncio en los fundamentos la comisión redactora. Esta expuso que existen en el derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. Si bien en los apartados iniciales se mostraron dos posiciones (una a favor y otra en contra), es en pensamiento del autor de este trabajo que, si bien existen tres, las enunciadas por los fundamentos del proyecto de CCCN, la posición abstencionista es algo inerte en el tema, ya que en los tribunales se tendrá que sentenciar sobre algunas de las otras dos doctrinas: o se permite o se niega.

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

Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición.

¹³ Fundamentos Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación. Página 80

3.2. Versión final de Código Civil y Comercial de la Nación.

En la versión final del CCCN surtió algunas modificaciones relevantes más que todo en materia filiatorio. si bien la versión aprobada mantiene el ya proyectado artículo 558, fue suprimido el artículo 562. El Poder Ejecutivo lo mantuvo, sin embargo, la Comisión Bicameral para la reforma, no hizo lo mismo.

De esta manera dicha comisión Bicameral sostuvo en relación al artículo 562 que regula la gestación por sustitución, es una figura jurídica que más veces encontradas ha generado y que si bien es un tipo de TRHA tiene como nota característica la de comprometer a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial¹⁴.

4. Conclusión parcial.

En este capítulo se pudo ver el desarrollo y evolución normativo que se da en relación a la filiación. Debe tenerse en cuenta que la clave para el entendimiento de los problemas generados en la gestación por sustitución es netamente jurídica, es decir, la aparición o participación de una tercera persona hace que el texto proyectado y fundamentado como propicio por ser aquel que está siendo regulado por el Derecho Comparado, fue suprimido por la Comisión Bicameral del Congreso con el argumento de que la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. “En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma”¹⁵.

Si bien es posible adecuar el pensamiento a los temores que resulta la aceptación de esta actividad, en relación a la parte comercial que la misma encierra, es un hecho

¹⁴ Honorable Congreso De La Nación. Comisión Bicameral Para La Reforma, Actualización Y Unificación. De Los Códigos Civil Y Comercial De La Nación. Dictamen De Comisión

¹⁵ Honorable Congreso De La Nación. Comisión Bicameral Para La Reforma, Actualización Y Unificación. De Los Códigos Civil Y Comercial De La Nación. Dictamen De Comisión

que la inclusión en el texto proyectado es un gran avance en nuestra legislación. Tal es así que en la jurisprudencia se ha hecho eco de esto.

De esta manera, es posible indicar que los avances técnicos y médicos han hecho repensar la legislación civil actual. De esta manera la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial, responde a una necesidad de hacer un Código que este a la altura de las circunstancias actuales.

Amén de lo positivo que supuso este avance legislativo, y la consecuente actualización del ordenamiento privado a los estándares modernos sobre filiación y técnicas de reproducción humana asistida, entiendo que la supresión que se hizo de la gestación por sustitución no tuvo como premisa un fundamento valedero que haga aceptar la misma. Es decir, sostengo que los argumentos dados por la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial tienen una falta de argumentación que sostenga válidamente tal supresión.

Esto último lo entiendo ya que suprimir un método o herramienta medica de gran importancia para la solución de casos donde no es posible lograr la filiación por problemas biológicos de los interesados, por el argumento de que es necesario para acceder al mismo un proceso judicial previo, o porque hay doctrinas encontradas sobre la materia, no es excusa. Justamente debería haber sido el Código Civil y Comercial el encargado de poner fin a tal incertidumbre y plasmar una solución (sean negativa o positiva), pero no dejando a manos del poder judicial la decisión de esos casos donde se sostiene existe una laguna del derecho.

Por estas razones es que deben ser analizados cuestiones como las de índole principialista o de derecho fundamentales que entran en juego. Ya que como se verá, ante una laguna del derecho es el juez quien se encarga de llenar la misma bajo diferentes métodos.

De esta forma, una vez dejado en claro en el primer capítulo que es y qué efectos tiene las llamadas TRHA y la gestación por sustitución, y en el segundo capítulo lo referido a materia filiatorio en la que se desenvuelve, es necesario y posible hablar en extenso sobre los principios y derechos fundamentales que entran en juego en este tema. También, el próximo capítulo contiene la reforma de la CN y la inclusión de los Tratados de Derechos Humanos en que la Nación es parte.

CAPITULO III

DERECHOS IMPLICADOS EN LA CUESTIÓN. JURISPRUDENCIA.

1. Introducción

En este capítulo se hará un análisis de los principales derechos fundamentales que entran en juego en relación a la gestación por sustitución. Si bien el objetivo general de este capítulo es, claramente, el visualizar cuales son los principios receptados en el orden legal, constitucional e internacional, esto es a los fines de un entendimiento de lo que está en juego con el tema de fondo; es decir, la determinación de los efectos jurídicos de la maternidad por subrogación.

Para lograr dar un contenido completo es necesario entender y examinar ciertos conceptos de importancia. De esta manera, el presente capítulo trata a la laguna del derecho, o vacío legal, que supone ser la supresión del instituto de la gestación por sustitución. Se indicarán conceptos e implicancias que se derivan de las lagunas del derecho y las posibles soluciones que se han presentado desde la doctrina autorizada.

Acto seguido se tendrá en cuenta de forma superlativa, y en total consonancia con los derechos fundamentales que entran en juego en el tema de fondo, a la reforma de la constitución nacional perpetrada en el año 1994. De manera breve, pero cuidando de cumplir con la finalidad, se pretende mostrar cual es la implicancia de mayor valor que se desprende de esta reforma.

La estructura del capítulo está destinada a visualizar que es una laguna del derecho; de qué manera la supresión de la gestación por sustitución constituye una laguna del derecho y que soluciones posibles, ateniendo a la reforma de la constitución nacional, pueden darse a este vacío legal existente.

Este capítulo se ve reforzado de manera precisa por la visualización correlativa de lo sustancialmente aportado, en un fallo novedoso y actual sobre la temática. Se ha elegido ubicar el fallo en cuestión en este capítulo, a los fines de una concatenación de argumentos en el mismo tramo dl trabajo. De esta manera, se ha procedido a mostrar y analizar los principales argumentos que se pueden extraer de dicho fallo a los fines de un entendimiento del trabajo y los derechos que entran en juego.

2. *Laguna del derecho.*

2.1. *Concepto*

Para llegar a laguna del derecho, de forma introductoria y muy suscita, se debe estar a que son y de qué manera se conforman los sistemas normativos. De esta manera, los sistemas normativos son el conjunto de reglas (o normas jurídicas) aplicables a un caso, que le da una solución al mismo (Alchourron & Bulygin, 1987). Es decir, las reglas o normas a las que aludimos “tienen una estructura que conecta un supuesto de hecho de hecho con una consecuencia jurídica” (Zorrilla Martinez, 2010, pág. 91).

De esta manera, y sin detenernos demasiado en esto, es posible advertir que los sistemas normativos son un conjunto de soluciones legales que se aplican a un caso en concreto (o caso factico), solucionándolo, dándole una respuesta desde el ordenamiento jurídico. Esto es posible ya que el ordenamiento jurídico, sistematizado, tiene una respuesta legal para cada caso en concreto que le interesa tutelar al derecho (Alchourron & Bulygin, 1987).

Ejemplo de esto es una regla jurídica clara como es la que dispone el artículo 79 del Código Penal Argentino que indica que “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena”¹⁶. De este enunciado o regla puede verse los siguientes puntos. Por un lado, tiene una conducta (matar) y una sanción (reclusión o prisión de 8 a 25 años). Es decir, correlaciona una solución legal a un hecho en concreto o factico.

Por ello se sostiene que los sistemas normativos tienen que estar, en lo posible, librados de los defectos de los que pueden ser pasibles los mismos. De esta manera, se indica que son defectos de los sistemas normativos la incompletitud, la incoherencia y la redundancia.

La incoherencia, también llamada inconsistencia, antinomia o contradicción normativa, se da cuando “si, para un mismo caso, una norma ordena hacer lo que otra prohíbe, si realizamos el comportamiento para cumplir con la obligación, incumpliremos la prohibición, y si no realizamos el comportamiento para respetar la prohibición, violaremos la obligación” (Zorrilla Martinez, 2010, pág. 101). Acercando el tema de la antinomia al caso investigado en este trabajo, sería el supuesto en que una

¹⁶ Código Penal Argentino. Artículo 79

norma indique la permisión de la gestación por sustitución, y otra lo prohíba ambas expresamente.

La independencia o redundancia, se da cuando para el mismo caso existen dos o más soluciones idénticas. Como puede observarse, el defecto de la redundancia no es más que un problema de presentación del sistema, ya que no se configura como un verdadero drama del mismo (Alchourron & Bulygin, 1987). En el caso investigado, se daría esto cuando dos normas permitan o niegan (ambas iguales) la gestación por sustitución.

El tercer problema que puede aducirse a los sistemas normativos es el de la laguna normativa, incompletitud o vacío legal. De esta forma se ha sostenido con total coincidencia doctrinaria, que “un sistema es completo si, y solo si, la totalidad de los casos que contempla están correlacionados con una solución” (Zorrilla Martínez, 2010, pág. 107). Es decir, es cuando existe un caso factico no regulado por el sistema.

En el caso planteado por este trabajo final de grado, debe estarse a que el mismo configura una laguna del derecho ya que no existe normativa alguna que lo niegue o permita la gestación por sustitución. Es decir, la situación actual en lo relativo a la gestación por sustitución es la de configurar la misma una laguna normativa o vacío legal.

2.2. Implicancias.

Es de gran importancia este apartado ya que es la clave del entendimiento de los fallos que se analizaran en el capítulo siguiente. Por ello, y volviendo al tema tratado en este capítulo, se debe indicar que las implicancias de la constatación de una laguna del derecho son superlativas, en relación a la de incoherencia y redundancia.

Se ha sostenido que las lagunas del derecho son verdaderos problemas a los que se enfrentan los sistemas jurídicos de todos los ordenamientos existentes. Si bien esto es así, las consecuencias que de ello se derivan son de necesaria diferenciación. Esto se da porque dejan al caso en concreto una respuesta indeterminada, es decir, nada dicen sobre el mismo. Por estas razones se puede indicar que

La situación es especialmente problemática cuando tenemos en cuenta que la mayoría de los ordenamientos jurídicos (entre ellos el nuestro) establece el deber de los jueces de resolver los casos que se le plantean, sin que puedan negarse a decidir bajo el pretexto de que el derecho no ofrece una respuesta para el caso o de

que las normas son demasiado indeterminadas u oscuras (Zorrilla Martínez, 2010, pág. 107).

Es interesante analizar el anterior párrafo del profesor Zorrilla Martínez, ya que si bien este autor describe eso en el manual escrito en el 2010, se puede visualizar exactamente sus palabras en el artículo 3 del Código Civil y Comercial con vigencia desde el año 2015, que enuncia el deber de los jueces al decir que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”¹⁷

En comentario de este artículo se puede indicar que “el Código Civil y Comercial revaloriza el rol de los jueces en la resolución de conflictos judiciales” (Herrera & Caramelo, 2015, pág. 16). Es decir, el Código obliga al juez a sentenciar todos los casos traído a su decisión y, además, hacerlo de manera fundada. Entiendo que este deber se acentúa aún más ante casos en los que actúa frente a una laguna del derecho.

2.3. Soluciones posibles.

Frente a una laguna normativa o laguna del derecho pueden tomarse varios caminos, pero siempre será el juez el que lo determine. Es decir, “cuando el decisor se enfrenta a una situación de laguna normativa, tiene de algún modo que suplir las insuficiencias del sistema, y hacerlo además de manera justificada y argumentada” (Zorrilla Martínez, 2010, pág. 108).

De esta manera, y en consecuencia con lo expresado en el artículo 3 del Código Civil y Comercial vigente, el juez debe solucionar los casos y debe hacerlo de forma fundada. Para rellenar una laguna normativa, como sería la de la gestación por sustitución, ha de estarse al método interpretativo y argumentativo (Alchourron & Bulygin, 1987).

Entre estas pueden destacarse las del argumento analógico, que es aquel que busca similitudes relevantes entre dos casos (uno regulado y el otro no) para aplicar la misma solución al caso no regulado (Alchourron & Bulygin, 1987) (Zorrilla Martínez, 2010). En el caso de la gestación por sustitución, podría argumentarse una permisón del mismo en base al artículo 560 y ss.

¹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 3.

Otro método es el de la argumentación o interpretación *contrario sensu* se basa en lo contrario al anterior. Es decir, es un argumento creador de normas, en caso de ser usado para rellenar las lagunas normativas, que en la base del mismo esta, no en las similitudes, sino en las diferencias. Por ello se sostiene que el argumento en cuestión se plantea de una manera tal que da una respuesta negativa al hecho indicando que si el legislador hubiera querido permitirlo, así lo hubiera establecido (Alchourron & Bulygin, 1987). En el caso analizado, el texto proyectado por la Comisión redactora lo regulo, pero la Comisión Bicameral para la reforma lo suprimo, lo que hace un verdadero hito en cuestión, ya que hubo un intento legislativo expreso. De esta manera, en aplicación del argumento *contrario sensu* se negaría la gestación por sustitución ya que el Código Civil y Comercial no lo regula, de haber querido su permisión, así lo hubiera establecido.

Por último, el argumento *a fortiori* significa con mayor razón. Es decir, es aquel que busca justificar una posible solución al caso de la laguna normativa, comparándola con otra e indicando que con mayor razón esa es la solución que hay que tomar. Se ha indicado que

Los argumentos a fortiori se asemejan a los argumentos por analogía porque transfieren la fuerza de un argumento a otro. En las argumentaciones por analogía y a fortiori se aduce que un argumento es suficiente o insuficiente para mostrar que también lo es otro argumento. La diferencia es que en una argumentación por analogía se pretende que los dos argumentos tienen una fuerza similar y en una argumentación a fortiori que el segundo es (incluso) más fuerte que el primero (Marraud, 2014, pág. 106).

De esta manera, podríamos indicar que, en el caso investigado aquí, si el artículo 558 indica que la filiación también procede por las TRHA, con más razón lo haría por una de estas técnicas como es la gestación por sustitución.

3. Reforma de la Constitución Nacional en 1994.

3.1. Implicancias en relación a la gestación por sustitución.

La reforma de la Constitución de la Nación Argentina perpetrada en el año 1994 supuso un antes y un después en la manera en que se interpretó y aplico el derecho. Se puede indicar con cierta soltura que uno de los mayores hitos de esta reforma está dado

por la inclusión del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna. El mismo indica que le corresponde al Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional¹⁸.

Este artículo se suma al artículo 31 ya vigente que determina la supremacía de la Constitución Nacional, al enunciar:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante, cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859¹⁹.

Es decir, la supremacía de la Constitución y de los tratados de derechos humanos supone un esfuerzo normativo, de los constituyentes originarios y derivados, en relación a la protección de los derechos humanos por ellos reconocidos. De esta manera, queda

¹⁸ Constitución Nacional. Artículo 75 inciso 22.

¹⁹ Constitución Nacional. Artículo 31.

conformado lo que se ha denominado el “bloque de Constitucionalidad” (Bianchi, 1998).

De esta manera, y siguiendo en análisis de esta implicancia, es dable reconocer que el mayor de los efectos que tuvo la incorporación de los tratados de derechos humanos fue la de actualizar, ampliar y reafirmar el reconocimiento de los principios fundamentales o derechos fundamentales de las personas, tanto en su faz individual como grupal o colectiva (Bianchi, 1998).

Por otro lado, y en relación directa con la importancia de esta reforma, está la determinación del quiebre que supuso la llamada interpretación constitucional, o mejor indicado el control de constitucionalidad. Este control de constitucionalidad, determinado como el mecanismo idóneo para determinar que las reglas (ley, decretos y actos) sean respetuosas del bloque constitucional en el caso concreto, es ejercido por los jueces para determinar el “test de constitucionalidad” en el caso concreto (Pizarro & Vallespinos, 2014).

Lo que se pretende mostrar con esto son dos puntos en cuestión. Por un lado, la reforma de la Constitución tuvo un impacto importante con la introducción de jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos que supuso una ampliación en el abanico de principios fundamentales reconocidos por la Nación. Y por otro, que los jueces tienen que tener en cuenta esos derechos para sentenciar los casos concretos (Bianchi, 1998).

Esto parece ser afianzado aún más con la reforma, unificación y actualización del Código Civil Comercial de la Nación, toda vez que en sus primeros dos artículos hace eco de lo antedicho. Así, el artículo 1 indica que

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en 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 derecho²⁰.

Así, el artículo primero del Código Civil y Comercial de la Nación, se funde como la columna vertebral de todo el sistema de derecho privado, lo que es muy importante de destacar. Esto último hace que las reglas del derecho civil tienen que tener regulación, interpretación y aplicación en base a un respeto y total consonancia

²⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 1.

con el bloque de constitucionalidad, receptado en el artículo 75 inciso 22 (Herrera & Caramelo, 2015)(de allí la importancia de su lectura).

Por otro lado, y en total consonancia, el artículo 2 indica 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”²¹. Es decir, la interpretación, entendida como una “actividad dirigida a obtener la significación de una norma” (Herrera & Caramelo, 2015, pág. 12), debe tener como fin único un respeto por los derechos humanos reconocidos en el Código Civil y Comercial y el bloque de constitucionalidad.

Esto es consecuencia, como se hizo hincapié en los textos de fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación a cargo de la Comisión redactora, de la llamada Constitucionalización del derecho privado que supone la eliminación de las barreras delimitativa entre las normas del derecho privado y público, teniendo en cuenta las disposiciones de derechos humanos y su reconocimiento tanto nacional como internacional. De esta forma, la Comisión Redactora indicó que la decisión de adecuar el Código a las disposiciones constitucionales

Se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (Lorenzetti, Keelmaier de Carlucci, & Heithon de Nolasco, 2015, pág. 4).

Se pretende en este apartado dar noción de la protección que encuentra la familia y las diversas formas de conformar o llegar a la misma. Esto es muy importante porque son los argumentos tenidos en cuenta por los jueces en el caso concreto para sentenciar sobre cuestiones familiares. Como se observará, en el capítulo que sigue sobre jurisprudencia, se han usado estos articulados sobre derechos humanos, en relación al orden familiar, de la mujer y los niños, para posicionar y defender las diversas posturas disidentes.

La Constitución Nacional hace referencia a la familia en el artículo 14 bis tercer párrafo indica que

²¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 2.

(...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna²².

Por su parte, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que la Nación es parte, amplían de forma considerable el abanico de protección familiar y de sus integrantes en particular. En relación al caso de la gestación por sustitución, son varios los principios fundamentales que entran en juego. De esta manera podemos indicar, como de gran jerarquía, a los derechos a la vida privada y familiar del artículo 11 de la Convención América de Derechos Humanos que enuncia sobre la Protección de la Honra y de la Dignidad, en el inciso 2, que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”²³

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños el artículo 3 establece en el párrafo 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

²² Constitución Nacional. Artículo 14 bis.-“ El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial
Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo
El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

²³ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969
Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño”²⁴.

El artículo 16 inciso e de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”²⁵,

Estos son solo algunos de los apartados constitucionales e internacionales que hacen referencia al tema. Se ha querido mostrar solamente la implicancia que tuvo la reforma de la constitucional y lo que supuso la misma para la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

4. *Fallo aplicable al tema de fondo*²⁶.

La cuestión versa sobre el acuerdo de voluntades realizado entre L. (mujer) y H. (marido) con C. (cuñada de la primera y hermana del segundo) para realizar una gestación por sustitución, ya que L. tiene el útero extirpado y una imposibilidad total para procrear. Teniendo como base este acuerdo se plantea ante sede judicial la petición de homologación, en un lapso lo más corto posible del acuerdo, la inscripción del niño, en caso de nacimiento, como hijo de H. y L., y no de C. y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El Juzgado de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba a cargo del Juez Gabriel Tavip resolvió, en los autos “R., L. S. y Otros – Solicita Homologación” (Auto n.º 930), dictar la Homologación de acuerdo previo realizado por las partes; autorizar la Maternidad Subrogada o Gestación Sustituta indicando que es una forma de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), y proceder a la inscripción del niño como hijo de los comitentes y no de la gestante, solicitando a los primeros que cuando el niño tenga edad y grado de madures suficiente, según las circunstancias del caso, se le haga saber de su origen gestacional. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 562 CCCN, se decidió no hacer lugar.

²⁴ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN)

²⁵ Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 16 inciso e.

²⁶ Juzgado de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba a cargo del Juez Gabriel Tavip resolvió, en los autos “R., L. S. y Otros – Solicita Homologación” (Auto n.º 930). Recuperado de <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?feed=rss2&cat=4>

El dictado y consiguiente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) supone un avance importante en relación al derecho privado nacional. Se vio con buenos ojos la actualización del ordenamiento jurídico civilista y comercial atendiendo a los fines de estar a la vanguardia de las relaciones jurídicas actuales. En relación a esto es que, en los fundamentos del anteproyecto de CCCN, se expuso entre los principios o directrices cardinales en los que el mismo se basa a la constitucionalización del derecho privado, el principio de igualdad, de no discriminación y la búsqueda de un Código para una sociedad multicultural (Lorenzetti, Ricardo Luis, Highton de Nolasco, Elena, & Kemelmajer de Carlucci, Aida, 2012).

Esto último indicado trae consigo una serie de connotaciones de impronta en lo relativo al Derecho de Familia, y en especial en materia filiatorio. Es en este tema es donde el anteproyecto marcaba, desde el inicio, la necesidad del dictado de un Código congruente y respetuoso de los principios constitucionales y reconocidos en los tratados de derechos humanos, en específico, y entre alguno de los más importantes en relación al fallo analizado, se puede nombrar a la “mayor facilidad y celebridad en la determinación legal de la filiación, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, el derecho a fundar una familia y a no ser indiscriminado en el acceso a ella” (Lorenzetti, Ricardo Luis, Highton de Nolasco, Elena, & Kemelmajer de Carlucci, Aida, 2012, pág. 75)

Como se indicó, la filiación es “el vínculo jurídico existente entre padres/madres e hijos, determinado por la procreación natural, por las técnicas de reproducción humana asistida o por la adopción” (Falotico, Yael & Pietra, Maria Luciana, 2015, pág. 379). Se prevé que las llamadas TRHA son una tercera, e igual, fuente de filiación en el ordenamiento jurídico nacional.

Las TRHA pueden ser definidas como el “el conjunto de procedimientos mediante los cuales se intenta acercar, a través de la ciencia, el espermatozoide al ovulo, y de esta manera lograr el embarazo” (Falotico, Yael & Pietra, Maria Luciana, 2015, pág. 384). Estas técnicas, que suponen uno de los avances más importantes en materia medica de los últimos tiempos, surgieron como solución a la infertilidad masculina, la que luego también fue utilizado para surtir problemas femeninos en la gestación.

Si bien la regulación de las TRHA como fuente de filiación determinada en el anteproyecto de CCCN se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la versión final, es necesario advertir ciertos puntos de interferencia entre el texto proyectado y el aprobado, que hacen eco de los problemas traídos al fallo en análisis. Así, sobre la

gestación sustituta o maternidad subrogada, que se da cuando “una mujer lleva adelante un embarazo para, luego de dar a luz el niño, entregarlo a otra persona o pareja” (Falotico, Yael & Pietra, Maria Luciana, 2015, pág. 394), el artículo 562 del proyecto establecía la regulación de la Gestación por sustitución de forma expresa, que marcaba de forma directa la necesidad de un consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes y, que la identidad del recién nacido, quedaba entre él y los comitentes, solamente. Entre los cambios introducidos por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, se destaca la supresión de este artículo con los siguientes fundamentos:

(...) Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno (...) En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma (Comision Bicameral para la Reforma, Actualizacion y Unificacion de los Codigos Civil y Comercial de la Nacion , 2013).

Uno de los puntos a tener en cuenta para entender el análisis de este fallo es el relativo a la voluntad procreacional y su contenido. Es posible indicar que en la voluntad procreacional es el elemento volitivo que hay que tener en cuenta para determinar la filiación en las TRHA. Es decir, prevalece la maternidad/paternidad consentida y querida, por sobre la genética” (Herrera, 2015)

4.1. Principales argumentos.

De las partes solicitantes.

Los solicitantes piden, previa declaración de inconstitucionalidad del Artículo 562 del CCCN, que se homologue el acuerdo y se autorice a gestar de forma sustituta. Indican las partes que, de no realizarse esto, se estaría atentando contra una gran gama de derechos reconocidos constitucionalmente y en tratados de derechos humanos que la nación es parte y tienen jerarquía constitucional por aplicación del artículo 75. Inc. 22 CN.

Entre ellos, están el Principios de Reserva (artículo 19 CN) que de su interpretación se puede aludir a que todo lo que no está prohibido está permitido, y esta actividad de gestación por sustitución carece de regulación alguna, “pero que dicha

carencia no debe interpretarse como la existencia de una prohibición efectiva sobre la práctica”. Hacen eco del Principio de Autonomía de la Voluntad, porque “el acuerdo formulado no excede los límites propios que el sistema fija a los ciudadanos, sino que viene a significar un formato jurídico destinado a tutelar aquello que no siendo expresamente previsto por el sistema (llenar lagunas legales), no haya prohibición explícita en el mismo”

El principio de Voluntad Procreacional, hacen resonancia de que su “pretensión se adecua a los estándares de este instituto, ya que no existen dudas de su intención de ser padres”. En relación al Interés Superior del Niño, indican que es un “principio rector-guía, de carácter garantista” que tiene como finalidad resolver conflictos donde los niños se ven vinculados.

En relación al Derecho de Identidad, sustentan que concebir al futuro menor como hijo de C., “sería privarlo de su verdadera identidad biológica, violentando su derecho a la identidad”. Esto último lo justifican en la voluntad procreacional, que fue definida en este trabajo. Entre algunos de los derechos que denotan como vulnerados ante una negación a la autorización están el Derecho a la Vida y a la Libertad Reproductiva que lo relacionan de forma directa con el de libertad, no discriminación e igualdad de oportunidades e igualdad ante la ley, expresando que “el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva”.

También, el Derecho a la Salud que “es el estado completo de bienestar físico y social que tiene una persona” y que la no posibilidad de gestar es un estado que genera falta de salud (Organización Mundial de la Salud, 1946). El Derecho a la Igualdad, porque existe una desigualdad de oportunidades “alegando que, si sus recursos económicos fueran suficientes para soportar los gastos para realizar la práctica en el extranjero, podrían ser reconocidos como padres”.

El Derecho al Goce de las Nuevas Tecnologías, ya que expresan que, “en nuestros tiempos, algunas situaciones que en un pasado eran inviables, por su alta complejidad, hoy se tornan posibles y están al alcance de las manos por el avance de la ciencia”.

El Derecho a la Protección Familiar, y “estiman que no permitir la gestación por sustitución, sería atentar contra nuestro bloque de constitucionalidad, ya que reduciría a una forma casi nula la oportunidad de ser padres, ignorando así la protección de la que la familia goza en nuestro sistema”.

El Derecho a la Libre Disponibilidad del Propio Cuerpo, que indican es necesario “pensar qué derechos asisten a la gestante (C.), Así, señalan que se trata de una mujer mayor, en pleno goce de sus capacidades intelectuales, capaz de decidir en forma plena, la cual ha dado su consentimiento informado”

Del “Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médico Sanitarias y Bioética del Poder Judicial”.

En contenido, el comité aludido, recomienda rechazar el pedido. Ante este rechazo, la cuestión de la constitucionalidad queda desvirtuado totalmente. Como argumentos se indican, entre otras aseveraciones, que con esta práctica se teme a que “entren en juego transacciones dinerarias”. De ser así, “las mismas atentan contra la dignidad de la mujer, cuyo cuerpo y función reproductiva pasan a ser utilizadas como objetos de intercambio”. Por otro lado, se indica que “no puede descartarse la posibilidad de que la gestación de un niño en un vientre subrogado, genere en el mismo posteriores sentimientos de abandono”.

El comité considero que C., mujer gestante, está condicionada, por la situación contractual, en la expresión de sentimientos maternos-filiales. ¿Cómo evitar que se movilicen sentimientos experimentados en sus anteriores embarazos?” “Por último, en nuestra legislación, la ley de contratos prevé que todo contrato es susceptible de extinción, por lo que la madre gestante o incluso los padres de intención pueden – durante el embarazo -, cambiar de decisión, fruto de vivencias profundamente humanas”.

De la Fiscal de Familia.

Sostiene la Fiscal que en el estado actual legislativo, “no puede delegarse al órgano judicial, dilucidar, aspectos personalísimos del acuerdo arrimado, ello no obsta a calibrar la manifestación de la voluntad allí contenida, como antecedente válido, para autorizar o no la práctica médica y otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional que se pretende en el caso: la voluntad de los que aportan su material genético, la voluntad de la gestante de portar el embrión y la intención de todos de someterse tanto a las prácticas médicas necesarias, como, a la intención de los comitentes genéticos de ocupar el lugar de progenitores legales y a la gestante de no hacerlo”

Sobre la procedencia formal de la inconstitucionalidad planteada señala, que en “la especie, se evidencia la invocación de una serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, derecho a la salud, a la dignidad, a la igualdad, al proyecto de

vida de formar una familia, etc, que, conforme surge de la documental, de la prueba incorporada a la causa y el contacto directo con las partes involucradas (comitentes, gestante y su cónyuge) surge acreditado”.

La fiscal plantea la necesidad de determinar si la Gestación por Sustitución configura una THRA o si la falta de regulación configura una laguna normativa. En el primer caso, cabría el planteo de inconstitucionalidad y en el segundo habría que llenar el vacío legal. La fiscal procede por indicar que lo que importa en la TRHA y GS, no es quien es la que gesta al niño, sino la voluntad procreacional, es decir se posiciona en los argumentos de las partes.

De esta manera expone que “el art. 562 del CCCN, resulta inconstitucional por violación al principio de igualdad, atento impedir que el proceso gestacional, incluido en la categoría de TRHA, GS, culmine de resultar exitoso, con la atribución del carácter de progenitores de los Sres. R. L. S. y H. M. L. M., e impida la atribución a la gestante Sra. C. L. G. en los términos del art. 562 del CCCN”

Del Juez de familia de 2ª Nominación, Gabriel Tavip.

El juez indica, al igual que la Fiscal y las partes, y estimó de manera clara que la “gestación por sustitución debe ser considerada como una de las diferentes prácticas de Fertilización Asistida, tanto desde un punto de vista legal, como desde una perspectiva médica. Desde lo legal implica la existencia de una “voluntad procreacional”, elemento estructural de la filiación derivada de este tipo de prácticas, de acuerdo a lo que dispone el art. 562 del CCyCN”.

Por estas razones es que hace hincapié en el artículo 19 de la CN para fundamentar la autorización de la GS, indicando que no “existe norma alguna que la prohíba expresamente”, prosigue el juez a decir: “me inclino (..) por indicar que la falta de regulación no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido”. Indica el Juez que “en el caso también queda desvirtuada cualquier transacción de índole pecuniario, que mucho preocupa a algunos autores –y a los miembros del comité de bioética consultado- ya que quedó demostrado el vínculo de parentesco por afinidad que une a ambas mujeres y la falta de cualquier transacción de tipo comercial”.

En lo referido al condicionamiento contractual al que alude el Comité referido, indica “que ninguna de esas apreciaciones se condice con la realidad. En primer lugar, (..) hablan con verbos hipotéticos (“podría”) (..) sobre posibles daños en la salud física

de la portante, en base a este temor nunca ninguna mujer podría emprender un embarazo”.

Por esas razones que el magistrado estimo “que es sólo el temor a una práctica que no resulta la más habitual y que no se condice con los posicionamientos personales de los firmantes”. Por último, y en respuesta los planteamientos de condicionamiento a los que quedaba sujeto C. “estimo estigmatizante que el informe entienda a C. como una mujer “condicionada”, ya que ello es desconocer su individualidad y el alcance y relevancia que su voluntad autónoma tienen” y en cuanto a la opinión del Comité Consultivo en relación a los temores que manifiestan con respecto a las consecuencias que entienden pueden generar esta práctica en el/la niño/a por nacer y el sentimiento de abandono que el mismo puede llegar a tener: el juez no las comparte porque esa “afirmación resulta altamente desvalorizante y descalificante de otras formas de filiación y de modos de ahijar, entre las que se encuentra la adopción”.

En relación a la constitucionalidad, o no, del artículo 562 del CCCN el juez se pregunta si “¿Resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 562, en tanto dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz? ¿Existe una limitación legal que impida que el/la hijo/hija por nacer mediante esa técnica sea inscripto como hijo de los padres biológicos/comitentes?” y termina indicando que “En este sentido creo que los jueces no están en principio llamados a declarar inconstitucionalidades de leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, sino sólo en los casos en que se verifique de manera flagrante que ellas causan una vulneración de derechos fundamentales consagrados supralegalmente.

Una decisión de estas características importa la “última ratio” (razón última) del sistema jurídico y en lo relativo a la norma en cuestión se debe tener en cuentas las reglas en las que se rige la filiación que se produce como resultado del uso de una técnica de reproducción humana asistida, y no la natural.

En esta forma de filiación el elemento fundante es la voluntad procreacional. Así si bien puede resultar contradictorio el art. 562 en el caso de la gestación por sustitución, el juez indica que, “debemos preguntarnos si el elemento que determina la filiación es el parto o la voluntad procreacional. La respuesta aparece clara, ya que justamente el elemento determinante de esta filiación es el elemento volitivo de querer ser progenitores”.

De ello no cabe duda alguna. Por esta razón, se dispuso que “el argumento clave para negar la inconstitucionalidad está en que “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 el sub caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida”

5. Conclusión

En este apartado conclusivo se pretende dejar algunos puntos claros. Por un lado, la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 ha marcado un antes y un después en la vida institucional argentina. Esta reforma supuso un fuerte paso hacia el movimiento constitucionalista iniciado en Europa luego de la segunda guerra mundial. La finalidad de estas constituciones es hacer una fuerte defensa de los derechos humanos, y que los mismos no sean vulnerados por reglas ordinarias (leyes) (Bianchi, 1998).

Se ha puesto en manos de los jueces la protección de los derechos humanos reconocidos ampliamente en el bloque constitucional, conformado por la primera parte de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos. Estos magistrados tienen a su cargo la interpretación constitucional de las disposiciones legales regidas por el Código Civil y es su deber, no solo el de resolver, sino que el de hacerlo de manera fundada.

Dejando en claro que la gestación por sustitución, hoy por en el ordenamiento jurídico argentino, es una laguna del derecho, es decir, no encuentra una solución legal al caso en concreto, es posible advertir varias soluciones que pueden darse al caso.

Si por un lado usamos la analogía, y hacemos hincapié en la permisión de otras técnicas de reproducción humana asistida, podremos sostener que la misma debe ser autorizada. Si, por el contrario, utilizamos una interpretación o argumentación basado en el método de *contrario sensu*, podremos indicar que la respuesta es la negativa de dicha institución ya que, de haber querido el legislador, la hubiera receptado.

Sin embargo, y aquí entra en juego el comentario personal del artículo, es necesario indagar sobre lo que se podría denominar interpretación constitucional, basada fundamentalmente en las disposiciones de derechos humanos que entran en juego.

De esta manera, se puede hacer hincapié en que lo importante a tener en cuenta, ya que estamos ante un caso difícil, dado por la laguna del derecho, es realizar una

ponderación de principios que entran en juego. De esta manera, en el capítulo final de este trabajo, se hará un análisis de la ponderación como método tenido en cuenta por los jueces y de jurisprudencia aplicable en los que se pueden visualizar esta ponderación.

Del análisis del fallo propuesto, se considera debe ser tenido por correcto la decisión tomada por el Juez de familia de 2ª Nominación, Gabriel Tavip, en todas sus partes. En primer lugar, el hecho de que la maternidad subrogada no encuentre regulación específica, no es elemento condicionante para negar dicha actividad.

Otro punto a tener en cuenta fue la regulación expresa que se hizo en el CCCN proyectado inicialmente, que, si bien luego se suprimió, quedó plasmado la iniciativa que se tuvo, marcando así el camino de la comprensión y aceptación de las nuevas formas de procrear. Se considera que, el hecho de haber sido suprimido dicho artículo, que en los fundamentos de tal acto salen a la luz su temida pronta regulación, descartándose que sea por una cuestión antimoral ni violatoria de orden público, no hace a su prohibición. Máxime si tenemos en cuenta que uno de los principales derechos y garantías con que contamos las personas es el llamado principio de la autonomía de la voluntad, que está reconocido en el artículo 19 de la carta magna.

De este artículo se desprenden un sin número de posibles subprincipios, como el de la libertad, la privacidad, etc., sin embargo, el principal punto a tener en cuenta en relación al fallo, es que todo lo que no está prohibido está permitido, lo que haría plenamente válido la maternidad subrogada.

En relación a la identidad del menor, concuerdo totalmente con las partes, en relación a que de tener la posibilidad económica de viajar a lugares donde se permita la maternidad subrogada, sería factible poder formar una familia sin mayores problemas, teniendo en cuenta el artículo 2632 sobre el establecimiento de la filiación. De esta manera el juez correctamente respetando el principio de igualdad y no discriminación, hace lugar al pedido de inscripción del naciente por parte de los comitentes sin ningún vínculo con la persona que lo gesta; para lograr tal decisión se determinan dos puntos claves: la GS es una forma de TRHA y lo que rige a la materia filiatorio en este tipo de formas de procrear es la voluntad procreacional.

En relación a la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCN, previo pedido por los solicitantes y encontrando respaldo por la Fiscal de Familia, el juez, de forma sutil y consciente, encuentra innecesario su determinación. Esto lo basa, considerándose una excelente argumentación, breve pero consistente, en que dicho artículo no es de orden público, lo que apaciblemente puede ser dejado sin efecto por acuerdo de las

partes. Sin embargo, si insta a las partes a hacer conocer el estado gestacional al naciente cuando este tenga edad y grado de madurez suficiente, lo que se corresponde con el derecho y protección a las garantías de identidad (artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño).

CONCLUSIÓN FINAL.

Este TFG ha pretendido analizar, por un lado, la gestación por sustitución detentando de forma adecuada cuales son las implicancias que se derivan de la misma. Se indicó claramente que es una manera más dentro de las denominadas TRHA, de reciente inclusión en el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de fuente de filiación. Sin embargo, como se ha dejado en claro a lo largo del camino recorrido, la gestación por sustitución no ha tenido acogida expresa en el cuerpo nombrado. Esto ha traído como colación una serie de discusiones acerca de su permisión o denegación.

Lo más importante que se debe dejar en claro que no es posible, ni adecuado, dar una conclusión del tema desde un punto de vista estático, ni unitario; sino que es sumamente importante hacerlo desde una mirada centrada en la interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, no debemos estar solo a la laguna del derecho conformada por la eliminación del proyectado Código Civil y Comercial, donde se receptaba la Gestación por Sustitución, como una negación simplemente por ese hecho. Sino que, en caso de arribar a esa conclusión, debe hacerse teniendo en cuenta todo el ordenamiento, incluyendo los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional, entre otros.

De ello se deriva que el tema de la permisión o negación de la gestación por sustitución es una instancia Discusoria que tiene inicio y respaldo en la interpretación misma de los derechos humanos. Es decir, es necesario tener en cuenta de manera directa el respeto de los derechos fundamentales que entran en juego en la materia. Así, el no reconocimiento de este derecho a la maternidad, al acceso a las nuevas tecnologías, a la autonomía de la voluntad, al derecho a la salud, etc. configura un contenido propicio para permitir y autorizar la gestación por sustitución. Sin embargo, se sostiene más que coherente que cada caso debe ser analizado minuciosamente y en marco de una autorización judicial como el que se resolvió en el fallo en cuestión.

De esta forma se evita, mediante los informes requeridos al Cuerpo Técnico Multidisciplinario del Fuero (CATEMU) y al Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médico Sanitarias y Bioética del Poder Judicial, que no se esté en caso de maternidad subrogada onerosa, es decir, alquiler de vientres y se corrobora que las personas estén físicamente y psicológicamente en condiciones de realizarla. Como es el caso analizado en el capítulo tercero, donde tal extremo oneroso se descartó y no

existían riesgos latentes para el embarazo, y se ello se desprende que se debe optar por la solución correcta como la que tomo el Juez.

De ello se desprende que como conclusión final de este trabajo ha de estarse a la determinación de que la denominada gestación pos sustitución es, hoy en la realidad jurídica normativa de nuestro ordenamiento jurídico, una laguna del derecho. Tal falencia del sistema jurídico ha de ser tenida como un remedio que supuso el legislador para que sea encaminada caso a caso por el juez en el caso concreto. Es decir, parece ser un permiso otorgado al juez para que pondere las situaciones fácticas que rodea al caso a los fines de una correcta aplicación judicial del instituto carente de regulación específica.

Sin embargo, esta actividad siempre va a estar delineada por el respeto a los derechos fundamentales de todos los intervinientes en el proceso; lo que hace necesario aclarar que no solo está en juego el derecho a los padres a formar una familia, sino que el norte a seguir del juez será siempre el interés superior del niño, que prevale ante cualquier otro, ya sea de índole individual o colectivo. De ello se desprende que se puede afirmar que la gestación por sustitución es una forma de TRHA que poco a poco va a ir permitiéndose en nuestro derecho, pero que tal permisión se hará analizando el caso concreto por el juez a los fines de lograr una armonización de todos los derechos fundamentales en juego. Si bien es una respuesta poco convincente, ya que judicializa una actividad como es la de ser formar una familia, es la única manera que, en la actualidad ante la falta de regulación normativa, se puede visualizar en el derecho nacional. Esto se puede pensar como la antesala de lo que será una futura regulación expresa, donde se tendrá en cuenta la practica judicial ya realizada.

BIBLIOGRAFÍA.

Doctrina

- Alchourron, C., & Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Andrea, R. (2 de febrero de 2017). *¿En qué consiste la capacitación de los espermatozoides?*, Electronica. Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/capacitacion-espermatologica/>
- Andrea, R. (20 de abril de 2017). *Congelación y vitrificación de gametos y embriones*, Electronica. Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/congelacion-y-vitrificacion/>
- Andrea, R. (3 de marzo de 2017). *El coito programado: qué es, cómo funciona y sus resultados*, Electronica. Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/coito-programado/>
- Bianchi, A. (1998). *Control de Constitucionalidad* (segunda ed., Vol. I). Buenos Aires: DePalma S.R.L.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2016). *Manual de Derecho de Familia* (septima ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Brena Sesma, I. (2012). La gestacion subrogada ¿Una nueva figura del Derecho de Familia? . *Revista de Derecho de la UNAM*, 139-161. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf>
- Calvo Caravaca, A., & Carrascosa Gonzalez, J. (2015). Gestacion por sustitucion y derecho internacional privado. Mas alla del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, VII(2), 45-113.
- Casella, V., & Maggiora, L. (diciembre de 2015). Cobertura de los tratamientos de reproduccion humana asistida en Argentina, Uruguay y España. Una mirada desde el paradigma de la escasez. *Foro de Cordoba* (182).

- Cubillos, J. M. (2013). *Tecnicas de Reproduccion Humana Asistida. Status Juridicos del embrion humano*. Mendoza, Argentina: Universidad Nacional de Cuyo. Obtenido de http://www.bdigital.uncuyo.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio* (segunda ed.). Barcelona : Ariel.
- Falotico, Yael , & Pietra, Maria Luciana. (2015). Filiacion. En A. M. Chechile, *Derecho de Familia* (págs. 379-407). Ciudad Autonoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Herrera, M., & Caramelo, G. (2015). Cometario a articulos 1 al 18 del CCCN. En M. Herrera, G. Caramelo, & S. Picasso, *Codigo Civil y Comercial de la Nacion Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Lorenzetti, R., Keelmajer de Carlucci, A., & Heithon de Nolasco, E. (2015). *Fundamentos Codigo Civil y Comercial de la Nacion*. Comision Redactora Nuevo Codigo Civil y Comercial , Buenos Aires. Obtenido de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- Luna, F. (8 de agosto de 2017). “Los dilemas éticos de la maternidad subrogada”. *La Nación.*, págs. 1-4. Obtenido de <http://www.lanacion.com.ar/2050922-los-dilemas-eticos-de-la-maternidad-subrogada>.
- Marraud, H. (2014). Argumentos a fortiori. *THEORIA*, 79, 99-112. Obtenido de perso.wanadoo.es/usoderazonweb/html/conten/argum/arganalo/anal2.pdf
- Ortiz de Rosas, A., & Roveda, E. (2009). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pizarro, D., & Vallespinos, C. (2014). *Compendio de Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Reus, R. (15 de diciembre de 2016). *Congelación de esperma: indicaciones, proceso y resultados*, Electronica. Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/congelacion-de-semen/>

- Reus, R. (18 de septiembre de 2017). *La inseminación artificial (IA): ¿Qué es y cuál es su precio?*, Electronica. Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/inseminacion-artificial-ia/>
- Reus, R. (13 de septiembre de 2017). *Microinyección espermática: ¿Qué es la ICSI y cuál es su precio?*, Electronica. Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/microinyeccion-intracitoplasmica-de-espermatozoides-icsi/>
- Rovati, L. (24 de enero de 2014). *Técnicas de reproducción asistida: explicamos cada una.* Obtenido de Bebes y mas: <https://www.bebesymas.com/concepcion/tecnicas-de-reproduccion-asistida-explicamos-cada-una>
- Salvador, Z. (25 de mayo de 2017). *Técnicas de reproducción asistida: tipos, precio y Seguridad Social*, Electronica. Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/#que-es-la-reproduccion-asistida>
- Salvador, Z. (24 de mayo de 2017). *Técnicas de reproducción asistida: tipos, precio y Seguridad Social.* Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/#que-es-la-reproduccion-asistida>
- Salvador, Z. (6 de abril de 2018). *¿Qué es el diagnóstico genético preimplantacional o DGP?*, Electronica. Obtenido de Reproduccion Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/>
- Villalobos Castro, A. (2012). *Infertilidad: Consideraciones Generales*, Electronica. Obtenido de Centro de especialidades: ginecologicas y obstetricas : <http://infertilidadcr.com/publicaciones/infertilidad-publi.html>
- Zannoni, E. (2012). *Derecho civil. Derecho de Familia.* (sexta ed.). Buenos Aires: Astreas.
- Zorrilla Martinez, D. (2010). *Metodologia Juridica y Argumentacion.* Madrid: Marcial Pons.

Legislación.

- Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Código Civil de Vélez. Derogado por ley 26.994. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>
- Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. 5 junio de 2013. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>
- Fundamentos Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación según Comisión Redactora. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>.
- Código Penal Argentino. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Constitución Nacional. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN). Recuperado de http://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/la-convencion-de-los-derechos-de-la-infancia/?gclid=CjwKCAjwmufZBRBJEiwAPJ3LphuHXy0jG8j8dTENkpdMxxeIX3vIKUDuE6TzK3QZoQ9m4I5OTqNhkhoCagMQAvD_BwE
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Recuperado de <https://www.humanium.org/es/convencion-internacional->

[sobre-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-racial/?gclid=CjwKCAjwmufZBRBJEiwAPJ3LppcSWibmINbl8Jc5eayNewJ_nJEaR2-BSWdT94O-BmXDg4MldxuU3hoC1MEQAvD_BwE](https://www.google.com/search?q=sobre+la+eliminacion+de+todas+las+formas+de+discriminacion+racial/&gclid=CjwKCAjwmufZBRBJEiwAPJ3LppcSWibmINbl8Jc5eayNewJ_nJEaR2-BSWdT94O-BmXDg4MldxuU3hoC1MEQAvD_BwE)

Jurisprudencia

- Juzgado de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba a cargo del Juez Gabriel Tavip resolvió, en los autos “R., L. S. y Otros – Solicita Homologación” (Auto n.º 930). Recuperado de <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?feed=rss2&cat=4>