



**LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE NIÑOS/AS
CONCEBIDOS POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
EN EL DERECHO ARGENTINO ACTUAL**

SILVANA VALENTE

ABOGACIA

2019

Universidad Empresarial Siglo 21

Trabajo Final de Grado

Resumen

La presente investigación analiza las formas de determinación de la filiación en niños, niñas y niñez concebidos por medio de gestación por sustitución en el marco de una pareja unisexual (dos hombres) a la luz de los Pactos Internacionales, la Constitución Nacional, la normativa introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), la doctrina y legislación en la materia. Por otra parte, examina la actividad jurisprudencial que permitió dar las soluciones pretorianas tendientes a subsanar la falta de norma específica en el ámbito de la subrogación gestacional, como así se estudian las iniciativas en el ámbito legislativo para la regulación correspondiente.

En los distintos capítulos y apartados realizaremos un recorrido que inicia con el análisis de las fuentes de filiación y en la incorporación de las Técnicas Reproducción Humana Asistida (TRHA) como tercera fuente de filiación, en su concepto, contenido y clasificación.

Se hace hincapié en la voluntad procreacional y consentimiento previo libre e informado como elemento dominante para la determinación de la filiación de los niños/as nacidos por medio de TRHA vinculadas con la plena efectividad del derecho a la fundación de una familia en condiciones de igualdad, con un marco temporal que podemos ubicar desde la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario.

Será tema central la gestación por sustitución y la evolución del concepto desde principios de los ochenta hasta la actualidad; haremos una revisión sobre las distintas posiciones doctrinarias a favor y en contra de su incorporación en las legislaciones nacionales; además se hará hincapié en la creciente utilización de la maternidad subrogada como una de las TRHA que permite la filiación en las personas impedidas por razones de salud o biológicas. Se abordan además las particulares soluciones que los jueces han dado en casos concretos, como así también los proyectos de ley que se encuentran con trámite legislativo para regular la Gestación por Sustitución.

Palabras Clave: Filiación - Gestación por Sustitución - Maternidad Subrogada - Voluntad Procreacional - Falta de Regulación Específica.

Abstract

The present investigation analyzes the forms of determination of filiation in children, girls and boys conceived by means of gestation by substitution in the context of a couple unisexual (two men) in light of the International Covenants, the National Constitution, the regulations introduced by the Civil and Commercial Code of the Nation (CCyCN), the doctrine and legislation on the subject. On the other hand, it examines the jurisprudential activity that allowed give the praetorian solutions tending to correct the lack of specific norm in the field of gestational surrogacy, as well as studying initiatives in the legislative field for the corresponding regulation.

In the different chapters and sections, we will conduct a journey that begins with the analysis of the sources of affiliation and the incorporation of Assisted Human Reproduction Techniques (TRHA) as a third source of affiliation, in concept, content and classification.

Emphasis is placed on the procreational will and free prior and informed consent as the dominant element in determining the filiations of children born through TRHA linked to the full effectiveness of the right to the foundation of a family under equal conditions, with a temporary frame that we can locate from the sanction of the Law of Equal Marriage.

The gestation by substitution and the evolution of the concept from the beginning of the eighties to the present will be a central theme; we will review the different doctrinal positions in favor and against their incorporation into national legislations; In addition, emphasis will be placed on the increasing use of surrogate motherhood as one of the TRHAs that allows filiations in people with disabilities due to health or biological reasons. The particular solutions that the judges have given in specific cases are also addressed, as well as the bills that are subject to legislative procedure to regulate the Gestation by Substitution.

Keywords: Affiliation – PregnancybySubstitution – SurrogateMotherhood - Procreational Will – LackofSpecificRegulation.

Índice

i. Introducción	6
1. Capítulo I. Filiación y Técnicas de Reproducción Humana Asistida	9
1.1 Fuentes de la Filiación en el CCyCN	9
1.2 Determinación de la filiación en parejas del mismo sexo	14
1.3 Definición TRHA. Clases y Elementos	15
1.4 Voluntad procreacional y Consentimiento previo, libre e informado	19
2. Capítulo II. Gestación por sustitución	23
2.1 Definición. Posiciones doctrinarias en el derecho comparado y en el ámbito nacional	23
2.2 La gestación por sustitución en el anteproyecto CCyCN y la discusión parlamentaria.....	28
2.3 Falta de Regulación Específica de GS en el CC y CN en relación a la gestación por sustitución. Fallos que marcan camino	31
3. Capítulo III. Posiciones doctrinarias y proyectos de ley	47
3.1 Posiciones Doctrinarias. La tensión entre la teoría y la realidad	47
3.2 Proyectos de Ley de regulación de la Maternidad Subrogada en estado Parlamentario: El debate entre el Acuerdo Privado o la Autorización Judicial Previa	56
4. Conclusiones	65
5. Bibliografía	69
6. Anexo.....	75

Abreviaturas

ART: Artículo

CADDHH: Convención Americana de Derechos Humanos

CC: Código Civil derogado

CCyCN: Código Civil y Comercial de la Nación

CDN: Convención de los Derechos del Niño

CN: Constitución Nacional - Carta Magna

CIDDHH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

DDHH.: Derecho Humanos

FALGBT: Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans

FIV: Técnica de la Fertilización In Vitro

GS: Gestación por Sustitución

L: Ley

LGBTIQ: Lesbianas, Gay, Bisexual, Trans, Intersex, Queer

MS: Maternidad Subrogada

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistidas

i. Introducción

Se puede afirmar que a partir del 2010 con el dictado de la Ley de Matrimonio Igualitario se observa un punto de inflexión, donde el Estado finalmente reconoce y protege el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio y fundar una familia. Luego con la ley de Reproducción Humana Médicamente Asistida y finalmente la inclusión dentro del nuevo Código Civil y Comercial de la Técnicas de Reproducción Humana Asistidas se produce un importante cambio social que consagran el reconocimiento a las familias conformadas por personas LGBTIQ.

Sin embargo, al no incluir dentro del nuevo Código Civil y Comercial el instituto de la gestación por sustitución, dejan una peligrosa laguna legislativa, que si bien no lo prohíben tampoco lo regulan, se abstienen de pronunciarse. Esta elección, que se realizó al momento de no incluir la norma que sí se encontraban en el Proyecto, colocan en situación de desventaja a aquellas personas que (por razones biológicas o de otra índole) se ven impedidas de ser receptoras del huevo cigoto fecundado por medio de TRHA, afectando el derecho a la igualdad y obstaculizando la posibilidad del desarrollo de la prerrogativa esencial de toda persona de fundar una familia.

En la presente investigación se abordará en profundidad el tema de la determinación de la filiación de niños y niñas concebidos a través de gestación por sustitución en el derecho argentino actual. La problemática específicamente se centrará entonces en la falta de regulación legal específica respecto de la gestación producida a partir de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en el marco de matrimonios/uniones convivenciales del mismo sexo (dos hombres) con óvulos de una donante anónima, implantados en un vientre subrogado.

En ese camino también prestará especial atención a la legislación internacional que impacta en nuestro bloque de constitucionalidad, a los aportes doctrinarios y jurisprudenciales que permitan echar luz sobre la omisión que existe en el sistema legal argentino en relación con la subrogación gestacional desde una perspectiva de género, con un enfoque de derechos.

A partir de lo expuesto, surge preguntarnos: ¿cómo se determina la filiación de aquellos niños y niñas concebidos por medio de una gestación por sustitución en el marco de una pareja unisexual (dos hombres), teniendo en cuenta la normativa del Código Civil y Comercial (CCyCN), los pactos internacionales y la jurisprudencia existentes sobre la temática actualmente?

De lo analizado hasta el momento podemos decir que existe una tensión entre las técnicas de reproducción humana asistidas regulada en el CCyCN como tercera fuente de filiación y la laguna legislativa que se produce al no regular expresamente la subrogación gestacional.

La investigación de la mencionada situación problemática se realizará desde la perspectiva de los derechos consagrados en los Pactos Internacionales de DDHH y los principios fundamentales de la Carta Magna que se incorporan armónicamente en el bloque de constitucionalidad tales como el Interés Superior del Niño y el Derecho a la identidad entre otros.

Además, se pondrá atención en otras fuentes, como la construcción jurisprudencial que desde los tribunales se realiza, frente a la necesidad de dar remedio a los casos individuales planteados hasta el momento. Donde los jueces en la búsqueda de soluciones jurídicas adecuadas, en el marco del nuevo Código Civil y Comercial y las Leyes nacionales, han tomado en su mayoría el camino del reconocimiento de la voluntad procreacional, como elemento central para determinar el origen del vínculo filial cuando se trate de niños nacido por medio de TRHA.

Se tomará como referencia para este análisis la doctrina desplegada por los juristas especializados y alguna de las diferentes visiones que se presenta el derecho comparado con respecto a la subrogación de vientre; como así también los proyectos y anteproyectos de ley presentados en la nación y las provincias.

En el Capítulo Primero, en el 1er y 2do apartado, se contextualizan las fuentes de la Filiación en el CC y CN y dentro de ello la determinación del contenido del derecho a la filiación del matrimonio/unión convivencial igualitaria y relacionar con otros derechos. Este capítulo responde a la pregunta sobre cuál es el contenido del derecho a la filiación de una familia del matrimonio/unión convivencial igualitaria cuando se trata de dos varones. Asimismo, el 3er apartado se enfoca a la definición de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) atendiendo a su contenido como origen de la determinación filial. El estudio de las clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida reconocidas por la legislación y sus elementos. El 4to. apartado profundiza en la voluntad procreacional y el consentimiento previo, libre e informado para la determinación de la filiación de los niños y niñas, con una perspectiva contemporánea y vinculada al derecho de la fundación de una familia, desde la consagración del matrimonio igualitario teniendo como corceles el derecho al acceso a los avances de las ciencias y nuevas tecnologías en las TRHA y la gestación por sustitución.

En el Capítulo Segundo se desarrolla el enfoque del instituto de la gestación por sustitución o maternidad subrogada y cuáles son sus elementos. También se introducen en las posiciones doctrinarias en el derecho comparado y en el ámbito nacional; la subrogación gestacional en el anteproyecto de Código del 2012 y la discusión parlamentaria; la ausencia de regulación específica en el CC y CN de la subrogación gestacional. Se indaga sobre fallos que marcan camino y sobre las soluciones jurisprudenciales en la determinación de la filiación de niños/as concebidas por medios de TRHA con gestación por sustitución de matrimonio/unión convivencial igualitaria. El modo en que opera el derecho a la identidad y el derecho a la filiación a la luz el interés superior del niño en la filiación por TRHA con maternidad subrogada.

El Capítulo Tercero se profundiza las posiciones doctrinarias, analizadas desde la perspectiva de casos de GS judicializados. indaga en los desafíos legislativos que contienen los proyectos de Ley para la regulación de la Maternidad Subrogada.

Capítulo I

Filiación y Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

En este capítulo contamos con cuatro apartados. Los dos primeros enfocados a contextualizar las fuentes de Filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y se responde a la pregunta respecto del contenido de la determinación de la filiación de las niñas en el contexto de una familia fundada en una pareja unida por matrimonio o unión convivencial igualitaria cuando se trata de dos varones. En el tercer apartado se centra en la definición de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) atendiendo a su contenido como fuente filial. El estudio de las clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida reconocidas por la legislación y sus elementos.

Finalmente, en el cuarto apartado se profundiza sobre la voluntad procreacional y el consentimiento previo, libre e informado. El elemento volitivo como centro para la determinación de la filiación de los niños/as, con una perspectiva contemporánea y vinculada al derecho de la fundación de una familia. Tomándolo temporalmente desde la consagración del matrimonio igualitario teniendo como corceles el derecho al acceso a las nuevas tecnologías en las TRHA y la gestación por sustitución.

1.1 Fuentes de la Filiación en el CCyCN

La palabra “Filiación” deriva del latín “filius”, hijo en latín, y se refiere al lazo que une los hijos con su padre y viceversa (Manasevich, 2000:4). Para Krasnow y Dabove (2004: 134), en el Derecho habrá filiación cuando ese vínculo se transfiere al plano jurídico. En la legislación actual toma dicha característica cuando se establece por las siguientes tres fuentes: por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción (Ley 26994, Art 558, 2014).

La concepción de filiación que hoy refleja el CCyCN es el producto de un largo proceso socio-cultural, del que podemos dar cuenta haciendo un recorrido histórico de los hitos legislativos más destacados:

- 1985 - Ley de Filiación (Ley 23.264, 1985).

Un antecedente de gran importancia lo constituye la firma del Pacto San José de Costa Rica (Ley 23054) que ratifica el contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos (a partir de ahora CADDHH) la cual que su artículo 17.5 establece el Principio de Igualdad entre

los hijos. Según Krasnow et. al (2004: 140-141) este compromiso asumido por el Estado argentino ante la comunidad internacional, es el cimiento de la primer gran reforma en materia de filiación, la Ley 23.264, que adecua la legislación nacional adoptando el principio de igualdad de derechos de todos los hijos y la filiación por naturaleza y por adopción.

- 1994 - Reforma de la Constitución Nacional.

Desde su origen la Carta Magna ha contado con principios que hacen a las bases de ordenamiento legal: el Principio de Igualdad (Art. 16, 1853); Principio de Legalidad (Art. 18, 1853); Principio de Reserva (Art. 19, 1853); igualdad de derechos de los extranjeros dentro del territorio de la Nación (Art. 20, 1853). El salto cualitativo en materia constitucional se da con la incorporación de los Tratados Internacionales de DDHH. al bloque de constitucionalidad. De esta manera se genera la obligación por parte del Estado argentino a adecuar su legislación a los contenidos de dichos Tratados (Art. 75 Inc. 22, 1994).

- 2010 - Ley de Matrimonio Igualitario.

En esta instancia se formula una modificación al del Código Civil (CC) en la cual se afirma que: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”. (Ley 26.618, Art. 172, 2010)

- 2012 - Ley de Identidad de Género.

En el artículo primero de la presente ley se establece la identidad de género como un derecho fundamental de los DDHH respecto del libre desarrollo de la persona conforme a su elección de género. Conjuntamente con la Ley de Matrimonio igualitario impactan sobre el despliegue de derechos de las personas para la fundación de una familia y por consiguiente a ser considerados en el vínculo filial con sus hijos como madres/padres.

- 2013-Ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

El informe preliminar a la Ley 26862, Marisa Aizenberg (2013) analiza el recorrido que debió realizar la construcción de la presente ley hasta la sanción, se vio marcado por anteproyectos legislativos que fueron desde la prohibición, restricción, hasta la definitiva ampliación del derecho de acceso a las TRHA para toda la población. En este camino fueron las provincias las que abrieron pasos con sus legislaciones. También hicieron sus aportes las intervenciones judiciales, que ante la ausencia de prestaciones públicas y/o privadas que las

personas pueden solicitar las coberturas económicas de las TRHA mediante las herramientas que proponen las medidas cautelares. Es importante destacar el rol que cumplieron las organizaciones sociales por que tomaron en sus manos las tareas de sensibilización de la comunidad y la lucha por conseguir el reconocimiento de sus derechos. (Ley 26.862, 2013)

“Con la sanción de la Ley No 26.862 se ha dado un importante paso en materia de igualdad de acceso a los derechos reproductivos, que nos interpela en una mirada hacia la comprensión del ser humano en su integralidad, en sus valores, emociones y deseos de una maternidad o paternidad que por diferentes razones puede verse postergada, y que acompaña el espíritu de las disposiciones contenidas en el Proyecto de Reforma de Unificación Civil y Comercial” (Aizenberg, 2013)

- 2015- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyCN) consolidó importantes adelantos en el desarrollo del Derecho de Familia y con más énfasis en materia de Filiación.

La reforma del Código toma como base el bloque de constitucionalidad (Carta Magna y los Tratados de DDHH) e incorpora el desarrollo jurisprudencial y los aportes de la doctrina integrando los principios de igualdad, no discriminación, el derecho a la autonomía personal, derecho a la salud, derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a la vida familiar y a gozar del desarrollo de las ciencias y los avances de la tecnología con el objeto de acortar la brecha entre el derecho positivo vigente y el acontecer social considerando finalmente el principio de realidad .

Para Rodríguez Iturburu (2015) los cambios son impulsados por la necesidad de minimizar las diferencias que existían entre el derecho legal y la realidad social. Esta evolución se proyecta e impactan en el sistema de filiación. La interpretación de este proceso se traduce en el reconocimiento de otros tipos de familias y -como corolario-, introducción progresiva del cambio en las nociones de maternidad y paternidad, mediante la disgregación entre los elementos genético, biológico y voluntario.

A partir de una mirada constitucional-convencional, esta modificación se encuentra sin ninguna duda teñida de la interpretación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" (Rodríguez, 2015) en el que se afirma que “la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida

viola los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos”. (Rodríguez et al. 2012)

Las fuentes de la Filiación en el CC y CN

El derecho argentino reconoce tres fuentes filiales, por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción, que se encuentran atravesadas por el derecho a la identidad, como derecho humano fundamental, que las implica directamente.

Cada una de las fuentes tiene su historia y emerge en un momento diferente. Como nos lo define Herrera et. al (2018) desde una mirada contemporánea, la filiación se compone de tres elementos o facetas de la identidad: genética, biológica y volitiva, que a su vez responden a una vertiente estática de la identidad (genética y biológica) y a otra vertiente dinámica (volitiva). Se comprenden los tres elementos desde cada una de sus vertientes, que interaccionan con distinto vigor y trascendencia de acuerdo a la fuente filial que corresponda. El modo en que se recrean los elementos o facetas de la identidad en cada fuente filial, es la clave para comprender la regulación propia y separada de cada una de ellas. Hay que tener en cuenta para el análisis, el núcleo central que tracciona constituidas por la interacción entre identidad y pluralismo, que es la perspectiva desde donde se observan cada una de las fuentes.

La Filiación biológica o por naturaleza

Es la primera fuente filial reconocida por la legislación y nace con el Código Civil de Vélez Sarsfield en 1871 (CC, art. 242). Desde una perspectiva coetánea, se retoma lo propuesto por Herrera et al. (2018) para decir que en el actual CCyCN esta fuente de filiación reúne los tres elementos identidad genética (estático), biológico (estático) y volitivo (dinámico).

Los principios constitucionales /convencionales expuestos en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma de CC que regulan esta fuente filial compartida con la fuente de TRHA son los siguientes:

- 1) Principio del interés superior del niño;
- 2) Principio de igualdad de todos los hijos (matrimoniales y extramatrimoniales)

- 3) Derecho a la identidad y por consiguiente a la inmediata inscripción
- 4) Celeridad y accesibilidad a la determinación de la filiación;
- 5) Importancia de la prueba genética para alcanzar la verdad biológica;
- 6) La regla de reparación del daño al derecho de la identidad del hijo;
- 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación;
- 8) el derecho a fundar una familia y no ser discriminado en el acceso a ella.

La Filiación por adopción

Cronológicamente es la segunda fuente filial que surge inicialmente por Ley de Adopción (Ley 13.252, 1948) y luego incorporada al CC (Ley 24779, 1997). En el nuevo CCyCN se reconoce tres tipos de adopción: Plena, simple y de integración (Arts. 619, 620, 2015).

La Filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida

Tercera fuente filial que surge como tal en nuevo Código Civil y Comercial (art. 558 C.C y C.N. 2015), en el contexto de los fenómenos que relata en forma impecable el Informe Preliminar del Observatorio de Salud Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires:

“En la actualidad, Argentina ve sucederse dos fenómenos contrapuestos, por un lado, el de las “madres niñas” que conmueve al país entero y plantea fuertes cuestionamientos vinculados a la educación, la información, el rol de los organismos públicos y de las instituciones de salud; incluyendo dilemas éticos relacionados con la prosecución de estos embarazos por sus riesgos y complicaciones en pequeñas de 10 u 11 años, cuya constitución física y psíquica —en algunos casos— aún no se encuentra preparada para ello. Por el otro, observamos un grupo etario conformado por personas que rondan entre los 35 y 45 años de edad, los de la ‘maternidad/ paternidad postergada’, que esperan afianzar sus carreras personales para luego plantearse la posibilidad de ser padres, situación que los enfrenta a su propio reloj biológico, en una corrida contra el tiempo, en razón de la disminución de los índices de fertilidad —principalmente femenina— vinculados al paso de la edad. Los datos epidemiológicos nos informan que la infertilidad afecta entre un 10 y un 15% de la población, fenómeno

que se comprueba a nivel mundial en todos los países desarrollados” (Aizenberg et al., 2013)

En una primera aproximación ya que abordaremos el tema en capítulos subsiguientes siguiendo a Rodríguez (2015) podemos decir que el principio binario que prescribía que la filiación sólo respondía a las fuentes biológicas o por adopción fue virtualmente jaqueado por el principio de realidad. Es así que emerge esta la tercera fuente filial la de los TRHA, la cual contempla la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante el uso de estos tratamientos médicos, a través de la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento previo libre e informado oportunamente prestado, conforme los alcances del CCyCN (Art. 560, 2015)

1.2 Determinación de la filiación en parejas del mismo sexo

Por mandato constitucional/internacional el nuevo CCyCN mantiene en materia de filiación el principio de igualdad de los hijos nacidos por cualquiera de las fuentes, dentro o fuera del matrimonio sean parejas de igual o diferente sexo.

Atento a la ampliación de derechos que se ha consolidado en la normativa vigente, como ya adelantamos que retomaremos en los próximos capítulos, la inclusión de las TRHA como fuente de filiación ha jerarquizado el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida (Ley 26994, Art 560, 2014) como centro nuclear del elemento o faz volitiva de la filiación dándole a esta última mayor preponderancia en la interrelación con los otros dos elementos el biológico, y el genético para la determinación de la de la identidad en materia de filiación.

Han sido la construcción pretoriana la que a través de sus sentencias han arribado a conclusiones que dieron respuestas a la complejidad de la realidad social que nos convoca donde se pone en juego los principios convencionales, las representaciones culturales y las creencias religiosas.

Sintéticamente podemos comentar que el fallo “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación” del Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 81(JNCiv., 2017), ha conceptualizando en materia de emplazamiento filial en razón de TRHA, se vincula

directamente con la voluntad procreacional relegando la verdad biológica. Que por otra parte existiendo en el país la Ley de Matrimonio Igualitario, se vulnera el derecho a fundar una familia en igualdad de condiciones y de tener hijos genéticamente propios, entre las parejas de mismo sexo integradas por dos varones, favoreciendo a las compuestas por dos mujeres siempre y cuando alguna de ellas pueda gestar. Si un matrimonio de mujeres puede generar vínculos filiatorios mediante las TRHA, tal derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

Por lo expuesto y teniendo especialmente en cuenta los principios rectores en la materia, en primer término, el interés superior del niño a la Identidad, y el derecho de igualdad tanto del menor como el de sus progenitores, el derecho a la no discriminación, resuelve ordenar la inscripción del niño como hijo de sus dos padres. Con la única advertencia de garantizar el derecho a la información de su origen genético al niño.

1.3 Definición TRHA. Clases y Elementos

Como ya adelantamos en la introducción el presente capítulo se enfoca a la definición de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) atendiendo a su contenido como fuente filial; el estudio de las clases de TRHA reconocidas por la legislación y sus elementos. Más adelante se profundiza en la voluntad procreacional y el consentimiento previo, libre e informado para la determinación de la filiación de los niños y niñas, vinculada al derecho de la fundación de una familia, desde la consagración del matrimonio igualitario.

Es imposible comenzar este capítulo sin referenciar los avances que significaron en la legislación argentina la Ley 26.862 y su decreto reglamentario 953/13 que regularon el acceso a las TRHA. La magnitud que tiene el objeto de la Ley de acceso integral a las TRHA hizo necesario no solo delimitarlo en su primer artículo sino también ampliado en el apartado de los Considerandos del Decreto Reglamentario de la ley.

Se puede observar que la Ley, tiene como finalidad asegurar el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana médicamente asistida, fundándose en forma general en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana y de no discriminación. Hace primar entre otros derechos coexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados

Internacionales de rango Constitucional (Art 75, inc. 22 Const. Nac.) los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Se deja en claro que la intención del legislador se orientó a ampliar derechos que reconocen y toman en cuenta las diferencias y la diversidad cultural (Tomado de los Considerandos del decreto reglamentario 953/13).

De esta manera, tomando el enfoque expuesto por Herrera et al. (2018:389) el tipo regulatorio adoptado por nuestro país se aleja del modelo médico de infertilidad físico como condición para el acceso a las TRHA y se inscribe en el paradigma de accesibilidad a estos tratamientos como camino para la consecución de una serie de derechos humanos interconectados donde la salud reproductiva es entendida en un sentido amplio.

La definición de TRHA fue expuesta por la ley en cuanto dice: “se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”. (Ley 26.862/13, Art. 2)

Se establecen las clases de TRHA inicialmente en la Ley y luego profundizando en la reglamentación. En este marco se realiza la siguiente diferenciación:

Técnicas de baja complejidad

Que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones: son las que tienen por objeto que la unión entre óvulo y espermatozoide se produzca dentro del sistema reproductor femenino, por medio de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal.

Técnicas de alta complejidad

Que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones: se dan en los casos donde la unión entre óvulo y espermatozoide se produce en forma externa al sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la crio preservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

Técnicas Homólogas

Son aquellas técnicas donde el material genético utilizado en la fecundación (óvulo y espermatozoide) pertenecen a la pareja que realiza la Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sin importar donde se produzca finalmente la implantación del huevo cigoto para su

gestación.

Técnicas Heterólogas

Son aquellas en que el material genético utilizado es donado por una tercera persona en forma anónima o conocida, total o parcialmente.

La presente clasificación no es concluyente y permanece abierta ya que el Ministerio de Salud por resolución puede incorporar nuevas técnicas siempre que la mismas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia, es decir con experiencias clínicas. (art. 2, Decreto 953/13)

El comienzo de la existencia de las personas concebidas por TRHA.

Una cuestión altamente polémica donde se encuentra divididos no sólo el campo jurídico sino también el científico tiene que ver la el comienzo de la existencia de las personas en caso de filiación derivadas de TRHA.

La pregunta que debemos respondernos es ¿qué se entiende por concepción de las personas que vienen a este mundo por medio de TRHA? Este interrogante no fue resuelto por el CCyCN por lo que a fin de echar luz al mismo debemos recurrir a en primer lugar a antecedentes pretorianos y el más importante de ellos fue lo resuelto por la Corte IDH en el caso ““Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica (Fecundación in Vitro)”¹ por la obligatoriedad de esta jurisprudencia al integrar el llamado “bloque de la constitucionalidad federal”.

La Corte Interamericana reconoce que, en el marco científico actual, hay dos posicionamientos claramente diferenciados del término “concepción”:

1) por un lado una corriente de pensamiento entiende por “concepción” el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; y por el otro

2) se entiende por “concepción” el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero.

El tribunal tomó para sí la segunda, partiendo del entendimiento que desde una postura

¹Link http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf- Fecha de consulta 23/09/2018

científica diferencia dos momentos en el proceso del desarrollo embrionario: el primero, “la fecundación” donde de la unión del óvulo y el espermatozoide se forma una nueva célula el cigoto, con la información genética suficiente para el posible desarrollo del ser humano. Y luego se sucede un segundo momento, donde ocurre “la implantación” del cigoto en el seno femenino el cual se conecta con el sistema circulatorio y le permite acceder a todas las hormonas y elementos necesarios para su crecimiento.

Para la corte, en una interpretación dinámica de la Convención, la concepción en las TRHA se produce cuando se completa el proceso con la implantación, ya que la pérdida embrionaria sucede tanto en embarazos naturales como en aquellos en los que se aplica la técnica de la fertilización in vitro (FIV), considerado desproporcionado una protección absoluta del embrión antes de la implantación, ya que su descarte es un riesgo común en todo tipo de embarazo, inclusive en los que no intervienen TRHA.

Por consiguiente, concluimos que para la Corte IDH, la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión, por lo tanto, concluye que el embrión no implantado no es persona humana.

El ámbito legislativo nacional, alitado en la postura de la Corte IDH, se ha teñido con su criterio pudiendo visualizarse en varias normas que pasaremos a analizar brevemente:

Previo a la sanción del CCyCN la Ley 26.862 de Acceso Integral TRHA y el decreto 956/2013, siguen esta línea interpretativa fundado la regulación de tres cuestiones centrales: la donación de embriones, la crio preservación de embriones y la necesidad de la actualización y la posibilidad de la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Dentro de la disposición del CCyCN encontramos las siguientes referencias según Caramelo et al. (2015):

a) la disposición transitoria segunda determina la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial para la protección del embrión no implantado;

b) el art. 561 norma central de las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida” dispone que el consentimiento previo informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable “*mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*”.

c) el art. 20, en el mismo se relaciona la noción de concepción con la de embarazo ya que para la existencia del mismo se requiere la implantación del embrión en la persona.

d) el art. 21 es más evidente al establecer como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, expresa queda dicho que esta situación de latencia se extiende por el plazo de tiempo que va desde la concepción o la implantación del embrión hasta el efectivo nacimiento con vida.

e) y finalmente el art. 19 “*Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”.

Finalmente, y modo de nexo con la próxima parte del capítulo podemos afirmar que la inclusión de la tercera fuente de filiación por medio de TRHA ha introducido la disociación entre los elementos genéticos y biológicos de la identidad estática por un lado y el elemento volitivo de la vertiente dinámica por otro.

Esto expone ante nuestros ojos una nueva realidad que consiste en la posibilidad de la reproducción humana sin necesidad de relación sexual, quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que lo hace del elemento biológico o el volitivo.

Las TRHA llevaron necesariamente a reexaminar la supremacía de la verdad biológica/genética por sobre la voluntad procreacional, siendo esta última el núcleo duro y preeminente para determinar la filiación de las personas nacidas por medio de fecundación in vitro tomando el consentimiento libre e informado como elemento volitivo que da paso a la realidad socio afectiva por encima del reduccionismo genético/biológico.

1.4 Voluntad procreacional y Consentimiento previo, libre e informado: una unión de acero.

Para adentrarnos en la especificidad del presente apartado analizaremos los motivos por los que el legislador entendió necesario establecer el sistema tripartito de fuente de la filiación y cuáles son las peculiaridades que lo explican.

En primer lugar, como ya adelantamos, en relación a la filiación biológica y adoptiva existe una relación sexual entre personas de distinto sexo como precedente necesario. En las TRHA este elemento está ausente es decir que puede haber procreación sin sexo, lo que genera una gama de conflictos diferentes a los que requieren un análisis desde principio diversos para

llegar a una conclusión ecuaníme.

En segundo lugar, los avances científicos hacen posible la preservación de los embriones y material genético por mucho tiempo lo que implica que se pueden producir cambios en las relaciones que modifique los deseos paternos/maternos.

Y en tercer y último lugar, siguiendo a Herrera et. al (2018: 464/465), las TRHA hacen posible la disociación de los tres elementos de la identidad, genético, biológico y volitivo dándole prioridad a este último sobre los demás.

Dentro del Capítulo Segundo del Título V sobre “Reglas Generales a la filiación por Técnicas de reproducción Humana Asistida” del CCyCN se establece que la Voluntad Procreacional (Art. 562) es la columna vertebral de la determinación filial en los nacidos derivada de TRHA, son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Es de carácter fundamental la exteriorización de la voluntad por medio del consentimiento formal, informado y libre, y tal así que no producirse de esta forma no se podrá establecer el vínculo filial, siendo este el principio básico y primario donde se sustenta la filiación derivada del TRHA, el dato genético ocupa un lugar secundario. Está es una de las diferencias sustanciales con la filiación por naturaleza o biológica según Caramelo et. al, (2015:47-5 2). El CCyCN reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos —es decir, queda determinada la filiación— de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en el modo que lo indican los arts. 560 y 561 CCyCN, y siempre que se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin importar que ambas personas, una de ellas o ninguna haya aportado sus gametos.

Consentimiento previo, libre e informado.

El consentimiento previo, libre e informado es el continente de la voluntad procreacional, este núcleo compuesto por una faz interna (la voluntad) y faz externa (el consentimiento) se integra con lo previsto por los art. 560,561,562, y 577. del CCyCN La normativa que rige específicamente en relación al consentimiento se encuentra distribuida en la Ley N.º 26.862 y su decreto reglamentario, la Resolución del Ministerio de Salud Número E 616/2017 de mayo de 2017, que establece los textos que deben contener los consentimientos y

lo dispuesto por los art. 560 y 561 del CCyCN. El consentimiento previo, informado y libre tiene tal importancia para la filiación derivada de las TRHA que es un deber recabarlo y renovarlo antes de cada práctica o procedimiento de reproducción asistida, por el centro de salud de conformidad con los requisitos que señala el art. 560 CCyCN es libremente revocable antes de iniciar cada tratamiento mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

La instrumentación del consentimiento debe prever los requisitos previstos en las disposiciones especiales, se tiene que protocolizar por escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. Habiéndose cumplido con todos los recaudos es la pieza fundamental para la determinación de la filiación. En el caso que se utilicen gametos de terceros no se generan vínculo jurídico alguno, respecto de dichos terceros, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena, complementa el Artículo 575 del CCyCN.

El derecho a la identidad es uno de los principales derechos humanos directamente vinculado al campo de la filiación. Cuando la fuente del vínculo se da TRHA, la cuestión es compleja, ya que dentro de la vertiente estática se debe diferenciar la identidad genética de la biológica; de tal forma que cuando se utilizan gametos o embriones de terceros la identidad biológica está en cabeza de quien gesta al niño con el consiguiente consentimiento informado (la Ley 26.862 permite que se pueda dar la donación tanto de gametos como de embriones); pero la identidad genética está en la subjetividad de quien o quienes aportaron el material genético del cual se formó el embrión.

Entonces: ¿quién o quiénes son progenitores del hijo, que nace producto de esta práctica médica? La respuesta afirma que los progenitores son quienes prestaron el correspondiente consentimiento. En este sentido se puede afirmar que predomina la voluntad procreacional, identidad volitiva. Manifestación cabal de efecto categórico que se deriva del consentimiento como exteriorización de la voluntad procreacional, eje vertebral del sistema para la determinación de la filiación en TRHA, y se encuentra contenido en norma que prevé la inviabilidad de interponer la acción de impugnación de la filiación por TRHA cuando ya se ha prestado el debido consentimiento informado. (Art. 577 CCyCN)

Vale destacar en relación a los conceptos vertidos al comienzo del presente capítulo vinculados con la naturaleza jurídica del embrión y la idea de concepción, la cuestión que se emparenta con el comienzo de la existencia (art. 19 CCyCN) y el valor determinante del consentimiento expresado en términos de Caramelo et al., (2015:47-52) “*es libremente*

revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación el embrión” estableciéndose así una relación intrínseca entre libertad y revocabilidad, como determinante de la concepción en TRHA.

Conclusiones parciales al capítulo I

A modo de cierre podemos decir que el presente capítulo ha transitado por el Instituto de la Filiación realizando un breve recuento de los hitos legislativos más importantes, ya que son aquellos que fueron marcando el desarrollo del mismo hasta llegar al su estado actual.

Así fue que analizamos las distintas fuentes filiales desde una perspectiva identidad y pluralismo con un enfoque contemporáneo y finalmente arribamos a el conflicto que representa la determinación de la filiación de niños y niñas nacidos de parejas del mismo sexo (varones) tomando las conceptualizaciones que comienzan a florecer en las sentencia judiciales para dar respuesta a tan compleja realidad social que nos interpela para buscar alternativas que contemplen resoluciones en la perspectiva de derechos.

Nuestro CCyCN aventajando a las legislaciones más avanzadas de otras latitudes, ha integrado a la normativa una nueva fuente filial que se sirve de las TRHA con características independientes de las otras causas fuentes, priorizando la identidad volitiva a través de la voluntad procreacional revelada por el consentimiento previo, libre e informado, actualizado como el factor determinante de los vínculos filiales.

La idea de la Determinación Filial presenta una complejidad tal, que requiere de un análisis de que incluye normativas vigentes y no vigente (concebidas y proyectados), contextualizadas en las interpretaciones jurisprudenciales nacionales e internacionales y las conceptualizaciones de la doctrina que atraviesa esta tesis y conforma un corpus iuris actual, presente, vigente y al mismo tiempo futuro, proyectado y pendiente conformado por el Código Civil y Comercial de la Nación; Ley de Acceso Integral A TRHA y Decreto 956/13; Proyectos de Regulación de Gestación por Sustitución con Estado Parlamentario.

Capítulo II

Gestación por sustitución

A continuación, se desarrolla en un primer apartado la definición del instituto de la maternidad subrogada o gestación por sustitución (en adelante GS) y cuáles son sus tipos y variantes. También se atiende a las posiciones doctrinarias en el derecho comparado y en el ámbito nacional.

En una segunda parte del capítulo se desarrolla contenidos el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en relación a inclusión en el mismo de la subrogación gestacional y las aristas más importantes de la discusión parlamentaria que la misma propicio. Se concluye con la descripción de las situaciones que genera la ausencia de regulación específica que se produce al no incorporarse de dicho instituto en el texto definitivo del nuevo código.

En una tercera parte se indaga sobre fallos que marcan el camino, que dieron las soluciones judiciales en materia de la determinación de la filiación de niños/as concebidas por medios de TRHA con gestación por sustitución de matrimonio/unión convivencial igualitaria.

2.1 Definición. Posiciones doctrinarias en el derecho comparado y en el ámbito nacional.

Definición. Tipos y Variantes.

La conceptualización de la gestación por sustitución como TRHA, es una de las formas de acceder a maternidad o paternidad, la configuración que conocemos hoy de la G.S. es producto de un proceso. Hasta el año 1980, la G.S. se encontraba reservado a discusiones académicas hasta que toma estado público, cuando se trata por primera vez la gestación por sustitución caso “Baby M.”. Los sucesos que se dieron durante la gestación y luego del nacimiento del niño generó un conflicto que debió ser judicializado para su resolución. Esto provocó no solo una profundización del estudio en los distintos procedimientos de TRHA, sino que además marcó tendencias en las formas que las personas determinaba la elección del tipo de técnica a utilizar en la gestación.

En su artículo “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres” Lamm (2012:75) retoma lo expresado Coleman (1982) en Surrogatemotherhood:

analysisoftheproblems and suggestionsforsolutions [Maternidad sustituta: análisis de los problemas y sugerencias de soluciones]. Allí asistimos a la primera definición en la que se afirma que solamente puede darse la GS por medio de la inseminación artificial, cuando en parejas heterosexual y casadas, los comitentes el esposo aporta los espermatozoides y la esposa es infértil y sin posibilidad de gestar, la gestante aporta sus gametos (óvulos). Entonces la determinación de la filiación del niño nacido es por la línea materna la mujer gestadora y la paterna por el comitente debiendo la esposa comitente hacer una adopción.

Luego en el proceso de evolución científico/técnico y de paradigmas culturales se fueron dando otras definiciones, contemplándose otras formas de GS, en las que se tienen en cuenta otros métodos para provocar el embarazo, se amplía la posibilidad de que el gestante aporte o no sus gametos, como así también quienes pueden ser los comitentes. El Informe Warnock (1984) sobre fertilización humana y embriología del Reino Unido define a la gestación por sustitución al procedimiento por el cual una mujer gesta o lleva en su seno a un niño para luego entregárselo otra mujer al momento del nacimiento.

Como se podrá apreciar hasta el momento no se prevé que las parejas de comitentes fueran compuestas por dos varones o que solo un varón pudiera ser padre. El hecho que marca una evolución de consideración en el concepto, es cuando se comienza a prever la posibilidad de que hombres solos o parejas de hombres pudieran ser padres por la GS. Recientemente en su trabajo “ComparativeStudyontheRegimeofSurrogacy in EU MemberStates” [Estudio comparativo sobre el régimen de la subrogación en los Estados miembros de la UE] Brunet, Carruthers, Davaki, King, Marzo, Mc. Candless (2013:12) definen a la práctica de gestación por sustitución como la situación en que una mujer queda embarazada para entregar el niño a otra persona.

En una descripción más completa encontramos que Lamm (2012:75) entiende a la Gestación por Sustitución a la Técnica de reproducción Humana Asistida “por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”.

Podemos encontrar que la doctrina, es unánime en entender que existen dos grandes clases dentro de la gestación por sustitución, con sus diferentes variantes:

- A) La Tradicional donde la gestante aporta la gestación y la célula sexual femenina, el semen puede provenir del comitente o de un donante. La fecundación del cigoto puede

ocurrir por inseminación artificial, a través del sexo o la inseminación casera, en forma informal con escasa o nula participación del Estado o de los profesionales de la salud.

B) La Gestacional es un tipo de gestación por sustitución donde la gestante solo aporta la gestación, no sus gametos. Los óvulos pueden ser de la comitente o donados. Dentro de esta modalidad de Gestación por sustitución gestacional se dan diferentes formas en la que se puede dar el embarazo;

- Los dos comitentes parejas heterosexuales aporten sus gametos, la gestante gesta el embrión formado por material genético de los comitentes.
- Se puede dar que inevitablemente se deba recurrir a la fertilización in vitro cuando:
 - Donación de óvulos con semen de comitente, es en su mayoría, utilizado por las parejas homosexuales de hombres, uno aporta el semen con el que se fecunda el gameto donado, que luego es implantado en la gestante;
 - Donación de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente, mayormente usado por parejas homosexuales de mujeres;
 - Donación de semen y óvulo. Debe tenerse en cuenta que en esta gestación por sustitución pueden llegar a participar hasta seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, esposo de gestante; los comitentes/las comitentes/él y la comitente.

Haciendo eco de los dichos de Lamm, E. (2012), dentro de la GS, y contemplando las distintas combinaciones que pueden presentarse, se distinguen cuatro variantes:

- La pareja comitente heterosexual aporta el total del material genético, produciéndose la oportuna fecundación in vitro e implantando el embrión resultante en el útero de la gestante con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
- Un comitente aporta su material genético, si es el óvulo (supuesto de una mujer que no puede gestar), entonces la GS será gestacional y el semen podrá ser aportado por un

donante. En caso que lo aportado sea la célula sexual masculina (semen), el óvulo podrá ser aportado por la gestante o por una donante.

- La Gestación por sustitución se produce con material genético donado en su totalidad. Es decir que los comitentes no aportan ni óvulos ni semen. En este caso, la GS será gestacional con óvulos y semen de donante.
- La gestante aporta sus gametos, el cual podrá ser fecundado con espermatozoides del comitente o de un donante. En este supuesto, la GS será tradicional, con espermatozoides del comitente o de un donante.

Posiciones doctrinarias

Retomando los conceptos vertidos al Capítulo I el principio binario que prescribía que la filiación sólo respondía a las fuentes biológicas o por adopción fue virtualmente jaqueado por el principio de realidad. Las TRHA llevaron necesariamente a reexaminar la supremacía de la verdad biológica/genética por sobre la voluntad procreacional, siendo esta última el núcleo duro y preeminente para determinar la filiación de las personas nacidas por medio de fecundación in vitro tomando el consentimiento libre e informado como elemento volitivo que da paso a la realidad socio afectiva por encima del reduccionismo genético/biológico.

Podemos afirmar como lo hiciera Rubaja (2012, retomado por González Magaña, 2014), que la inclusión de la tercera fuente de filiación por medio de TRHA ha introducido la disociación entre los elementos genéticos y biológicos de la identidad estática por un lado y el elemento volitivo de la vertiente dinámica, cuando se produce un conflicto de intereses, el elemento volitivo toma preponderancia en la filiación derivada de las TRHA, domina la paternidad consentida y querida, por sobre la genética.

La gestación por sustitución constituye la cúspide valorativa del aspecto volitivo como elemento determinante de la filiación derivada de TRHA en relación al dato genético. Pero es una cuestión de lo más compleja, si la legislación de un Estado debería admitir o no la práctica de la gestación por sustitución; y en caso afirmativo, con qué alcances, exigencias y requisitos.

A fin de dar un orden a esta parte y tomando lo realizado por Brodsky (2014) de la exposición primero realizar un punteo los argumentos en contra y a favor de la GS y luego las posturas doctrinarias tomadas por las naciones.

Las consideraciones que se realizan orientadas a rechazar la GS son las siguientes:

- La GS es un contrato de objeto prohibido, ilícito, inmoral y/o fuera del comercio
- La GS puede facilitar mecanismos explotación la situación y/o el cuerpo de la gestante,
- La GS posibilita la Manipulación genética, pendiente eugenésica y "niño a la carta"
- La GS va en contra del interés superior del niño y genera un perjuicio para el niño
- La GS entraña "intereses contrapuestos" o "sentimientos encontrados" de la gestante y los comitentes.

Por otra parte, los argumentos a favor de la gestación por sustitución, las encontramos agrupadas en dos grandes categorías, que constituyen verdaderas razones de peso que propician su admisión:

- Autonomía personal y libertad procreacional o reproductiva
- El derecho a proyectarse en un hijo

Este punteo no es definitivo y completo, ni mucho menos pretende dar por acabado el tema- que será profundizado en capítulo subsiguientes- solo es una suscita cita de algunos de los argumentos principales.

Intencionalmente no se ha considerado un concepto principal: "el rol del derecho a la identidad del hijo concebido por medio de maternidad subrogada" ya que este argumento es un eje transversal de la presente tesis ha sido y será abordado desde varios puntos a la largo de la misma toda vez que su complejidad lo amerita (Brodsky, 2014)

En el ámbito del derecho comparado según lo ve González Magaña (2014) hay tres posturas doctrinarias claras al momento de tratar la Gestación por Sustitución en sus legislaciones internas:

1) Las naciones que lo permiten, siendo muy limitado el número de países que reconocen y regulan la GS positivamente, dentro del grupo de países donde tienen vigencias legislaciones que regulan la posibilidad de establecer vínculos filiales por GS se puede hallar dos subespecies:

- Por un lado, aquellas legislaciones que habilitan GS comercial, es aquella que regula remuneración patrimonial para la mujer gestante. Siendo posible la gestación por

sustitución de carácter onerosa en algunos estados de EEUU (Washington, Texas, Delaware, entre otros), Israel, Ucrania, Georgia y Rusia.

- Por otro lado, Fama (2012:425, retomada en González Magaña, 2014) reconoce otro grupo de países que solo admiten el desarrollo de estas prácticas cuando se realizan sin fines de lucro, en forma altruista, pero que en algunos casos se admite compensación económica para la gestante, como sucede en Gran Bretaña, México, Brasil, Grecia. A modo de ejemplo hacemos mención a que, como lo hiciera Hatzis (2009) recogido por Lamm (2012), lo que prevé la ley griega al admitir la GS altruista, contiene en forma expresa una norma destinada a penalizar a la gestante que recibe una compensación económica por el alquiler de su vientre (art. 26 de la ley 3305/2005) imponiéndose una pena de prisión de hasta 2 años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, u ofrezca estos servicios por un precio determinado.

2) Las naciones que desde una postura abstencionista no regulan la GS por lo que su legalidad es incierta, como en Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Rumanía, San Marino.

3) Y finalmente según Lamm (2012, retomada por González Magaña, 2014), existe el grupo de países que prohíben este instituto como en Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Suecia e Italia. Una muestra de esta postura doctrinaria se ve reflejada en el derecho francés específicamente en el art. 16-9° del Cód. Civil se dispone que toda convención que tiene por objeto la procreación o la gestación por cuenta de otro es nula. Y agrega el art. 16-9° del mismo cuerpo legal, que las disposiciones de este capítulo son de orden público.

En lo que se refiere a nuestro país, luego de no incluir la regulación de la GS en el nuevo código civil y comercial, se ha ubicado dentro de los estados que tienen una postura abstencionista por lo que la GS, tienen una legalidad incierta lo que va a ser ampliamente desarrollado en el apartado siguiente.

2.2 La gestación por sustitución en el anteproyecto de CCyCN y la discusión parlamentaria.

El anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación incluía en su artículo 562 la Gestación por Sustitución, que tenía la particularidad de establecer un proceso judicial previo en el cual el juez debía homologar el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes.

Siguiendo la línea de análisis que realiza Herrera, De la Torre y Fernández en “Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales” (2018) podemos inferir que la propuesta de regulatoria del Anteproyecto, detalla una serie de requisitos que hacen a garantizar la protección y mayor interés en los sujetos más vulnerables, los niños y niñas que nacen de estos procedimientos. También es menester resaltar que el Anteproyecto contenía en su texto un desarrollo de las condiciones especiales de la gestadora.

Las condiciones que se esgrimieron en el anteproyecto las podemos resumir en los siguientes puntos establecidos por el artículo 562 del Proyecto de CCyCN:

- Procedimiento Judicial donde se debía homologar el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución.
- El interés superior del niño que pueda nacer es el uno de los motivos de protección definidos.
- La gestante: se debe considerar de la plena capacidad, buena salud física y psíquica. Las condiciones impuestas para la persona gestante: que no ha aportado sus gametos, cantidad máxima de dos procesos de GS por gestadora, que no ha recibido retribución, que ha tenido el parto de un hijo propio como mínimo.
- El/ la/las o los comitentes: en el proceso de GS al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos. Imposibilidad de concebir o de llevar adelante el embarazo de el/los/la/las comitentes.
- Autorización Judicial previa que debían contar los nosocomios especializados como condición para la realización de la transferencia embrionaria en la gestante y también para determinación aplicabilidad de las reglas de la filiación derivadas de TRHA.
- Estableciendo que de no existir la autorización judicial previa se fijará la filiación con arreglo de las normas que determinan la fuente biológica el parto determina la maternidad.

Para poder comprender cabalmente la profundidad de los cambios de paradigmas que propuso el Anteproyecto de Código Civil Unificado, que ordenó realizar el decreto 191/11 del poder Ejecutivo de la Nación a la comisión que integró como Presidente al Dr. Ricardo Luis Lorenzetti junto a las Doctoras Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci tenemos que remontarnos a la presentación y los fundamentos del Anteproyecto.

Lorenzetti (2012) al realizar la presentación editorial realiza un breve relato de las innovaciones que presenta el proyecto respecto del Código Civil de Vélez Sarsfield, desde el

punto de vista de los grandes lineamientos filosóficos que luego se desarrollarán en Los Fundamentos.

En los que se refiere al tema que nos convoca, podemos encontrar que al punto sexto Lorenzetti adopta como gran lineamiento filosófico lo que tituló: “La familia en un contexto multicultural”, allí explica que se han tomado determinaciones que responden a la necesidad de dar un marco regulatorio a conductas sociales que son parte de la realidad cotidiana por la que la legislación no puede obviar.

Con ese propósito se integraron normas relativas al matrimonio igualitario y las uniones convivenciales, por otra parte, se amplían las fuentes filiación incorporando a las mismas las técnicas de reproducción humana asistida entre otras. Esto último no debe ser entendido como la promoción o valoración de determinadas conductas, sino como la necesidad de regular la convivencia pacífica de una serie de elecciones de vidas, propias de una sociedad diversa, que deben impregnar la labor parlamentaria del legislador.

También se han incorporado normas generales de interpretación que promueven los paradigmas de no discriminación e igualdad. En orden de relevancia, para el presente estudio, debemos recoger el art. 402 del CCyCN que establece que las norma no puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

Por lo expuesto se puede inferir que los autores del Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (2012:79) entendieron como beneficioso la implementación de una regulación de GS con normas previas y claras que dieran seguridad jurídica los usuario de prácticas de TRHA a los niñas/niños/niñez nacidos por medios de las mismas, descartando las postura abstencionista y prohibitiva, ya que se estaba dando un incipiente pero creciente proceso donde aparecen conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos y que los mismos eran parte de la realidad a pesar de la falta de regulación específica o su expresa prohibición.

Por otra parte, los detractores de la inclusión en nuevo código de la GS argumentan por un lado la escasez de antecedentes jurisprudenciales, que implica que la casuística no justifica que se regulación de la GS y por otro la discreción que se registra en la legislación comparada en la temática. Estos antecedentes hacen a la insuficiencia de argumentos para afrontar el debate sobre las disyuntivas éticas jurídicas que contiene la gestación por sustitución. Una última justificación se deslizaba en el Dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma la complejidad que presentaba este debate requiere además una mirada interdisciplinaria que no

se había tenido en cuenta en el Proyecto (Herrera, De La Torre y Fernández 2018:525). Al momento de definir la incorporación al nuevo código civil unificado la regulación de la GS, la balanza se inclinó por la posición doctrinaria abstencionista desoyendo a los fundamentos del anteproyecto y no visualizando el proceso que ya se encontraba en marcha.

2.3 Falta de regulación específica del CCyCN en relación a la gestación por sustitución. Fallos que marcan camino.

Siguiendo el posicionamiento de Herrera, De la Torre y Fernández (2018), si bien al momento de la elaboración del Anteproyecto no se tenía suficiente casuística que sostuviera y ratifica la necesidad de regulación de GS como así tampoco no se contaba con un consenso absoluto en las posiciones doctrinarias en los ámbitos nacional e internacional, ambos elemento fueron utilizados por el fundamentalismo abstencionista, provocando la falta de normativa, que en los hechos tiene como resultados disvalioso el menoscabo de garantías y derechos de los sectores más vulnerables que intervienen en este proceso.

Esta carencia de precisiones normativas significó inicialmente un obstáculo, el que fue superado por la resistencia que opuso la el devenir de los hechos de la realidad que no hicieron más que ratificar y justificar el posicionamiento de la comisión redactora del anteproyecto, demostrado que se encontraba a tono con el proceso sociocultural e histórico que se estaba produciendo. Sin tener en cuenta las previsiones y reservas que recibió el proyecto de G.S., en la actualidad existe un amplio espectro de sentencia judiciales que han acogido la figura de la gestación por sustitución y sendos proyectos de ley con estado parlamentario que plantean regular esta figura, que siempre tuvo como norte la protección de los más frágiles. (Herrera, De La Torre y Fernández, 2018)

Es importante reconocer que va en constante aumento los fallos judiciales que recepcionan en forma positiva la GS, como medio para acceder a la maternidad/paternidad por lo que hace materialmente imposible detallar en este trabajo todas las sentencias que existen hasta el momento. Por ello respondiendo al objetivo general de la tesis realizaremos un recorte que consiste en un punteo, con un orden cronológico y restringido a los elementos directrices que detallamos a continuación, nos detendremos en breves desarrollos ya que realizan un aporte que en su momento marcaron camino o que son de gran novedad.

Entonces ante lo dicho en el párrafo anteriores tendremos en cuenta como elementos directrices:

- Constitución familiar de los comitentes, parejas conformadas por dos hombres.

- Sentencias firme o fallos de tribunales inferiores que aún no han adquirido firmeza por encontrarse recurridas, seleccionadas por sus rasgos de pioneras o inéditas en la materia excepcionalmente, no tendremos en cuenta la constitución familiar de los comitentes.
- Estrategia legal seguida, de casos que se han resuelto en vigencia del CC derogado y el actual CCyCN.

Fallos que marcan Camino

Frente a la falta de regulación específica que existe en la legislación actual, en relación al proceso por el cual las personas deciden acceder a la posibilidad de ser madres/padres con la asistencia de una tercera persona, que lleva adelante el embarazo para otros sin pretender nexo familiar con los niños nacidos por esta técnica, ha dado lugar a una larga lista de sentencias en donde los tribunales han atendido favorablemente las solicitudes de reconocimiento de la Gestación por Sustitución.

Las resoluciones judiciales que se dictaron en relación a la filiación de niños y niñas nacidos por TRHA acogiendo favorablemente GS, antes de la puesta en marcha del nuevo código civil y comercial, corresponde en su totalidad a constituciones familiares de comitentes heterosexuales, en la que la mujer con voluntad procreacional se encontraba impedida de llevar adelante el embarazo por razones médicas.

En toda esta primera etapa predomina la estrategia legal del hecho consumado, es decir una vez que se producía el nacimiento se presentaban los comitentes ante la justicia solicitando la inscripción o la impugnación de la maternidad de la mujer que diera a luz.

En casi en casi todos los casos, la comitente pudo aportar su material genético. Al producirse casuísticamente la necesidad de utilizar una TRHA heteróloga en forma parcial ya que un integrante de la pareja aportó sus gametos, pero el otro no y se debió recurrir a la donación, propició un punto de inflexión. El juez ante la necesidad de dictar sentencia, recurre al Anteproyecto de Código Civil Unificado, ya que se trata de un fallo anterior a la vigencia del CCyCN, recogiendo los procedimientos que se encontraban en el.

La sentencia del Tribunal de Familia Nro. 7 - Rosario de fecha 2/12/2014², referida en párrafo anterior, tiene el valor de ser el primer caso de reconocimiento de la figura de GS en el marco de una TRHA heteróloga (material genético donado) y además toma como estrategia la autorización judicial previa, siendo esta desde la perspectiva de esta tesis, la más apropiada para la protección y garantías de todas las partes intervinientes, que concluye con un fallo favorable. Todo ello justifica razones suficientes para detenerme in extenso en el análisis de su plataforma fáctica, antecedente y fundamento de la resolución del tribunal.

La plataforma fáctica del caso presenta a un matrimonio heterosexual que había intentado todo el medio poder tener un hijo biológico sin lograrlo y que a causa de la agresividad de las prácticas y los abortos espontáneos la esposa pierde su útero. Conocen a la gestante en la iglesia donde concurren a profesar su fe, en ese marco la gestante toma conocimiento del pesar de esta pareja y se ofrece en forma altruista a llevar adelante el embarazo. El matrimonio por su formación profesional, deciden presentarse ante el Juez a solicitar la autorización para la transferencia embrionaria y efectuar la GS, con el acuerdo del matrimonio comitente, la gestante y el esposo de la gestante.

Presentado así el litigio el juez es llamado a resolver sobre dos cuestiones: por un lado, la autorización o no de la transmisión embrionaria, que se presenta como un caso actual, concreto y evidente. La segunda cuestión a resolver por el otro lado implica pensar que si luego del periodo de gestación y nacimiento con vida del niño/a, el mismo será inscripto como hijo de los comitentes, situación incierta, porvenir y condicional.

Los fundamentos utilizados en la sentencia para hacer lugar a ambas solicitudes podemos sintetizarlos en tres áreas: primero toma los estándares internacionales que estatuye la Corte IDH en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs Costa Rica (2012); luego en segundo término se referencia en los propósitos que se explicitan en los argumentos que se sostuvieron en el tratamiento y sanción de la Ley 26.862 de Acceso Integral los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida; y por último alude a los requisitos e instrumentos contiene el Anteproyecto de CCyCN en el art. 562.

1)La jueza al elaborar el fallo toma como antecedente y guía los estándares jurídicos que erige la Corte IDH en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs Costa

²Recuperado de AR/JUR/90178/2014

Rica (2012) en su capítulo VIII se afianza el respeto a la autonomía personal determinando el alcance los derechos a la vida privada y familiar, y su relación con otros derechos de integridad personal y libertad personal.

Analiza la Corte IDH que, en el art. 11 de la Convención Americana, se consagra la obligación del estado de proteger a los individuos de acciones arbitrarias y abusivas que afecten la vida privada y familiar, y por otra parte interpreta en forma amplia el artículo 7 entendiendo el concepto de libertad como el derecho de toda persona de disponer, de su vida individual y social conforme a sus propias alternativas y principio y lo refuerza planteado la posibilidad de la autodeterminación.

El concepto de vida privada para la Corte tiene en su seno dos caras de la misma moneda ambas indispensables para el libre desarrollo de la personalidad, una cara interna (autopercepción) y otra externa que considera como la persona decide trascender hacia los demás, continuando con el análisis también señala que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Consecuentemente la Corte observa que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluyendo en el mismo el sentido genético o biológico.

Luego en el análisis que la Corte realiza del artículo 17 de la Convención Americana hace énfasis en la centralidad de la familia y la vida en familia tanto en la vida de las personas como en la sociedad, por lo que el derecho a la protección de la familia incluye entre otras la obligación de facilitar por todos los medios disponibles el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Comité de Derechos Humanos en congruencia con la línea de la Corte dice que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

El Tribunal se introduce en el concepto de los derechos reproductivos, los interpreta y hace saber que dichos derechos se fundamentan en la observación en la prerrogativa elemental de todas las personas de decidir libre y responsablemente la cantidad de hijos quiere traer al mundo, los tiempos de sus nacimientos, contando con la información y los medios para ello, haciendo de esta manera efectiva una faceta del derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Desde esta perspectiva se vincula el derecho a la vida privada con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva incluyendo en el concepto de salud el acceso a las tecnologías médicas.

El no garantizar el acceso a las tecnologías causa un disvalor sobre la salud reproductiva la que impacta directamente en la autonomía y libertad personal y por consiguiente en el derecho a la vida privada.

2) La sentencia del Tribunal de Familia Nro. 7 de Rosario toma entre sus fundamentos la finalidad que tuvieron al sancionar la Ley 26.862 de Acceso Integral los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida. En el sentido que al realizar un análisis de lo preceptuado en los artículos 2.7 y 8 de la presente ley se puede afirmar que: frente a una posibilidad de infertilidad que impida llevar adelante el embarazo es la GS la única la TRHA que puede ser utilizada.

Esta línea de análisis nos conduce a afirmar que se encuentra incorporada nuestra legislación en forma implícita la GS. a partir de la vigencia de la Ley 26.862. Debiendo entenderse el juego armónico de los art. 2, 7 y 8 de la presente ley contextualizado en el soporte emanados de los principios y valores de la Constitución Nacional que surge del contenido del preámbulo, como en la incorporación que realiza de los instrumentos internacionales al art. 75 inc. 22 todo lo que da el marco legal adecuado.

3) Los instrumentos que se desarrollan en el Anteproyecto, en el art. 562 proyectado, son verificados uno a uno por la magistrada, como requisitos para la Homologación Judicial, y con estos argumentos decide hacer lugar a ambas demandadas: Asiente que el matrimonio realicé la transferencia de 2 a 6 embriones crio preservados y además, si luego del periodo de gestación y nacimiento con vida del o los niños/as, sean inscripto como hijo de los comitentes oponiendo como condición que se informe a su/s hijos/as el origen genético y gestacional.

Continuando con el estudio de los antecedentes jurisprudenciales, nos abocaremos a nombrar los fallos que surgieron con posterioridad a 1/08/2015 fecha de la puesta en vigencia de nuevo CCyCN. Además, que reúnan las variantes que nos hemos impuesto como recorte para el presente apartado y desarrollando solo algunos de ellos, siempre en pos de su carácter de pioneros en su momento o novedosos para el presente.

Inconstitucionalidad del Artículo 562 del CCyCN

El Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires con fecha 30/12/2015 dicta sentencia en los autos “H.M. y otro/a s/ Medida Precautoria”³ y es el primero que trata la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN en el marco de una GS y es por ello que nos vamos a detener en su análisis.

Plataforma fáctica: se trata de una pareja heterosexual conviviente que no puede acceder a la paternidad/maternidad por vía natural ya que una de los comitentes sufre una enfermedad que se lo impide. La hermana de la mujer comitente se ofrece a gestar a su sobrino en forma altruista. Se realiza una FIV homóloga con material genético de ambos comitentes fecundados se implantan en la gestante, casada con tres hijos.

Al octavo mes de embarazo se presentan ambas hermanas ante el juez a solicitar que se autorice a inscribir ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a la niña por nacer con los apellidos de sus progenitores que han expresado su voluntad procreacional.

Entre los fundamentos más importantes que a quo esgrimió en su fallo podemos destacar los siguientes:

- Principio de Igualdad y de No discriminación, la falta de regulación o en el caso de algunas interpretaciones la prohibición de la GS genera una afección discriminatoria sobre las personas que por razones económicas no pueden costear el gasto que implica una práctica de GS en el exterior en los países donde se encuentra permitido.
- La falta de marco regulatorio con perspectiva de género de la GS aumenta las posibilidades de vulneración y explotación de las mujeres gestantes, ya que provoca que la gestación se realice por fuera de la ley y hasta en estado de clandestinidad lo que incrementa los abusos e injusticias.
- La necesidad de contar con una ley que permita que las Inscripciones de nacimiento de los niños/as nacidos por TRHA utilizando GS se realicen en forma inmediata teniendo en cuenta la voluntad procreacional de sus padres y no como hasta el momento que depende de una posterior decisión judicial que puede o no tener en cuenta la solicitud. Esto atenta contra el interés superior del niño de gozar en forma inmediata de su identidad. En particular, el art. 7 de la

³Recuperado de www.cuestiondederechos.org.ar

Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

- Se destaca la necesidad del abordaje multidisciplinario de todas las personas intervinientes, pero en especial de la gestante y su familia (pareja, hijos/as) que en la entrevista se puedan escuchar todas las voces y decodificar los aspectos simbólicos que tienen para todos el proceso de GS y la vinculación con el niño/a por nacer.

Se concluye el juicio con la resolución de SS que decreta la inconstitucionalidad y la anti-convencionalidad del artículo 562 del CCyCN. Utilizando los argumentos del Dr. Gil Domínguez, fundamenta su resolución en el entendimiento que, en el ordenamiento constitucional y convencional argentino, la voluntad procreacional es un derecho humano fundamental con influencia sobre todo el abanico de relaciones. Por ello el estado no puede generar obstrucciones para su ejercicio. Al no incluirse la regulación de la GS, se debe aplicar el principio que sostiene que todo lo que no está prohibido está permitido (de legalidad art. 19 CN). En el caso que se optara por un régimen intrusivo en la autonomía de la voluntad de las partes o de la prohibición de la GS serían leyes inconstitucionales e inconvenionales.

En el sistema jurídico actual la gestación por sustitución constituye una garantía plena del ejercicio del derecho a la vida privada, la fundación de una familia y a la paternidad con eje en la voluntad procreacional, enmarcado en lo preceptuado por la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los arts. 558 y 562 del CCyCN. Por lo que las posturas que sostienen como regla hermética la que prevé el art. 562 "el único progenitor es quién dio a luz" la misma debe ser interpretada sólo una norma instrumental en el marco de la voluntad procreacional como derecho fundamental y derecho humano.

La GS realizada en Argentina por pareja del mismo sexo: primer antecedente de resolución favorable

En este apartado abordaremos el estudio del primer fallo que da recepción a la GS realizada en el territorio nacional por un matrimonio conformado por dos hombres.

El histórico fallo del Tribunal de Familia Nro. 5 de Rosario de fecha

27/5/2016(LLLitoral, 2016)⁴, admite la rectificación del acta de nacimiento de un niño nacido con fecha 11/11/2015, impugnado la maternidad de la “mujer Gestante” y emplazando al niño como hijo de un matrimonio conformado por dos hombres.

Plataforma fáctica del caso: los comitentes contrajeron matrimonio igualitario en 2011, desde septiembre del 2011 se inscriben en el Registro Único Provincial de Aspirantes a Guardas Adoptivas a los cuales se amplían y renuevan. Luego de varios años de infructuosa espera para ser padres por la vía de la adopción recurren a un centro de fertilidad a fin de asesorarse.

Es así que acceden a través de TRHA específicamente por GS con óvulos donados y material genético de uno de los comitentes, con la ayuda desinteresada de una amiga de la pareja, casada con hijos menores, previa la firma de todas las partes del consentimiento previo libre e informado a ser padres de un niño que naciera con fecha 11/11/2015.

El niño fue inscripto como hijo de la mujer que lo dio a luz y del comitente que aportó los gametos, esto es en aplicación del artículo 562 del CCyCN por lo que se entiende que se tuvo en cuenta la normativa que corresponde a la determinación de la filiación para los niños nacidos por TRHA, desplazando la presunción que establece el artículo 565 en relación a los hijos nacido en el matrimonio.

El conflicto que se le presenta al Tribunal para resolver habiendo nacido un niño mediante el procedimiento FIV y posterior gestación por sustitución, sin tener ningún ligamen genético con la mujer gestante (óvulos donados) y habiendo expresado la misma por consentimiento previo libre e informado su negativa a procesar, con el aporte de espermatozoides de un integrante de un matrimonio del mismo sexo (dos varones). Se presentan los comitentes, que han manifestado su voluntad procreacional, solicitando desplazar a la mujer gestante como madre extramatrimonial impugnando su maternidad y que se emplace al niño como hijo matrimonial de los comitentes.

Admitida la demanda, me extenderé en los argumentos principales de orden constitucional-convencional.

En el Código Civil y Comercial finalmente sancionado, si bien no se prohíbe ni sanciona la GS, toma una posición abstencionista que genera incertidumbre ya que no

⁴Recuperado de AR/JUR/37971/2016- RDF 2016-IV-131

promueve pautas claras para la utilización de la técnica y hasta que no se consolide una posición doctrinal y jurisprudencial la resolución de cada caso estará sometida al devenir de la discrecionalidad del juzgador.

El cuño constitucional/convencional del derecho de familia nos permite, sin perjuicio de la postura abstencionista del nuevo código civil con respecto a la GS, que se pueda aplicar a la luz del el art. 19 de la CN y de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 Inc. 22 CN) el principio del Derechos a la Identidad, que los estados partes de la convención se han comprometido a prestar la asistencia y protección apropiadas para su efectividad.

El Principio de Igualdad y no discriminación desde una visión sistémica se integra armónicamente en el CCyCN que adopta la legislación vigente del matrimonio entre personas del mismo sexo con igualdad de obligaciones y derechos que tiene los integrantes de matrimonios de distintos sexos, indicado que ninguna norma puede ir contra este principio de igualdad. Ello supone que se debe garantizar el acceso a las personas del mismo sexo a todos los beneficios del matrimonio en condiciones de Igualdad. En el caso de matrimonios conformados por dos hombres, desde un supuesto legal abstencionista, se ejerce una discriminación indirecta ya que solo se puede acceder a la paternidad por medio de la adopción, con resultados desfavorables en comparación con matrimonio unisexuales conformados por dos mujeres.

Las constancias de autos al ser verificadas por S.S. nos develan que se han dado cumplimientos todos los requisitos que impone el art. 562 del Anteproyecto de Código Civil Unificado, y esto ha sido tomado como apoyatura de control y evaluación.

La mujer gestante tiene derecho a la protección de su vida privada y autonomía en relación a la evolución de su personalidad, la decisión de gestar se encuentra en el ámbito de su privacidad y la prohibición vulnera ese derecho.

El principio fundamental que encierra el Interés Superior del Niño nacido entiende que su tutela efectiva se vincula directamente a la voluntad procreacional de las personas que así lo han petitionado, debiendo por lo tanto impugnar la maternidad y desplazar la mujer gestadora, por no ser la madre del hijo que dice ser suyo por acta de nacimiento. Se resuelve admitir la demanda impugnar la maternidad de la mujer gestadora y declarar el emplazamiento filial con respecto a matrimonio comitente.

Es menester destacar dos cuestiones del fallo, que son de interés por sus particularidades. La primera tiene que ver con el silencio que se produce en relación al tratamiento de la inconstitucionalidad de la norma del Art. 562 del CCyCN en la sentencia en estudio. Si bien la solución del pronunciamiento es más que loable de donde se deduce el doble emplazamiento paterno, basando el parentesco en el elemento volitivo desplazando la regla que impone que la madre es la que pare. Con una dialéctica consistente y sistemática encuadrada constitucionalmente lo esperable hubiera sido que se tratara a la luz del Art. 562, teniendo en cuenta el antecedente de inconstitucionalidad, pero por el contrario como se expresa textualmente en la misma:

“El estudio de molecular de ADN sobre exclusión de la maternidad consignada en el acta de nacimiento y cuya impugnación debe prosperar, por no ser la mujer del hijo que pasa por suyo, conf. Arts. 565 y 588 del CCyCN y el consecuente emplazamiento como progenitor, además del consignado en el acta de nacimiento del niño, del otro integrante del matrimonio unisexual, siendo ello la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación” (LLLitoral, 2016 RDF 2016-IV-131).

La segunda tiene que ver con la terminología utilizada “mujer gestante”, no porque sea la primera vez que se use en un decisorio, sino que es la primera sentencia donde se utiliza en el reconocimiento de una doble paternidad.

Como ya fue tratado en este estudio las TRHA permiten disociar los tres elementos de la identidad el biológico, el genético y el volitivo, asentando la determinación del vínculo en los casos de esta fuente filial en la voluntad procreacional. Por otra parte, en este mismo apartado venimos exponiendo que en el caso de GS lo indicado es decretar la inconstitucionalidad y inconventionalidad del art. 562 ya que indica que “madre es la que da a luz”, también es ampliamente conocidos las posturas que hablan de tres maternidades la genética, la gestacional o la de crianza.

En esta sentencia por primera vez se resuelve desde la lógica que en la GS donde los gametos femeninos son donados, la maternidad debe ser determinada por el elemento volitivo, por lo que hay una sola maternidad o ninguna (hombre solo, o pareja de dos hombres).

La particularidad que nos hace poner atención es esta arista, es que de este modo y para este caso concreto, la justicia ha hecho primar una visión de la concepción de parentesco de la

filiación basada en la intención procreacional donde desnaturaliza la regla de que “la madre es la que pare” y yendo más lejos da sustento a la idea de que no siempre hay madre.

Las siguientes sentencias siguen afirmando la tendencia jurisprudencial de acoger en sus fallos una realidad que no pudo ser anticipada en el recinto legislativo al momento de disponer el texto definitivo del nuevo código.

El Juzgado Nacional Civil Nro. 81 con fecha 14/6/2017 resuelve en los autos “S., I.N. y otro c. A.,C.L. S/ impugnación de la filiación” ⁵hacer lugar a la impugnación de la maternidad. La acción se inicia una vez que había nacido el niño por GS para emplazar como padres a la pareja de hombres casados comitentes. (La Ley, 2017)

El Juzgado de Familia Nro. 5 de Viedma con fecha 6/7/2017 en los autos “Reservado s/ Autorización Judicial”⁶ se solicita ante de proceder a la transferencia embrionaria la autorización judicial previa (La Ley, 2017). Con la aquiescencia del Juez se procede a: 1) la transferencia embrionaria en el vientre sustituto, previa suscripción del consentimiento informado. 2) Ordena la inscripción de la/s niña/s o el/los niños/s dados a luz por (...) como hija/s o hijo/s de (...). y (...). 3) Se instrumenta el formato de la constancia de parto de la siguiente manera: Hacer saber al nosocomio (...) que, en el actual formato de los certificados de nacimiento, deberán constar la huella dactilar de la/s beba/s o el/los bebé/s y las del Sr., que resulta ser quien aporta el material genético (esperma), sin constar el de la Sra., que es sólo portante, sin vinculación genética. 4) Impone a los progenitores la obligación de informar a su/s hija/s o hijo/s respecto de su origen gestacional.

El Juzgado Nacional Nro. 4 con fecha 20/10/2017 en los autos “S.T., V. s/ Inscripción de Nacimiento”, fallo inédito tomado de Herrera, De la Torre y Fernández (2018:555), es iniciada una vez que nació el niño por GS solicitando un amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Bs. As a fin de que se inscriba en forma directa la copaternidad del niño de una pareja de hombres convivientes. La Jueza declara la inconstitucionalidad del Art. 562 del CCyCN y hace lugar a la inscripción.

El Juzgado de Familia, 4º Nominación, de la Ciudad de Córdoba, en autos:” P.A.A. y otro s/ Medida Autosatisfactiva” con fecha 21/05/2018, resuelve favorablemente una acción

⁵(Recuperado de <http://www.AR/JUR/37036/2017>)

⁶LL del 22/8/2017, p.7.

que solicita una medida que tenía como objetivo la inscripción de nacimiento de un niño nacido por G.S a favor de dos hombres casados.

Como lo presenta Herrera, De la Torre y Fernández (2018:555) lo distintivo en el presente caso es que el decisorio surge de acta de post audiencia prevista por el art. 73 del Cod. de Proc. De Familia de la Pcia. de Córdoba (Ley 10.305), en donde encontrándose presente comitentes, mujer gestante, Ministerio Público Fiscal, Equipo Técnico del Juzgado de Familia y la Jueza, sin declarar la inconstitucionalidad del Art. 562, pero marcando la laguna legislativa en relación a la GS se ordena la inmediata inscripción del niño como hijo de los comitentes conminándolos a informar al niño sobre su origen gestacional.

El Amparo Colectivo como estrategia jurídica.

Siguiendo el análisis que realizan Herrera, De la Torre y Fernández (2018:557) en este apartado analizaremos el precedente que sienta el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Bs.As. conjuntamente con Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), y los Sres. D. R. y G. G. S. M. quienes siguieron acción de Amparo Colectivo e individual con los siguientes fines:

- 1) Amparo Colectivo, contra el Gobierno de la Ciudad de Bs.As. con el objeto de que realicen los arreglos necesarios a fin de que se proceda la inscripción de nacimiento en forma directa de los niños nacidos por GS realizada en el país, primando el elemento volitivo expresado por el consentimiento previo libre e informado de los comitentes, sin emplazar a la mujer gestante sin voluntad procreacional. Solicita además la inconstitucionalidad de toda norma que obstaculice o quebrante el derecho a la identidad de los niños nacidos por GS.
- 2) Amparo Individual promovido en contra del Registro Civil a fin de que se proceda a la inscripción de nacimiento de los niños D. y T. nacido mediante GS emplazando la copaternidad de los Sres. D. R. y G. G. S. M.

En la primera Instancia judicial se rechaza desde el inicio ambas demandas, pero la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de CABA, Sala I con fecha 4/8/2017, revoca la decisión del inferior y hace lugar a la medida cautelar, encontrándose aún sin resolución definitiva la cuestión de fondo. Sin perjuicio de esto último, podemos adelantar algunas de las consideraciones que realiza la Cámara que son de especial interés para el presente estudio, como así también las resoluciones del Registro del Estado Civil y Capacidad

de las Personas de CABA que fueran motivadas por las razones esgrimidas por Tribunal de Alzada.

La Cámara de Apelaciones, ordena que se realice un nuevo sorteo y radicación del caso y encomienda al Magistrado de 1ra. Instancia que lo recepcione que dé expreso cumplimiento al Reglamento de Procesos Colectivos del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de CABA oponiendo las siguientes razones:

- 1) Define la competencia del Fuero Contencioso y Administrativo de CABA en razón de que: el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas es un organismo del Gobierno de la CABA, y que la acción no está destinada a definir la filiación de los niños, sino que versa sobre una cuestión registral, en referencia al modo que se inscriben los menores nacidos por TRHA de alta complejidad, por gestación solidaria.
- 2) Analizando el Principio de Igualdad y de No Discriminación entendido a la luz del art. 16 de C.N., no existen razones de orden público que impidan el reconocimiento de la filiación de parejas del mismo sexo siendo dos mujeres. Esta definición nos indica que no es razonable realizar una distinción cuando se trata de parejas conformadas por dos hombres. Poniendo en juego el Interés superior del niño en forma armónica no se encuentra motivos para realiza diferencia que tengan que ver con el género de las parejas comitentes.
- 3) Los alcances de la resolución de medida cautelar merecen ser reproducidos expresamente porque representan un avance importante hacia la desjudicialización de la GS: "... ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que inscriba provisionalmente a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistidas de alta complejidad realizados en el país, denominados de gestación solidaria, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, conforme al consentimiento previo, libre e informado expresados por estos, y sin emplazar como progenitora a la gestante que manifiesta de forma previa y fehacientemente no tener voluntad procreacional sean debidamente incorporados los datos de la gestante en el legajo base, a fin de respetar el derecho a la identidad de los niños y niñas ..." (Herrera, De la Torre y Fernández, 2018: 559)

El Director del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA, como consecuencia de la presente sentencia, regula mediante una disposición especial, la

autorización para inscribir en términos preventivos a los menores nacidos por TRHA de alta complejidad por GS con las siguientes premisas:

- Niños/niñas nacidas en el país por GS en efectuadas en el país.
- La voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada.
- La gestante haya expresado fehacientemente y previamente la NO voluntad procreacional.
- La Inscripción es preventiva y los datos de la gestante debes ser registrados en el Legajo. (Herrera, De la Torre y Fernández, 2018: 559)

Conclusión parcial capítulo II

Como conclusión del presente capítulo podemos apreciar que la construcción del concepto de Gestación por Sustitución como una de las TRHA que puede ser fuente de filiación, ha sido un proceso que comienza con la idea de una mujer que gesta para otra mujer que no puede hacerlo, entendiendo que la figura de madre (genética, gestacional o volitiva) no puede no faltar en el vínculo filial.

La evolución operada en la realidad acompañada por los adelantos tecnológico hace a que en la actualidad en la GS aparece la figura de mujer gestante, que al momento de determinarla filiación derivada de la TRHA la maternidad puede no estar presente en los vínculos parentales, es decir puede ser que no siempre haya madre, teniendo en cuenta el elemento volitivo de la identidad.

Se ha analizado el modo en que opera el derecho a la identidad y el derecho a la filiación a la luz el interés superior del niño en la filiación por TRHA con maternidad subrogada, el derecho a la igualdad y al de fundar una familia.

Se ha realizado una aproximación en relación a las posiciones doctrinarias en el derecho comparado y la posición tomada por el Anteproyecto de Código Civil Unificado y la ausencia de legislación específica que produjo el texto definitivo del CCyCN, donde se opta por tomar la posición abstencionista por lo que se excluye la regulación de la GS tema que se retomará en el capítulo tercero.

Y finalmente se hizo un recorrido por los fallos de mayor relevancia para la presente investigación. Destacamos en este apartado el histórico fallo del Tribunal de Familia Nro. 5 de

Rosario de fecha 27/5/2016, admite la rectificación del acta de nacimiento de un niño nacido con fecha 11/11/2015, impugnado la maternidad de la “mujer Gestante” y emplazando al niño como hijo de un matrimonio conformado por dos hombres.

Téngase en cuenta que se requirió un proceso judicial y que transcurrieran más de seis meses del nacimiento con vida del niño para que se efectivice el derecho a la identidad un principio fundamental de la Convención que no solo establece el derecho sino también que debe ser garantizado con la mayor celeridad posible.

Es por ello que sin perjuicio de lo avanzado que puede suponer las resoluciones judiciales no dejan de requerir un proceso especial que sigue estando a expensas de la decisión judicial la posibilidad de la GS

Capítulo III

Posiciones doctrinarias y proyectos de ley

3.1 Posiciones Doctrinarias. Tensión entre la teoría y la realidad.

Retomamos algunas de las nociones que ya abordamos en el desarrollo de los capítulos anteriores, en relación al avance que se produce con la irrupción del principio de realidad para la determinación de la filiación; partimos de la voluntad procreacional como el núcleo duro y preeminente para determinar la filiación de las personas nacidas por medio de TRHA, y reconocimos el consentimiento libre e informado como la exteriorización del elemento volitivo, se da paso a la realidad socio afectiva por encima del reduccionismo genético/biológico.

La incorporación de las TRHA como tercera fuente de filiación, advierte Rubaja (2012) retomado por González Magaña (2014), hace lugar para la descomposición entre los elementos genéticos y biológicos de la identidad estática por un lado y el elemento volitivo de la vertiente dinámica. Ante una colisión de intereses o derechos el elemento volitivo toma predominio quedando la paternidad/maternidad consentida y querida, por sobre la genética.

La gestación por sustitución, como una de la TRHA, constituye la valoración máxima del aspecto volitivo como elemento determinante de la filiación derivada de TRHA con respecto al dato genético, pero su incorporación, según lo ve González Magaña (2012), a la legislación nacional es una discusión en curso.

Dando continuidad y profundidad al análisis que adelantamos sucintamente en el segundo capítulo, en el derecho comparado, hay tres posturas doctrinarias claras al momento de tratar la G.S: las que la prohíben, las que permiten la GS en alguna de las dos formas de regulación -altruista o comercial-, y las que se abstienen de considerarla GS dentro de su legislación y los respectivos argumentos que las sostienen, en el presente capítulo profundizaremos sobre este tópico.

Luego abordaremos los proyectos legislativos que se encuentran en trámite, centrados en la posición doctrinaria que permiten la práctica y entiende las necesidades de regulación, sostenida por los argumentos que lo avalan.

Admisibilidad y regulación legislativa de la Gestación por Sustitución: argumentos en contra y a favor, vinculados a las posturas doctrinarias.

Las TRHA han sido polémicas desde su inicio, atento a las disyuntivas jurídicas, éticas, sociales y hasta religiosas que se presentan en su tratamiento. Es por ello que, a fin de responder al objeto principal de esta investigación, nos centraremos en el tipo más complejo y controvertido del espectro de TRHA, nos referimos a la Gestación por Sustitución.

Tomando los argumentos que esboza Lamm (2012) en “Gestación por sustitución- Realidad y Derecho-”y sostiene Brodsky (2015) en “El ‘nuevo’ Código Civil y Comercial de la Nación y la gestación por sustitución: otra oportunidad perdida para una regulación necesaria”, se realizará una descripción de algunas de las motivaciones que se esgrimen desde las posiciones doctrinarias que censuran la GS como así también las que avalan su práctica y regulación, tomando también como se reflejan dichos posicionamiento en las legislaciones.

Argumentos en contra de GS

Los argumentos que se sirven para fundar las posiciones doctrinarias que se definen por el rechazo de la GS, son plurales y en algunos casos muy dificultosas de sostener, tanto Eleonora Lamm (2012)⁷ y luego Brodsky (2015) quien retoma en algunos conceptos a Fama (2012) realizan una recopilación de la mayoría de ellos, en este trabajo tomamos algunos de estos últimos y agregamos otros razonamientos esgrimidos por la feminista española Palop (2017) que van en el mismo sentido de negación de la G.S. y ejercen gran influencia en el posicionamiento doctrinario de la legislación de su país:

A) La GS es un contrato de objeto prohibido, ilícito, inmoral y/o fuera del comercio:

En relación a este argumento vamos a realizar un análisis de cada uno de sus términos, referenciado en la definición de la G.S.

Un contrato, desde lo que nos indica el rigor técnico, es por definición un acuerdo de contenido patrimonial, tanto en el código civil derogado como en el vigente. Un acuerdo de GS

⁷ Argentina doctrinario que se encuentran en contra de GS: ZANNONI (1998, p. 533), BOSSERT *et al.* (1985, p. 237), RIVERA (2007, p. 414), BORDA (2008, pp. 28 y ss.), D’ANTONIO *et al.* (2001, p. 71), WAGMAISTER (1990, p. 20), LEVY *et al.* (1995, p. 440), IÑIGO *et al.* (1991, p. 1135), HOOFT (1999, p. 45), BASSET *et al.* (2011, p. 47), SAMBRIZZI (2010, La Ley on line), SAMBRIZZI (2012, p. 24).

tiene como objeto principal la gestación de un niño para sea entregado a otros, quienes lo encargaron en virtud de su voluntad procreacional. Este pacto que se formaliza en el consentimiento libre e informado, no tiene como condición regular la retribución patrimonial, solamente se da en el caso de las legislaciones que regulan la GS como comercial. Y aun en ese caso no estaríamos frente a un contrato, sino que sería en todo caso un negocio oneroso ya que el objeto principal supera ampliamente el contenido pecuniario. También se encuentran las legislaciones que prohíben la onerosidad en la GS y sólo la conciben en forma altruista.

Se afirma que la convención jurídica que implica la GS es de objeto prohibido y fuera del comercio, en relación a la primera aseveración podemos decir que una legislación en particular puede prohibir la realización de la práctica en el ámbito de su competencia territorial pero no puede impedir la existencia de la GS en general en forma absoluta. Con respecto a la segunda afirmación, la ubicación de la convención fuera del comercio, puede ser obstáculo para la validez de un contrato, pero en el presente caso donde estamos frente convención jurídica de contenido extrapatrimonial no tiene ningún asidero la consideración.

Al turno de examinar las adjetivaciones que dicen que GS es inmoral e ilícita podemos decir que la relación entre “la moral y el derecho” puede ser tema en si mismo tema central de investigación. Lo que aquí nos permitiremos pensar en lo que implica la definición de moral, en que espacio la ubicamos en lo público o lo privado, quién es el que determina el contenido en cada caso y en particular en la GS en el ámbito público o privado, desde una perspectiva moral para luego poder calificar de inmoral.

Para finalizar tomaremos el concepto de ilicitud, desde una visión amplia, se entiende a la GS como una práctica que violenta los principio constitucionales y convencionales fundamentales de DDHH. Y en este punto la biblioteca y los doctrinarios se encuentran divididos por sus posicionamientos a favor y en contra ambos pudiendo ser ampliamente abonados por argumentación, todas ellas pueden ser fundados en derechos constitucionales/convencionales. Por lo que hasta que la calificación de “ilicitud” no resulte del análisis complejo y profundo no puede ser definido en forma apriorística ni mucho menos simple.

B) La GS puede facilitar mecanismos explotación de la situación socioeconómica y/o el cuerpo de la gestante.

Una de razones más potentes que se esgrimen en sintonía con el rechazo de la GS es que desde la perspectiva de la Mujer Gestante, la práctica por la cual una mujer se aviene a llevar a adelante un embarazo por otras/os/es constituye una forma de explotación del cuerpo o de la condición de una mujer. Se enarbolan como razones que sostienen estas posturas las siguientes: conceptualmente se cosifica el cuerpo de la mujer, utilizándolo como objeto de prestación; todavía no se conocen los efectos psicológicos y emocionales de las mujeres que se someten a la práctica; que afecta principalmente a las mujeres pobres en estado de vulnerabilidad económica que son utilizadas por los sectores sociales ricos, fomentando el turismo reproductivo.

La combinación de condiciones que se describen en el párrafo anterior, en un contexto de falta regulación legislativa y políticas públicas de promoción y control de la GS, propician la explotación de la mujer. Esto se acentúa en casos los que la mujer se encuentra en un estado de fragilidad tal que se ve condicionada la autonomía de la voluntad, no contando con la libertad de elección para intervenir en el pacto gestacional, y por ende debe descalificarse la factibilidad del acuerdo. Por otra parte, es ampliamente conocida y regulada específicamente en países como Gran Bretaña, México, Brasil, Grecia la gestación altruista -sin fines de lucro- donde se garantiza la libertad de elección de la gestante, promoviendo legislaciones y medidas de protección efectivas de las personas que deciden intervenir en esta práctica como mujer gestante.

Por lo que podemos afirmar que la situación de explotación de la mujer en caso de GS no se verifica en forma automática ni se da en todos los casos, sino que responden a una cantidad de condicionamientos que se dan en el marco de la falta de legislaciones locales adecuada y actualizadas, la situaciones de vulneración, de falta de educación y prevención, desarrollo en las políticas públicas, y justicia rápida y eficiente, por lo que entendemos que la prohibición absoluta de la GS no es la solución a todas estas condiciones negativas sino simplemente la negación de las mismas.

La respuesta adecuada a esta objeción se encuentra en una regulación donde se permita la GS sin fines de lucro, y el estado tenga una intervención activa en la autorización previa, dando las garantías a la mujer gestante del ejercicio de derechos dentro de un sistema judicial que funcione como aval efectivo en cada caso concreto, de esta manera se generan las circunstancias necesarias para disminuir considerablemente las posibilidades de explotación.

C) La GS posibilita la manipulación genética, pendiente eugenésica y "niño a la carta".

La manipulación genética y la posibilidad de ingresar a un tobogán peligrosamente eugenésico de selección étnico racial, es una discusión ética/moral que atraviesa todas las TRHA, dentro de ellas se encuentra al GS donde no solo se escogerían los el material genético, el embrión más viable, sino también la gestadora deseada, a fin de obtener un ejemplar humano representante de la raza que se ajuste a los paradigmas étnico predominantes, es decir Niños a la Carta.

La contestación es de igual tenor que en el punto anterior; frente a la posibilidad de que la práctica de GS contenga dilemas referido a, cómo es este caso, discriminación, racismo, eugenesia debe primar la regulación que tenga como centro los recaudos necesarios para que se pueda transitar la gestación por subrogación libre de estos males, por el contrario, la prohibición o la abstinencia no darán ninguna garantía, invisibilizando las situaciones que de cualquier modo seguirán sucediéndose.

D) La GS entraña "intereses contrapuestos" entre la gestante y los comitentes.

Quienes toman como propio el presente argumento para rechazar la GS parten de la premisa que en la presente práctica hay dos madres: una genética y otra gestacional, y que al momento del nacimiento se puede producir un conflicto de intereses si la madre gestacional se niega a entregar el niños y niñas a la madre biológica. Las doctrinas y legislaciones que se fundan en este argumento para no legislar o prohibir la GS hacen eje, para la determinación de la maternidad, en la máxima del derecho romano "mater Semper certa est", consagrando que la Madre es siempre cierta, por lo que resulta imposible con este marco teórico reconocer que pueden existir vínculos filiales donde no se encuentre la figura de la madre.

Quienes sostienen la presente premisa hacen caso omiso a la definición de los elementos esenciales que presuponen la procreación que en palabras de Díaz de Guijarro (1965) se compone de tres elementos diferentes: a) la voluntad de la unión sexual: la libertad de mantener relaciones sexuales que pueden tener o no el objeto de la procreación; b) la voluntad procreacional: es el deseo o intención de crear una nueva vida, c) la responsabilidad procreacional: si de una relación sexual, donde puede o no haber existido voluntad procreacional, se produce la fecundación, nace la responsabilidad directa de los padres en relación al niño por nacer. En cualquiera de las instancias hay una responsabilidad del estado

y de protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo

La Gestación por Sustitución presupone como elemento previo y determinante el reconocimiento de la voluntad procreacional como condición para la determinación de la filiación, por lo que en el caso de que de la GS surgiera la necesidad de determinar maternidad -puede que no sea necesario en parejas de dos hombres o solos- tendríamos que romper con la lógica binaria que presentamos al inicio del punto, incluyendo una tercera forma de maternidad que corresponde a la volitiva, es decir a la que solo ha expresado su voluntad procreacional en el consentimiento previo, libre e informado.

Desde esta perspectiva es indudable que en la filiación devenida de TRHA, de corte socio afectivo el elemento volitivo predomina sobre el gestacional/genético por lo que, habiéndose tomado todos los recaudos del caso, debe predominar la voluntad procreacional de los comitentes que son quienes desearon y se proyectaron en un hijo y por consiguiente asumen las responsabilidades que ello conlleva.

Siendo esto así, y si media las condiciones de garantías de derechos que corresponde al caso teniendo especial atención sobre las que corresponden a la mujer gestante frente a un conflicto de intereses que se pueda presentar en el futuro tanto en el embarazo como al momento del parto debe primar el acuerdo jurídico que fuera expresado en el pacto de subrogación.

E) La GS va en contra del interés superior del niño y genera un perjuicio para el niño.

El argumento que se enarbola en relación al interés superior del niño en colisión con la GS esgrimiendo que priva a niño de su primer entorno natural el medio ambiente uterino.

El Interés superior del niño desde 1924, año en que se sancionó la Declaración de los Derechos del Niño, ha sido una temática preponderante de la comunidad internacional luego lo siguió la Declaración proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959. Hoy el instrumento internacional por excelencia es la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Y el interés superior del niño se enuncia en el art. 3º, inc. 1º, de la CDN: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

El principio en cuestión supone la plena satisfacción de los derechos de los niños, la procura de su bienestar, su protección integral y su desarrollo, en consideración a sus características propias. Con todo, se cree que el interés superior del niño, además de constituir una pauta obligatoria, no es un paradigma estéril, vano ni vacío de contenido, sino todo lo contrario. En justas palabras de Grosman (1998):

"Representa la consideración del niño como una persona independiente, el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo (...) Surge cuando la infancia es concebida como una categoría autónoma, con sus propios derechos e intereses".

Entonces podemos afirmar que la separación del vientre uterino no es por sí solo un perjuicio demostrado para el niño. Tal como se define en el campo internacional ¿puede reducirse solamente al dato concreto de la gestación la definición de Interés Superior del Niño?; queda claro que el buen vivir de un niño es mucho más amplio. Involucra desde las condiciones generales socio afectivas de su gestación, es decir en el caso de GS, querido por los comitentes y gestado por la mujer que libremente presta su acuerdo, teniendo el centro en la proyección del goce de plenos derechos por el niño una vez nacido.

F) Otras posturas que se oponen a la GS

Las opiniones vertidas en notas periodísticas por notables pensadoras feministas españolas como Palop (2017), que publica textualmente “Lo que hay que discutir frente a la gestación subrogada es el tipo de relación social que se está protegiendo con su regulación, y el modo en que tal relación conecta con el capitalismo y el patriarcado, y fomenta la desigualdad de género” requieren un análisis aparte.

Como podemos apreciar el posicionamiento de Palop como representante de una fracción del feminismo mundial, entienden a la GS como parte de la matriz cultural que impone el capitalismo y el patriarcado a las mujeres, atravesada por una perspectiva ideológica y una matriz cultural que hace pensar todos los argumentos que ya se han desarrollado, pero desde este prisma particular.

Estos posicionamientos se enfrentan directamente a las personas que se ven impedidas de acceder a la maternidad biológica por razones de salud. Así también con parte del colectivo

LGTBIQ, que también se reivindican feministas, que sostiene como bandera de lucha su derecho a fundar una familia teniendo acceso a todas las formas de filiación en igualdad de condiciones. Dentro de este último grupo se encuentran las parejas de dos hombres, siendo este el sector que, sin la posibilidad de acceder a la GS, se les veda por completo la expectativa de proyectarse en una descendencia genéticamente propia, marcando una desigualdad en relación a otros actores que conforman parejas unisexuales.

Argumentos a favor de GS

Siguiendo la línea de análisis de los autores como Brodsky (2014) y Lamm (2012)⁸, ahora nos abocaremos tratar los argumentos de doctrinarios que cada vez en mayor número, en Argentina podemos nombrar entre otros a Famá, Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Dreyzin de Klor, sostienen la necesidad de reconocer y regular en forma especial dentro de la TRHA a la Gestación por Sustitución., sobre la base de que ésta importa una manifestación del derecho a procrear.

Retomando lo esbozado en el Capítulo Segundo, en apartado Posiciones Doctrinaria, y profundizando sobre las categorías propuestas y ampliando las mismas nos adentramos en los mismos, teniendo en cuenta que no se pretende en este trabajo dar por acabado el tema, muy por el contrario, está en constante construcción y avance.

Como propone Brodsky (2014), delineamos dos grandes áreas de estudio:

A) Autonomía personal y libertad procreacional o reproductiva

Las voces que vamos a trabajar en este punto son autonomía personal, libertad procreacional o reproductiva, intimidad y privacidad, desde la perspectiva de los comitentes y la gestante frente a las intromisiones estatales, basado en una idea fortalecida de la autonomía de las personas, en tanto manifestación concreta de la libertad individual, iluminada por el art. 19 de la C.N.

Compartiendo los conceptos sobre libre elección individual de planes de vida vertidos por Nino (1989) hacemos un recorte de los mismos en la siguiente reproducción textual:

⁸Argentina doctrinario que se posicionan a favor de la GS: FAMÁ (2011, p. 1), KEMELMAJER DE CARLUCCI et al. (2011, pp. 1 y ss.), KEMELMAJER DE CARLUCCI et al. (2012, en prensa), HERRERA (2008, p. 186), LAMM (2011, p. 107), DREYZIN DE KLOR et al. (2011, pp. 301-329).

"Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución"

El límite el concepto esgrimido por Nino lo encontramos el insigne principio enarbolado por J. S. Mill, en su ensayo *On Liberty*, (1963) sobre el daño: El poder puede ser ejercido sobre una persona contra su voluntad sólo cuando la coacción estatal se utilice con la finalidad de evitar un perjuicio a las demás personas de la comunidad.

Ronald Dworkin (1977) profundiza sobre el concepto de libertad distinguiendo dos facetas de la noción. Conceptos de libertad como aquiescencia de hacer lo que pueda anhelar, y como independencia, el estatus de una persona como un igual, es derecho a ser atendido con idéntica atención y respeto, separando las justificaciones perfeccionistas y las utilitaristas fundadas en preferencias "externas" que atentan contra igual trato que todo individuo merece.

En nuestra Constitución Nacional el art. 19, delinea el principio de la "libertad fundamental" de nuestro ordenamiento jurídico, y lo establece como centro de sistema de las libertades individuales que se extienden sus dominios más allá de la mera privacidad.

La Corte Suprema de la Nación comenzó a partir de 1984, coincidentemente con la apertura institucional marcada por el regreso al sistema democrático después de la larga noche de la última Dictadura Militar, a expandir el alcance del art. 19 de la C.N. en relación al principio de libertad, a través de sus sentencias. En "Ponzetti de Balbín" interpretó los alcances del art. 19 como la interioridad y la privacidad, aplicable luego a temas como la difusión de información privada, hábeas data y derecho a la verdad, avanzando en fallos subsiguientes aseverando que además de lo ya dicho que, el art. 19 también garantiza la "autonomía" individual.

A la luz de los principios analizados en los párrafos precedentes, es posible inferir que las personas son libres y autónomas para trazar su plan de vida, como tal la planificación familiar es parte fundamental, con el único límite de no afectar a terceros. por lo tanto, el Estado no puede interferir en la vida personal de los ciudadanos imponiendo mejores modelos de vida y de familia, considerando creencias morales más rectas.

B) El derecho a proyectarse en un hijo

La segunda categoría de análisis se funda en el argumento fundado en el atributo de todo ser humano de materializar la aspiración de ser padre o madre proyectándose en un hijo.

En esta dirección, han argumentado Arson de Glimberg y Silva Ruiz (1991) que los intereses de una pareja fértil e infértil heterosexuales de agregar niños a la familia y de ningún modo sería razonable establecer diferencias entre ellos. Y de ser necesarios incluir en el caso de que fuera necesaria la inclusión de una tercera persona que colaborará en la empresa con el servicio de gestación del niño para que la pareja los críe de la misma manera que se habilita el suministro de espermatozoides u óvulos.

Es así que, si no sería aceptable un argumento por discriminatorio en caso de parejas heterosexuales fértiles o infértiles, tampoco podría aceptarse en caso de las parejas homosexuales, en ocasión que estén impedidas de procrear entre sí por razones evidentes de biología, tomándose como centro el principio elemental y derecho básico de no discriminación.

A su turno Lamm (2012) nos propone los siguientes argumentos a favor de la GS La autora nos hace saber, que los doctrinarios que avalan la regulación de la GS como una de las TRHA, van en crecimiento haciendo mención expresa de FAMÁ, KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, DREYZIN DE KLOR, sobre la base de que ésta importa una manifestación del derecho a procrear. he implícito en el derecho a la libertad, la dignidad humana, el derecho a fundar una familia y la protección de la misma y el libre desarrollo de la personalidad.

Dentro de los derechos individuales nos recuerda, la libertad reproductiva que importa la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo y directamente vinculado con esto último aborda el tema de la explotación o cosificación de la mujer gestante, se sostiene que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación, ni siquiera en caso de la subrogación comercial. La consideración del argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer.

Se generan diferencias que se fundamentan en razones técnicas únicamente ya que una mujer que puede gestar pero no produce óvulos puede tener hijos biológicos por medio de la FIV con donación del material genético, pero una mujer que produce óvulos pero no puede

gestar, por la razón que fuere, no puede ser madre ya que no puede acceder a la GS ¿Por qué se entiende posible, ético, moral y digno que una mujer tenga hijos con óvulos donados, y resulte todo lo contrario cuando recurre a la donación de la capacidad de gestación?

Por su parte Purdy (1992) polemiza con la visión de la maternidad ideal compuesta por un proceso natural donde el embarazo, el parto y la crianza del niño se encuentran necesariamente a cargo de la misma persona.

En última instancia Lamm toma el argumento referido al del interés superior del niño, manifestando que no lo viola, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. En este sentido se duplica la apuesta, diciendo que justamente el principio “del interés superior del niño” esgrimido como argumento en contra de la GS debe ser el que impuse y promueva su regulación para que se dé un marco legal local que lo contenga, proteja y brinde seguridad jurídica.

3.2 Proyectos de Ley de regulación de la Maternidad Subrogada en estado

Parlamentario: El debate entre el Acuerdo Privado o la Autorización Judicial Previa.

Los argumentos que se ha expuesto en el apartado anterior son los que dan sentidos a las posturas doctrinarias e ideológicas que delimitan posicionamientos parlamentarios que en definitiva marcan si la gestación por sustitución estará prohibida o permitida; y en este último caso, podrá ser con mayores o menores requisitos o limitaciones. Las posturas internacionales ya fueron suficientemente desarrolladas a lo largo de la presente tesis, lo que sirve de marco para abordar la situación legislativa en nuestro país. La ausencia de normativa vigente, punto que también ya ha sido atendido, hace necesario el análisis de los posibles modelos de regulación legal.

Como advertimos en el Primer. Capítulo, la realidad ha hecho su trabajo y abonado las razones que esgrimieron la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil Unificado al incorporar la Gestación por Sustitución. Es así que a poco tiempo de la entrada en vigencia del nuevo CCyCN ya es tema de agenda del Congreso de la Nación la reforma del mismo para incorporar la GS, a tal fin siguiendo a Herrera, De la Torre y Fernández (2018) solo tomaremos los proyectos que aún conservan estado parlamentario.

La cantidad de proyectos, y la diversidad partidaria que los ha presentado hacen notar que existe una tendencia general a incorporar la figura de la GS al ordenamiento legal. Lo que

se puede adelantar prima facie es que hay diferencias en relación a las formas de regulación, si bien todos los hacen en términos altruistas, no todos incorporan el mandato claro de asegurar la protección de la mujer que gestante, previniendo y evitando de este modo la vulneración de mujeres en estado de necesidad.

A fin de sintetizar las propuestas legislativas en torno de un eje central del debate se organizarán dividiéndolas entre las que prevén la regulación de la GS promoviendo el acuerdo privado y las que requieren autorización por proceso judicial previo.

Acuerdos de Privados:

Número de Proyecto: 3202-D-2017

Nombre: Código Civil y Comercial: Modificación sobre filiación y voluntad procreacional,

Fecha de Ingreso 14/6/2017, Primer Firmante Daniel Andrés Lipovetzky (PRO)⁹:

- Propone la modificación, entre otros, el art. 562. suprimir los términos “quien da a luz”. De este modo el artículo queda redactado de tal manera que, las personas nacidas por TRHA, son hijos de quien o quienes han prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561 del CCyCN.
- Incorpora la “gestación solidaria” quedando redactado el art. 574 de la siguiente manera “Se considerará a la Gestación Solidaria un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada “gestante”, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o personas, denominada/s “requirente/s”; sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la “gestante”, sino únicamente y de pleno derecho con el/la o los/las “requirente/s”.

Número de Proyecto 5141-D-2017.

Nombre: Gestación por Sustitución como TRHA. Régimen Modificación de la Ley 26.862, sobre TRHA y del Código Civil y Comercial.

Fecha de Ingreso 26/9/2017, Primer Firmante Olga María Rista (UCR)¹⁰:

⁹Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY>;

¹⁰, disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY>;

→ Prevé de requisitos para los comitentes y la gestante para proceder a la realización de la técnica:

Requisitos para ser persona gestante:

- a) Tener más de 21 años de edad y tener 5 años de residencia ininterrumpida en la República Argentina o ser de nacionalidad argentina o naturalizada en el país.
- b) Poseer plena capacidad civil.
- c) Someterse a los exámenes psico-físicos establecidos por la Autoridad de Aplicación, así como comprometerse a un seguimiento con terapia de apoyo psicológico y emocional durante todo el proceso, con la opción de continuarlo luego del nacimiento.
- d) contar con Asistencia legal propia.
- e) Haber dado a luz y tener al menos 1 (un) hijo propio.
- f) no aportar sus gametos.
- g) Asesorarse legal, médica y psicológicamente sobre los efectos que el proceso de gestación supone, y haber sido informada de manera clara y completa sobre las condiciones del acuerdo, así como sobre posibles consecuencias físicas que experimentará.
- h) Deberá dejarse registro en el centro de Salud de este proceso.

Condiciones para ser “requiriente/s”:

- a) Tener más de 21 años de edad y tener 5 años de residencia ininterrumpida en la República Argentina o ser de nacionalidad argentina o naturalizada en el país.
- b) Poseer plena capacidad civil.
- c) Contar con un Certificado expedido por profesionales competentes e independientes que acredite la realización de una evaluación psicosocial.
- d) No tener antecedentes penales relacionados con delitos a la integridad sexual ni por violencia de género.
- e) Requerir formalmente en los Centros de Salud correspondientes la realización de esta técnica de reproducción médicamente asistida y contar con su autorización justificada por razones de salud, o por imposibilidad por sexo, género, identidad de género u orientación sexual de gestar un hijo.

- El control de la GS queda bajo la órbita de los centros de fertilidad, más allá de las normas de procedimiento que en el futuro pueda dictar la autoridad de aplicación. El Instrumento Legal de Consentimiento de la Gestación por Sustitución deberá confeccionarse entre las partes es decir con acuerdo privado deberá cumplimentarse los requisitos para su validez en los términos que requiera la Autoridad de Aplicación administrativa.
- Incorpora que la autoridad de aplicación creará un Registro de personas gestantes y es una de las obligaciones de la persona gestante encontrarse inscripta en dicho registro que será confidencial.

Número de Proyecto 0630-D-2018

Nombre: Técnicas de gestación solidaria. Régimen. Modificación del art. 562 del Código Civil y Comercial, sobre voluntad procreacional.

Fecha de Ingreso 9/3/2018, Primer Firmante Araceli Ferreyra (P. para la Victoria)¹¹:

- En el presente proyecto alcanza para proceder a la técnica la firma de un instrumento de gestación solidaria, en el que se manifiesta el compromiso a través del cual la persona “gestante” y la/s persona/s “requirente/s” acuerdan concretar la gestación. Se delega centro médico la formalización del instrumento que será protocolizado con posterioridad por escribano público o certificado ante autoridad sanitaria de la jurisdicción, no incluye control del estado alguno.
- Incluye una propuesta de modificación del art 562 del CCyCN eliminado la frase “quien da a luz e incorporando al final del art. la gestación solidaria.

Previo proceso judicial de autorización:

Número de Proyecto 3765-D-2017

Nombre: Gestación por Sustitución.

Fecha de Ingreso 10/7/2017, Primer Firmante Ana Carla Carrizo (Evolución Ciudadana)¹²:

¹¹Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0630-D-2018&tipo=LEY>;

¹²Disponible <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY>

- Se requiere para realizar la técnica de GS autorización judicial previa de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas complementarias. Si no se contara con autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.
- La gestante y el o los comitentes deben intervenir con su respectiva asistencia letrada diferencias y el asesoramiento legal previo que garantice el entendimiento de las partes de las potenciales consecuencias.
- La resolución Judicial autorizará la GS y declarará la filiación del niño que nazca queda determinada con el o los comitentes.
- El juez, al momento de la autorización previa debe evaluar y garantizar:
 - a) El derecho a la Igualdad la no discriminación: que se garantice el pleno ejercicio de los derechos de todos los intervinientes, expresamente se hace mención a la obligación del juez de sortear cualquier obstáculo que se oponga en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes y de darse será considerada discriminatoria.
 - b) Los derechos personalísimos de la Gestante sobre su cuerpo: no se encuentran restringidos los derechos de la gestante personalísimos sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía, si se produjere alguna de las causales de interrupción legal del embarazo puede optar libremente por alguna de las alternativas previstas en la ley.
 - c) El interés superior del niño o niña que nace de un procedimiento de gestación por sustitución” (art.3°).

Número de Proyecto 0084-D-2018

Nombre: Código Civil y Comercial Modificación. Incorporación de la Gestación por Sustitución.

Fecha de Ingreso 3/3/2018, Primer Firmante Analía Rach Quiroga (FPV-PJ):¹³

- Propone incorporar una modificación al CCyCN incluyendo los arts. 575 bis y ter donde:

¹³disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2018/PDF2018/TP2018/0084-D-2018.pdf>

- a) Definen la gestación por sustitución sin fines de lucro, con autorización judicial previa y de no contar con la misma la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.
- b) Se establecen los requisitos para comitentes y gestadora, con la particularidad de que se establece a cargo de los comitentes la adquisición de un seguro para la gestadora.
- c) Se establece compensación económica para la gestadora, instrumentada por la autoridad de aplicación de la ley 26.862.

Número de Proyecto 1374-D-2018.

Nombre: Gestación por Sustitución. Régimen.

Fecha de Ingreso 23/3/2018, Primer Firmante Marcelo German Wechsler (PRO):¹⁴ El proyecto en estudio se origina en el proyecto nro. S-2574/15, quien fuera su autora la senadora (mandato cumplido), Laura MONTERO, pero con elaboración técnica a cargo de Eleonora Lamm y Marisa Herrera, en el cual se prevé:

- Un proceso judicial de autorización previa...
- Se agrega que la homologación del acuerdo de gestación por sustitución realizada por el Juez se dará solo cuando:
 - a) Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño o niña que pueda llegar a nacer a través de esta técnica;
 - b) El equipo interdisciplinario ha dictaminado favorablemente.
 - c) La parte comitente consiente el vínculo jurídico de la filiación que se establece entre ella y la persona nacida como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución, inmediatamente de acaecido el nacimiento.
 - d) La gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestó o dio a luz.
 - e) Todas las partes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la técnica y a sus efectos.

¹⁴Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1374-D-2018&tipo=LEY>

Número de Proyecto 825-S-2018

Único proyecto presentado por ante la Honorable Cámara de Senadores de la Nación¹⁵, y como los proyectos anteriores propone autorización previa judicial y establece la documental que se deberá presentar para la petición de la misma ante el Juez de Familia de la Jurisdicción.

Para finalizar rescataremos los dichos de Herrera y De la Torre (2016) en su art. “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”, refiriéndose a los Fundamentos del Proyecto de ley 0084-D-2018, hacen referencia a la realidad exhorta al legislador, poniendo en jaque la postura abstencionista acompañada por la duda de como regular en la GS. Debiendo transversalizar la discusión por los principios de igualdad y no discriminación. Subsanando positivamente las diferencias que se generan en relación a la capacidad económica, en este sentido, no propiciar la autorización judicial implicaría generar un complejo sistema de discriminación que se da en una mujer o colectivo LGBITQ, que no pueda gestar por su condición de discapacidad en caso de ser mujer o constitución física en caso del colectivo LGBITQ, de género y de condición social y económica, debido a que por falta de recursos económico no pueden recurrir a esta práctica en el exterior y si podrían acceder en nuestro país.

¹⁵ Proyecto 825-S-2018, disponible en www.senado.gov.ar/parlamento/comisiones/VerExp/825.18/S/PL,

Conclusión parcial al capítulo III

En el presente capítulo hemos recorrido y profundizado los argumentos doctrinarios que se esgrimen en contra y a favor de la regulación de la GS y se ha sostenido la necesidad que hoy se presenta en la realidad de hacer lugar a la Gestación por Sustitución en la legislación argentina.

En la segunda parte del capítulo ya posicionados sobre la regulación habiendo descartado la prohibición como posibilidad nos encontramos con las disputas que se dan entre las versiones de la regulación privada y la autorización judicial, Aparece en este campo una pequeña preeminencia en favor del posicionamiento que reclama una regulación que permita un rol fundamental del Estado en miras de proteger el derecho de mujeres gestantes, niños y niñas: la autorización judicial previa. Y en este punto aparece la necesidad del organismo de control estatal que garantice el cumplimiento de los estándares básico de garantías de derechos humanos de todos los integrantes, en especial, de las mujeres que gestan para otros.

Es de destacar que en un sistema judicial ágil y adecuado la autorización judicial previa es una herramienta viable para hacer efectivas las garantías de cumplimiento de derechos, es ese marco sería la regulación más adecuada para nuestra legislación.

Conclusiones finales

En esta investigación se abordaron las tensiones existentes entre las técnicas de reproducción humana asistidas regulada en el CCyCN como tercera fuente de filiación y la laguna legal que se produce al no regular expresamente la subrogación gestacional, por lo cual formulé como norte del presente trabajo el siguiente interrogante: ¿cómo se determina la filiación de aquellos niños y niñas concebidos por medio de una gestación por sustitución en el marco de una pareja unisexual (dos hombres), teniendo en cuenta la normativa del Código Civil y Comercial (CCyCN), los pactos internacionales y la jurisprudencia existentes sobre la temática actualmente?

Con el fin de bucear sobre los distintos tópicos que se presentan a la complejidad del tema, comencé con el estudio del Instituto de la Filiación partiendo desde su desarrollo histórico, marcado por los hitos legislativos que fueron dando forma a su actual definición.

El contenido actual de las fuentes de filiación, por naturaleza, adopción por técnicas de reproducción humana asistida, fue el primer escalón de examen que, desde un enfoque contemporáneo que contempla identidad y pluralismo, despunta la primera aproximación al conflicto que representa la determinación de la filiación de niños y niñas nacidos de parejas del mismo sexo (varones). Se indago en conceptualizaciones que hacen a la integración de las TRHA como fuente de filiación con características independientes de las otras causas fuentes, priorizando la identidad volitiva a través de la voluntad procreacional revelada por el consentimiento previo, libre e informado, actualizado como el factor determinante de los vínculos filiales.

Se recuperan las fuentes del doctrinario en la materia y las versiones judiciales que comienzan a dar respuesta a la realidad social que nos interpela para buscar alternativas que contemplen resoluciones en la perspectiva de derechos. La observación, comparación y posterior aquilatamiento de normativas vigentes y no vigentes (concebidas y proyectadas), contextualizadas en las interpretaciones jurisprudenciales nacionales e internacionales y las conceptualizaciones de la doctrina, armonizando un corpus iuris vigente, proyectado hacia el futuro, pero a la vez pendiente, conformado por el Código Civil y Comercial de la Nación; la Ley De Acceso Integral a TRHA, el Decreto 956/13 y los Proyectos de Regulación de Gestación por Sustitución con Estado Parlamentario.

Ya adentrados en tema se profundiza sobre el concepto de TRHA que se encuentra explicitada al art. 2 de la Ley 26.862/13, haciendo hincapié en la definición del el tipo

regulatorio adoptado en Argentina, inscripto en el paradigma de accesibilidad a estos tratamientos como camino para la consecución de una serie de derechos humanos interconectados, donde la salud reproductiva es entendida en un sentido amplio, tomando distancia clara del modelo médico de infertilidad físico como condición para el acceso a las TRHA.

Párrafo aparte, sintéticamente podemos decir que tomando las estándares y valoraciones de la Corte IDH el comienzo de la existencia de las personas concebidas por TRHA se inicia con la implantación del embrión, y por lo tanto concluye que el embrión no implantado no es persona humana, criterio aplicado en el ámbito legislativo nacional.

Luego del estudio pormenorizado realizado estamos en condiciones de afirmar que la inclusión de la tercera fuente de filiación por medio de TRHA ha introducido la disociación de los elementos genéticos y biológicos de la identidad estática por un lado y el elemento volitivo de la vertiente dinámica por otro.

La supremacía de la verdad biológica/genética por sobre la voluntad procreacional, siendo esta última el núcleo duro y preeminente para determinar la filiación de las personas nacidas por medio de fecundación in vitro, se encuentra en crisis. El consentimiento libre e informado como elemento volitivo que da paso a la realidad socio afectiva por encima del reduccionismo genético/biológico nos hace visible una realidad que consiste en la posibilidad de la reproducción humana sin necesidad de relación sexual, quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que lo hace del elemento biológico o el volitivo.

Entonces: ¿quién o quiénes son progenitores del hijo, que nace producto de esta práctica médica? La respuesta afirma que los progenitores son quienes prestaron el correspondiente consentimiento.

El trabajo avanzó desde lo general a lo particular, para arribar al análisis de la construcción del concepto de Gestación por Sustitución como una de las TRHA que puede ser fuente de filiación. Se dio cuenta del proceso de evolución que operó a nivel social acompañado por los avances tecnológicos que posibilitaron, en vínculo directo con la GS, la figura de mujer gestante, que, al momento de determinar la filiación derivada de la TRHA, nos indica que la maternidad puede no estar presente entre los vínculos parentales, o dicho de otra manera, puede ser que no siempre haya madre, teniendo en cuenta el elemento volitivo de la identidad.

Estas nuevas conformaciones familiares que fueron emergiendo en este proceso no se encontraban reguladas en la legislación vigente, por lo que contemplarlas fue una tarea de los

Jueces en sus sentencias, desarrollando los antecedentes jurisprudenciales que hacen a la solución jurídica de los casos.

Pero es preciso reflexionar, sobre la cuestión muy sensible, la identidad de los niños y niñas nacido por GS en todos los casos ha tenido que esperar varios meses del nacimiento para que se efectivice el derecho a la identidad, un principio fundamental de la Convención de los Derechos del Niño, que no sólo establece el derecho sino que también el criterio que debe ser garantizado con la mayor celeridad posible, lo que no se condice con requerir de un proceso especial que sigue estando a expensas de una la decisión judicial, sin el perjuicio que en su mayoría han atendido a este punto.

En el recorrido de Capítulo II y III, se realiza un introducción y profundización en relación a las posiciones doctrinarias en el derecho comparado: la prohibición, la regulación o la obtención y se estudia el emplazamiento que le da a la GS el Anteproyecto de Código Civil Unificado, como así también la laguna legislativa que produjo el texto definitivo del Código hoy vigente.

En este caso, nuestra legislación finalmente opta por tomar la posición abstencionista por lo que se excluye la regulación de la GS tema que se retomado en el capítulo tercero profundizado los argumentos doctrinarios que se esgrimen en contra y a favor de la regulación de la GS. Se ha sostenido la necesidad que hoy se presenta en la realidad de hacer lugar a la Gestación por Sustitución en la legislación Argentina.

Finalmente, ya posicionados sobre lo que a mi entender comenzará a dar solución al conflicto planteado al inicio, se hace un relevamiento fichado de los Proyectos legislativos que dan lugar a la regulación de la G.S realiza una sistematización que refleja las visiones que entienden como conveniente la regulación privada de la GS por un lado y por otra parte las que entienden que se requiere de autorización judicial previa.

Comparando ambas existe una mínima primacía en favor del posicionamiento que reclama una regulación que permita un rol fundamental del Estado en miras de proteger el derecho de mujeres gestantes y niños/as: la autorización judicial previa, que opere como órgano de control estatal que garantice el cumplimiento de los estándares básico de garantías de derechos humanos de todos los integrantes.

En especial, se debe hacer eje en los grupos más vulnerables de la relación, hablamos de las mujeres que gestan para otros, los niños y niñas nacidos por G.S y dentro de los colectivos LGBTIQ, las parejas unisexuales conformadas por dos varones, que en la actualidad

representan el sector que sufre la mayor vulnerabilidad en tanto discriminación al no poder acceder como toda la población en idénticas condiciones de igualdad a las fuentes de filiación que hoy rigen en nuestro país a fin de proyectar sus hijos y la familia.

Si bien la regulación de la GS que he planteado como un comienzo para reconocer una realidad social que nos topa, que de no admitirse en el ámbito legislativo seguirá ocasionado, desigualdad, condiciones de vulnerabilidad. También es real el tema no se agota en la regulación, al aproximarse a la misma, se develan los diferentes posicionamientos que sucintamente se esbozaron en el tratamiento de los proyectos pero que cada uno de ellos merece ser una nueva línea de investigación que nos permita ahondar en la temática.

Bibliografía

- Aizenberg, Marisa. (2013). Informe Preliminar. Aportes para el camino hacia su reglamentación. Los desafíos pendientes. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Observatorio de Salud Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires
- Arson de Glinberg, G., Ruiz, S. y Pedro F. (1991). La libertad de procreación.
- Basset, Ú. (2015) El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. La ley. Pp 1 -14. Recuperado de <http://www.scba.gov.ar/portada/default2014.asp>.
- Brodsky, J. (2014). El "nuevo" Código Civil y Comercial de la Nación y la gestación por sustitución: otra oportunidad perdida para una regulación necesaria. Buenos Aires: RDF Sección: DOCTRINA.
- Brodsky, J.M. (2015). El 'nuevo' Código Civil y Comercial de la Nación y la gestación por sustitución: otra oportunidad perdida para una regulación necesaria. Revista Derecho de Familia, n° 68. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., King, D., Marzo, C., McCandless, J. A.(2013). ComparativeStudyontheRegimeofSurrogacy in EU MemberStates. Unión Europea.
- Cajigal Cánepa, I. (2017). La gestación por sustitución internacional. A cinco años del “caso Tobías”. Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, 7(1).
- Caramelo, G., Picasso S., Herrera M. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus (pág. 47 a 52).
- Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: analysisoftheproblems and suggestionsforsolutions. TennesseeLawReview.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1984). Fallo: Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, S. A. La Ley. Buenos Aires: Thomson Reuters. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2013/10/fallo-clasico-ponzetti-de-balbin-indalia-c-editorial-atlantida-s-a/>
- Díaz de Guijarro, E. (1965). La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación. JA Tomo III.
- Dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. (2018). Punto 62. Recuperado de <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf>

- Dworkin, R. (1977). Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press.
- Famá, M. (2012). El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Lecciones y Ensayos, nro. 90. Buenos Aires: Eudeba
- Famá, M. (2012). Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012. En Rivera, J. (Dir.) Medina, G. (Coord). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fundamento del Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.
- Fundamento del Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. (2012) Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- González Magaña, I. (2014). La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule. Buenos Aires: DFyP
- González Magaña, I. (2014). La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule. Buenos Aires: DFyP.
- González Magaña, (2014) La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo código civil. DF y P. Pp 181.
- Grosman, C. (1998). El interés superior del niño. Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad.
- Herrera Marisa, De la Torre Natalia, Fernández S. (2018) Derecho Filial - Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales. Ciudad Autónoma de Bs.As: La Ley.
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (2014). Ley de Identidad de Género. (Ley 26743. Buenos Aires: Argentina, 24/5/2012. (Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>)(Ley 26743, Art 1º, 2012)
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994 Buenos Aires: Argentina, 01/09/2014. (Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>)
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014) Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. La ley. Pp 126 – 128. Recuperado de <http://www.scba.gov.ar/portada/default2014.asp>.

- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera M., Lloveras N. (2016) Tratado de Derecho de Familia. Tomo II. Tomo V-A. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Krasnow A. (2004) La determinación de la filiación en la procreación humana Asistida. Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho.
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona, N° 24. Barcelona. Recuperado de, <http://www.ub.edu/fildt/revista/>
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución - Realidad y Derecho. Revista Indert. Barcelona: Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina. Recuperado de www.indert.com
- Lorenzetti R. Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado. Tomo II y III.
- Ministerio de Justicia y DDHH de La Nación (1990) Ley N° 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperada de [infoleg.com](http://www.infoleg.com)
- Ministerio de Salud. (2017). Tratamientos con técnicas de Reproducción humana asistida. Consentimiento. Resolución E 616/2017
- Minyersky N. (2015) Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Infojus: Sistema Argentino de información Jurídica. Pp 43 a 93. Recuperado de <http://www.scba.gov.ar/portada/default2014.asp>.
- Mill, J.S., (1963). "Onliberty". En Robson, J. M. (Ed). Collected Works of John Stuart Mill. Toronto: University of Toronto Press.
- Nino, C. (1989). Ética y derechos humanos. Buenos Aires: Astrea.
- Palop, M. (2017). La gestación subrogada en el estado high-tech con el que sueñan los ciudadanos. El Diario, 27/6/2017. Recuperado de https://www.eldiario.es/zonacritica/gestacion-subrogada-high-tech-suenan-Ciudadanos_6_659044113.html
- Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA. (2017). Disposición 93/DGRC/17. Disponible en https://documentosbolentinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGzBGC-DGzC-93-17-5239.pdf
- Rodríguez Iturburu, Mariana. (2015). La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad

procreacional y el consentimiento informado. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. La Ley 67, 20/05/2015. Buenos Aires: Thomson Reuters.

- Rodríguez Iturburu, M. y Culaciati, M. (2012). Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asuntos de Familia. Periodo 2011, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, (p.p 275-302). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Rodríguez Iturburu, M. (2018) Gestación por sustitución: Las cosas por su nombre, ni alquiler de vientre ni maternidad subrogada. Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos, Pp. 34.
- Rubaja, N. (2012). Derecho Internacional Privado de Familia. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rubaja, N. (2012). "Derecho Internacional Privado de Familia". Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Tribunal Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 81 (2017). La maternidad ~ Código Civil y Comercial de la Nación ~ Filiación ~ Maternidad subrogada ~ Técnicas de reproducción humana asistida. Partes: S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación. Buenos Aires: La Ley 27/07/2017, 27/07/2017, 6 - La Ley 2017, 390 - RCCyCN 2017 (agosto), 10/08/2017, 116 - DFyP 2018, 12/03/2018, 250 (Recuperado de <http://www.AR/JUR/37036/2017>)
- Tribunal de Familia Nro. 7 Rosario (2014). "F. M. L. y otros s/ Autorización Judicial". Recuperado de [AR/JUR/90178/2014](http://www.AR/JUR/90178/2014)
- Tribunal Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 81. (2017). Partes: S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación. Buenos Aires: La Ley (27/07/2017), 27/07/2017, 6 - LA LEY2017-D, 390 - RCCyCN 2017 (10/08/2017); DFyP (12/03/2018). Recuperado de [AR/JUR/37036/2017](http://www.AR/JUR/37036/2017)
- Juzgado de Familia Nro. 5 Viedma. (2017). "Reservado s/ Autorización Judicial". 6/7/2017. LL del 22/8/2017, p.7.
- Juzgado de Familia N° 7 (2015). "H.M. Y otro/a s/ medidas precautorias, LL 2016-C-89". Lomas de Zamora. Lamm, E. (2012). La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución. Revista Cuestión de Derechos n° 3. Recuperado de www.cuestiondederechos.org.ar

- Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario (2016). Partes: S. G. G. y otros s/ filiación. LLLitoral (08/08/2016); DFyP; RCCyC. Recuperado de AR/JUR/37971/2016- RDF 2016-IV-131
- Urbina, P. (2014) La voluntad procreacional como causa fuente de discriminación. DJ, Pp. 18
- a 26. Recuperado el 11/05/2018 de <http://www.scba.gov.ar/portada/default2014.asp>
- Yuni, J., & Urbano, C. (2006). Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación. Córdoba: Editorial Brujas.
- Zorrilla, M. (2014). El marco teórico como herramienta conceptual de investigación científica aplicada a la investigación jurídica. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, (17). Pp. 83-109.

Legislación

- Constitución Nacional. Art. 14,14 bis, 16,19, 75 Inc.22.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley 26.862, Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Decreto Reglamentario 956/201.3
- Ley 26.529 de Derechos del Paciente.
- Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario.
- Ley 26.862 de acceso integral a las TRHA.
- Ley 23.592 contra actos discriminatorios, Art. 1.
- Ley 26.743 de Identidad de Género.
- La Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

ANEXO

TEXTOS COMPLETOS DE PROYECTOS DE LEY CON ESTADO PARLAMENTARIOS EN CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN

Número de Proyecto: 3202-D-2017

Nombre: Código Civil y Comercial: Modificación sobre filiación y voluntad procreacional,
Fecha de Ingreso 14/6/2017, Primer Firmante Daniel Andrés Lipovetzky (PRO) disponible
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY>;

Texto Completo:

ARTÍCULO 1º.- Sustituyese el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto:

"ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, voluntad procreacional, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por voluntad procreacional, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código."

ARTÍCULO 2º.- Sustituyese el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto:

"ARTÍCULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales. El centro de salud interviniente deberá emitir un certificado que acredite el consentimiento previo, informado y libre prestado para la realización de la técnica; el cual deberá ser presentado por la/s persona/s que lo hubieran prestado por ante el Registro Civil de su jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

ARTÍCULO 3º.-Sustitúyese el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto:

"ARTÍCULO 562.- Voluntad procreacional. Las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien o quienes han prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién o quienes hayan aportado los gametos."

ARTÍCULO 4°.-Sustitúyese el artículo 575 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto:

"ARTÍCULO 575.- Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 561.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

Se entiende por terceros, a quién o quiénes no hubieren prestado consentimiento para la realización de la técnica de reproducción humana asistida.

Se considerará a la Gestación Solidaria un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o personas, denominada/s "requirente/s"; sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la "gestante", sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "requirente/s."

ARTÍCULO 5°.-Sustitúyese el artículo 578 del código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto:

"ARTÍCULO 578.- Reclamo de filiación con acción de impugnación. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación."

ARTÍCULO 6°.- Comuníquese al poder ejecutivo nacional.

Número de Proyecto 5141-D-2017.

Nombre: Gestación por Sustitución como TRHA. Régimen Modificación de la Ley 26.862, sobre TRHA y del Código Civil y Comercial, Fecha de Ingreso 26/9/2017, Primer Firmante Olga María Rista (UCR) disponible

<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY>

Texto completo

Regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Médicamente Asistida

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°.- Objeto. La presente ley tiene por objeto la regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción médicamente asistida, así como la protección de los derechos de las partes participantes y en especial el interés superior del niño o niña por nacer.

Artículo 2°.- Definición. La gestación por sustitución es una técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad en la cual una mujer, en adelante “gestante”, lleva adelante la gestación en favor de una persona o pareja, en adelante el o los “requirente/s”, quienes tendrán el vínculo de filiación con la persona nacida al término del embarazo.

Artículo 3°.- Del carácter altruista de la gestación. Esta ley regula la gestación por sustitución con carácter altruista, es decir que la “gestante” no percibirá ninguna compensación económica más allá de aquella destinada a cubrir los gastos asociados con el embarazo.

Artículo 4°.- Cobertura. Modificación del Artículo 8° de la Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 8° — Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA) incluyendo la gestación por sustitución de carácter altruista en los términos de la ley que la regula; y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de

cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”.

Artículo 5°.- Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación de la presente Ley será el Ministerio de Salud de la Nación.

Artículo 6°.- Principio de No discriminación. No podrá excluirse ni cuestionar el acceso a la gestación por sustitución de carácter altruista a ninguna persona o pareja que lo requiera bajo pretexto de etnia; nacionalidad u origen nacional, en caso de demostrar haber residido por 5 años o más en Argentina; color de piel; lengua, idioma o variedad lingüística; convicciones religiosas o filosóficas; ideología; opinión política o gremial; sexo, género, identidad de género y/o su expresión; orientación sexual; estado civil; trabajo u ocupación; aspecto físico; discapacidad; condición de salud; características genéticas; situación socioeconómica o condición social.

Artículo 7°.- Esta ley se dicta de manera complementaria y en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y su reglamentación.

CAPÍTULO II

DE LOS REQUISITOS, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA GESTANTE

Artículo 8°.- Son requisitos para ser persona “gestante”:

- a) Tener más de 21 años de edad y tener 5 años de residencia interrumpida en la República Argentina o ser de nacionalidad argentina o naturalizada en el país.
- b) Poseer plena capacidad civil.

c) Someterse a los exámenes psico-físicos establecidos por la Autoridad de Aplicación así como comprometerse a un seguimiento con terapia de apoyo psicológico y emocional durante todo el proceso, con la opción de continuarlo luego del nacimiento.

d) Contar con asistencia legal propia.

e) Haber dado a luz y tener al menos 1 (uno) hijo propio.

f) No aportar sus gametos.

g) Asesorarse legal, médica y psicológicamente sobre los efectos que el proceso de gestación supone, y haber sido informada de manera clara y completa sobre las condiciones del acuerdo así como sobre posibles consecuencias físicas que experimentará. Deberá dejarse registro en el centro de Salud de este proceso.

Artículo 9°.- Son obligaciones de la persona “gestante”:

a) Brindar consentimiento informado y explícito de su voluntad de ser la “gestante” mediante un Instrumento legal que sólo tendrá validez luego de acreditar que cumple con los requisitos del artículo 8° de la presente ley y se compromete por las obligaciones de los incisos siguientes del presente artículo en los términos que lo requiera la Autoridad de Aplicación.

b) Seguir las indicaciones médicas brindadas por los profesionales de la salud así como realizarse todos los controles prenatales y estudios que sean necesarios.

c) Continuar un tratamiento de terapia de apoyo psicológico y emocional durante todo el proceso de gestación, con la opción de continuarlo luego del nacimiento.

d) Luego del nacimiento, reconocer el vínculo filial de la persona nacida con los/las “requirente/s”.

e) Luego del nacimiento, cortar todo vínculo con la persona nacida, a menos que las partes decidan de común acuerdo lo contrario.

f) Inscribirse en un Registro de Personas “Gestantes” que será confeccionado por la Autoridad de Aplicación en total confidencialidad.

Artículo 10°.- De los Derechos de la persona “gestante”:

a) El consentimiento brindado en el marco de una gestación por sustitución de ninguna manera significa una renuncia a los derechos de la persona a decidir sobre su propio cuerpo, a su libertad personal, autonomía y privacidad. En caso de producirse durante la gestación alguna de las

causales de interrupción del embarazo contempladas en el Código Penal, la gestante puede optar libremente por alguna de las alternativas previstas por la ley.

b) El consentimiento es revocable hasta el momento de producirse la implantación del embrión en la “gestante”.

CAPÍTULO III

DE LOS REQUISITOS, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA/S PERSONA/S REQUIRIENTE/S

Artículo 11°.- Son requisitos para ser “requirente/s”:

a) Ser mayores de 21 años y de Nacionalidad argentina, naturalizados argentinos o con 5 años ininterrumpidas de residencia en el país.

b) Poseer plena capacidad civil.

c) Contar con un certificado expedido por profesionales competentes e independientes que acredite la realización de una evaluación psicosocial.

d) No tener antecedentes penales relacionados con delitos a la integridad sexual ni por violencia de género.

e) Requerir formalmente en los centros de Salud correspondientes la realización de esta técnica de reproducción médicamente asistida y contar con su autorización justificada por razones de salud, o por imposibilidad por sexo, género, identidad de género u orientación sexual de gestar un hijo.

Artículo 12°.- Son obligaciones de la/s persona/s “requirente/s”:

a) Brindar consentimiento informado y explícito de su voluntad de llevar a cabo la gestación por sustitución mediante un Instrumento legal que sólo tendrá validez luego de acreditar el cumplimiento con los requisitos del artículo 8° de la presente ley y se compromete por las obligaciones de los incisos siguientes del presente artículo en los términos que lo requiera la Autoridad de Aplicación.

b) Recibir al/a la niño o niña inmediatamente después de su nacimiento.

c) Inscribir al/a la niño o niña en el Registro Civil.

d) Dejar asentado su compromiso de recibir y cuidar al/a la niño o niña por nacer en las mismas condiciones si existiere algún defecto de nacimiento o condición de salud en el momento de nacer.

e) Respetar la autonomía y libertad individual de la “gestante” durante el proceso.

Artículo 13°.- De los derechos de la/s persona/s “requirente/s”:

a) La/s persona/s “requirentes” podrán revocar su consentimiento hasta el momento de implantar el embrión en la “gestante”.

b) En caso de requerirlo, la/s persona/s “requirente/s” podrán recurrir a donantes de gametos en centros médicos autorizados.

CAPÍTULO IV

DEL INSTRUMENTO LEGAL DE CONSENTIMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Artículo 14°.- El Instrumento Legal de Consentimiento de la Gestación por Sustitución deberá confeccionarse entre las partes y para su validez tendrán que acreditarse previamente, en los términos que requiera la Autoridad de Aplicación, los requisitos establecidos en el Artículo 8° del CAPÍTULO II y en el Artículo 11° del CAPÍTULO III de la presente ley.

Artículo 15°.- El Instrumento Legal de Consentimiento de la Gestación por Sustitución deberá ser confeccionado por el Centro Médico Autorizado por la Autoridad de Aplicación junto a los representantes legales diferenciados de la persona “gestante” por un lado, y la/s persona/s “requirente/s” por otro, y deberá protocolizarse ante un escribano público.

Artículo 16°.- El Instrumento Legal de Consentimiento de la Gestación por Sustitución deberá confeccionarse en los términos y condiciones que requiera la Autoridad de Aplicación, deberá constatar la voluntad informada y explícita de las partes participantes y tener como prioridad el bienestar integral de la persona “gestante” así como el interés superior del niño o niña por nacer.

CAPÍTULO V

MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Artículo 17°.- Modifíquese el Artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, por voluntad procreacional o por adopción.

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

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

Artículo 18°.- Modifíquese el Artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quienes hayan prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

CAPÍTULO VI

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 19°.- Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes.

Artículo 20°.- La presente Ley deberá ser reglamentada dentro de los 90 (noventa) días de su publicación.

Artículo 21°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

Número de Proyecto 0630-D-2018

Nombre: Técnicas de gestación solidaria. Régimen. Modificación del art. 562 del Código Civil y Comercial, sobre voluntad procreacional.

Fecha de Ingreso 9/3/2018, Primer Firmante Araceli Ferreyra (P. para la Victoria) disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0630-D-2018&tipo=LEY>;

PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DE LA TÉCNICA DE GESTACION SOLIDARIA.

TÍTULO PRIMERO

Disposiciones Generales

ARTÍCULO 1º.- Objeto. La presente Ley es de orden público, y tiene por objeto regular la técnica de Gestación Solidaria en la República Argentina.

ARTÍCULO 2º.- Definición. La Gestación Solidaria es un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una/s persona/s , denominada/s "requirente/s"; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la "gestante", sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "requirente/s".

ARTÍCULO 3º.- Autoridad de aplicación. Será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación.

ARTÍCULO 4º.- Requisitos. La técnica de Gestación Solidaria solo puede practicarse en los establecimientos de salud habilitados para realizar técnicas de reproducción médicamente asistida e inscriptos como tales en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES).

ARTÍCULO 5º.- Beneficiarios/as. Tiene derecho a acceder a la técnica de Gestación Solidaria, toda persona mayor de edad, en forma individual o conjunta 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 gestante".

ARTÍCULO 6º.- Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos/as aquellos/as agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados/as independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestación obligatoria y a brindar a sus afiliados/as o beneficiarios/as, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los medicamentos, el diagnóstico, las terapias de apoyo que podrán requerir, gastos

necesarios tales como ropa y/o transporte para la "gestante" y el procedimiento de la Gestación Solidaria. Al ser esta práctica una técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, las cuales son reguladas por la Ley N° 26.862, queda incluida en el Plan Médico Obligatorio (PMO), así como el diagnóstico, medicamento, gastos para cubrir necesidades de la "gestante" y terapias de apoyo que podrán requerir, con los criterios y modalidades de cobertura ya establecidos por su reglamentación.

ARTÍCULO 7°.- Complementariedad. Esta ley se dicta en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto por la Ley 26.862, de Reproducción Médicamente Asistida, y la reglamentación vigente.

ARTÍCULO 8°.- Instrumento de Gestación Solidaria. Es el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la persona "gestante" y la/s persona/s "requirente/s" acuerdan concretar la técnica de Gestación Solidaria. El instrumento se debe formalizar con el Centro Médico autorizado y deberá ser posteriormente protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente de la jurisdicción.

Este instrumento formaliza el consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a la técnica de Gestación Solidaria, y es constitutivo e indispensable para que ésta sea válida y existente

El consentimiento que presten las personas "requirentes" debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

ARTÍCULO 9°.- Requisitos. El Instrumento de Gestación Solidaria deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

1. Ser suscripto por la persona "gestante" y la/s persona/s "requirente/s", estampando su nombre y firma en el mismo.
2. Se debe dejar constancia del consentimiento informado de las partes mencionadas en el punto anterior.
3. Debe quedar asentado el lugar y fecha de su otorgamiento.
4. Sus cláusulas deben asegurar el bienestar integral de la persona gestante.

ARTÍCULO 10.- Voluntad. La voluntad que manifiesten las partes para la realización del instrumento de Gestación Solidaria debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones

que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

ARTÍCULO 11.- Matrimonio y unión convivencial. En caso de matrimonio o de unión convivencial, los/as cónyuges o convivientes, de mutuo consentimiento podrán acordar en el Instrumento la filiación a favor del/la/los/las que no se constituyó/yeron como parte al inicio del procedimiento, en cualquier etapa de la gestación hasta antes del nacimiento.

ARTÍCULO 12.- Presunción. En el caso de personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria, la presunción de maternidad prevista en el artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación queda sustituida por la filiación que determina el Instrumento suscripto por las partes con el Centro Médico habilitado.

Asimismo, y a los fines de la Gestación Solidaria, prevalece siempre la voluntad del/la o los/as "requirente/s".

ARTÍCULO 13.- Voluntad procreacional. Modifíquese el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 562.- Voluntad Procreacional. Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuere mediante Gestación Solidaria, con independencia de la persona "gestante"."

ARTÍCULO 14.- Requisitos para ser "gestante". Son requisitos para ser gestante:

- a. Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria.
- b. Poseer plena capacidad.
- c. Realizarse los exámenes médicos psico-físicos que delimite la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada, previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta.
- d. Manifestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre.

e. No padecer de un consumo problemático de alcohol, tabaco u otras drogas, ni enfermedades o infecciones susceptibles de ser transmitidas al feto durante el embarazo o el parto.

f. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria. El/la profesional médico interviniente debe informar a la "gestante" los alcances y consecuencias de la decisión que está adoptando, en un marco de privacidad y confidencialidad. La explicación debe ser clara, dando lugar a que se realicen todas las preguntas que la persona estime necesarias.

El/la profesional interviniente debe dejar constancia en la historia clínica de haber proporcionado la información mencionada, prestando conformidad la "gestante".

ARTÍCULO 15.- Obligaciones de la persona "gestante". Son obligaciones de la persona gestante:

a. Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales, incluidos los estudios médicos extras que soliciten el/la/los/as "requirente/s".

b. Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional.

c. Conservar el anonimato del/la/los/as "requirente/s", sí así lo desearan éste/a/os/as y lo expresaran en el instrumento de Gestación Solidaria.

d. Concluir al momento del nacimiento, su contacto con el niño/a nacido/a y la parte "requirente", salvo que el/la/os/as "requirente/s" y la persona "gestante" convinieran lo contrario.

ARTÍCULO 16.- Requisitos de la técnica. La técnica de Gestación Solidaria se podrá realizar con el aporte de gametos del/la cónyuge, pareja conviviente o no, o de un/a tercero/a donante. "La gestante" no podrá aportar, en ningún caso, sus gametos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.

ARTÍCULO 17.- Requisitos para ser requirente/s. Son requisitos para ser requirente

a. Ser mayores de edad.

b. Poseer plena capacidad.

c. Prestar consentimiento informado para formalizar el Instrumento de Gestación Solidaria.

ARTÍCULO 18.- Obligaciones del/la o los/as "requirentes". Son obligaciones de la/s persona/s requirente/s:

1. Obligarse a recibir al/el niño o niña inmediatamente después de su nacimiento.
2. Proceder a la inscripción del hijo/a conforme lo establecido en el artículo 13 de la presente ley.
3. Conservar el anonimato de la persona gestante, si así lo desea la misma.

ARTÍCULO 19.- Médicos/as intervinientes. Los/as profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de Gestación Solidaria.

Ningún/a médico/a tratante realizará el procedimiento de Gestación Solidaria si no se hubiere suscripto el correspondiente Instrumento, conforme lo dispuesto en los artículos 8° y 9°.

En la atención médica que se le proporcione a la persona gestante por parte de instituciones públicas o privadas, el/a médico/a tratante y el personal de salud no discriminan la condición de la "gestante", ni harán distinciones en su atención por este motivo.

ARTÍCULO 20.- Donación de óvulos y espermatozoides. La donación de gametos para las finalidades autorizadas por esta ley, constituye un contrato formal y secreto concertado entre el/la donante y el centro médico autorizado.

Antes de la formalización, el/la donante habrá de ser informado/a de los fines y consecuencias del acto. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del/la donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos de los centros médicos habilitados.

ARTÍCULO 21.- Requisitos de los/as donantes de gametos. Las mujeres que se constituyan en aportantes de gametos para terceros/as deben ser capaces, mayores de 18 años, y menores de 35 años.

Los varones que se constituyan en aportantes de gametos para terceros/as deben ser capaces, mayores de 18 años y menores de 40 años.

El material genético de un/a mismo/a aportante podrá ser utilizado para realizar la técnica de Gestación Solidaria hasta en un máximo de seis (6) personas o parejas, siempre que de ello resultaren nacimientos con vida. La Autoridad de Aplicación queda facultada para ampliar la cantidad de destinatarios/as de material genético de un/a mismo/a aportante.

ARTÍCULO 22.- Información sobre donantes. Los/as hijos/as nacidos/as tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los/as donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a quienes sean receptores/as de los gametos.

Sólo en caso de acuerdo o en la circunstancia extraordinaria de que hubiere un peligro para la vida del/la hijo/a, debidamente comprobada, y únicamente si mediare orden judicial, podrá revelarse la identidad del/a donante. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del/a donante.

ARTÍCULO 23.- Revocación de la donación. El/la donante podrá revocar la donación, en caso de infertilidad sobreviniente, siempre que a la fecha de la solicitud de revocación aquéllos estuviesen disponibles.

ARTÍCULO 24.- Crio-conservación. Los preembriones sobrantes de una fecundación in vitro, que no fueran transferidos al útero, podrán ser crío-conservados en los bancos autorizados, por el plazo que dispongan las regulaciones legales o especiales sobre la materia, a fin de ser utilizados en el futuro o para su donación, previo consentimiento del/la/los/las "requirente/s". Los gastos que insuma la crío-conservación serán cubiertos conforme lo establecido en el artículo 6° de la presente ley.

ARTÍCULO 25.- Prohibiciones. Queda estrictamente prohibido:

- a. La comercialización de embriones;
- b. La utilización de embriones para la experimentación;
- c. La clonación, como, asimismo, la implantación de óvulos fecundados en úteros de animales y en personas en estado de coma, como cualquier otra práctica que contravenga la dignidad humana.

Exceptúese de lo previsto en el inciso b) de este artículo las técnicas para obtener un diagnóstico genético preimplantatorio, a los fines de determinar la viabilidad del embrión a implantar.

ARTÍCULO 26.- Sanciones. Las Instituciones de salud que cometan alguna de las prohibiciones establecidas en el presente título, serán penadas con una multa de \$100.000 (pesos cien mil) a \$2.000.000 (pesos dos millones).

ARTÍCULO 27.- Inscripción. Las personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria serán inscriptos/as como hijos/as de la/s "requirente/s".

La/s persona/s "requirente/s" no podrán impugnar la maternidad o paternidad, a menos que no hubieren prestado su consentimiento informado.

Si la persona "requirente" es casada y su cónyuge no hubiere prestado su consentimiento informado no regirá la presunción de filiación por matrimonio.

ARTÍCULO 28.- Acción judicial. En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la persona "gestante" o del/la o los/as "requirentes", será aplicable la acción más expedita y rápida existente en la jurisdicción en que se hubiere celebrado el Instrumento de Gestación Solidaria, atendiendo a las circunstancias del caso y privilegiando el interés superior del/la niño/a.

ARTÍCULO 29.- Derechos vinculados a la filiación. La persona donante de gametos o embriones no podrá en ningún caso reclamar derechos vinculados a la filiación sobre las personas nacidas de los gametos o embriones por él/ella donados. Las personas nacidas de gametos o embriones donados no podrán reclamar a la persona donante derechos vinculados a la filiación.

ARTÍCULO 30.- Principio de igualdad y no discriminación. No pueden establecerse distinciones fundadas en el estado civil, la orientación sexual, la identidad de género o cualquier otra condición social de las personas "gestantes" o "requirentes"

Está prohibida cualquier tipo de discriminación fundada en condiciones genéticas de una persona o por haber nacido del uso de la técnica de Gestación Solidaria.

ARTÍCULO 31.- Nacimientos en el exterior. Las disposiciones referidas a la inscripción que se prevén en esta ley, son de aplicación a los nacimientos de hijos/as producidos en otros países en los cuales se encuentre legalizada la técnica de Gestación Solidaria.

ARTÍCULO 32.- Interrupción del embarazo. Las partes podrán acordar voluntariamente la interrupción legal del embarazo.

Sin perjuicio de ello, si existe peligro para la vida o salud integral de la "gestante", ésta podrá requerir la interrupción del embarazo, conforme lo establece el artículo 86 inciso 1° del Código Penal de la Nación.

ARTÍCULO 33.- Reglamentación. La presente ley será reglamentada dentro de los noventa (90) días de su publicación.

ARTÍCULO 34.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

Número de Proyecto 3765-D-2017

Nombre: Gestación por Sustitución.

Fecha de Ingreso 10/7/2017, Primer Firmante Ana Carla Carrizo (Evolución Ciudadana)

Disponible <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY>

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Título I. Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas de la gestación por sustitución y su proceso judicial.

La gestación por sustitución es un procedimiento de técnicas de reproducción médicamente asistida por el que una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada comitente/s.

La gestante no debe aportar sus gametos. El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos.

Artículo 2. Autorización Judicial. Toda gestación por sustitución debe ser autorizada judicialmente de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas complementarias que se dicten a estos fines.

La gestante y el o los comitentes deben intervenir con su respectiva asistencia letrada.

Deben contar con el debido asesoramiento legal previo para entender las potenciales consecuencias legales del acuerdo. El asesoramiento legal otorgado a la gestante no puede ser otorgado por la misma persona que asesore al o a los comitentes.

Autorizado el procedimiento de gestación por sustitución, la resolución judicial declarará que la filiación de la persona que nazca como consecuencia de la técnica queda determinada con el o los comitentes.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza previstas en el Código Civil y Comercial.

Artículo 3. Principios y Derechos.

Al evaluar la autorización, el juez debe asegurar que se garantice el pleno ejercicio de los derechos de todos los intervinientes.

No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria.

La gestación por sustitución no restringe los derechos personalísimos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía.

Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la ley.

Al evaluar la autorización, los jueces deben asegurar que se garantice el interés superior del niño o niña que nace de un procedimiento de gestación por sustitución.

Artículo 4. Compensación económica.

Podrá pagarse una compensación económica razonable a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante para compensar por la gestación, sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud de conformidad con el artículo 8° de la ley 26.862.

Al evaluar si corresponde la autorización judicial de la gestación por sustitución, el juez evaluará la razonabilidad de la compensación y asegurará que no conlleve un aprovechamiento indebido de la gestante.

Título II. De los requisitos de los peticionantes

Artículo 5. Requisitos referidos a la gestante. La pretensa gestante debe reunir los siguientes requisitos:

1. Tener plena capacidad civil.
2. Acreditar aptitud física y psíquica conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862.
3. No aportar sus gametos.
4. No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces.
5. Dos (2) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país.
6. Contar con evaluación psicosocial previa.

Artículo 6. Requisitos del o los comitentes. Puede ser comitente una persona sola o una pareja, casada o no, que cumpla con los siguientes requisitos:

1. Tener plena capacidad civil.

2. El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos.
3. Tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual.
4. Tener un plazo mínimo de dos (2) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país.
5. Contar con el debido asesoramiento legal para entender las potenciales consecuencias legales del acuerdo. El asesoramiento legal no puede ser otorgado por la misma persona que lo otorgue a la gestante.
6. Contar con evaluación psicosocial previa.
7. Contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

Título III. De la autorización judicial

Artículo 7. Requisitos de la petición. La gestante y el/ los comitentes deben peticionar la autorización del procedimiento de gestación por sustitución al juez con competencia en familia.

La petición debe ser acompañada de:

1. Copia de la documentación que acredite la identidad de las personas peticionantes.
2. Certificado médico y psicológico que acredite aptitud física y psíquica de la gestante de conformidad con lo previsto en los incisos b) y certificado que acredite que cuenta con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial.
3. Certificado médico en caso de razones de salud, que acredite imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual.
4. Certificado que acredite que el o los comitentes cuentan con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa
5. Certificado médico que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético, cuando proceda.
6. Certificado que acredite la nacionalidad argentina o naturalización, o la residencia en el país de 2 años respecto de la persona gestante y de el/la o alguno/a de lo/as comitentes.
7. Cualquier otra información de interés para la autorización que se pretende.

Artículo 8. Dictamen del equipo multidisciplinario: El juez debe contar con un dictamen favorable de un equipo multidisciplinario para autorizar el procedimiento solicitado. El dictamen debe:

1. Constatar la salud física y psíquica de la gestante y su aptitud para actuar en ese carácter.

2. Evaluar la interacción psico-social del grupo familiar conviviente de la gestante.
2. Constar la aptitud de los comitentes para actuar en ese carácter.

Artículo 9. Pautas para la autorización judicial. El juez debe autorizar el procedimiento de gestación por sustitución cuando:

1. Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño o niña que pueda llegar a nacer a través de esta técnica.
2. El equipo multidisciplinario ha dictaminado en forma favorable.
3. La gestante y el/la o lo/as comitentes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la gestación por sustitución.
4. Consultado el registro de gestantes previsto en el art. 12 se constate el requisito establecido en el art. 6 inc d.

Título IV. Del registro de gestantes

Artículo 10. Registro de gestantes. Créase un registro de gestantes por sustitución en el ámbito de la Autoridad de Aplicación prevista en la ley 26.862 para tomar conocimiento de las personas que hayan sido autorizadas judicialmente para realizar un procedimiento de gestación por sustitución, como así también de las pretensas gestantes cuya autorización judicial fue rechazada.

A estos fines, se debe articular con los registros que se creen a nivel local.

El registro de gestantes por sustitución tendrá las demás funciones que establezca la Autoridad de Aplicación.

Los datos de la gestante están protegidos de conformidad con la ley 26.529 y ley 25.326. Son confidenciales a excepción de lo previsto en la presente ley en los arts. 11 inc d) y 17 de la presente ley.

Título V. De la determinación de la filiación

Artículo 11. Inadmisibilidad de la demanda de impugnación de la filiación. Es inadmisibile la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución cuando haya mediado autorización judicial previa, con independencia de quien haya aportado los gametos.

Son inadmisibles el reconocimiento y el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éstos.

Título VI. Del derecho a la información

Artículo 12. Legajo base e inscripción de nacimiento. La inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución debe contar con su correspondiente legajo base en el que conste la

sentencia de autorización judicial de conformidad con lo previsto en el art. 563 del Código Civil y Comercial.

En ningún caso, el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución

Artículo 13. Acceso a la información. La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas, cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente.

En lo que respecta a la información relativa a los o las donantes de gametos, cuando los hubiere, se aplica lo dispuesto en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial y la ley especial de técnicas de reproducción asistida.

Título VII. Deberes de los centros de salud

Artículo 14. Deberes de los centros de salud y plazo de ejecución. El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial del procedimiento de gestación por sustitución.

La transferencia o las transferencias embrionarias no pueden realizarse si ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la fecha de la autorización judicial.

Título VIII. Del reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero

Artículo 15. Gestación por sustitución en el extranjero. Todo emplazamiento filial derivado de un procedimiento de gestación por sustitución constituido de conformidad con el derecho extranjero, debe ser reconocido en la República según lo previsto en el art. 2634 del Código Civil y Comercial.

Título IX. Incorporaciones al Código Penal

Artículo 16. Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal, que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 139 Ter: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones”.

Artículo 17. Incorpórese el ARTÍCULO 139 quater al código penal, el que quedara redactado de la siguiente manera:

“Artículo 139 quater: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo”.

Título X. Modificaciones a la ley 26.862

Artículo 18. Modifíquese el art. 2 de la ley 26.862 cuyo texto deberá expresar:

Artículo 2: “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; entre las que se incluye la gestación por sustitución de conformidad con lo previsto en la ley que lo regula y normas complementarias”.

Artículo 19. Modifíquese el art. 8 de la ley 26.862 cuyo texto deberá expresar:

Artículo 8: “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), incluida la gestación por sustitución de conformidad con la ley que la regula; y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de

aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

La cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los diagnósticos, los medicamentos, las terapias de apoyo y la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución, de conformidad con el párrafo anterior, no estará a cargo de la entidad o agente de salud encargada de la gestante. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades o agentes encargados de la cobertura social o sanitaria del o los comitentes, o de este o estos cuando no la tuvieran y no realizaran el procedimiento en el sector público.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.”.

Artículo 20. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.-

Número de Proyecto 0084-D-2018

Nombre: Código Civil y Comercial Modificación. Incorporación de la Gestación por Sustitución.

Fecha de Ingreso 3/3/2018, Primer Firmante Analía Rach Quiroga (FPV-PJ) disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2018/PDF2018/TP2018/0084-D-2018.pdf>

Texto completo

INCORPORACION DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCION AL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Artículo 1: Modifíquese el art. 560 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo: “Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. En los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por

sustitución, la persona gestante presta el consentimiento previo, informado y libre de conformidad con la ley 26.529 por someterse a una práctica médica”.

Artículo 2: Modifíquese el art. 561 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo: “Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. El consentimiento previo, informado y libre que presta la gestante de conformidad con la ley 26.529 no debe ser protocolizado ni certificado ante la autoridad sanitaria por no ser causa fuente de filiación”.

Artículo 3: Modifíquese el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quién o quiénes prestan su voluntad procreacional manifestada en el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. Artículo 4: Modifíquese el art. 563 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo: “Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. Asimismo, en los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución, la persona tiene derecho a acceder al expediente del cuál consta toda la información sobre su origen gestacional”.

Artículo 5: Modifíquese el art. 565 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo: “Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y

Capacidad de las Personas. En los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución, la filiación queda determinada por la sentencia judicial que autoriza la gestación por sustitución, siempre sujeta al nacimiento con vida del niño o niña”.

Artículo 6: Modifíquese el art. 575 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo: “Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva de la voluntad procreacional manifestada en un consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros y/o se recurra a la gestación por sustitución, no se genera vínculo jurídico alguno con los terceros ni la gestante, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”.

Artículo 7: Incorpórese el art. 575 bis al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: Determinación de la filiación en la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución. La gestación por sustitución constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona denominada gestante, sin ánimo de lucro, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada requirente/s con quien/es la gestante posee lazos afectivos. Este procedimiento debe ser autorizado por autoridad judicial de conformidad con las pautas que se establecen en el artículo siguiente, de lo contrario, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Artículo 8: Incorpórese el art. 575 ter al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: Para la autorización judicial de gestación por sustitución se debe cumplir con los siguientes requisitos: a) A la persona gestante y el o los requirentes: tener plena capacidad civil; acreditar aptitud física; tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial. b) A la persona gestante: no aportar sus gametos; no haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces para lo cual debe crearse un registro en el ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862; haber dado a luz y tener un (1) hijo propio. c) A la o las personas requirentes: imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución y el

deber a su cargo de una compensación económica en beneficio de la gestante para la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la cobertura prevista en la ley 26.862. Esta compensación económica debe ser establecida por la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862.

Artículo 9: Modifíquese el art. 577 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo: “Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste. Rigen las mismas restricciones en los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución”.

Artículo 10: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional

Número de Proyecto 1374-D-2018.

Nombre: Gestación por Sustitución. Régimen.

Fecha de Ingreso 23/3/2018, 1er Firmante Marcelo German Wechsler (PRO):¹⁶ El proyecto en estudio se origina en el proyecto nro. S-2574/15, quien fuera su autora la senadora (mandato cumplido), Laura MONTERO, pero con elaboración técnica a cargo de Eleonora Lamm y Marisa Herrera. Disponible <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1374-D-2018&tipo=LEY>

Texto completo

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Capítulo I. Disposiciones generales.

Artículo 1.- Objeto. La presente ley tiene por objeto regular la gestación por sustitución y su proceso judicial a efectos de:

¹⁶ disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1374-D-2018&tipo=LEY>, compulsado el 1/6/2018

- a. Garantizar el interés superior del niño o la niña que nace del procedimiento de gestación por sustitución.
- b. Proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen.
- c. Brindar un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica.

Artículo 2.- Concepto y sujetos. La gestación por sustitución es una forma de reproducción humana médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes.

Artículo 3.- Capacidad. Gestante y comitente deben ser plenamente capaces.

Capítulo II. De los requisitos de las partes.

Artículo 4.- Requisitos referidos a la gestante. La persona que actúa como gestante en un acuerdo de gestación por sustitución no debe aportar sus gametos y debe reunir, de mínima, los siguientes requisitos:

- a. Tener buena salud física y psíquica;
- b. No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces;
- c. Haber dado a luz, al menos, un (1) hijo/a propio/a.

Artículo 5.- Requisitos referidos a la parte comitente. Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no, que cumpla, de mínima, con los siguientes requisitos:

- a. Al menos uno/a de los comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos.
- b. La persona o las personas comitentes deben tener imposibilidad de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para su salud, o para la salud del niño o niña por nacer.
- c. La persona o una de las personas comitentes deben tener tres (3) años de residencia ininterrumpida en el país.

Capítulo III. De la autorización judicial

Artículo 6.- Autorización judicial. Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines.

Artículo 7.- Requisitos de la petición. Las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deben petitionar al juez que autorice la técnica. La presentación debe contener, además de la petición:

- a. Copia de la documentación que acredite la identidad de las personas intervinientes en el acuerdo.
- b. Certificado médico que acredite buena salud física y psíquica de la gestante.
- c. Certificado médico que acredite que la persona o las personas comitentes son incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño o niña por nacer.
- d. Certificado que acredite que todas las partes han recibido asesoramiento médico y psicológico adecuado.
- e. Certificado médico que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético, cuando proceda.
- f. Cualquier otra información de interés para la alcanzar la autorización que se pretende.

Capítulo IV. Del equipo interdisciplinario.

Artículo 8.- Equipo interdisciplinario. El equipo interdisciplinario existente en el ámbito del poder judicial local, o el que se cree a los efectos de esta ley, debe actuar dentro del marco del proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución.

El equipo interdisciplinario se conforma por un/a abogado/a, un/a médico/a clínico/a, un/a ginecólogo/a, un/a psicólogo/a y un/a trabajador/a social.

Artículo 9.- Dictamen del equipo interdisciplinario. El juez debe contar con un dictamen del equipo interdisciplinario que debe:

- a. Evaluar la salud física y psíquica de la gestante y su aptitud para actuar en ese carácter.

b. Evaluar la idoneidad de o de las personas comitentes para ser progenitores a través de la gestación por sustitución.

c. Constatar que la o las personas comitentes son incapaces de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño o niña por nacer.

El equipo interdisciplinario tiene las demás funciones que prevean las autoridades y que, en cada caso, fije el juez.

Capítulo V. De los requisitos para la homologación del acuerdo.

Artículo 10.- Homologación del acuerdo. El juez debe homologar el acuerdo de gestación por sustitución sólo si:

a. Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño o niña que pueda llegar a nacer a través de esta técnica;

b. El equipo interdisciplinario ha dictaminado favorablemente.

c. La parte comitente consiente el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución, inmediatamente de acaecido el nacimiento.

d. La gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestó y dio a luz.

e. Todas las partes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la técnica y a sus efectos.

Artículo 11.- Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas.

Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción legal del embarazo autorizadas por el Código Penal de la Nación, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la legislación vigente.

Artículo 12. Carácter no lucrativo. Compensaciones. El acuerdo de gestación por sustitución no puede tener carácter lucrativo o comercial.

La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida si sirve para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el post parto.

La gestante también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y post parto.

El Ministerio de Salud de la Nación establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación.

Artículo 13.- Seguro. La parte comitente debe contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

Capítulo VI. Del registro de gestantes.

Artículo 14.- Registro de gestantes. Créase un registro de gestantes en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en el que se toma razón de las personas que actúen como tales en los acuerdos de gestación por sustitución y articula con los registros que se creen a nivel provincial.

El registro de gestantes tendrá las demás funciones que se establezcan.

Artículo 15.- Información del registro. Antes de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución el juez debe consultar el registro de gestantes a los efectos de verificar que la persona interviniente como tal no ha actuado con anterioridad en dos ocasiones.

Capítulo VII. De los efectos de la resolución judicial.

Artículo 16.- Resolución judicial. Efectos. Autorizado el acuerdo de gestación por sustitución, el juez emite una resolución judicial declarando que la parte comitente tendrá vínculos jurídicos de filiación con la persona que nazca como consecuencia de la técnica.

La filiación queda establecida entre la persona nacida y la o las personas comitentes, con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y la resolución judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución.

La persona o personas comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, cuando ha mediado su consentimiento y el acuerdo ha sido autorizado judicialmente.

Artículo 17.- Deberes de los centros de salud y plazo de ejecución. El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución. La transferencia embrionaria no puede realizarse si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

Artículo 18.- Partida y certificado de nacimiento. En todos los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución ha sido autorizado judicialmente, el certificado y la partida de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la gestante.

En ningún caso, la partida o el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño o la niña ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

Artículo 19.- Cumplimiento del acuerdo. Si el acuerdo ha sido autorizado judicialmente, producido el nacimiento, la parte comitente no puede negar su vínculo filiativo con la persona nacida, y la gestante no puede oponerse a que el niño o la niña permanezca con la parte comitente.

Artículo 20.- Intervención judicial. Sin perjuicio de los medios alternativos de resolución, cualquier conflicto derivado del acuerdo de gestación por sustitución, debe resolverse ante el mismo juez que intervino en el procedimiento, o el que en el futuro lo reemplace, para autorizar la gestación por sustitución.

En todo caso, se debe atender al interés superior del niño o niña en el caso concreto, y a la voluntad libremente expresada por las partes.

Capítulo VIII. Del derecho a conocer.

Artículo 21.- Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas, alcanzada la edad y madurez suficiente.

Capítulo IX. De los efectos de la falta de autorización judicial.

Artículo 22.- Normas aplicables. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Capítulo X. Incorporaciones al Código Penal.

Artículo 23.- Se incorpora el Artículo 139 ter al Código Penal de la Nación Argentina, que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 139 ter: Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a seis (6) años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un (1) año desde la fecha de la autorización judicial.

La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediere constancia de donación de embriones”.

Artículo 24.- Incorpórese el Artículo 139 quáter al Código Penal de la Nación Argentina, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 139 quáter: Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a seis (6) años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño o una niña y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo”.

Artículo 25.- Comuníquese al Poder Ejecutivo

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista (<i>apellido/s y nombre/s completos</i>)	VALENTE SILVANA
DNI (<i>del autor-tesista</i>)	17.623.049
Título y subtítulo (<i>completos de la Tesis</i>)	<p>TÍTULO: LA DETERMINACION DE LA FILIACIÓN DE NIÑOS/AS CONCEBIDOS POR GESTACION POR SUSTITUCION EN EL DERECHO ARGENTINO ACTUAL.</p> <p>SUBTITULOS: Introducción Capítulo I. Filiación y Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 1.1 Fuentes de la Filiación en el CCyCN 1.2 Determinación de la filiación en parejas del mismo sexo. 1.3 Definición TRHA. Clases y Elementos 1.4 Voluntad procreacional y Consentimiento previo, libre e informado. Capítulo II. Gestación por sustitución. 2.1 Definición. Posiciones doctrinarias en el derecho comparado y en el ámbito nacional. 2.2 La gestación por sustitución en el anteproyecto CCyCN y la discusión parlamentaria. 2.3 Falta de Regulación Específica de GS en el CC y CN en relación a la gestación por sustitución. Fallos que marcan camino Capítulo III. Posiciones doctrinarias y proyectos de ley 3.1 Posiciones Doctrinarias. La tensión entre la teoría y la realidad. 3.2 Proyectos de Ley de regulación de la Maternidad Subrogada en estado Parlamentario: El debate entre el Acuerdo Privado o la Autorización Judicial Previa. Conclusiones, Bibliografía, Anexo</p>
Correo electrónico	valentesilvana50@gmail.com
Unidad Académica (<i>donde se presentó la obra</i>)	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	-SI- PUBLICAR TEXTO COMPLETO
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifica que
la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.