

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI



Trabajo final de graduación
Abogacía

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
Falta de regulación legal en Argentina y derechos intervinientes.

Galetto María de los Ángeles

Legajo: ABG03667

Tutor: Lazcano Guadalupe

2019

Agradecimientos

A mis padres, por enseñarme que aun desde el nido más humilde se puede soñar con alcanzar el cielo.

Resumen

El presente trabajo analiza la figura de la gestación por sustitución comenzando por su conceptualización y características principales. Realiza un recorrido por los antecedentes doctrinales, normativos y jurisprudenciales. Destaca además los derechos humanos de las personas involucradas dentro del procedimiento, entre ellas, la gestante, los comitentes y el niño/a que nace. Se mencionarán las posturas que apoyan y rechazan la legalización de la figura y la posterior reflexión respecto al vacío legal existente y sus implicancias, y que, a pesar de ello, no ha impedido que numerosos casos hayan sido sometidos a decisiones de la justicia nacional convirtiéndose en jurisprudencia.

Palabras clave

Gestación por sustitución – técnica de reproducción asistida - legislación – filiación – derechos humanos.

Abstract

The present work analyzes the figure of the gestation by substitution beginning by its conceptualization and main characteristics. Make a tour of the doctrinal, normative and jurisprudential background. It also highlights the human rights of the people involved in the procedure, including the pregnant woman, the clients and the child born. Mention will be made of the positions that support and reject the legalization of the figure and the subsequent reflection on the existing legal vacuum and its implications, and that, in spite of this, has not prevented numerous cases from being submitted to decisions of the national justice. In jurisprudence.

Key Word

Pregnancy by substitution - technique of assisted reproduction - legislation - filiation - human rights.

Índice

Agradecimientos	2
Resumen	3
Palabras clave	3
Abstract.....	4
Key words.....	4
Índice	5
Introducción	8
Capítulo 1. Gestación por sustitución.....	11
1.1 Introducción.....	11
1.2 Conceptualización.....	11
1.3 Modalidades o tipos de gestación por sustitución	13
1.3.1 Gestación por sustitución tradicional.....	13
1.3.2 Gestación por sustitución gestacional.....	14
1.3.3 Variantes	14
1.4 Conclusión	15
Capítulo 2. Derechos intervinientes en la gestación por sustitución en el marco de la Constitución Nacional Argentina	17
2.1 Introducción.....	17
2.2 Derecho a la vida	17
2.3 Derecho a la dignidad	18
2.4 Derecho a la identidad	19
2.5 Derecho a fundar, tener una familia y derecho a procrear.....	19
2.6 Derecho a la salud sexual y reproductiva	20
2.7 Derecho a la igualdad y no discriminación.....	21
2.8 Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico	22
2.9 Interés superior del niño	23
2.10 Breve conclusión	24
Capítulo 3. Algunas implicancias de la ausencia de regulación de la gestación por sustitución y argumentos a favor de su regulación.....	27
3.1 Introducción.....	27

3.2	Respecto de la mujer gestante.....	27
3.2.1	Respecto a su situación laboral.....	27
3.2.2	Cobertura médica.....	27
3.2.3	Cuidados durante el embarazo.....	28
3.3	Respecto de la gestante y los comitentes.....	28
3.3.1	Negativa ante la entrega/recepción del niño/a.....	28
3.4	Respecto del niño/a nacido.....	28
3.4.1	Comitente/s que fallece/n durante el embarazo:.....	28
3.4.2	Identidad del niño.....	29
3.5	Argumentos a favor de la regulación de la gestación por sustitución.....	29
3.6	Conclusiones.....	30
Capítulo 4.	Argumentos en contra de la gestación por sustitución.....	32
4.1	Introducción.....	32
4.2	Cosificación de la mujer.....	32
4.3	Onerosidad del acuerdo.....	33
4.4	El fin que justifica los medios.....	34
4.5	El niño por nacer.....	34
4.5.1	La dignidad y la vida del niño por nacer.....	34
4.5.2	Las necesidades del recién nacido.....	34
4.5.3.	La identidad disociada del niño.....	35
4.6	Conclusión.....	35
Capítulo 5.	Disposiciones normativas en Argentina.....	38
5.1	Introducción.....	38
5.2	Antecedentes normativos.....	38
5.3	Antecedentes jurisprudenciales.....	39
5.4	Conclusión.....	44
6.	Conclusión final.....	46
7.	Listado de bibliografía.....	47
7.1	Doctrina.....	47
7.2	Jurisprudencia.....	48
7.3	Legislación.....	49

Introducción

Introducción

“Hacer, modificar, transformar, siempre genera nuevos retos, pero vale la pena enfrentarlos para contribuir a establecer un derecho que regule una realidad compleja, con nuevas vertientes de incerteza en razón del espectacular desarrollo de la biotecnología.”

(Kemelmajer de Carlucci, A ; Herrera, M y Lamm, E, 2012, pág. 43)

Es apropiado expresar que, aunque no se encuentra expresamente prohibida la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial, tampoco se encuentra comprendida mediante una regulación o tratamiento especial. Si bien durante el proyecto de redacción del nuevo código, se había analizado la posibilidad de incluir la figura de la maternidad subrogada, luego se descartó.

El artículo 562 del nuevo código establece que es madre quien “da a luz”. Por su parte, es el mismo artículo el que introduce el concepto de voluntad procreacional, como fuente de filiación en las técnicas de reproducción humana asistida. Es decir, que se interpreta que para determinar la filiación de un niño nacido mediante técnica de reproducción humana asistida (TRHA), se tendrá en cuenta quiénes tuvieron voluntad procreacional de darle vida, independientemente del aporte gamético.

Este artículo genera una controversia, porque si bien por una parte considera madre a quien “da a luz”, por otra parte, se establece un vacío legal que puede ser interpretado a favor de la madre y/o el padre que expresare su voluntad procreacional.

Desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial la ley civil reconoce tres tipos de filiación: por naturaleza, por adopción, y por técnicas de reproducción Humana asistida (TRHA). Las dos primeras ya estaban reguladas en el Código Civil de Vélez Sarsfield. La filiación por naturaleza desde 1871 y la filiación adoptiva desde 1948. La tercera es la novedad del CCC.

La falta de regulación en lo que respecta a la gestación por sustitución, genera un importante vacío normativo en nuestro país, enfrentando a las partes que la realizan a graves problemas no solo al momento de la filiación y reconocimiento de los niños nacidos producto del uso de esta técnica, sino también a diversos conflictos que se presentan desde el momento en que este niño es gestado en el vientre de la mujer que será la gestante, hasta su nacimiento y posteriormente el reconocimiento de sus respectivos derechos dentro del ordenamiento jurídico, sin contar con un marco regulatorio y protectorio adecuado para llevar este procedimiento delante de manera en que ninguno resulte perjudicado, ni se afecte el interés superior del niño (Saavedra, 2016).

Surge para este trabajo el siguiente problema de investigación: La falta de regulación de la gestación por sustitución en Argentina, ¿vulnera derechos reconocidos en la Constitución Nacional y tratados de igual jerarquía?

Se establece cómo hipótesis que existe una serie de derechos que le corresponden tanto a los comitentes como a los niños nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución, que se ven vulnerados ante la falta de regulación de la figura.

Para ello, la investigación se basará en algunas preguntas centrales: ¿Qué es la gestación por sustitución? ¿Qué estipula el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación con relación a este tema? ¿Cuál es la postura de la doctrina con respecto a la figura? ¿Qué derechos son comprometidos por no estar regulada la figura? ¿Cómo se determina la filiación del niño nacido mediante esta práctica?

Con el fin de llegar a la mejor resolución de la temática planteada, se formula como objetivo general determinar los derechos que se ven comprometidos en la gestación por sustitución debido a su falta de regulación legal. Y como objetivos específicos conceptualizar la figura de la gestación por sustitución; exponer el marco constitucional de los derechos y las implicancias que están en juego en la filiación y estudiar las disposiciones normativas actuales en Argentina en relación al tema.

En lo respectivo a la modalidad para llevar a cabo este proyecto, se ha elegido el proyecto de investigación aplicada (PIA), el que será de carácter exploratorio y descriptivo, centrada en conocer las cualidades del fenómeno en estudio. La estrategia metodológica a utilizar será cualitativa, ya que se recolectarán datos sobre la temática de estudio con el objetivo de comprender la situación de la gestación por sustitución en el país.

Capítulo 1. Gestación por sustitución

Capítulo 1. Gestación por sustitución

1.1 Introducción

Actualmente, producto de que las sociedades modernas readecuaron las formas de vivir en familia, la figura de la gestación por sustitución se ha convertido en uno de los institutos más debatidos en el derecho de familia y el campo de la bioética debido a que las normas aún no se han adaptado para dar una respuesta lógica a situaciones determinadas complejas. En el presente capítulo se realizará una conceptualización de la gestación por sustitución analizando a varios autores y adoptando una definición a los fines de este trabajo, también se describirán las modalidades tradicional y gestacional de la figura.

1.2 Conceptualización

Si bien en doctrina se encuentran numerosos conceptos de gestación por sustitución, se expondrán aquellos que se consideran más significativos a los fines del presente trabajo final de grado.

Una de las primeras definiciones que se conocieron fue la de Coleman, para quien la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte (Coleman, 1982, pág. 177).

Eleonora Lamm(2016) reflexiona al respecto de esta definición observando que para este autor sólo es posible la gestación por sustitución provocada a través de la inseminación artificial y en la que la gestante aporta sus gametos. Los comitentes deben ser una pareja, que debe ser heterosexual y estar casada. Además, debe ser infértil y el hombre debe aportar su material genético, previendo, para la transferencia de la filiación inicialmente reconocida en la gestante, distinta solución para el hombre al que reconoce directamente como padre que, para la mujer, a la que demanda una adopción.

Se ha aportado esta definición del año 1982, porque si bien está desactualizada en muchos aspectos, se advierte que, ante el vacío legal, varios países recurren a los mecanismos descriptos por el autor a los efectos de determinar la filiación de los comitentes.

Con el tiempo han ido surgiendo definiciones más abarcativas, más modernas y en las que no se distingue la técnica por la que se produce el embarazo, pero si se contempla la posibilidad de que la gestante aporte o no sus gametos.

Un ejemplo es la definición de Brazier (1998) para quien la gestación por sustitución es “la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer” (Lamm, 2016, pág. 23). Y se le puede sumar la de Gómez Sánchez (1994), para quien se llama gestación de sustitución al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste.

Se puede observar que, si bien son más abiertas estas definiciones, no prevén la posibilidad de que la pareja comitente esté formada por dos hombres o un hombre solo. En este sentido, se encuentra la definición de Pérez Monge, que intenta abarcar todos los tipos de gestación por sustitución definiéndola como: aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido/a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino). (Pérez Monge, 2002, pág. 329).

La gestación por sustitución es el término que se ajusta mejor a la realidad, aunque si bien también es conocida como maternidad subrogada o alquiler de vientre, se considera a los fines de este trabajo que no debe contener el término maternidad, ya que este engloba aspectos mucho más amplios y lo que se subroga es la gestación (se gesta para otros), la gestante no tiene la intención de tener un hijo, lo que hace es justamente gestar para que otro u otros sea padre o madre. (Notrica, F; Cotado, F Y Curti, P, 2017) Tampoco el término subrogación es correcto ya que, según la Real Academia Española, *subrogares* “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, lo que hoy se identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término *sustitución* para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo. (Lamm, 2016, pág. 25) Y, por otro lado, el término alquiler le da un sentido patrimonial o económico al acto, que debería considerarse altruista y solidario, sin perjuicio de las compensaciones que pudieran otorgarse (Notrica, F; Cotado, F Y Curti, P, 2017).

Volviendo a los fines de este trabajo, se considerará la gestación por sustitución como una forma de reproducción asistida por medio de la cual, una mujer, denominada gestante, acuerda con una persona o pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga el vínculo de filiación con el/los comitente/s.

Para ampliar el concepto, cabe explicar que cuando se habla de “gestación por sustitución”, se hace referencia a una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), destinada a parejas (de distinto sexo o del mismo sexo) y a personas solteras, que sufren alguna causa de infertilidad o esterilidad (médica o estructural) que les impide tener hijos propios mediante medios naturales o mediante otras técnicas de reproducción asistida de menor complejidad (Wagmaister, 2015).

Wagmaister (2015) expresa que dicha pareja o dicha persona, aporta sus propios gametos (espermatozoides y óvulos) o recurre a donantes de gametos, y mediante fecundación in vitro u otra técnica, el médico realiza la fecundación del óvulo, y la consiguiente formación de un embrión. Como ese embrión no puede ser gestado por dicha pareja o dicha persona, se transfiere a una tercera persona (mujer gestante) quien gestará al embrión hasta el nacimiento de ese niño. Ese niño nacido mediante subrogación, no tiene vínculos genéticos con la mujer que lo gestó (mujer gestante), porque ella no aporta sus óvulos. Por lo contrario, sí tiene vinculación genética con la pareja o persona que recurrió al procedimiento (padre/s genético/s), cuando ellos aportaron sus gametos. Luego del nacimiento, se debe reconocer la verdadera identidad y filiación de ese niño, como hijo de los padres que realizaron el tratamiento de reproducción. Dicha filiación se encuentra fundada en la identidad genética y/o en la voluntad procreacional (es decir, la voluntad de procrear).

El Dr. Rojas Pascual en su blog, expresa que la gestación por sustitución “es absolutamente legal en Argentina”, igualmente debe aclararse que no existe una Ley Nacional específica que permita dicha práctica en Argentina. Por ello, si bien no existe ninguna ley que trate sobre ella expresamente, sí existen proyectos de ley que no han sido aprobados aún. Su legalidad, igualmente presenta un debate doctrinario relevante en el universo del derecho (Rojas, 2015).

Siguiendo a Rojas, el autor afirma que los tipos de gestación por sustitución que existen en la actualidad, se diferencian en función del objetivo de la propia madre que aporta el vientre, y el propio factor económico que exista de por medio. Por otro lado, también se puede categorizar en función de la composición genética del embrión (es decir, las personas que aportan tanto el óvulo como el espermatozoide).

1.3 Modalidades o tipos de gestación por sustitución

Se distinguen dos modalidades dentro de la gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

1.3.1 Gestación por sustitución tradicional

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente (que está casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o es un hombre solo) o de un donante, en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno. Como puede advertirse, en la gestación por sustitución tradicional la comitente, si la hay, carece de vínculo genético con el niño. En estos casos, generalmente se recurre a la inseminación artificial (en adelante, IA) para provocar el embarazo de la gestante. Ahora bien, este tipo de gestación por sustitución también puede ocurrir en circunstancias informales, a través del sexo o la inseminación casera, con poca o ninguna participación de los profesionales de la salud. (Lamm, 2016)

1.3.2 Gestación por sustitución gestacional

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta sólo la gestación, pero no sus óvulos; éstos serán aportados por la comitente, si la hay y puede hacerlo, o por una donante. En cuanto a las variantes, siguiendo a Lamm (2016), puede que ambos comitentes aporten sus gametos (parejas heterosexuales en los que la gestante gesta el embrión formado por material genético de los comitentes) o se puede recurrir:

- A donante de óvulos con semen de comitente (este tipo de gestación por sustitución es generalmente usado por las parejas homosexuales de hombres, en los que uno aporta el semen con el que se fecunda el óvulo de una donante, que luego es implantado en la gestante),
- A donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente,
- A donación de semen y óvulo.

En estos casos necesariamente se debe recurrir a la fertilización in vitro (en adelante, FIV).

En este tipo de gestación por sustitución pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido, si tiene, y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes).

1.3.3 Variantes

Teniendo en cuenta las distintas combinaciones que pueden presentarse, se pueden distinguir cuatro variantes:

- Los comitentes aportan tanto el semen como el óvulo, produciéndose la oportuna fecundación in vitro e implantándose el embrión resultante en el útero de la gestante. (Lledó Yagué, 1988) Entonces, la pareja comitente, siempre que sea heterosexual, aporta el material genético en su totalidad

(óvulo y espermatozoide) y la gestante recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

- Sólo un comitente (o el comitente) aporta su material genético. En este supuesto, si el material genético aportado 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 cambio, si el material genético aportado es masculino (semen), el material genético femenino podrá ser aportado por la gestante o por un donante.
- La pareja comitente (o el comitente) no aporta material genético de ninguno de los dos, es decir, se recurre a la donación de óvulos y semen. En este caso, la GS será gestacional con óvulos y semen de donante.
- La gestante aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoides del comitente o de un donante. En este supuesto, la GS será tradicional, con espermatozoides del comitente o de un donante. (Lamm, 2016)

1.4 Conclusión

Se han desarrollado a lo largo de este primer capítulo los conceptos teóricos necesarios para comprender la figura objeto de este trabajo, se ha observado cómo fue evolucionando la definición de la gestación por sustitución y cuáles son sus variantes y se ha dejado planteado que no existe en la actualidad una ley que regule dicha figura, lo que plantea el interés de observar que implicancias tiene esta situación respecto a los derechos de los comitentes, cuestión que ocupará los siguientes capítulos.

*Capítulo 2. Derechos intervinientes en la
gestación por sustitución en el marco de la
Constitución Nacional Argentina*

Capítulo 2. Derechos intervinientes en la gestación por sustitución en el marco de la Constitución Nacional Argentina

2.1 Introducción

En este capítulo se hablará sobre los derechos que pueden verse comprometidos en aquellas personas que intervienen en el proceso de gestación por sustitución, tanto respecto a los comitentes como a los niños nacidos bajo esta figura, y que debido a la falta de seguridad jurídica no tienen garantizado el pleno ejercicio de los mismos.

Las personas poseen derechos fundamentales que les pertenecen por el sólo hecho de ser personas. La Constitución Nacional Argentina como ley suprema reconoce y protege derechos especialmente desde la incorporación a partir de la reforma de 1994 con el artículo 75 inciso 22 de los tratados internacionales con raigambre constitucional. Entre ellos se puede mencionar el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la dignidad. De esta manera y, a través de los tratados, el Estado ha dejado de tener un rol pasivo por el que se limitaba a no intervenir negativamente en el disfrute de los derechos de sus ciudadanos, para pasar a tener una función activa como administrador, garante y controlador del sistema.

Para relacionar más específicamente los derechos que aquí se exponen con el tema fundamental de este trabajo, se toma como base un fallo judicial del año 2017, del juzgado de familia n°3 de la provincia de Córdoba, donde los padres “intencionales” y la “gestante” comparecen ante el mismo para solicitar la homologación de un acta de compromiso de gestación por sustitución a los fines de poder hacerlo operativo. Las partes refieren los hechos familiares que llevan al pedido, los fundamentos y principios jurídicos y los derechos que consideran agraviados al no contar con una regulación al respecto. Como fundamentación del pedido de homologación del acuerdo de autos mencionado (“R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION” , 2017) Se tratan los derechos comprometidos y de los cuales se extrajeron conceptos que se consideraron pertinente para este trabajo.

2.2 Derecho a la vida

El derecho a la vida es un derecho universal, es decir que le corresponde a todo ser humano. Es un derecho necesario para poder aplicar todos los demás derechos universales y significa tener la oportunidad de vivir la propia vida sin que nadie lo impida.

Siguiendo a Krasnow (2005) el derecho a la vida, unido al de dignidad es el derecho que tiene toda persona a ser considerada y respetada como ser humano con el conjunto de atributos que le corresponden como tal.

El derecho a la vida está plasmado en el artículo 3. ° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *"Todo individuo tiene derecho a la vida digna, a la libertad y a la seguridad de su persona"*.

El Artículo 4 punto 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1984). Determina el derecho a la vida: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."*

Se recalca la importancia de no limitar su interpretación al mero hecho de existir y mantener los signos vitales, sino que debe ser concebido de manera tal que decir "derecho a la vida" lleve implícito contemplar el más amplio cúmulo de prerrogativas, de manera de poder autodeterminarse, realizando elecciones constantes sobre el modo en que se lleva esa "vida", el derecho a la vida así concebido guarda estrecha vinculación con el derecho a la libertad. ("R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION" , 2017)

Se debe tener en cuenta la situación especial del embrión producto de la gestación por sustitución, cuya creación y destino depende de la decisión de los comitentes.

2.3 Derecho a la dignidad

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) establece la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y, por tanto, fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Ese fundamento se plasma en diversos tratados internacionales que protegen la dignidad humana al prohibir el tráfico de personas, especialmente el de mujeres y niños, y garantizar el interés superior de los niños "en cualquier circunstancia y contra la interferencia en el proceso natural de la concepción y el nacimiento".

La dignidad es una cualidad esencial del ser humano, un atributo universal común a todos, del cual no se puede desprender por cuanto aquella cualidad permite diferenciarlo de lo no humano. Esta cualidad inherente a todas las personas constituye la idea rectora a partir de la cual se construyeron las normas constitucionales de los Estados occidentales y posteriormente las normas previstas en los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En general, si se analiza la argumentación desplegada por los jueces en las sentencias que reconocen la tutela los derechos, la idea subyacente es la de la dignidad

humana como fundamento último de los derechos, en definitiva, el reconocimiento de la gran afinidad que existe entre los términos dignidad y persona. En este sentido, autores como Habermas sostienen que una decisión justificada en casos difíciles suele ser posible únicamente si se apela a una violación de la dignidad humana, cuya validez absoluta fundamenta la prioridad de una de las exigencias sobre las otras.

La CADH (1984) en su artículo 11 determina: *Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Este derecho implica, por un lado, tratar al embrión como sujeto de derecho portador de derechos fundamentales en igualdad de condiciones con el resto de los implicados. Y por otro lado tratar a todos los intervinientes de la misma manera, independientemente si son parejas del mismo género o no y respetando los derechos de todos por igual.

2.4 Derecho a la identidad

La Convención sobre los Derechos de Niño establece en su artículo 8, que los Estados partes deben preservar la identidad de los niños, prestando asistencia para restablecer su identidad en casos de que sean privados de la misma.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”. También se refiere allí la Corte a la existencia del “derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad”

2.5 Derecho a fundar, tener una familia y derecho a procrear

Toda persona tiene derecho a desarrollarse dentro de una estructura familiar no importante la forma, es decir la composición de la misma. Cuando se habla del interés de procreación humana o de la voluntad procreacional de los mismos, se hace referencia a uno de los fines fundamentales en la constitución de una familia para muchos seres humanos.

Respecto al derecho a procrear, éste se funda en el derecho básico de todo individuo o pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento entre nacimientos, como también el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad a lo establecido en los documentos de los derechos humanos. Sin embargo, como ningún derecho es absoluto, resulta necesario determinar su alcance. Este tipo de derecho, de tan amplio alcance, plantea la necesidad de establecer un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad. Por ello, y a fin de evitar incertidumbre jurídica proclive a la vulneración de derechos, no caben dudas que hubiera sido mejor regular la figura. (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas, 1994)

Cuando se habla de libertad se refiere a que la persona con capacidad y autodeterminación de la voluntad se le posibilita actuar como desea. El derecho a la vida privada se relaciona con: la autonomía reproductiva, y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

2.6 Derecho a la salud sexual y reproductiva

El concepto de salud según lo define la Organización Mundial de la Salud (OMS) “es el estado completo de bienestar físico y social que tiene una persona”. Según exponen en el auto R.L.S. y otros (2017) lo que determina el estado de salud es la relación entre los componentes que lo integran y que son la adaptación al medio (biológico y sociocultural), el equilibrio entre forma y la función del organismo (alimentación) y la perspectiva biológica y social del individuo (relaciones familiares, hábitos) y el incumplimiento de uno de ellos genera el estado de enfermedad, vinculado con la relación triádica entre un huésped (sujeto), agente (síndrome) y ambiente (factores que intervienen). Añaden que la OMS define infertilidad como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas y que esa situación conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física como mental, emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que la sufren; que constituye una causa muy importante de depresión, tanto que las consecuencias sociales, psicológicas y culturales de la infertilidad han sido catalogadas en 6 niveles de gravedad que van desde el sentimiento de culpa, miedo y depresión hasta la pérdida de dignidad. Aseveran que la cuestión traída a consideración es el derecho a la salud en todas sus dimensiones, el que se encuentra afectado de forma flagrante, toda vez que, ante una patología subsistente (infertilidad), no se les permite desplegar todos los medios materiales existentes en pos de afrontarla. Señalan que, si bien este derecho es expresamente reconocido conforme nuestras propias normas constitucionales, el alcance e interpretación en nuestra nueva codificación optó por tutelar solo aquellas situaciones en donde exista una complicación al momento de concebir,

desamparando a quienes como ellos se enfrentan ante un impedimento extremo, sólo subsanable por la colaboración de un tercero (gestante sustituta). Puntualizan que todo el bloque de constitucionalidad se alinea a su postura, señalando una interpretación amplia del sistema es capaz de dar una respuesta más acabada a sus necesidades inmediatas.

El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”, entendiendo que este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. La protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

2.7 Derecho a la igualdad y no discriminación

Siguiendo con el fallo mencionado anteriormente entre las razones del pedido de homologación del acuerdo se gestación por sustitución marcan dos circunstancias que agravan los derechos a la igualdad y a la no discriminación. La primera es la desigualdad de oportunidades provocada porque en el país no se reconoce de forma expresa la gestación por sustitución, pero tampoco se la prohíbe, sin embargo, hay otros países que si la amparan y que incluso la reconocen de forma onerosa (alquiler de vientres). Luego dicen que se debe tener presente nuestro propio derecho, que en el art. 2632 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “El establecimiento (...) de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”. Refieren que el artículo establece el derecho a aplicar una circunstancia iusprivatista internacional, lo que lleva a una evidente desigualdad: si cualquier otra pareja argentina concibe a un hijo por utilización de la gestación por sustitución en cualquiera de los países que permiten esta opción (Rusia o Estados Unidos-California) se aplicaría, en materia de filiación, el mentado artículo. Dicha norma de carácter indirecto, remite a la legislación que “tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo” dentro de los puntos de conexión dados expresamente. Entienden que si se aplicara el derecho argentino interno, por ser “el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo”, donde no se contempla regulación expresa para la gestación por sustitución, sino que se aplica el Art 562 CCyCN (en cuanto a las TRHA aplica el principio “madre es quien da a luz”), se reconocería en la gestante el estado de MADRE y no se estaría consiguendo la

finalidad de la propia norma. Estiman que tal reconocimiento no sería el más favorable en post de la protección de los Derechos Fundamentales e Interés Superior del Niño. Concluyen alegando que, si sus recursos económicos fueran suficientes para soportar los gastos para realizar la práctica en el extranjero, podrían ser reconocidos como padres y cumplir su sueño y mayor anhelo de conformar su propia familia, a la vez que importaría ejercer los derechos que actualmente –por no contar con dichos recursos – se les restringen. Entienden que ello constituye un trato desigual y discriminatorio por parte del Estado, toda vez que la igualdad de oportunidades que el estado debe garantizar está categorizada por la situación económica de cada pareja.

Por su parte la segunda circunstancia es la desigualdad de exigencias. En el caso expuesto afirman que el sistema lleva a los padres intencionales a realizar las prácticas apelando a que la justicia pueda reconocerlos posteriormente como padres, cuestión que el bloque constitucional ya ampara pero que, la falta de regulación expresa y el rechazo social de algunos sectores, tornan ilusoriamente como prohibido o imposible. Sostienen que la concreta desigualdad se torna plausible al mencionar que todo lo expuesto no se le es exigible a ningún otro habitante del territorio argentino y que es notoria la falta para con el cúmulo de personas que padecen las imposibilidades físicas para concebir.

2.8 Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico

En nuestros tiempos, algunas situaciones que en un pasado eran inviables, por su alta complejidad, hoy se tornan posibles y están al alcance de las manos por el avance de la ciencia; lo que importa buscar mejorar aún más estas alternativas para alcanzar un mayor grado de confort.

La ejecución de este derecho exige, según Experta Independiente en el campo de derechos culturales de las Naciones Unidas, Farida Shaheed (2010) que se tomen medidas para garantizar:

- El acceso de todas las personas, especialmente los grupos marginados, a los beneficios del conocimiento y progreso científico, y sus aplicaciones necesarias para llevar una vida digna, así como a la información necesaria para participar en la toma de decisiones respecto a las áreas propuestas de investigación y desarrollo.
- La libertad indispensable para la investigación científica, incluidos los derechos de los científicos a la libertad de pensamiento, de sostener opiniones sin interferencia y a viajar.
- Que la forma en que se lleva a cabo la investigación científica y aplicada no dé lugar a violaciones de los derechos humanos. El establecimiento de una infraestructura científica sólida, teniendo en cuenta los recursos financieros

y humanos necesarios para la realización del derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.

- El desarrollo y el fomento de los contactos y la cooperación internacional.

El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, se consagra en los artículos 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Paris, 1948) y en el artículo 15 apartado 1-b del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Nueva York, 1966).

2.9 Interés superior del niño

Frente al derecho de los padres se encuentran los derechos de los hijos, quienes son los sujetos más débiles y merecedores de protección aún antes de su nacimiento. Este principio, sentado en la Convención de los Derechos del Niño, impone que 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 el interés superior del niño (cfr. art.3, CDN). Es un mandato que obliga, frente a situaciones conflictivas que puedan restringir o limitar derechos individuales, a privilegiar determinados derechos de los niños. Es decir, el derecho de los niños es de un interés superior a otros derechos individuales o colectivos.

El principio universalmente aceptado de interés superior del niño, se encuentra establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. El numeral 1 del artículo 3 dispone “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 Interés Superior del Niño deberá abarcar todos los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos. Está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos” y en la Constitución Nacional.

En Argentina, la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, consagra legislativamente este principio. Ahora, el CCC también lo incluye expresamente como pauta interpretativa en todo proceso en el que estén involucrados niños, niñas y adolescentes (art. 706 inc.”c”).

En el caso que guía este análisis de derechos, manifiestan que el interés superior del niño es un *principio* rector-guía, de carácter garantista que tiene como finalidad resolver

conflictos donde los niños se ven vinculados y que todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales deben aplicar en todas las medidas que adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños, pero los afectan (párr.13). Expresan que en el Código Civil y Comercial de la Nación también se recepta el principio de tutela del Interés Superior del Niño como principio rector en toda la materia de Familia que involucre menores de edad y sostienen que la elevación del interés superior del niño al rango de principio tiene dos implicancias fundamentales: una es que su cumplimiento se impone como obligación tanto en el ámbito público como privado; y, por otra parte, cumple una función hermenéutica, en tanto permite que se haga una interpretación sistémica y acorde con el predominio de los derechos de la infancia.

Se considera clave el conjunto de derechos centrados en la infancia, tanto que este principio fue citado expresamente en la normativa procesal de la provincia de Córdoba, toda vez que la Ley 10.305 - Código de Procedimiento del Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba – en el art. 15 establece que: *“El proceso de familia regulado en la presente Ley debe respetar los siguientes caracteres y principios generales: (...) 9) Interés superior de las niñas, niños y adolescentes: la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niñas, niños o adolescentes debe tener en cuenta el interés superior de esas personas;(…).*

En consonancia, Kemelmajer et al (2012) se sostiene que, si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que *“el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)”* (Kemelmajer et al 2012, p. 111).

Lo expuesto evidencia que los derechos del niño y su superior interés asumen en la solución de los casos sobre TRHA un significado determinante, en el fallo analizado se solicita que para el caso de homologar y autorizar el tratamiento, se disponga subsidiariamente que el niño sea inscripto como hijo de los comitentes y no de la gestante, toda vez que de lo expuesto se traduce que la voluntad procreacional surge de los primeros, y que brindar la orden requerida sería amparar el interés superior del menor de edad en el caso concreto.

2.10 Breve conclusión

Vistos los derechos más importantes que pueden comprometerse y, de hecho, son comprometidos en el proceso de gestación por sustitución es importante recalcar que urge la necesidad de un reglamento y ordenamiento de la figura, que aporte respuestas legales

a los conflictos e interrogantes que surgen de su práctica y que tienen que ver principalmente con la filiación del niño nacido y su protección.

*Capítulo 3. Algunas implicancias de la
ausencia de regulación de la gestación por
sustitución y argumentos a favor de su
regulación*

Capítulo 3. Algunas implicancias de la ausencia de regulación de la gestación por sustitución y argumentos a favor de su regulación.

3.1 Introducción

Este capítulo se deriva inmediatamente del anterior puesto que al analizar los derechos de las partes intervinientes se observan los efectos negativos que la falta de regulación de la figura trae consigo. Se identifican tres actores intervinientes: a) Una mujer en calidad de gestante, b) Una persona (hombre o mujer) o una pareja (homosexual o heterosexual) en calidad de comitente/s y c) Uno o más niños/a/s fruto de ese embarazo llevado a término. A continuación, se mencionan algunas situaciones que la no regulación de la figura deja libradas a conflictos e incertidumbre y se añade doctrina que argumenta a favor de la regulación de la figura.

3.2 Respeto de la mujer gestante

3.2.1 Respeto a su situación laboral

Si se trata de una mujer que se encuentra prestando tareas en relación de dependencia para un tercero, cabe preguntarse qué ocurre cuando, a través de esta técnica, la mujer quede embarazada y se lo notifique a su empleador. No existen dudas que deberá hacer uso de la licencia correspondiente, pero la situación no está contemplada por una ley que lo especifique y en todo caso debería modificarse la ley de Contrato de Trabajo creando un nuevo tipo de licencia. También podría suceder que el empleador se negara a abonar el salario correspondiente al período de licencia, alegando que ese hecho altruista de su trabajadora pertenece a la esfera de su intimidad y por tal motivo no tiene la obligación de solventar económicamente dicha decisión.

3.2.2 Cobertura médica

Aquí el problema se presenta un poco más complejo ya que se deben analizar numerosas situaciones. Principalmente, se debe determinar quién debe acarrearse el costo de la cobertura sanitaria de la mujer gestante durante el embarazo, parto y posparto. Planteando la duda respecto a qué ocurre si la gestante que posee una cobertura de salud a través de una obra social o medicina prepaga debe exigir la cobertura o no. Probablemente ofrezcan sus reparos y consideren que todo el proceso deba ser soportado por el agente de salud del/los comitente/s, ya que son ellos quien/es recurren a esta técnica debido a su imposibilidad de concebir. Ahora bien, resulta más difícil aún dilucidar quién debe

proporcionar la cobertura sanitaria en los casos en los que, como consecuencia de dicho embarazo, en la mujer gestante se generen secuelas o desarrolle problemas de salud, como, por ejemplo: diabetes gestacional, enfermedades hepáticas, complicaciones con la cirugía de cesárea, entre otras. Independientemente de esto, también surge el interrogante de qué ocurre si, como resultado de una incapacidad sobreviniente de la gestante, ésta no pueda volver a trabajar o no pueda volver a quedar embarazada, ¿podría reclamar algún tipo de indemnización al/los comitente/s?

3.2.3 Cuidados durante el embarazo

Durante todo el transcurso del embarazo, la mujer gestante debe cuidar su salud de una manera especial. Así es que cualquier embarazada debe evitar consumir alcohol, tabaco, drogas ilegales, entre muchas otras recomendaciones. A su vez, debe concurrir a controles periódicos con el obstetra y cumplir con las pautas por él indicadas, ya sean análisis de sangre, vacunas, ecografías, y numerosos exámenes médicos tendientes a observar el correcto crecimiento y desarrollo del embrión. Empero, no se debe dejar de recordar, que la mujer se encuentra gestando un bebé para un tercero, ¿qué sucede si no cumple con los recaudos y cuidados correspondientes? ¿Cómo podrían acceder los comitentes a conocer el estado de salud de la mujer y de su hijo por nacer, si esta última se negara? Ante ello, se observa aquí, una vez más, otra dificultad que podría ser subsanada si la práctica en estudio estuviese regulada y contenida bajo la mirada y el acompañamiento de las autoridades sanitarias.

3.3 Respetto de la gestante y los comitentes

3.3.1 Negativa ante la entrega/recepción del niño/a

Tal como están dadas las condiciones en la actualidad, la gestación por sustitución se realiza en condiciones que distan de ser ideales. En este contexto, se debe pensar qué podría ocurrir si, al momento del nacimiento del bebé, la mujer gestante no deseara hacer entrega del niño al/los comitente/s? ¿Cómo podrían reclamarlo? A la inversa ¿cómo resolveríamos el dilema si fuesen los comitentes quienes no desearan recibir al hijo nacido?

3.4 Respetto del niño/a nacido

3.4.1 Comitente/s que fallece/n durante el embarazo:

¿Qué ocurre con el bebé si, previo a su nacimiento, muere el único o ambos comitentes? En el caso de una pareja, si uno de los dos fallece, se espera que el otro se haga cargo del menor, pero si hay uno solo se vuelve a observar que, debido a la ausente

regulación, la mujer gestante queda desprotegida e inmersa en un gran dilema. ¿Quién queda a cargo del nacido? ¿A quién se le emplazará el vínculo filial? ¿A los fenecidos, a la gestante, pese a no haber deseado un hijo?

3.4.2 Identidad del niño

Se ha observado en numerosos fallos que al homologar los acuerdos privados se insta además a brindar al niño nacido en un futuro toda la información de sus orígenes e identidad, aquí se reflexiona, ¿cómo garantizar que ello ocurra? ¿Cómo podría protegerse el derecho a la identidad del niño? Sin regulación de la figura está claro que no.

3.5 Argumentos a favor de la regulación de la gestación por sustitución

En el marco de la reforma del Código Civil Argentino se halla la postura de una de sus precursoras Aída Kelmelmajer de Carlucci, que junto a Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2012), plantean los siguientes puntos relevantes en cuanto a la gestación por sustitución:

Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice en los centros de salud; antes bien, se utilizan estrategias, generando conflictos que podrían ser evitados como una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona.

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

Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costo.

Esta práctica se realiza en muchos países del mundo; las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En consecuencia, las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los Estados Unidos, Ucrania, la India u otros lugares donde dicha práctica está permitida, dando lugar a lo que

se denomina “turismo reproductivo”; de allí el interés puesto en la figura por algunos organismos internacionales, como la Convención de la Haya, tal como se ha indicado.

La legislación argentina permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo; la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiativos a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

Al hacer un recorrido por la doctrina, se encuentra como antecedente de las argumentaciones a favor de este tipo de prácticas lo que enseña Díaz de Guijarro (1965), en vinculación con el acto procreacional, al distinguir la concurrencia de tres elementos: la voluntad de la unión sexual; la voluntad procreacional y la responsabilidad procreacional. La voluntad de la unión sexual refiere a la libertad de mantener relaciones sexuales con o sin deseo de procrear. La voluntad procreacional apunta al deseo e intención de tener un hijo. Este término adquiere importancia con el desarrollo de la procreación asistida y como elemento que permite establecer distancia entre el vínculo filial y la verdad biológica. La responsabilidad procreacional, se vincula con los efectos que derivan del acto procreacional. Cuando la procreación se concreta, se concentra en los padres el conjunto de deberes y derechos propios del instituto de la responsabilidad parental, destinado en el presente a la formación y protección del hijo desde la concepción y hasta la mayoría de edad. (Saavedra, 2016)

3.6 Conclusiones

Los problemas descriptos en este capítulo son algunos de los tantos que se pueden generar en la práctica cotidiana, probablemente todos, o muchos de ellos, ya estén ocurriendo y seguramente existen otros que no se han contemplado. No obstante ello, se pretendió realizar una breve descripción para lograr dar más luz a la problemática que la ausencia de un marco regulatorio propicio provoca y añadir las pasturas doctrinales que apoyan la pronta legalización de la gestación por sustitución.

*Capítulo 4. Argumentos en contra de la
gestación por sustitución.*

Capítulo 4. Argumentos en contra de la gestación por sustitución.

4.1 Introducción

Se considera pertinente dedicar una parte del trabajo a exponer los argumentos que no apoyan la legislación de la figura bajo estudio, a los efectos de tener una visión completa de las posturas y los fundamentos al respecto.

4.2 Cosificación de la mujer

Un argumento que esgrimen los opositores a esta práctica, es que la misma atenta contra la dignidad de la persona, en un sentido amplio ya puede atentar contra la dignidad de la mujer gestante al considerar que se le instrumentaliza y se le cosifica como mero organismo reproductor. Autores como Lafferriere (2015), Franck (2016) y Sambrizzi (2010) sostienen que esta práctica instaura una nueva y moderna forma de esclavitud: se utiliza a la mujer como medio, vehículo, “recipiente”, con el objeto de gestar y dar a luz a un niño, que le será despojado apenas nazca.

Por su lado, el deseo de ser padres es, en sí mismo, válido (y el derecho así lo reconoce al legislar, por ejemplo, el instituto de la adopción), pero no tiene carácter absoluto, por consiguiente, no puede emplearse cualquier medio para lograrlo. El convenio de gestación por sustitución es inmoral e ilícito por tener como objeto a personas humanas y hacer de la mujer un instrumento de explotación física y económica, instaurando la comercialización de la maternidad y del cuerpo femenino. (Marrama, S; Vidal, E; Berardo, D y Thomas Benchoff, A, 2016)

Bajo esta corriente, se observa, por ejemplo, a Zannoni (1998), que asegura la inconveniencia de regularlo sobre la base de los siguientes argumentos: a) desde la perspectiva de las “madres sustitutas”, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación; b) desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino; c) los contratos de gestación por sustitución provocan, al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante; d) la dicotomía entre una madre biológica y

una gestante provocará, posiblemente, una dicotomía de intereses; y, e) en este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la madre portadora y los padres con intenciones de procrear. Al igual que la “madre portadora”, recibe el tratamiento de cosa. En efecto, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer (no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). El hijo se convierte, entonces, en la cosa debida (Zannoni, 1998, p. 533).

Un dato no menor a destacar es que quienes dan este argumento se apoyan en doctrina desactualizada, ya que en el tema en estudio dos o tres décadas es mucho tiempo, siendo que su avance y profundización se ha producido en los últimos años. Es que la doctrina clásica no puede dar respuesta a situaciones que se suscitan en la sociedad actual por diversas cuestiones, entre ellas, las razones y argumentos que se desarrollaron como puntos a favor de la gestación por sustitución. El mundo cambió y hay que encontrarse a la altura de estas circunstancias (Notrica, 2017).

4.3 Onerosidad del acuerdo

El proyecto de ley que no se incorporó a la reforma del código civil, remarcaba que el acuerdo de gestación por sustitución no tiene carácter lucrativo o comercial, pero es claro que nada impide que esta situación efectivamente se presente en la realidad. Incluso el mismo proyecto habilitaba la existencia de una compensación para la mujer gestante, con el pretexto de afrontar los gastos antes y después del parto. Ahora bien, más allá de la letra del proyecto, la postura en contra marca que se genera un “efecto deslizamiento” donde ceder ante las presiones de quienes propugnan la autorización legislativa de estas técnicas implica generar otras nuevas presiones en la misma dirección, con lo cual lentamente caerán las limitaciones que se establecieron originariamente. Una vez abierta la puerta es difícil cerrarla (Marrama, 2014).

Por su parte, parte de la doctrina argentina contraria a la gestación por sustitución, ha dicho que esta figura afecta la dignidad e integridad moral de la gestante, el/la niño/a que nacerá, cosificándolos y mercantilizando completamente la gestación, el nacimiento y la maternidad. En virtud de ello, se expresa que “(...) para evitar incertidumbres, lo más simple y mejor sea regular esta nueva figura jurídica. Pero por “regular” quiero decir “prohibirla” de modo expreso y claro, y en todas sus formas porque si no se desordena la maternidad y los vínculos que de ella se derivan” (Chiemplak, 2017, p. 118).

Una de las corrientes contrarias a su aceptación relaciona el contrato oneroso de gestación por sustitución con la posible explotación de las mujeres y la cosificación de sus cuerpos. “En este sentido se expresa que la práctica es una explotación social, aunque se

trate de cubrirlo con un manto de altruismo” (Radakoff, 2017) y se pregunta si las mujeres son libres de elegir cuando hay cifras siderales de por medio.

4.4 El fin que justifica los medios

Ningún proyecto de ley de la figura hace mención de las técnicas por realizarse para lograr la gestación en la madre sustituta. El único medio conocido a la fecha es alguno de los procedimientos de fecundación extracorpórea con transferencia de embriones, que han recibido numerosas críticas en el ámbito científico que mencionan las numerosas violaciones a derechos humanos que conllevan, en particular respecto a la dignidad de las personas involucradas, su derecho a la vida, a la salud, tanto para la mujer como para el mismo niño por nacer con muchos casos de mortalidad, riesgos clínicos derivados de embarazos múltiples, anomalías cardíacas y problemas en el desarrollo.

4.5 El niño por nacer

El interés superior del niño tiene, como ya se ha visto, en el ordenamiento jurídico nacional, una consideración primordial. Más allá de que muchos proyectos de ley afirmen tutelarlos, según lo plantea Errázquin (2016) a lo largo de sus artículos propuestos lo desconocen abiertamente, por lo siguiente:

4.5.1 La dignidad y la vida del niño por nacer

Se subordina la dignidad y el derecho a la vida del niño por nacer al deseo de paternidad de los comitentes. Su dignidad se viola, ya que se lo trata como un objeto de deseo y no como un sujeto de derechos. Su derecho a la vida se pone en riesgo por la utilización de las técnicas de fecundación extracorpórea (Errázquin, 2016).

4.5.2 Las necesidades del recién nacido

Los beneficios de la lactancia materna han sido objeto de diversas publicaciones científicas, como por ejemplo la de Jacobson (2019) que sostiene que en los primeros meses de vida es esencial, no solo porque genera un sistema inmunológico más fuerte que va a acompañar al niño durante toda su vida, sino porque, además, mediante la lactancia se genera un vínculo especial y estrecho con su madre. La gestación e inmediata entrega al comitente omite considerar esta necesidad fundamental para el desarrollo y crecimiento del niño. Así, se priva al niño de su derecho a un desarrollo saludable, en tanto se coarta su posibilidad de recibir el mejor alimento que puede tener en su corta edad, y que si bien puede ser sustituido por suplementos artificiales, en nada se asemeja a la nutrición que proviene del pecho de la mujer. Nuevamente las necesidades del recién nacido quedan en un segundo plano, en pos de la realización del deseo de los adultos que manifiestan su voluntad procreacional (Marrama, et al 2016).

4.5.3. *La identidad disociada del niño*

Toda persona tiene derecho a conocer su origen para desarrollar armónicamente y en paz su personalidad y para prever posibles enfermedades genéticas y hereditarias que puedan surgir en el transcurso de su vida. Durante el embarazo, se constituye una biografía gestacional del niño: es tan estrecho el vínculo formado, tanto orgánico como psíquico, que se puede hablar de una comunidad entre la madre gestante y el niño que lleva en su vientre, el cual marca su vida para siempre. Más relevante que el material genético es el aporte biológico transmitido al hijo por nacer durante el embarazo. Una vez que nace, y perfeccionado el contrato de gestación por sustitución, se rompe abruptamente este lazo, lo que conculca gravemente su identidad. (Marrama, et al 2016).

Al respecto manifiesta una reconocida fundación de España y a la que adhieren autores como Errázquin (2016): “Pueden llegar a ser 6 adultos los que reclamen la paternidad de cada bebé nacido de un vientre de alquiler: la madre genética o biológica (donante de óvulos), la madre gestante (el vientre de alquiler), la mujer que ha encargado el bebé, el padre genético (el donante de esperma), el marido o pareja de la madre gestante (que tiene la presunción de paternidad), y el hombre que ha encargado el bebé. Todo ello, aparte de ser fuente de más que probables conflictos jurídicos, impide al niño conocer su origen e identidad tal y como establecen los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Profesionales por la Etica, 2017).

Esta identidad disociada del niño que la legalización de la gestación por sustitución habilitaría rompe con parámetros morales, éticos y naturales reconocidos por el derecho desde hace años (*mater semper certa est*, sostenían los romanos). Los roles parentales se desdoblán: hay padres biológicos, madres gestantes y padres legales o sociales y la existencia de diversos progenitores produce un daño estructural en la propia identidad del niño y en el desarrollo normal de su futura personalidad (Errázquin, 2016).

4.6 **Conclusión**

La postura que plantea la prohibición de la gestación por sustitución, como se ha visto, intenta mostrar que existen grandes dificultades que se originan al pretender regular una práctica que es en sí misma moral y jurídicamente objetable, ya que las personas jamás podrán ser objeto de un acuerdo o convenio sin que se viole su dignidad personal, fundamento de los derechos humanos.

Además cabe señalar que como estos procedimientos son relativamente recientes, falta aún determinar en qué medida afecta psicológicamente a los niños nacidos bajo la gestación por sustitución, y considerando que la separación del bebé también puede provocar secuelas psicológicas a la gestante. También los padres contratantes pueden verse

sometidos a una fuerte presión ya que durante el embarazo carecen de la certeza absoluta de que la madre de alquiler se arrepentirá, o alguno de los donantes reclame la custodia del niño. En muchos casos, la madre contratante necesita también apoyo psicológico o al menos, unas condiciones psicológicas adecuadas para aceptar todo el proceso de la subrogación, de una maternidad ajena a ella misma. La relación del padre contratante con la madre de alquiler es complicada ya que ve a una mujer embarazada de su futuro hijo pero con la que no tiene ninguna relación. Y, en muchos casos, también hay que contar con la situación psicológica del marido de la madre gestante si es el caso.

Así se sostiene que todo el proceso implica, en fin, situaciones extrañas, ajenas y contrarias a la naturaleza.

*Capítulo 5. Disposiciones normativas en
Argentina*

Capítulo 5. Disposiciones normativas en Argentina.

5.1 Introducción

En este último capítulo se realiza un análisis de normativa local para observar cómo ha sido la evolución en materia legal de cuestiones como el acceso a las técnicas de reproducción asistida y además se recogen fallos donde los magistrados se han expedido sobre el tema para poder observar la postura que sienta jurisprudencia al respecto.

5.2 Antecedentes normativos

La problemática observada en torno a la gestación por sustitución lleva a observar que si bien la técnica no ha sido regulada en Argentina con la incorporación de la Ley N° 26.862 (2013) de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, la misma tampoco se encuentra prohibida permitiendo de este modo analizar el principio de reserva previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

Ante los inminentes cambios, sociales jurídicos y culturales producidos en los últimos años, Argentina se encontró frente a la necesidad imperiosa de regular el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), se marcó un antes y un después a partir de la sanción de la Ley N° 26.862 (2013) y su actual incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Con la sanción de esta ley se viene a establecer el marco regulatorio dentro del cual se puede hacer uso de las TRHA, para que aquellas personas que por algún tipo de impedimento, infertilidad, elecciones sexuales u otra anomalía al momento de procrear, cuenten con los componentes necesarios en la búsqueda de la constitución de una familia cuando los mismos consideren como fin fundamental el ejercicio de sus derechos reproductivos teniendo en cuenta la voluntad procreacional, para que puedan con ayuda de la ciencia médica acceder al uso de este tipo de técnicas contando con un marco regulatorio y protectorio adecuado en post de la real importancia que cobra el derecho de fundar familia y realizar el anhelado deseo de ser padres para los mismos.(Saavedra, 2016)

El surgimiento de nuevos modelos de familia y su reconocimiento en la sociedad a través de la regulación de leyes tan importantes como fueron la Ley N° 26.743 (2012) de identidad de género y la Ley N° 26.618 (2010) de matrimonio igualitario, hicieron

inminente y necesaria la regulación de una ley tan importante como la que regula el uso de las TRHA. Es necesario a partir de esto contemplar la realidad genética y biológica al momento de establecer los vínculos filiatorios. Delimitando de este modo, que el nuevo Código Civil Argentino contempla la filiación por naturaleza, debiendo constatarse la misma a través del vínculo biológico, como así también ahora la filiación en el caso de la utilización de TRHA, a partir de este nuevo modelo filiatorio. Otro de los temas que cobra real importancia es la voluntad procreacional, la cual va a ser expresada según este código a través del consentimiento informado ya que del mismo se infiere que se prestó este consentimiento en cuanto a la realización de este tipo de técnicas con la intención de dar vida a un nuevo ser (Saavedra, 2016). El Código Civil y Comercial (2015) expresa en su artículo 558 que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Que la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnica de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del Código y que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

En resumen la legislación actual relacionada al tema es la siguiente:

- La ley 26.862 de Acceso Integral a las TRHA que garantiza el derecho a la reproducción para aquellas personas que por distintos motivos no puedan concebir de manera natural.
- La ley 23.592 contra actos discriminatorios que restrinjan y vulneren los derechos y garantías regulados de la Constitución Nacional como por ejemplo el derecho a la igualdad, el derecho a formar una familia, y los principios de legalidad y reserva (Art 19 CN).
- La ley 26.061 de Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes, establece el derecho de los niños a conocer la identidad de sus padres biológicos, a crecer y desarrollarse en su familia de origen y a mantener un vínculo regular con ellos.
- La ley 26.618 sobre Matrimonio Igualitario y Unión Convivencial igualitaria que garantizan el acceso a las TRHA, como lo es la maternidad subrogada, a parejas del mismo sexo que estén civilmente casadas o bajo el régimen de unión convivencial, de manera que puedan formar un familia.

5.3 Antecedentes jurisprudenciales

Es preciso destacar que, al no existir una legislación específica, la jurisprudencia en los últimos años, se ha pronunciado sobre esta cuestión. En el país es cada vez más numerosa la jurisprudencia sobre el tema y en su mayoría los jueces han reconocido la

legalidad y legitimidad de la gestación por sustitución, reconociéndole efectos jurídicos. Entre las presentaciones realizadas ante los juzgados se han encontrado las siguientes:

- Los casos en que el niño/a ya ha nacido, dentro de la cual se observan:
 - impugnación de la maternidad,
 - solicitud de la inscripción registral,
 - medida autosatisfactiva, y
 - acción declarativa de certeza;
- Autorización judicial previa a la implantación del embrión;
- Autorización judicial previa al alumbramiento con el embarazo en curso.

La primera sentencia data de 2013. La magistrada María del Carmen Bacigalupo, a cargo del Juzgado Nacional Civil del Juzgado N° 86 donde se solicitó la inscripción de un recién nacido a nombre de los padres procreacionales y biológicos que acudieron a una gestación por sustitución proceso que se llevó a cabo en Argentina, para tener su hija en Argentina, ordenó la inscripción de la niña nacida en la Ciudad de Buenos Aires en el Registro Civil a nombre de sus padres procreacionales, en una sentencia sin precedentes en el país. Se refirió a “que no existe aún regulación legal que habilite o prohíba la maternidad subrogada de la que valieron los peticionantes para el acceso a la maternidad y paternidad, esto es la maternidad mediante la subrogación de vientre y aun cuando no se conoce si el proyecto de Código Civil que contempla la gestación por sustitución o maternidad subrogada pueda o no convertirse en ley, pero sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada”.

La magistrada pronunció que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera. Los argumentos terminan dando la pauta que se trata de una realidad que aun cuando no está legislada, merece una respuesta en este caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia en ausencia de ley que la legisle y contemplando, sin duda, la inexistencia de ley que la prohíba. La fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN, lo que sin duda afirma el principio que también recoge nuestra legislación actual en cuanto a la correspondencia de la realidad biológica y demás consideraciones formuladas en el decisorio. Resalta la Magistrada seguidamente que se ha sostenido que, si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que “el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo”.

En autos de sentencia H. M. y otro/a, del Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, se dictaminó que una pareja pueda anotar como propia a una niña, nacida a fines de febrero de 2016 y que fue gestada en el vientre de su tía. En un fallo que sienta precedente, la Justicia dictó la inconstitucionalidad de un artículo del nuevo Código Civil y Comercial (art. 562) que indica que la madre de un niño es quien lo da a luz. La sentencia abre el debate sobre la maternidad subrogada, que formaba parte del anteproyecto de reforma del código Velezano y luego fue excluido.

La decisión fue tomada por la jueza de familia de Lomas de Zamora, Dra. Villaverde. En su controvertida sentencia declaró “la inconstitucionalidad y anti convencionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz”.

En cuanto a los fallos que requirieron la impugnación de la maternidad, lo que se busca es, justamente, impugnar la maternidad de la persona gestante por no ser la madre biológica del niño nacido, y luego, una vez desplazada esa persona del lugar de madre, reclamar el emplazamiento de la comitente como progenitora. Esta estrategia se utilizó por ejemplo en el caso resuelto por el Juzgado de Familia de Gualeguay, Entre Ríos, el 19/11/2013, en autos caratulados “B., M. A. c/ F. C., C. R.”, y en otro por el Juzgado Nacional en lo Civil N.º 102, el 18/05/2015, en autos “C., F. A. y otros c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”.

En el fallo del Juzgado de Familia de la ciudad de Mendoza “*A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación*” del año 2015, una pareja se contactó con una mujer mendocina – mayor de edad y con dos hijos propios -, que estaba dispuesta a llevar el embarazo de un embrión fecundado in vitro con óvulo y semen del matrimonio. Se suscribe el contrato el 29 de abril 2014. La gestante fue sometida a estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso. La atención psicológica se extendió durante el embarazo. El bebé nace el 9 de enero de 2015, en el Hospital Español de Mendoza, donde el médico extendió certificado de nacido vivo a nombre de la mujer que lo dio a luz. Posteriormente, la pareja inicia una acción judicial para que se le reconozca la filiación del niño nacido y se lo inscriba como hijo propio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. El juez resuelve a su favor, y ordena inscribir al niño como hijo de dicho matrimonio, como se puede observar en el siguiente fragmento del fallo: “...Es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el

punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación... entiendo que debe garantizarse a todas las personas que lo necesiten el poder hacer uso de esta técnica...RESUELVO: NO HACER LUGAR a la nulidad del convenio, DETERMINAR que la filiación materna y paterna del niño, corresponde a los Sres. A.C.G. y J.J.F., DNI xxxx, por lo considerado IMPONER a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional”.

De la sentencia analizada se considera que el juez dio prioridad al interés superior del niño venido al mundo como resultado de una gestación por sustitución. Ello implica su derecho a una filiación e identidad legal que concuerden con su identidad socio-afectiva, y a que se reconozca el vínculo con sus padres comitentes como su único vínculo filial. La omisión de tratamiento del tema en el nuevo Código Civil y Comercial no puede privar a los niños que nazcan como resultado de estas prácticas de una filiación, un nombre y una nacionalidad, ni puede condenarlos a vivir en una relación filial con quien no tuvo intenciones de ser su madre.

Otra de las estrategias judiciales, consiste en no inscribir al niño nacido mediante el uso de la gestación por sustitución hasta tanto se pueda determinar la filiación a favor de los comitentes, a través de una acción declarativa o medida autosatisfactiva. Los primeros cuatro casos fueron iniciados en instancia judicial una vez que el parto ya se había producido y, por ende, el niño ya había nacido; y el último fue empezado cuando el embarazo se encontraba en curso. Los primeros son los siguientes fallos: Juzgado Nacional en lo Civil N.º 86, del 18/06/2013, autos caratulados como “N. N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”; Juzgado Nacional en lo Civil N.º 83, del 30/06/2015, en autos “NN O, s/inscripción de nacimiento”; Juzgado N.º 1 de Familia de la Ciudad de Mendoza, del 29/07/2015, en autos caratulados "A. V. O., A. C. G. y J. J. F." y Juzgado N.º 1 de Familia de Mendoza, del 15/12/2015, en autos caratulados “C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento”.

Por otro lado, cuando el proceso judicial es previo a la transferencia del embrión al cuerpo de la gestante, se tienen como ejemplo los casos de la ciudad de Rosario, de fecha 2/12/2014, caratulados como "F. M. L. y otra s/autorización judicial", tramitado por ante el Tribunal N.º 7 y el de la ciudad de San Carlos de Bariloche, del 29/12/2015, con carátula reservada.

Finalmente, se encuentra el fallo suscitado en la ciudad de Lomas de Zamora, tramitado por ante el Juzgado de Familia N.º 3, en autos “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias” de fecha 30/12/2015 donde el proceso de solicitud de filiación se inició una vez transferido el embrión al cuerpo de la gestante, es decir, ya estando el embarazo en curso.

En los tres grupos de casos, los argumentos suscitados para fallar a favor de que la determinación de la filiación sea en cabeza de los comitentes, fueron el derecho a la identidad del niño nacido, la voluntad procreacional como herramienta fundamental para emplazar a un niño como hijo de sus progenitores y el interés superior del niño, principio rector en todo proceso en donde estén inmiscuidos derechos de niños, niñas o adolescentes.

Se cree de suma importancia destacar un reciente fallo denominado P. A. M. Y OTRO s/ AUTORIZACION JUDICIAL del Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones I, Tucumán. San Miguel de Tucumán, (2018) considerado el primer fallo en Argentina que resulta preventivo a los fines de determinar la filiación, la inscripción de los hijo/s o hija/s y los roles y derechos de cada uno. Además, es el resultado de una minuciosa evaluación interdisciplinaria y la valoración del amplio catálogo de derechos humanos desde una obligada perspectiva de género.

La titular del Juzgado Civil en Familia de la Primera Nominación, Dra. Karina Lescano De Francesco, a través de una sentencia inédita en el país, autorizó a una familia a realizar la primera reproducción humana asistida de gestación por sustitución. Gracias a este fallo una mujer ayudará a su hermana-quien padece el síndrome de Rokitansky (agenesia congénita uterina) -y a su cuñado, a cumplir el deseo de tener un hijo propio. “Se trata de un acto de altruismo claramente humanitario y solidario basado en el amor fraterno” destacó la Dra. Lescano De Francesco, quien arribó a esta conclusión luego de conocer personalmente a todos los intervinientes y valorar los informes interdisciplinarios (médicos, psicológicos). Además, señaló que la doctrina afirma sobre este tema que “en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación sin que el estado pueda realizar intervenciones que impliquen obstáculos a su ejercicio” Luego de un exhaustivo análisis de todos los derechos humanos que titularizan todas las partes, la sentencia no sólo autoriza al matrimonio a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, sino que además declara la inconstitucionalidad e inconventionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial el cual se establece que la maternidad está determinada por el parto. También deja determinada la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica como hijos del matrimonio y que así se consigne en toda documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, en especial la referida a la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Asimismo, deja establecido el goce de las licencias laborales tanto para el matrimonio comitente – en calidad de progenitores- como para la gestante. A su vez, entre los derechos invocados, garantizados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con rango constitucional, se destacan el derecho a fundar una familia, el derecho a procrear, el derecho a la salud sexual y reproductiva y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, entre otros.

5.4 Conclusión

Con el extracto de fallos analizado anteriormente puede verse que tanto en casos en que, aunque actualmente la gestación por sustitución no se encuentre legislada, la realidad demuestra que es una práctica que se lleva a cabo y cada vez con mayor frecuencia. El mayor problema surge cuando los padres biológicos del niño nacido mediante esta técnica quieren inscribir su vínculo filial en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, ya que según el nuevo CCCN, “es madre quien da a luz” lo que ha generado varios planteos de inconstitucionalidad del artículo que lo expresa.

De esta manera, la determinación de la filiación se ha complejizado al vincularse con las nuevas prácticas de reproducción humana asistida donde los niños ya no son necesariamente concebidos o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres.

Conclusión final

6. Conclusión final

La “gestación por sustitución” no fue incluida expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación al regular la filiación en general, ni en relación a las técnicas de reproducción asistida en particular. Tampoco está concretamente incluida en la Ley n. ° 26862 (Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida). Sin embargo tampoco existe norma alguna que la prohíba expresamente. Por ello, la falta de regulación no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido. Ante el silencio legal, son los jueces quienes ante cada caso concreto tienen que pronunciarse acerca de la legalidad de la práctica que se realiza y en definitiva determinar la filiación de los hijos/hijas nacidas por esta técnica.

Si bien la regulación del uso de TRHA es considerada por muchos un gran avance en materia legislativa, permitiendo con la misma que cualquier persona capaz, mayor de edad pueda someterse al uso de ella siempre y cuando preste su consentimiento informado ante autoridad competente, nada dice respecto de la técnica de gestación por sustitución, generando con ello un importante vacío normativo, el cual debió ser tratado para dar claridad sobre esta situación, mucho más aun considerando que en la actualidad, es cada vez mayor el número de personas que recurren a ella sin contar con protección adecuada por parte del ordenamiento existente.

Se considera que el reglamento de técnicas como la gestación por sustitución es la primera forma de aceptar la realidad en la que vivimos. El hecho de seguir sin reconocerlas por tratarse sin dudas de una temática que provoca muchas controversias e incertidumbres respecto de sus consecuencias no genera otra cosa que la desprotección de quienes terminan acudiendo a ellas de todos modos.

Sin embargo, se considera personalmente que prohibir la gestación por sustitución no brinda una solución al problema de fondo, por el contrario, hace más riesgoso el proceso y vulnera aún más la situación de todos los actores involucrados.

Con el presente trabajo se reafirma a modo de conclusión la necesidad de incluir a la gestación por sustitución como una de las técnicas de reproducción humana asistida, cuya finalidad es la de posibilitar ser padres a aquellos que de manera biológica se han visto impedidos de serlo.

Reconocer los hechos que suceden en la realidad y enmarcarlos dentro de un plexo normativo, sin duda alguna servirá para disminuir los riesgos y las consecuencias negativas que se han tratado de esbozar a lo largo de estas páginas.

“Cuando el derecho silencia, termina excluyendo y siempre termina perjudicando al más débil” manifiesta Marisa Herrera, investigadora del Conicet (2016).”

7. Listado de bibliografía

7.1 Doctrina

- Brazier, M. (1998). Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements. Londres.
- Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions. *William Mitchell Law review*, 177.
- Errázquin, A. (2016). Las intervenciones en embriones humanos. Consecuencias para la existencia del hombre. *Anales*.
- Franck, M. I. (2016). Los derechos humanos en la gestación por sustitución. *El derecho*.
- Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- Herrera, M. (16 de 09 de 2016). *www.politicaargentina.com*. Obtenido de <https://www.politicargentina.com/notas/201609/16637-de-que-se-trata-el-proyecto-de-ley-sobre-gestacion-por-sustitucion.html>
- Jacobson, J. (03 de 06 de 2019). *www.medlineplus.gov*. Recuperado el 10 de 06 de 2019, de Biblioteca Nacional de los EEUU: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/patientinstructions/000639.htm>
- Kemelmajer de Carlucci, A ; Herrera, M y Lamm, E. (2012). Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. *La Ley*, 43.
- Krasnow, A. (2005). *Filiación: determinación de la maternidad y la paternidad*. Bs As: La Ley.
- Lafferrière, J. (2015). Análisis de un proyecto de ley de maternidad. *centro de bioetica*.
- Lamm, E. (2016). *Gestación por sustitución*. Barcelona.
- Lledó Yagué, F. (1988). El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo. *La filiación finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. (pág. 336). Madrid: Trivium.
- Marrama, S. (2014). Fecundación in vitro y derecho. *El derecho*, 9.
- Marrama, S; Vidal, E; Berardo, D y Thomas Benchoff, A. (2016). Los derechos humanos en la gestación por sustitución. *El Derecho*, 8.

- Notrica, F. (01 de 03 de 2017). *www.salud.gob.ar*. Recuperado el 26 de 02 de 2019, de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>
- Notrica, F; Cotado, F Y Curti, P. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *IUS Vol 11. N° 39*. Recuperado el 02 de mayo de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008&lng=es&tlng=es.
- Pérez Monge, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales,.
- Profesionales por la Etica, M. M. (2017). *www.profesionalesetica.org*. Obtenido de <http://profesionalesetica.org/documentacion/download-info/vientres-de-alquiler-maternidad-subrogada-profesionales-por-la-etica-edicion-revisada-enero-2017/>
- Rojas, P. (11 de 10 de 2015). *www.rojaspascual.com.ar*. Recuperado el 01 de 04 de 2019, de <http://www.rojaspascual.com.ar/index.php/blog/30-maternidad-subrogada-en-argentina>
- Saavedra, M. (2016). *LA VIABILIDAD DE LA GESTACION POR SUSTITUCION Y FILIACION EN ARGENTINA*. UES Siglo 21.
- Sambrizzi, E. A. (2010). La norma proyectada y la crítica del procedimiento de maternidad subrogada. *El Derecho*.
- Shaheed, F. (2010). *Informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, Sra. Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos*. Naciones Unidas. Asamblea general.
- Wagmaister, A (2015). *Maternidad Subrogada y Derechos del Niño*. Paidós, Buenos Aires.

7.2 Jurisprudencia

- H. M. y otro/a, del Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora. 30/12/2015. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/05/2016-Notrica-GS-nuevocodigocivil.pdf>
- CSJN. “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”.06/04/1993. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bahamondez-marcelo-medida-cautelar-fa93000111-1993-04-06/123456789-111-0003-9ots-eupmocsollaf>.

JUICIO: P. A. M. Y OTRO s/ AUTORIZACION JUDICIAL – Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones I, Tucumán, Jueza: Karina, reservado (Juzgado Civil en Familia de la Primera Nominación 26 de 09 de 2018).

“R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION” , Expediente n° 3447358 (Juzgado de Familia, Córdoba 22 de 11 de 2017).

7.3 Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. 1/08/2015.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ley 26862 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. (2013). Argentina.

Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas, C. (1994). *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas*. El Cairo.

(1994). *Constitución de la Nación Argentina* . Argentina.

(1984). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Ley 23.054*. Argentina.