



TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACÍA

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

Autora: Tomás, Silvina Marianela

Legajo: VABG35489

D.N.I: 34.635.597

Tutor: Chiavassa, Germán.

2019

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Resumen

La realidad moderna demuestra que la maternidad por sustitución o subrogada, tiene lugar en muchos hogares argentinos, por lo que necesita ser incorporada en los textos normativos pertinentes. Ésta necesidad, no emana de un vacío o laguna legal, analizada por *Nino* (2003) como aquella que tiene lugar cuando el sistema jurídico carece de toda solución normativa respecto de ciertos casos. Sino que se concibe realmente como una deuda normativa, ya que ésta inicialmente fue contemplada en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, pero finalmente no llega a ser incorporada en el plexo final, por lo que es admitida únicamente en la jurisprudencia argentina.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se encuentran contempladas en el Código Civil y Comercial, pero al no haber especificación respecto de la gestación por sustitución, para tales casos, es el saturado Sistema Judicial el que se encarga de dirimir conflictos en dicha materia. El propósito del actual TFG será realizar un análisis de la doctrina y jurisprudencia argentina que concierne a la gestación por sustitución, su legitimidad, efectos y su implicancia en el derecho comparado para desarrollar, de ésta manera, una mejor información y explicación que sirva al entendimiento del ciudadano.

Palabras Claves: Maternidad - Subrogada – Voluntad - Procreacional – Código Civil y Comercial.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Abstract

Modern reality shows that maternity by substitution or surrogate, takes place in many Argentine homes, so it needs to be incorporated into the relevant normative texts. This need, does not come from a vacuum or legal gap, analysed by Nino (2003) as that which takes place when the legal system lacks any normative solution regarding certain cases. But it is really conceived as a regulatory debt, since this was initially contemplated in the Draft of the Civil and Commercial Code, but finally does not get to be incorporated into the final plexus, so it is only admitted in Argentine jurisprudence.

Assisted Human Reproduction Techniques are contemplated in the Civil and Commercial Code, but as there is no specification regarding replacement gestation, for such cases, it is the saturated Judicial System that is in charge of resolving conflicts in said matter. The purpose of the current TFG will be to carry out an analysis of the Argentine doctrine and jurisprudence that concerns gestation by substitution, its legitimacy, effects and its implication in comparative law to develop, in this way, a better information and explanation that will serve to understand of the citizen.

Key Words: Maternity - Subrogated - Will - Procreational - Civil and Commercial Code.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Agradecimientos

En éste momento, en el que me resulta increíble estar escribiendo las palabras más importantes de mi vida, es imposible no pensar en todo lo que el camino costó. Muchas veces creí que las fuerzas que me impulsaron a comenzar, una y otra vez, mis sueños, en algún momento iban a agotarse. Sin embargo, heme aquí... feliz, emocionada y más fuerte que nunca.

Dios me dio la dicha de que éste camino no solo tuviera pequeños baches de los que amorosamente aprendí, sino que también permitió que mi transitar por éste destino no sea sola, sino de la mano de dos personas maravillas: mis viejos. Por el gran obsequio que son mis padres, es que mi fe es más infinita que nunca.

Cuando somos pequeños, temores impensados invaden nuestra mente, muchas veces los niños terminan acurrucados debajo de las frazadas esperando a que ningún mal los alcance ni si quiera de cerca. En mi caso, no podría estar más agradecida de que nada atemorizante rozara mi camino, pues mis padres velaron siempre por mi seguridad, por mantenerme lejos de lo dañino del mundo. A ellos les debo todo lo que soy, y lo que espero algún día llegar a ser... un espejo en el que ellos puedan mirarse con orgullo, tal como yo lo estoy de ellos.

A mi familia, mis hermanos queridos, a quienes amo con todo mi corazón, y espero sentar un ejemplo de lo que la perseverancia puede lograr cuando se tiene los ojos puestos en la meta.

A mis amigos, colegas, y todos aquellos que comparten día a día conmigo,
¡¡¡Muchas gracias!!!

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Índice

Resumen.....	1
Abstract.....	2
Agradecimientos.....	3
Índice.....	4
Introducción	6
Capítulo I Técnicas de Reproducción Humana Asistida	11
Introducción	12
1.1 TRHA: Concepto.....	12
1.2 Filiación y voluntad procreacional	13
1.3 La Maternidad Subrogada como TRHA.....	15
Conclusión Parcial	16
Capítulo II Maternidad Subrogada – Nociones Básicas	17
Introducción	18
2.1 La Familia y su actualidad general.....	18
2.2 La Maternidad.....	19
2.3 Maternidad Subrogada: Concepto	20
2.4 Características básicas del procedimiento	21
2.5 Principios rectores.....	22
2.5.1 Igualdad	22
2.5.2 Legalidad.....	22
2.5.3 Reserva	23
2.6 Tipos de Maternidad Subrogada	24
Conclusión Parcial	25
Capítulo III Análisis Legislativo	27
3.1 Introducción	28
3.2.1 Proyecto Diputado Hugo Nelson Prieto.....	30
3.2.2 Proyecto Juan Pablo Rojas Pascual – Mendoza	31
3.3 La gestación por sustitución en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación	33
3.4 ¿La subrogación es legal?	34
3.6 Conclusión Parcial	35
Capítulo IV Análisis Jurisprudencial.....	37

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



4.1 Introducción	38
4.2 CIDH: “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”	38
4.3 Córdoba: “R, R. A. y Otros” (2018).....	39
4.4 Mendoza.....	40
4.5 San Luis.....	41
4.6 Conclusión Parcial	41
Conclusión Final.....	43
Conclusión	44
Bibliografía	47
a) Doctrina.....	47
b) Legislación	48
c) Jurisprudencia.....	49
d) Otras Fuentes.....	50
Anexo: Propuesta	52

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Introducción

La imposibilidad de gestación afecta a un sinfín de parejas en toda la nación argentina, y aun cuando existe una variedad de técnicas de reproducción humana asistida, que pueden remediar las problemáticas de infertilidad, existen muchos casos en los que dicha imposibilidad médica no se ajusta a las propuestas de las técnicas, de menor complejidad, que reconoce la normativa argentina.

La maternidad subrogada o gestación por sustitución es definida por la Real Academia Española como el *“Embarazo mediando un contrato en virtud del cual la madre gestante renuncia a la declaración de maternidad del hijo, en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas (padres comitentes o intencionales)”*. Ésta técnica remedia las necesidades parentales de parejas heterosexuales estériles, y aquellas del mismo género que manifiestan la necesidad de compartir un proyecto de vida en común. Son personas que no pueden tener hijos de manera natural.

La maternidad subrogada, también conocida peyorativamente como “alquiler de vientres”, es una deuda normativa que viene acarreado la legislación nacional desde el derogado código velezano, hasta el actual Código Civil y Comercial una vez entró en vigencia el 01 de agosto del 2015. Esto implica una desprotección a las parejas que precisan de dicha TRHA, y continúa como una deuda reglamentaria porque aun cuando en el anteproyecto del actual Código Civil y Comercial se hallaba regulada, en el plexo final, la figura legal finalmente no fue incorporada, lo que continúa generando un compromiso no cumplido con una porción poblacional que, sigue reclamando su reglamentación para no tener que arribar a la judicialización de sus circunstancias particulares de clara índole personal.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

Las técnicas de reproducción humana asistida, en las que deberían formar parte la gestación por sustitución, se encuentran contempladas en el Código Civil y Comercial en varios articulados, pero aquellos que las comprenden de forma más extensa, se encuentran en el Título V, destinado a la filiación, Capítulo I, en sus artículos 558 y 559. Para luego extenderse en el Capítulo II, titulado, “*Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida*”, que abarca desde el artículo 560 hasta el 564 inclusive.

No existe un artículo específico que se pronuncie respecto a ésta modalidad de gestación subrogada. Sin embargo, aun cuando el Código Civil y Comercial no se expresa respecto a ellas, la jurisprudencia argentina contempla una amplia variedad de casos que obtuvieron el visto bueno del derecho nacional, la más reciente, admitió la autorización al procedimiento de gestación por sustitución en Villa María, provincia de Córdoba, el 08 de Junio del 2018¹. Ésta contrariedad es lo que lleva a interrogar: ¿Qué normativa del Derecho Argentino admitiría la judicialización de un caso de maternidad subrogada en la actualidad? Problema que suscita otros interrogantes tales como: ¿Es legal la maternidad subrogada en Argentina? Cada vez que una pareja desee, dada su voluntad procreacional, acudir a ellas ¿Deberá judicializar su caso? ¿Qué principios rigen a la gestación subrogada? ¿Cuál es el soporte jurídico que ampara a la gestación por sustitución? ¿Es una Técnica de Reproducción Humana Asistida? ¿Debe existir un Registro Nacional de Gestantes? ¿El consentimiento es obligatorio, se puede presumir el mismo? ¿Cuáles son los requisitos para la realización de la gestación por sustitución?

¹ Juzg. CCyFam. N°2 de Villa María, “R., R. A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”, sentencia del 08/06/2018, Expte. N° 2908074.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Las recientes interpelaciones se encuentran alineadas al objetivo general del escrito, el cual busca determinar la legalidad de la maternidad subrogada en Argentina, desplegándose del mismo, objetivos aún más puntuales como analizar de manera crítica la jurisprudencia argentina correspondiente a la gestación por sustitución; determinar la importancia del consentimiento en la maternidad subrogada; analizar la figura de la gestación por sustitución en el Derecho Comparado; establecer los efectos que surgen de la maternidad subrogada; determinar la identidad y el derecho superior del niño nacido mediante gestación por sustitución; entre otros.

El presente trabajo final de grado se apoya en una hipótesis de tipo deductiva, en ella se entiende que la gestación por sustitución no posee una normativa precisa que la regule, por lo que debe ser solicitada mediante vía judicial a los fines de que pueda ser concedida.

La jurisprudencia argentina, reconoce a la gestación por sustitución como una realidad social. Es una forma de maternidad a través de TRHA, en la cual una pareja de igual o distinto género, por dificultades biológicas, no puede concebir. Dicha pareja, aporta o recurre a donantes de gametos (óvulos y espermatozoides) para la realización de una fecundación in vitro o a través de otro procedimiento, que producirá la formación de un embrión. Por otro lado, el embrión, se transfiere a una fémina gestante, una tercera persona, quien portará al nasciturus hasta el nacimiento.

Es por ello, que la institución subrogada es una importante figura en el derecho de familia, es ampliamente analizada por la doctrina y jurisprudencia, pero contiene ciertas problemáticas que incluyen: la falta de regulación jurídica, y, a su vez, una presunta falta de información por parte de la ciudadanía interesada, que le impide comprender ab initio su complejidad, requisitos y efectos. De modo que, la normativa que permitiría la

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



judicialización en los casos de maternidad subrogada, son los principios constitucionales de igualdad, reserva y legalidad amparados en los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución Argentina, a su vez, lo dispuesto en antecedentes jurisprudenciales a nivel nacional e internacional en la CIDH. Por otro lado, lo dispuesto en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, entre otros fundamentos jurídicos que avalan su permiso y protección.

Esa falta de regulación normativa es lo que lleva a que cada caso deba ser judicializado bajo dichos argumentos jurídicos, ello con motivo de obtener el permiso, lo cual provoca que el sistema judicial siga saturándose.

En cuanto a la estructura, éste escrito se encuentra compuesto por cuatro capítulos a desarrollar que van de lo general a lo particular, y dentro de los cuales se intentará desentrañar todas las incógnitas referentes a la temática central, de modo que pueda resultar de interés al lector.

En el primer capítulo se presenta la figura de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), donde debería formar parte la maternidad subrogada, tópico nuclear de ésta exposición. Dentro del segundo capítulo, se expone en profundidad la dogmática del tema elegido, conceptos; caracteres; principios rectores, evolución histórica, entre otros. Del mismo modo, se aborda la voluntad procreacional y los derechos reproductivos, importantes eslabones en éste desarrollo.

El tercer capítulo expone un análisis legislativo, donde se exponen proyectos sobre la problemática abordada. Mientras que, en el cuarto y último acápite, el análisis jurisprudencial da respuesta a la pregunta central, enfocándose en dos fallos de vital relevancia, éste apartado abre la puerta a las conclusiones finales que permitirán aunar las razones doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales que expresan que la subrogación

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



debería estar contemplada en el ordenamiento jurídico argentino de manera expresa y efectiva. Cada acápite contará con su respectiva introducción y conclusión parcial, lo que permitirá que, al arribar a la conclusión final, el lector haya podido realizar una comprensión acabada de lo cuestionado.

Los tipos de estudios incorporados en el actual escrito son *descriptivos* y *explicativos*. En el primer caso, se buscó describir fenómenos, situaciones, contextos y eventos relacionados a la maternidad subrogada, detallando cómo son y cómo se manifiestan. Por otro lado, el estudio explicativo permite abordar las causas de los acontecimientos y fenómenos físicos y sociales, explicando porque ocurre dicho fenómeno y en qué condiciones se manifiesta. (*Sampieri 2006*).

Si bien la temática del trabajo es un instituto que no se encuentra regulado por el nuevo Código Civil y Comercial, es contemplada por la doctrina del derecho de familia, y se intenta analizarla dentro de diversos aspectos, principalmente desde el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

Dada la naturaleza jurídico-social de éste proyecto, a través de la observación, análisis e interpretación de los datos anteriormente expuestos, se utilizará la estrategia metodológica *cualitativa*. La misma, pretenderá seleccionar técnicas variadas de análisis del discurso, y aquellos datos producidos por los sujetos estudiados (*Yuni-Urbano 2006*). Éste método de investigación permite una comprensión cercana y precisa de los hechos que importan a la autora en materia de maternidad subrogada.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Capítulo I

Técnicas de Reproducción Humana Asistida

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Introducción

En éste apartado se intentará presentar la institución de TRHA, en la cual debería formar parte la figura en cuestión dadas sus características procedimentales.

Tal como se vino adelantando en el primer acápite, la maternidad por sustitución es llevada a cabo como una de éstas técnicas, pero carece de regulación propia y específica. De modo que es tarea del presente apartado, mostrar al lector, las razones por las cuales debería considerarla como tal.

1.1 TRHA: Concepto

Desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, el Derecho de Familia comenzó a gozar de una amplia aplicación normativa que muchas de sus instituciones precisaban, entre ellas se encuentran las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), un conjunto de procedimientos o métodos biomédicos que posibilitan la reproducción humana, cuando ésta no puede ser alcanzada de manera natural. La elección del procedimiento depende de las necesidades de los comitentes, sus limitaciones reproductivas o dolencias particulares.

Desde el punto de vista de la doctrina jurídica, son: “Todos aquellos medios, por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación”. (Rivera, 2004, p. 367)

Ante dicho criterio, surge la imperiosa necesidad de otorgar un contexto a lo expuesto por Rivera, de modo que al acudir a *Famá* (2011) se pudo establecer que:

Los avances biomédicos ligados a los cambios sociales y culturales de las últimas décadas, han potenciado el acceso a dichas técnicas, generando en el campo jurídico, la necesidad de reformular los principios tradicionales, casi universales, que han servido de fundamento al régimen filial desde el derecho romano. (*Famá*, 2011, pág. 1214)

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



1.2 Filiación y voluntad procreacional

La palabra filiación, etimológicamente proviene del latín *filius* (hijo), y de acuerdo a Rivera y Medina (2016) es “el lazo de parentesco existente entre los padres y sus hijos”. Éste concepto encuentra una ampliación en el artículo 558 del Código Civil y Comercial, donde se amplía la noción a través de una clasificación de las filiaciones para el derecho privado:

- 1- **Por Naturaleza:** Donde el parentesco emana de un vínculo biológico, consanguíneo, entre progenitores y descendientes. Ya sea que se surja de una relación matrimonial o extramatrimonial.
- 2- **Por voluntad procreacional:** He aquí a la filiación que compete al vigente escrito. En ella interviene la ciencia médica, otorgando múltiples procedimientos para la concepción, de los que emana un parentesco deseado, perseguido hasta su concreción². Regido íntegramente por la autonomía de la voluntad, ésta opción, constituye una respuesta para todas aquellas personas que desean concebir, pero se encuentran biológicamente limitadas para hacerlo.
- 3- **Adopción:** Es aquella en la que el vínculo entre las partes no se relaciona de manera alguna a lo biológico, sino a través de una decisión sentencial que la otorga³.

² Código Civil y Comercial de la Nación. Libro II: Relaciones de familia- Título V: Filiación- Capítulo II: “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. Art. 562. “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre 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”. [Ley N° 26.994]

³ Código Civil y Comercial de la Nación. Libro II: Relaciones de familia- Título V: Filiación- Capítulo I: “Fuentes de la Filiación. Igualdad de efectos”. Art. 558.” La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



La filiación que surge de la maternidad por sustitución tiene igualdad de efectos que aquella emanada por naturaleza o adopción, ya que su resultado proviene del principio de voluntad procreacional de las partes, entendido como:

[...] El elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas⁴. (Anteproyecto, 2011, pág. 77)

Dicha voluntad se manifiesta a través del consentimiento informado⁵ a las partes intervinientes. Éste debe siempre ser previo, informado, libre y formal, para que todos aquellos que deseen ejercer la parentalidad por medio de las TRHA, específicamente a través de la gestación por sustitución, sea a través de una declaración de voluntad debidamente emitida, precisa y clara, protocolizada ante escribano público⁶. Lo que la enviste de un carácter legítimo e irrevocable, una vez que es otorgada, debiendo ser inscripta en el Registro Civil y Capacidad de las Personas.

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.”. [Ley N° 26.994]

⁴ Lorenzetti, Highton de Nolasco & Kemelmajer de Carlucci (2011) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Decreto Presidencial 191/2011. <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>

⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Libro II: Relaciones de familia- Título V: Filiación- Capítulo II: “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. Art. 560. “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.”. [Ley N° 26.994]

⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Libro II: Relaciones de familia- Título V: Filiación- Capítulo II: “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. Art. 561. “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”. [Ley N° 26.994]

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

Rojas Pascual (2015) afirma que “el único objetivo de la gestación por sustitución, es que los progenitores del bebé (comitentes) sean reconocidos por la ley como padres legales del mismo, que obtengan su filiación”.

1.3 La Maternidad Subrogada como TRHA

Por los criterios en el procedimiento que lleva a su concreción, la subrogación es sin lugar a dudas una TRHA. Debido que, para llegar a ella, se precisa de las técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro.

La inseminación artificial tiene lugar en la subrogación parcial, donde la gestante aporta su propia carga genética, a través de sus óvulos, manteniendo de ésta manera una relación biológica con el niño por nacer. Para que ello ocurra, se mantiene control del ciclo menstrual de la gestante, para que al llegar al día en que se encuentre ovulando, se pueda insertar el semen en el preciso momento en que el óvulo es liberado. Ésta técnica no es infalible, por lo que puede intentarse en varias ocasiones.

La fecundación in vitro es la técnica que respalda a la subrogación plena, donde la gestante no aporta su material genético y no tiene relación biológica con la persona por nacer. Éste procedimiento biomédico es extracorpóreo, es decir, que se realiza fuera del cuerpo de la gestante:

La técnica consiste en una estimulación ovárica controlada mediante medicamentos aplicados a la mujer con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos que serán aspirados posteriormente vía vaginal. Esos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio (“in vitro”) y, posteriormente, los ovocitos que sean fertilizados y progresen adecuadamente a embriones serán transferidos a la cavidad uterina. (Bagnarello, 2014, pág. 1)

La maternidad subrogada, también es reconocida por la jurisprudencia argentina como “una compleja figura jurídica, y parte de las Técnicas de Reproducción Humana

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

*Asistida*⁷. Mientras que la doctrina de Sánchez Uthurriague & Fernández (2015) afirma que “La gestación por sustitución, como TRHA, consiste ni más ni menos que en una forma de acceso a la parentalidad dentro de las diversas formas familiares”. (pág. 2)

Conclusión Parcial

Una vez delimitada la necesidad de su regulación, en el primer acápite, éste apartado concede una mirada más profunda respecto de los por qué de la maternidad subrogada como parte de las TRHA.

Por el mero procedimiento que conlleva a su realización, permite entender que ya debería ser contemplada como tal, y para sumar un contexto jurídico, la jurisprudencia y la doctrina argentina, se posicionan en la misma idea.

En conformidad con esto, otra de las razones fundamentales que sustentan el requerimiento de regulación, son los efectos filiatorios que se desprenden de éstas técnicas, dado que los progenitores (comitentes) del bebé, tienen la misma calidad de padres que aquellos legitimados por naturaleza o adopción, es decir que la ley los reconoce como padres legítimos. Presentando ampliamente a la voluntad procreacional y el consentimiento informado, debidamente emitido, éstos son elementos centrales y determinantes de dicha filiación, por lo que puede entenderse la razón por la cual ésta técnica merece reconocimiento.

⁷ Juzg. De Fam. N°7 de Lomas de Zamora, “H. M. Y OTRO/AS MEDIDAS PRECAUTORIAS (art. 232 del CPCC)”, sentencia del 30/12/2015, Expte. N° LZ-62420-2015

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Capítulo II

Maternidad Subrogada – Nociones Básicas

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Introducción

La maternidad subrogada se presenta como otra opción para la concreción de una familia en la actualidad. Es motivada por la voluntad procreacional de parejas del mismo o diferente sexo que, por dificultades biológicas, no pueden o quieren concebir de manera natural.

En éste primer apartado, se buscará introducir al lector, en las nociones generales de la figura a investigar, conceptos, evoluciones históricas, principios rectores, entre otros. Con el motivo de que pueda comprender desde un primer instante todo lo abordado.

2.1 La Familia y su actualidad general

No es materia novedosa afirmar que la concepción de familia ha evolucionado con el paso de los años. Desde hace mucho tiempo que la imagen de un hogar heteroparental ha sido superada por las necesidades de la sociedad en constante progreso. *Herrera* (2015) secunda ésta declaración, estableciendo que en la actualidad se ubica en el centro de la escena a la persona, comprendida como objeto y objetivo de protección. Es ésa persona, quien se arma de libertad para elegir cómo quiere organizar e integrar su familia, su hogar, excluyendo la figura del Estado en dicha prerrogativa.

La familia es la institución primaria donde surge y se forma la persona física, tiene vital relevancia en su desarrollo personal, psíquico y emocional. Hoy existen múltiples nociones de familia, según lo establece UNICEF (2003)⁸ entre las que se encuentran:

- Las familias heteroparentales son el actual bastión tradicional, donde los progenitores (hombre y mujer) conforman un hogar a través de la concepción natural, adopción o Técnicas de Reproducción Humana

⁸ UNICEF – UDELAR (2003) *Nuevas formas de familia – Perspectivas nacionales e internacionales*. Montevideo: Uruguay. Recuperado de: http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Asistida. Éste tipo familiar no distingue si los descendientes son de parejas actuales o previas.

- Las familias homoparentales responden a aquel grupo familiar conformado por progenitores del mismo sexo, éstos pueden tener uno o más descendientes por medio de TRHA o por adopción.
- Las familias monoparentales están compuestas por un solo progenitor a cargo de uno o más hijos. Ésta clasificación alude al término comúnmente conocido como “padres solteros”.

Independientemente de ésta clasificación, una persona sin importar de qué tipo de núcleo familiar provenga, puede acarrear patologías que le impidan poder procrear: infertilidad, carencia de útero, malformaciones, cáncer, cardiopatías, diabetes, entre otras, complicaciones que evidentemente ponen en riesgo la vida de la progenitora. Del mismo modo, las familias homoparentales, de no tener impedimentos de salud, aún sufren la imposibilidad de tener hijos naturalmente. Es por ello que la maternidad subrogada implica la solución ante éstas falencias.

2.2 La Maternidad

La Real Academia Española (2011), define a la maternidad como un “*estado o cualidad de ser madre*”, y a ésta como la “*mujer que tiene una familia a su cuidado*”⁹. De éste modo, se puede afirmar que de la misma manera en que las concepciones de familia fueron actualizándose a las necesidades de la sociedad de hoy, también lo hicieron los términos maternidad y madre.

El plexo del anteproyecto del código civil y comercial, en el cual se redactaron los artículos tentativos a considerar en el texto final, coincide con ésta visión, pues afirma

⁹ RAE (2011). *Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española*. 21ª Ed. ePUB.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

que la maternidad puede ser alcanzada a través del uso de las TRHA y por la donación de material genético anónimo. Ésta maternidad es otorgada mediante la providencia de la ley, por encima de los cánones axiológicos de la biología.

Por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio, es decir, previéndose la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. De este modo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual forma que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente. (Anteproyecto, 2011, p. 77)

La maternidad emanada de las técnicas de reproducción, pretende dar un giro de tuerca al principio de Derecho y máxima romana *Mater Semper Certa Est*, expresión que alude a: “*la madre siempre es conocida*”, generando que ésta noción sea adoptada en la jurisprudencia argentina como medida de fundamento, para permitir que los gametos de una mujer que no pueda concebir, sean insertados en otra mujer gestante, que sí pueda transitar el embarazo¹⁰.

2.3 Maternidad Subrogada: Concepto

Para *Rojas Pascual* (2015):

Se trata de 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. (*Rojas Pascual*,2015)

¹⁰ Juzg. De Fam. N°7 de Lomas de Zamora, “H. M. Y OTRO/AS MEDIDAS PRECAUTORIAS (art. 232 del CPCC)”, sentencia del 30/12/2015, Expte. N° LZ-62420-2015

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

Existe una multiplicidad de términos con los que se identifica a la maternidad subrogada, entre ellos se encuentra el alquiler de vientres, gestación o maternidad por otro, maternidad por sustitución, etc. Algunas de éstas nociones portan connotaciones peyorativas.

Medina y Roveda (2016) distinguen que la procreación por otro implica que la portadora es gestante y genética a la vez, la preposición “por” diferencia el “por otro” de la maternidad portadora, donde la gestante no aporta los gametos, pero si recae en ella todo el proceso gestacional. Para éstos autores, la gestación por sustitución no es una TRHA, sino un convenio de gestación de una persona por nacer, que debe ser entregada a terceros. (Medina & Roveda, 2016, p. 532).

2.4 Características básicas del procedimiento

La gestación por sustitución posee una serie de características para su concreción. En un principio, participan del procedimiento los padres del niño por nacer y la persona gestante. Ésta última accede, a través de un acuerdo con los comitentes, a brindar su capacidad gestacional hacia una pareja de características limitantes para la procreación de índole natural. La persona gestante recibe la transferencia de gametos en su útero, lleva adelante el embarazo y da a luz al menor.

Éste tipo de maternidad, está destinada a parejas heterosexuales, homosexuales, o familias monoparentales que no puedan tener hijos de manera natural o por alguna problemática genética.

Rojas Pascual aclara 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 [...] se transfiere a una tercera persona (mujer gestante) quien va a gestar al embrión hasta el nacimiento de ese bebé. Ese bebé

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

nacido mediante subrogación, no tiene vínculos genéticos con la mujer que lo gestó (mujer gestante), porque ella no aporta sus óvulos. Pero en cambio, sí tiene vinculación genética con la pareja o persona que recurrió al procedimiento (padre/s genético/s), cuando ellos aportaron sus gametos. (Rojas Pascual, 2015)

2.5 Principios rectores

2.5.1 Igualdad

Bidart Campos (2004) manifiesta que, dentro de una democracia, existe un espacio suficiente de libertad jurídicamente relevante, tal como lo es el derecho de las personas. Es debido a ésta relevancia que la igualdad encuentra sustento, eliminando discriminaciones arbitrarias entre los hombres. (p. 75)

La Constitución Nacional, en su artículo 16, afirma que todas las personas son iguales y que no se admiten prerrogativas de nacimiento¹¹. Partiendo de dicha aseveración, las parejas con limitaciones reproductivas; parejas homoparentales o con imposibilidad absoluta de gestación, deberían poder acceder a la maternidad subrogada como TRHA, en vista de que gozan del mismo beneficio de igualdad que aquellas parejas, o núcleos familiares que, si pueden concebir naturalmente. Pero las primeras se ven impedidas biológicamente, y es la voluntad procreacional lo que las motiva a perseguir dicha finalidad reproductiva.

2.5.2 Legalidad

El Magistrado Fernando Martín Flores, Juez en el juzgado en lo Civil y Comercial de Familia, 2ª Nominación de la ciudad de Villa María¹², señaló que, ante el silencio

¹¹ Constitución Nacional Argentina. Capítulo I: “Declaraciones, derechos y garantías”. Art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.” - [Ley N° 24.430]

¹² Juzg. Civ.Com. de Fam. 2ª Nominación. De Villa María, “R., R. A. y otros – Autorizaciones”, sentencia del 08/06/2018, elDial.com - AAA9ED.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

ejercido por Poder Legislativo, son los jueces quienes se pronuncian respecto de la legalidad de la práctica subrogante, ya que la falta de regulación no impide su concreción, en virtud del principio de legalidad dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional¹³, que dispone que todo aquello que no esté prohibido por las normas regentes de un ordenamiento jurídico como el argentino, será permitido.

La legalidad de la figura subrogante, aunque no se encuentre específicamente regulada en los textos de fondo, se encuentra amparada en Tratados de Derechos Humanos, como en el Pacto de San José de Costa Rica, así como también en la Declaración Universal de DDHH. A su vez, es notoriamente comprendida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Técnicas de reproducción asistida¹⁴, en la Constitución de la Organización Mundial de la Nación, en leyes nacionales como la 26.862 de acceso integral a las TRHA. Rojas Pascual (2015) manifiesta que: *“Dichos fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios, concluyen en que la maternidad subrogada no sólo está permitida, sino que debe ser protegida y garantizada por el Estado, por tratarse del ejercicio de Derechos Humanos Reproductivos”*.

2.5.3 Reserva

Bidart Campos (2004) manifiesta que:

“Una zona de reserva de la ley, es el ámbito donde la regulación de una materia es de competencia legislativa del congreso [...] Guarda ése nexo con la esfera de libertad jurídica según la cual, para la persona humana, lo que no le está prohibido le está permitido.” (p. 70)

¹³ Constitución Nacional Argentina. Capítulo I: “Declaraciones, derechos y garantías”. Art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” - [Ley N° 24.430]

¹⁴ CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” Fecundación In Vitro, Cita: MJ-JU-M-76725-AR | MJJ76725 | MJJ76725.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

Con ésta visión, se puede decir que el principio de reserva, amparado en el recién mencionado art. 19 de la Constitución, afirma que todas aquellas acciones de índole privada que correspondan a los ciudadanos y no impliquen una ofensa al orden jurídico argentino, la moral y terceros, están exentas de la potestad de los magistrados.

Éste principio es un complemento del principio de Legalidad, ya que ambos garantizan que, si las normas emanadas no se pronuncian en negación de determinadas acciones, éstas se encuentran permitidas para los hombres, siempre que no trasgredieran los tres orbes ya mencionados. Es por ello que, se puede determinar que la maternidad por sustitución, puede encuadrarse dentro de aquellas acciones, de modo que no estaría normativamente prohibida, y abriría la posibilidad de su práctica desde otro ámbito del derecho.

2.6 Tipos de Maternidad Subrogada

Rojas Pascual (2015) clasifica a la maternidad subrogada en función del aporte de gametos y en función de la retribución percibida por la persona gestante. Con respecto al aporte de gametos, este puede ser gestacional (pleno) o tradicional (parcial); en el caso pleno, la gestante solo porta al niño por nacer, no aporta sus gametos. Da a luz, pero no mantiene relación con el menor.

En la parcial, la gestante porta al bebé, utiliza sus propios gametos para formar al embrión y da a luz al mismo, manteniendo relación con la criatura después del parto. El mismo autor, manifiesta que éste tipo de subrogación, actualmente no se realiza en el mundo.

Por otro lado, con respecto a la retribución que percibe la gestante, ésta puede ser de manera altruista, donde la portadora recibe únicamente los gastos producto del embarazo, quizás el reembolso de algún consumo no previsto, y pueden incluirse también,

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



dentro de la figura del Derecho de Daños, el daño emergente, lucro cesante y daño moral. Por otro lado, la retribución también comprende a la subrogación comercial, donde la portadora del niño por nacer es compensada pecuniariamente, a través de un acuerdo previo con los comitentes, comprendiendo gastos, imprevistos, y daños emergentes en el proceso.

Conclusión Parcial

De ésta mirada inicial, el lector podrá comprender el por qué se debe conceder el procedimiento para las personas que se encuentran impedidas en su reproducción, ya que desde un primer momento se expuso que, en vista de la evolución del término familia, y las características que posee cada clasificación de las mismas, todas son protegidas constitucionalmente de manera igualitaria. Sólo que unas responden a la naturaleza procreacional y otras son legitimadas por su voluntad procreacional, en vista de ciertos impedimentos biológicos.

Fue preciso que se introdujera a la figura central con sus nociones básicas: caracteres, clasificaciones y principios protectorios. De modo que el lector pudiera entender las variedades que poseen las familias actuales. Ello, en virtud de que se puede comenzar a evidenciar la importancia de una regulación para la misma, donde se la pudiera finalmente incluir como la Técnica de Reproducción Humana Asistida que es, de acuerdo a las características básicas de su procedimiento descrito *ut supra*.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Capítulo III

Análisis Legislativo

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



3.1 Introducción

El arribar del novel Código Civil y Comercial, a través de la ley 26.994, intentó integrar y promover una superficie legal estable a varias instituciones omitidas por la normativa de Vélez. Sin embargo, muchas otras quedaron en el tintero jurídico de lo que inicialmente fue el Anteproyecto de mismo. Dicho caso, es el de la maternidad subrogada.

La actual legislación de derecho privado, si bien busca adecuarse notoriamente a los tiempos actuales, haciendo a lugar en su cuerpo normativo, a las amplias modificaciones que tuvo a lo largo de los años la noción del término familia, deja ciertamente qué desear cuando se trata de parejas del mismo o diferente sexo, que buscan concebir por impedimentos biológicos. Por lo que éstas deben acudir a un gestante sustituto que pueda suplir su imposibilidad física.

En el apartado anterior se pudo establecer como la subrogación cuenta inequívocamente como una técnica de reproducción biomédica. Sin embargo, en el plexo normativo privado existe un silencio regulatorio respecto de la figura. De modo que, el actual capítulo, abordará cuestiones referidas a los proyectos de ley que contemplaron íntegramente ésta alternativa gestacional, disposiciones y la ausencia de la figura en el texto final del código vigente.

3.2 Leyes que reconocen las TRHA

Si bien la subrogación no cuenta con una ley particular o articulados que explícitamente la legitimen, existen una serie de leyes que reconocen a las técnicas de reproducción asistidas como un derecho humano reproductivo, entre las cuales se encuentra:

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



- **La ley 26.868** de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida: Tiene por objeto¹⁵ garantizar su acceso, entendiendo a las TRHA como procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedando comprendidas aquellas de alta y baja complejidad, que pueden incluir o no la donación de gametos y/o embriones. Ésta ley, abre la puerta a la posibilidad de incluir a la subrogación entre su articulado, ya que en el último párrafo del artículo 2, afirma que “podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación¹⁶.
- **La ley 23.592**, adopta medidas para quienes arbitrariamente impidan el ejercicio de derechos y garantías constitucionales: Se funda en el artículo 16 y 19 de la Carta Magna y obliga, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto todo acto discriminatorio, solicitar su cese y reparación si existieran daños morales o materiales causados¹⁷.

¹⁵ Honorable Congreso de la Nación (25 de junio de 2013) Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Art. 1: Objeto: “La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida”. [Ley 26.862]

¹⁶ Honorable Congreso de la Nación (25 de junio de 2013) Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Art. 2: Definición: “A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción medicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.”. [Ley 26.862]

¹⁷ Honorable Congreso de la Nación (23 de agosto de 1988) Adóptense medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Art. 1: Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

- La ley 26.618 de Matrimonio Civil – Igualitario: allí se garantiza el acceso a las técnicas de reproducción a parejas del mismo sexo que comparten un proyecto de vida en común. De modo que allí también se abre la puerta.

Éstas leyes y los principios desarrollados en los primeros capítulos, son los que sirven de base para su persecución.

3.2.1 Proyecto Diputado Hugo Nelson Prieto

En el año 2011, el ex Diputado Nacional Hugo Prieto, presentó un proyecto que buscaba legislar a la maternidad por sustitución. El objetivo de dicha propuesta era “establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo la maternidad subrogada”¹⁸, habilitando el procedimiento para todas las personas que estuvieran imposibilitadas para concebir, garantizando en todo momento el interés superior del niño por nacer.

Afirma en el art. 4 de su proyecto de ley que:

La maternidad subrogada es el compromiso entre una mujer, llamada "mujer gestante", a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los "subrogantes", a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él o los subrogantes. (Prieto, 2011, art. 4)

De ésta manera, cuatro años antes de la entrada en vigencia del CCyCN ya se sugerían las reglas filiatorias que regirían la subrogación. Determinando, a su vez, que quienes podrían llevar a cabo los procedimientos solo serían las instituciones de salud pública o privadas debidamente autorizadas por funcionarios competentes, exponiendo

motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. [Ley 23.592]

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

que toda materia que dicho proyecto no hubiera regulado, se vería determinada supletoriamente por lo estipulado en el Código Civil Velezano.

Entre los fundamentos que otorga el Dr. Prieto (2011) en su anteproyecto, existen tantas frases con la cual la autora del vigente escrito se halla de acuerdo, pero una en particular:

La prohibición de la maternidad subrogada o la inseguridad jurídica que se crea por no regularla, genera lo que se ha llamado "turismo reproductivo". Este turismo tiene lugar cuando personas o parejas que presentan infertilidad o imposibilidad para procrear, viajan a países donde la maternidad subrogada se encuentra regulada y no exige requisitos de residencia para los subrogantes, y consiguen así concretar su deseo de ser padres o madres. (Prieto, 2011, fundamentos)

Estados Unidos es el país que más auge tiene en materia de subrogación, y ni siquiera se encuentra legislada en todos sus estados. Sin embargo, muchas parejas y personajes famosos migran al país norteamericano en busca de concretar el sueño de ser padres, con todo lo que la modernización de ésta técnica reproductiva representa.

Es la falta de un marco legal regulatorio, lo que obliga a dichas personas a salir de su país en busca de concretar su deseo. Por lo que el Dr. Prieto tiene razón, hasta que exista dicho marco, las personas seguirán padeciendo ésa “*inseguridad jurídica*”.

3.2.2 Proyecto Juan Pablo Rojas Pascual – Mendoza

El 28 de mayo de 2015, el Dr. Juan Pablo Rojas, abogado especialista en Maternidad Subrogada, junto a colaboradores, elevaron un proyecto de ley ante la Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza. En éste boceto legislativo, exponen como objeto, establecer un proceso judicial adecuado en casos de maternidad subrogada, para que cumpla con ciertas garantías ante las 3 partes intervinientes:

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



- El respeto al interés superior del niño, su identidad, origen e inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas.
- El respeto a los derechos de la mujer gestante, a su propio cuerpo, derechos y libertad reproductiva.
- Respeto a los derechos de los comitentes, sus derechos reproductivos y procreacionales; a los avances científicos, a la información y filiación.

(Rojas Pascual, 2015, art. 1)

El redactor del anteproyecto en su art. 2 habla de gestación por sustitución y la comprende como:

TRHA mediante la cual, una mujer (gestante) recibe la transferencia de un embrión y lo porta hasta el nacimiento, supliendo la incapacidad de gestar y/o llevar un embarazo a término de una persona o una pareja (comitente/s) y con el fin de que el niño nacido tenga vínculos de filiación con el/los comitentes. (Rojas Pascual, 2015, art. 2)

También distingue entre las partes intervinientes, estableciendo que la mujer gestante es aquella que recibe los gametos de los comitentes y porta el embrión hasta su nacimiento, reciba o no compensación pecuniaria por ello. Por otro lado, los comitentes es la persona o la pareja que se encuentra limitada procreacionalmente y acude a la realización de dicha técnica.

El escrito también define la competencia jurisdiccional para conflictos emanados de ésta naturaleza, adjudicándolo a la Justicia de Familia y conforme al domicilio de la mujer gestante. Del mismo modo, se expone sobre el consentimiento informado, el acuerdo homologado y el incumplimiento del mismo.

Claramente se puede entrever que la persecución de dicho profesional, respecto de un marco normativo que comprenda a la subrogación, llevó a que considere todos los

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



detalles necesarios que precisa dicha técnica, bregando por los derechos e intereses de todas las partes intervinientes.

3.3 La gestación por sustitución en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación

La no regulación de la práctica subrogante, no implica una discriminación de la figura, es más, fue incluso contemplada en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, realizado por la Comisión de Reformas, mediante el Decreto 191/2011, en Artículo N° 562, titulado, “Gestación por sustitución”. A su vez, fue analizado en los Fundamentos del Anteproyecto del Código, por *Lorenzetti, Highton de Nolasco & Kemelmajer de Carlucci* (2011) manifestando que los requisitos que deben cumplir las partes para arribar al procedimiento son:

- a) Capacidad de la mujer;
- b) Consentimiento informado por parte de todos los intervinientes con la debida preparación;
- c) Que la persona gestante, porte material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella;
- d) Demostrar los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo;
- e) La gestante no ha aportado material genético propio;
- f) La gestante no ha recibido retribución, sin perjuicio de que la regulación especial pueda reconocer el pago de gastos razonables;
- g) La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;
- h) La gestante ha parido con anterioridad, al menos, un hijo propio.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

Dicho artículo propuesto por la reconocida jueza y jurista Aída Kemelmajer de Carlucci, pretende generar certeza respecto de la mujer que prestare su cuerpo libremente, de manera altruista, y no como mero capricho o última alternativa.

Lo peculiar de éstos fundamentos radica en que, aun articulando la figura, se precisaría de la autorización judicial para proceder a la implantación del embrión en la gestante, de modo que, si faltase tal concesión judicial, la filiación se determinaría por las reglas de la filiación por naturaleza.

Finalmente, con la entrada en vigencia de la Ley 26.994, plexo final emergente del Poder Legislativo, el artículo 562 queda como aquel que regula la voluntad procreacional¹⁹ de las partes, no a la gestación por sustitución.

3.4 ¿La subrogación es legal?

Luego de que los recientes apartados manifestaran enfáticamente la necesidad de una regulación, llega el momento de responder a otra de las cuestiones fundamentales del presente escrito final de grado, respecto de la legalidad en la subrogación.

En Argentina la maternidad subrogada es legal, y ésta legitimidad es sustentada por los principios de igualdad, reserva y legalidad, desarrollados en capítulos anteriores. Otras normativas secundan ésta posición, tal como lo exponen Tratados Internacionales de Derechos Humanos como el Pacto de San José de Costa Rica, y la Declaración Universal de DDHH. Del mismo modo, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Técnicas de Reproducciones Asistidas también sustentan su

¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Libro II: Relaciones de familia- Título V: Filiación. Capítulo II: “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. Art. 562 “Voluntad Procreacional”: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre 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”- [Ley N° 26.994]

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



legalidad, y el Código Civil y Comercial, abre la puerta a su discusión gracias al artículo 562.

Brodsky (2013) habla de un silencio en el derecho vigente, frente a la importancia de éste tema. (p. 4) y no se equivoca, ya que no puede haber silencio ante una necesidad tan importante como lo es la reproducción, tan privada y de índole personalísima. Independientemente de la razón para acudir a ésta técnica, desde ése primer momento, se entiende que se opta por su uso dadas las causales previamente resaltadas de infertilidad, complicaciones médicas, parejas de igual sexo y la particularidad que sufren las personas solteras cuando desean acudir a ellas.

Si bien a lo largo de la investigación se pudo denotar que la marcha atrás que hizo el texto final del Código, respecto de la figura subrogada

3.6 Conclusión Parcial

La conclusión más importante de éste apartado, es respecto a la legalidad de la gestación por sustitución. En términos generales, es legal, está amparada por los principios constitucionales de igualdad, reserva y legalidad; regulados en los art. 16, 18 y 19 de la Constitución Argentina; pero necesita de un marco normativo particular para que deje de ser internalizada por el ámbito judicial cada vez que se precise de su uso.

La figura del art. 562 del Anteproyecto era la redacción perfecta para dicha institución, contemplaba todos los apartados que los posteriores proyectos están tratando de instaurar desde antaño. Sin embargo, al no formar parte del texto final del CCyCN sigue implicando una “deuda legislativa” tal como se expuso en el introito del vigente trabajo final de grado.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Nelson Prieto y Rojas Pascual intentaron sobrevenir a las necesidades de ésta porción ciudadana, que insiste en que el ordenamiento jurídico los contemple normativamente dadas sus limitaciones reproductivas.

Es importante destacar, que no son los únicos proyectos de ley que existen a nivel nación respecto de dicha temática, pero si son los que más se relacionan a los objetivos planteados *ab initio*.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Capítulo IV

Análisis Jurisprudencial

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



4.1 Introducción

Una vez que se tuvo en consideración la figura subrogada en el ámbito doctrinario y legislativo, es momento de abordarla desde el punto de vista jurisprudencial. En el cual, se expondrán los fallos nacionales más relevantes, a la vista de la autora, que aportarán una mirada completa del punto de vista que tiene la justicia de algunas provincias, respecto de si consideran o no que la técnica se aplique.

Desde Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica, hasta los últimos fallos emanados de la justicia de Córdoba; Mendoza y San Luis.

4.2 CIDH: “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”

Éste controversial fallo data del 28 de noviembre del 2012, y en él la CIDH declara la existencia de una violación a la Convención Americana por parte del Estado costarricense, dado que prohibió la práctica de la fertilización in vitro de manera arbitraria, y en resonante discriminación a la vida privada y familiar de las víctimas.

Ésta sentencia forma parte de los fundamentos esgrimidos por la autora del presente escrito, para el reconocimiento de la maternidad subrogada, debido a que el acceso a la técnica asistida in vitro, es la manera de lograr la subrogación plena.

El caso Artavia Murillo expone tantos aciertos a la inobservancia de éstos derechos humanos, que afirma lo siguiente: “La decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada, e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético y biológico” (pág. 45)

Comprende, a su vez, lo privado de una decisión de ésta envergadura, también se exploya respecto de la protección a la familia como derecho básico de la Convención, impidiendo que se pueda derogar incluso en circunstancias extremas. Relaciona la

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

autonomía reproductiva, con el acceso a servicios de salud de la misma índole, determinando a ambos como un derecho de acceso.

El fallo también continúa despejando dudas tales como las expuestas en el capítulo anterior, respecto si la gestación por sustitución constituye o no, una técnica de reproducción asistida, por lo cual manifiesta que:

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”⁵⁹. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la crío preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. (pág. 21)

Es tan completa la interpretación jurisprudencial que se pudo extraer de dicha sentencia, que incluso termina por contemplar que:

[...] Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. (pág. 49)

4.3 Córdoba: “R, R. A. y Otros” (2018)

El 08 de junio del 2018, la justicia de Córdoba emitió un fallo correspondiente a la temática de maternidad subrogada en la localidad de Villa María. Allí, se autorizó a un matrimonio al acceso de una gestación por sustitución, comprendiendo al mismo como “un derecho fundamental”.

La sentencia de autorización contó con la particularidad que la gestante, era amiga de la pareja y su motivación estuvo dirigida íntegramente por razones altruistas, quedando

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

en claro que la gestante no tendría relación jurídica con el menor una vez consumado el parto, pero se informaría de su procedencia una vez hubiera cumplido una edad apta para comprenderlo.

Del fallo también surge un reconocimiento ya abordado en otros títulos de éste escrito, donde se admitía que “se asienta sobre la imposibilidad de procrear, analizándola como un estado de insuficiencia que afecta en forma real y efectiva la calidad de vida de la pareja”²⁰ y “ya que contribuye a la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrán llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás”

4.4 Mendoza

En julio de 2015 se hizo lugar a una sentencia de autorización judicial en la Provincia de Mendoza, la cual permitía inscribir a un bebé producto de una maternidad subrogada a nombre de sus progenitores comitentes. Dicha sentencia se convertiría en la primera de muchas en sentar precedente a favor de la efectiva aceptación de la subrogación, debido a la faltante de marco normativo que las contemplase.

Más tarde, en febrero de 2018, una nueva sentencia de la justicia mendocina volvería a hacer historia, con la realización de otro procedimiento de maternidad subrogada. Ésta vez no solo permitía el acceso, sino que también autorizaba la inscripción e información al menor de su procedencia. Ello abría la posibilidad a otras parejas para que puedan perseguir el mismo beneficio, manifestando que:

Por consiguiente, la solicitud de autorización judicial pretendida resulta admisible toda vez que, ante la falta de regulación legal expresa, conforme los fundamentos precedentemente

²⁰ “Un vientre para una amiga” (03 de Julio de 2018) Diario Judicial. Recuperado de: <https://www.diariojudicial.com/nota/81086>

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



expuestos y los alegados por los interesados, corresponde resolver la pretensión formulada, a fin de garantizar la efectividad del derecho de acceso a la justicia.

Mendoza es una de las provincias más influyentes en materia de subrogación, por la constante lucha casos, por los resultados positivos que su persecución acarrea, y por los profesionales en materia legal que a diario siguen perfeccionándose en la temática. Todo ello en pro de lograr medidas que puedan garantizar a todas las personas que la necesiten, una más cercana posibilidad de concreción.

4.5 San Luis

La Provincia de San Luis se incorpora al número de jurisdicciones que admiten la práctica de subrogación, gracias al fallo emanado del Juzgado de Familia y Menores N° 2, donde la Jueza Mariana Sorondo Ovando, admite la práctica del procedimiento en un contexto intrafamiliar.

La portadora del embarazo, gestaría en su vientre al hijo genético de su hermana, debido a que la pareja no podía concebir de manera natural. Las partes acudieron a la justicia, en virtud de poder conseguir un aval jurídico, para inscribir al menor en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijo de los comitentes.

La jueza emitió un fallo ejemplar, considerando que las partes podían afrontar la gestación y el embarazo de la persona por nacer. A su vez, fundó su decisión en que, si el tratamiento no se hallaba prohibido por una normativa del ordenamiento jurídico argentino, entonces la subrogación es permitida, lo que garantiza en las partes el acceso a la justicia y el interés superior del niño por nacer.

4.6 Conclusión Parcial

La jurisprudencia argentina es el ámbito donde se permite la admisión de los procedimientos de subrogación. Dichas autorizaciones emanan de tribunales magistrados,

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

que se dedican a interpretar y aplicar el poco margen normativo que puede contemplar a dicha técnica asistida.

Los jueces se fundan en el principio de legalidad, reserva e igualdad, utilizan la Carta Magna como sustento normativo ante la faltante de un marco jurídico particular, y realizan un análisis circunspecto para arribar a una resolución.

Hasta el momento, los argumentos de los jueces admiten la importancia de la maternidad subrogada, afirman que *“La decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada, e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético y biológico”*. Del mismo modo, expresan que: *“la imposibilidad de procrear, analizándola como un estado de insuficiencia, afecta en forma real y efectiva la calidad de vida de la pareja”*.

Va de hecho que, de acuerdo a los argumentos de los magistrados, sin dicha posibilidad la pareja no podrá llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás.

Córdoba, Mendoza y San Luis, son algunas de las provincias que ya se han pronunciado al respecto. De ésta manera, y por lo expuesto en el presente acápite, dichas jurisdicciones emitieron sentencias que envían un mensaje positivo para todos aquellos que quieran tomar a la justicia como fuente dirimente ante conflictos de tal índole.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Conclusión

Final

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Conclusión

La gestación por sustitución es una temática ampliamente abordada desde muchos ámbitos. Algunos estudios resaltan sus beneficios y otros exponen aspectos negativos de su uso. Pero para la autora de la presente redacción lo más importante es resaltar, en primer lugar, que se trata de una práctica legal, que es concedida en base a los principios constitucionales de legalidad, igualdad y reserva.

Del mismo modo, la práctica también fue reconocida por jurisprudencia nacional, las recientemente emanadas de las provincias de Córdoba, Mendoza y San Luis. A su vez, la jurisprudencia internacional, correspondiente a Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, comprende que la decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada, e incluye, el sentido genético y biológico.

De ésta manera la CIDH comprende, respecto de la subrogación como técnica de reproducción que:

[...] el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. (pág. 49)

En vista de éstos argumentos, es que se puede corroborar la hipótesis que sustenta al actual escrito final de grado. Dado que, la gestación por sustitución no posee una normativa precisa que la regule, por lo que debe ser solicitada mediante vía judicial a los fines de que pueda ser concedida.

Ésa faltante es la razón por la cual los ciudadanos que padecen de limitaciones para concebir, deben insertarse en un sistema judicial atestado en busca de una solución

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.

a su prerrogativa o, en su defecto, deben migrar a países donde la subrogación se encuentra legislada.

La jurisprudencia es la única fuente del derecho que respalda actualmente a la maternidad subrogada. La justicia en provincias como las ya mencionadas, afirma la postura del artículo 19 de la constitución, en el cual lo que no está prohibido expresamente por la norma, se encuentra permitido para el ejercicio de los ciudadanos, más cuando se trata de derechos humanos reproductivos, que alcanzan a lo más privado de las personas, su necesidad de procrear.

Más allá de los debates que pudieron forjarse alrededor de ésta institución, su aplicación comprende la realidad de muchísimos hogares. Ello implica una motivación para que el derecho argentino se expida.

Si alguna vez fue contemplado por eminencias en el Derecho de Familia, ésta técnica debería implicar un tema a tratarse nuevamente. Es por ello que, en anexos, se adjunta una humilde propuesta de solución a la problemática abordada a lo largo del presente escrito.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



BIBLIOGRAFÍA

CONSULTADA

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Bibliografía

a) Doctrina

Libros

- Bagnarello González, F. (2014) *Fertilización in vitro: conceptualización*. 76° Congreso Médico Nacional. Costa Rica.
- Bidart Campos, G. J. (2004) *Compendio de Derecho Constitucional*. (2ª Ed.) Ediar.
- Brodsky, J. M. (2013) *Actualidad y proyecciones de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado Argentino*. Lecciones y Ensayos, N° 91. Págs. 239 – 261.
- Famá, M. (2011) *Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*. Buenos Aires: La Ley.
- Hernández Sampieri, R. (2014) *Metodología de la Investigación*. (6ª Ed.) México: McGraw-Hill.
- Herrera. M. & De la Torre, N. (2016) *La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa*, Buenos Aires: La Ley.
- Herrera M. & Lamm. E. (2015) *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley
- Kemelmajer de Carlucci. A., Lamm. E. & Herrera, M. (2013) *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*. Buenos Aires: La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci. A; Herrera. M. & Lloveras. N. (2014) *Tratado de Derecho de Familia – Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



- Kemelmajer de Carlucci. A; Herrera. M. & Lloveras. N. (2014) *Tratado de Derecho de Familia* – Tomo IV. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci. A y Herrera. M (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación – Familia*. (1ra Edición) Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzetti, R. L (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (1ra Edición). Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, Highton de Nolasco & Kemelmajer de Carlucci (2011) *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*. Decreto Presidencial 191/2011.
<http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>
- Nino. C.S. (2003) *Introducción al Análisis del Derecho*. 2ª Edición. Buenos Aires: Astrea.
- Rivera, J. C. (2004) *Instituciones de derecho civil: parte general, tomo I* (3ª Ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Rivera, J. C. & Medina, G. (2016) *Derecho de Familia*. (1ª Ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Sánchez Uthurriague, M. E. & Fernández, S. B. (2015) *Gestación por sustitución: necesidad de una pronta solución*. Revista Niños, Menores e Infancias, N° 10. Instituto de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas.

b) Legislación

Nacional

- Constitución Nacional
- Código Civil y Comercial de la Nación.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



- Decreto 191/2011. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión de Reformas.
- Ley N° 26.862 “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”
- Ley N° 23.592 “Adóptense medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional”.
- Ley N° 26.618 “Matrimonio Civil – Matrimonio igualitario”.
- Rojas Pascual, J. P. (2015) Anteproyecto de Ley sobre Maternidad Subrogada. Recuperado de:
<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/36-anteproyecto-de-ley-sobrematernidad-subrogada>
- Prieto, H. N. (17 de agosto de 2011) Maternidad Subrogada: Régimen – Cámara de Diputados de la Nación. Proyecto de Ley N° de Expte. 4098-D-2011. Recuperado de:
<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4098-D-2011%20>

Internacional

- Ley N° 23.054 "Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica"

c) Jurisprudencia

Internacional

- CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” *Fecundación In Vitro*, Cita: MJ-JU-M-76725-AR | MJJ76725 | MJJ76725.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Nacional

- Juzg. De Fam. N°7 de Lomas de Zamora, “H. M. Y OTRO/AS MEDIDAS PRECAUTORIAS (art. 232 del CPCC)”, sentencia del 30/12/2015, Expte. N° LZ-62420-2015
- Juzg. C. C. y Fam. N°2 de Villa María, “R., R. A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”, sentencia del 08/06/2018, Expte. N° 2908074.
- Juzg. De Fam. N°1 Ciudad de Mendoza "O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. POR MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", sentencia del 29 de Julio de 2015, Expte. N° 714/15/1F.
- Juzgado de Fam. Y Menores. N° 2. Provincia de San Luis. Sentencia definitiva N° 21. Jueza Mariana Sorondo Ovando. Recuperado de: <http://www.periodicojudicial.gov.ar/?p=364832>
- Juzg. De Fam. N°2 Provincia de Mendoza “M.M.C. Y M.G.J. Y R.F.N. por medidas autosatisfactivas”, sentencia Febrero de 2018, Expte. N° 3099/16/2F 32
- Juzgado de Fam. Y Men. N° 2. Provincia de San Luis. Sentencia definitiva N° 21. Jueza Mariana Sorondo Ovando. Recuperado de: <http://www.periodicojudicial.gov.ar/?p=364832>

d) Otras Fuentes

Páginas web consultadas

- Diccionario de la lengua española (DEL). (2017). Recuperado el 20 de Septiembre de 2018, de Real Academia Española: <http://www.rae.es/>
- Lorenzetti, Highton de Nolasco & Kemelmajer de Carlucci (2011) *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*. Decreto Presidencial 191/2011.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



<http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>.

- Rojas Pascual. J. P. (2015) *¿En qué consiste la Maternidad Subrogada?*
Recuperado:<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/14-maternidadsubrogada>
- UNICEF – UDELAR (2003) *Nuevas formas de familia – Perspectivas nacionales e internacionales*. Montevideo: Uruguay. Recuperado de:
http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf

Artículos periodísticos

- “*Debate. La maternidad, la gestación y el deseo de tener hijos*” (26 de febrero de 2015) Clarín. Recuperado de:
https://www.clarin.com/opinion/maternidad_subrogada-alquiler_de_vientres-codigo_civil-filiacion_0_H1SHAmqv7l.html
- “*Vientres de alquiler, el método de maternidad que despierta polémica*” (12 de julio de 2017). Infobae. Diario Online. Recuperado de:
<https://www.infobae.com/salud/2017/07/12/vientres-de-alquiler-el-metodo-de-maternidad-que-despierta-polemica/>
- “*Autorizaron el primer caso de maternidad subrogada antes del matrimonio*” (24 de noviembre del 2017) Infobae. Recuperado de:
<https://www.infobae.com/sociedad/2017/11/24/autorizaron-el-primer-caso-de-maternidad-subrogada-antes-del-embarazo/>
- “*Un vientre para una amiga*” (03 de Julio de 2018) Diario Judicial. Recuperado de: <https://www.diariojudicial.com/nota/81086>

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Anexo: Propuesta

Como principal y única sugerencia, se propone reincorporar el contenido del artículo 562 que inicialmente formara parte del Anteproyecto del CCyCN. Ello en virtud de todas las reformas que se planean realizar a dicho código de fondo en los años venideros, como con Justicia 2020 y 2030.

La reinscripción de dicho artículo, permite que se vuelvan a contemplar aspectos básicos y vitales en la gestación por sustitución, por ejemplo, que el consentimiento previo de éste procedimiento se rija por lo dispuesto en el código y la ley especial de TRHA. Que la filiación entre el menor, comitentes y gestante, sea únicamente entre los primeros dos, así como también que la identidad de su origen sea develada cuando pueda comprender la complejidad de la situación.

El artículo 562 también debe contemplar rigurosamente los requisitos para que el procedimiento sea exitoso: la capacidad de la mujer; el consentimiento informado por parte de todos los intervinientes con la debida preparación; que la persona gestante, porte material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; demostrar los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo; la gestante no ha aportado material genético propio; la gestante no ha recibido retribución, sin perjuicio de que la regulación especial pueda reconocer el pago de gastos razonables; la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; la gestante ha parido con anterioridad, al menos, un hijo propio.

Del mismo modo, los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial, ello permite un control personalizado de los casos, lo que impediría la improvisación en procedimientos de alto

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



riesgo. Por último, si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determinará por las reglas de la filiación por naturaleza

Tal como se dijo en un principio, la gestación por sustitución es una temática ampliamente abordada. Por lo que humildemente se espera haber aportado una mirada diferente, en una técnica que constantemente experimenta cambios y novedades.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



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>	Tomás, Silvina Marianela
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34.635.597
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda)</i>	
---	--

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 toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO) ^{11/21}</i>	SI
Publicación parcial <i>(informar qué capítulos se publicarán)</i>	Todos

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

Lugar y

fecha: San Pedro de Jujuy, 02 de julio de 2019

²¹ [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.

“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino”.



Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

Firma

Aclaración