

Resumen

El instituto de la gestación por sustitución, o gestación por sustitución, es novedoso como técnica de reproducción humana asistida. Estas últimas han sido reguladas en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Nro. 26.862, sin embargo, y si bien en un principio la gestación por sustitución iba a ser regulada en el Código Civil y Comercial, fue eliminada de la versión final. A su vez, y atento a que no se cuenta con legislación al respecto, resulta de vital importancia la voluntad procreacional, dado que la misma se ha constituido como uno de los pilares dentro del Código Civil y Comercial como determinante a los fines de entablar los vínculos filiatorios producto de las técnicas de reproducción humana asistida.

Teniendo en cuenta que la gestación por sustitución se celebra, o se acuerda, es que se analizará la legislación nacional, como así también lo indicado por la doctrina y la jurisprudencia, a los fines de analizar qué tipo de contrato debería ser considerado el instituto de la gestación por sustitución con la legislación existente en el ordenamiento jurídico argentino.

Palabras claves: gestación por sustitución – técnicas de reproducción humana asistida – Código Civil y Comercial – voluntad procreacional

Abstract

The institute of gestation by substitution, or surrogate motherhood, is novel as a technique of assisted human reproduction. The latter have been regulated in our legal system through Law No. 26,862, however, and although in the beginning surrogacy was going to be regulated in the Civil and Commercial Code, it was eliminated from the final version. In turn, and aware that there is no legislation in this regard, procreational will is of vital importance, since it has been established as one of the pillars within the Civil and Commercial Code as a determinant in order to establish filiatorial links product of assisted human reproduction techniques.

Taking into account that surrogacy is celebrated, or agreed, it is that national legislation will be analyzed, as well as what is indicated by the doctrine and jurisprudence, for the purposes of analyze what kind of contract should be considered by the institute of gestation by substitution with the existing legislation in the Argentine legal system.

Keywords: gestation by substitution - assisted human reproduction techniques – Civil and Commercial Code – procreational will

Índice

Introducción	7
Capítulo 1: Las técnicas de reproducción humana asistida. Aspectos generales.....	9
Introducción	9
1.1. Técnicas de reproducción humana asistida	9
1.1.1. Definiciones	9
1.1.2. La inseminación artificial	11
1.1.3. La fertilización in vitro	12
1.1.4. La maternidad sustituta o subrogada.....	12
1.2. Marco legal de las TRHA.....	14
1.2.1. Ley 26.862	14
1.2.2. Código Civil y Comercial	16
1.3. Establecimiento de la filiación en la reproducción humana asistida	17
1.3.1. La voluntad procreacional.....	17
1.4. La identidad del niño concebido con gametos donados	18
Conclusión	23
Capítulo 2: La gestación por sustitución.....	25
Introducción	25
2.1. La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico	25
2.2. Su ausencia en el Código Civil y Comercial	29
2.3. Los proyectos legislativos sobre la gestación por sustitución	34
Conclusión	37
Capítulo 3: La voluntad procreacional y su relación con la gestación por sustitución.....	38
Introducción	38
3.1. Autonomía reproductiva: La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana medicamente asistida (TRHA).....	38
3.2. Falta de regulación expresa	41
3.3. Fallos relacionados	43
3.3.1. N.N. s/ inscripción de nacimiento.....	43
3.3.2. C. F. A. y otro c/ R. S. M. L.....	44
3.3.3. H. M. y otro/a s/ medidas precautorias	44
3.3.4. G. G. S. y J. G. G. s/ filiación	45
3.3.5. Artavia Murillo	46
3.4. Determinación de la filiación en los casos de maternidad por subrogación.....	47
Conclusión	48
Capítulo 4: Jurisprudencia respecto de la gestación por sustitución.....	49

Introducción	49
4.1. Jurisprudencia en la que los tribunales argentinos han debido intervenir en supuestos de gestación por sustitución	50
Conclusión	60
Conclusiones finales	62
Bibliografía	64
Doctrina.....	64
Jurisprudencia	66
Legislación.....	67

Introducción

Antes de la reforma, el Código de Vélez Sarsfield hacía referencia a quiénes eran padre y madre, según el sexo del progenitor, independientemente de si el vínculo filiatorio es biológico o por adopción. Ahora bien, el Código Civil y Comercial no realiza esa diferenciación, solo usa el vocablo “progenitor” y se debe tener en cuenta la voluntad procreacional definida en dicho cuerpo y que caracterizan a las técnicas de reproducción humana asistida.

La ley de reproducción medicamente asistida fue sancionada en el año 2013, es una norma de orden público y de aplicación en toda la Argentina. La misma determina que previo a la donación de gametos se debe prestar un consentimiento libre e informado que solo puede ser revocado antes de la implantación del embrión.

El problema central a investigar relacionada con la fertilización asistida sería el de la gestación pos sustitución, donde residiría el problema jurídico ya que no está regulado y fue excluido del código Civil y Comercial pese a encontrarse en el anteproyecto. Cabe destacar que el hecho de que no exista normativa respecto al tema no quiere decir que no se practique, tal como ocurrió con las técnicas de fertilización asistida antes de normarla.

Por lo general ésta termina siendo la vía más factible para que un matrimonio o pareja de hombres del mismo sexo puedan ser padres si es que no quieren concretar ese deseo a través de la adopción; como también puede ser el camino a seguir para una mujer que por tener problemas médicos su cuerpo no esté capacitado para llevar adelante un embarazo. Pero elegir esa vía no es fácil, justamente en atención a que la determinación de la filiación en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida se realiza en favor de quien dio a luz.

La cuestión jurídica surgiría cuando se realiza la partida de nacimiento, ya que la norma presume que el niño es hijo de quien dio a luz y de quien presto el consentimiento, esto sin tener en cuenta que puede darse el caso de que quien dio a luz no es su madre biológica y tampoco manifestó tener voluntad procreacional sino que es una mera portadora. Es por esto que esta práctica conlleva a tener que realizar un procedimiento ante la justicia para intentar corregir esa partida de nacimiento.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder qué tipo de contrato debería ser considerado el instituto de la gestación por sustitución con la legislación existente en el ordenamiento jurídico argentino.

Ahora, el objetivo general consistirá en analizar qué tipo de contrato debería ser considerado el instituto de la gestación por sustitución con la legislación existente en el

ordenamiento jurídico argentino.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en explicar las condiciones que deberían seguirse en nuestro país para realizar esta práctica; analizar la voluntad procreacional y su relación con el tema; analizar la situación en la que se expida un certificado de nacimiento en el cual figure como madre biológica la portadora, cuando nunca manifestó tener voluntad procreacional; indagar si la práctica de la gestación por sustitución viola el principio de la verdad biológica.

Respecto del tipo de investigación, se utilizará el tipo descriptivo, describir el instituto de la gestación por sustitución. Asimismo, se seguirá la estrategia metodológica de tipo cualitativa, teniendo como finalidad la recopilación de información sobre la regulación de la gestación por sustitución y, se buscará mediante la obtención de información, determinar cuáles son las ventajas que implicaría contar con una normativa en relación al tema planteado.

En este trabajo se utilizará la técnica de análisis documental y jurisprudencial respecto a los tres tipos de fuentes desarrolladas con anterioridad. La delimitación temporal de la temática elegida, normativamente comienza en el año 2011 mediante los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que se esbozaban como justificantes del Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, se tendrá en cuenta lo expuesto por Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, la cual excluyó la figura en cuestión. En cuanto a los niveles de análisis, se procederá al estudio de doctrina, legislación y jurisprudencia.

El presente trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará los aspectos generales de las técnicas de reproducción humana asistida, las definiciones de cada una de tales técnicas, y el marco legal brindado por la Ley Nro. 26.862. El Capítulo II examinará la gestación por sustitución, su ausencia en el Código Civil y Comercial, y los proyectos de ley creados para regularla.

El Capítulo III abordará la voluntad procreacional y su relación con la gestación por sustitución, y los fallos que han determinado la filiación y han desarrollado la voluntad procreacional. El Capítulo IV analizará la jurisprudencia sobre la gestación por sustitución dictada al respecto. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: Las técnicas de reproducción humana asistida. Aspectos generales

Introducción

Con la entrada en vigencia de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha reconocido en la Argentina la filiación por técnicas de reproducción humana asistida o TRHA, como una tercera fuente que se suma a la filiación por naturaleza y la adopción. El cambio de paradigma resulta más que evidente si se considera la estipulación que sobre la filiación contenía el Código de Vélez, Corpus que hasta el 2015 rigió el derecho común en la Argentina. En el artículo 240 de dicho Código, se explicaba diáfananamente que la filiación podía tener lugar por naturaleza o por adopción.

Las técnicas de reproducción humana asistida dan origen a múltiples dudas que el legislador ha venido a responder. Como establecer la filiación en estos casos responde a un paradigma nuevo y diferenciador, pues desde ahora se observará a la voluntad de pretender ejercer el rol paterno para establecerla, independientemente de que desde el punto de vista biológico o genético haya correspondencia, permitiendo que los hijos vengan al seno de una familia en la cual sí se les estaba esperando y se les deseaba con la voluntad real de acogerlos, formarlos y educarlos.

A continuación, se presenta un análisis de las normas legales que regulan las TRHA en Argentina, la ley 26.862 y el Código Civil y Comercial en su reforma del año 2015. Una disquisición sobre el establecimiento de la filiación y la identidad del niño concebido con gametos donados. También se hablará brevemente sobre la gestación por sustitución, figura no prevista en la legislación, pero que hace parte de la realidad social de estos tiempos.

1.1. Técnicas de reproducción humana asistida

1.1.1. Definiciones

Se habla de técnicas de reproducción humana asistida o TRHA, para dejar atrás conceptos como la reproducción artificial o nociones semejantes, y abarcar en un solo término todos aquellos protocolos científico-biológicos que conlleven a la procreación humana por métodos distintos a la forma natural. Como explica Goffredo (2015), las "T.R.H.A", son "las técnicas utilizadas para la inseminación artificial o la fertilización in

vitro del óvulo por el espermatozoide, que se realiza en laboratorios utilizando un proceso para la formación del embrión que luego será transferido a la cavidad uterina” (pág. 12).

El primer instrumento legal regulatorio de esta realidad socio biológica, la ley 26.862¹, las define en su artículo 2° como "...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". Esta definición ha permitido que la doctrina puntualice que las técnicas pueden tener lugar en los siguientes escenarios: en parejas heterosexuales con dificultad para concebir; en mujeres solteras que desean concebir un hijo, con donación de material genético masculino; en parejas de mujeres del mismo sexo también con donación de material genético (Goffredo, 2015).

La definición de madre ha venido dando cambios sociales impulsados principalmente por el avance de la técnica médica y la adopción de conductas sociales apartadas de los principios clásicos instituidos por la moral predominante. En la actualidad, la sociedad se ha visto más receptiva de permitir y hasta impulsar comportamientos y tendencias que hasta no hace poco eran censuradas e incluso condenadas. Gracias a esto, ha sido posible que muchas parejas hayan podido concebir y criar hijos en su seno familiar, pese a limitaciones biológicas o físicas preexistentes.

El concepto de madre, entonces, según Valdez (2015), puede ser comprendido en alguna de estas cuatro definiciones: 1) Maternidad plena: Es aquella en la que se conjugan la relación biológica (genética y gestativa) con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican a la maternidad. 2) Maternidad genética: Corresponde a la mujer que aporta el material genético, teniendo en consecuencia lazos de identidad y correspondencia genética con el nacido a partir de su óvulo. 3) Maternidad gestativa: Se aplica el término a aquella mujer que, sin aportar su material genético, porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación. 4) Maternidad legal: Corresponde a la mujer que asume frente al hijo los derechos y las obligaciones inherentes a la maternidad, sin haberlo gestado y sin que exista entre ellos vínculo biológico. Es el caso de la adopción.

Según datos estadísticos, las técnicas de reproducción asistida vienen a ayudar a un porcentaje de parejas que, pese a estar en edad reproductiva, son incapaces de procrear por el

¹ Ley 26.862. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de junio de 2013.

método natural. Valdez (2015), señala que entre un 8% y un 15% de las parejas presentan incapacidad para la procreación, y entre ellos, muchos buscan el auxilio de la ciencia para lograr el cometido reproductivo de su unión.

Así, se puede aseverar, que la falencia que viene a cubrir estas técnicas médicas es una realidad social cuya regulación indudablemente estará permeada por las convicciones éticas, religiosas, filosóficas, médicas y humanas propias de la cultura de un país determinado. Valdez (2015), opina que en este aspecto el Derecho debe “avanzar con cautela para adaptarse a la moral dominante, pero sin dar la espalda a una realidad social que debe regularse para propiciar el mejor desenvolvimiento de su práctica, especialmente respecto al nuevo ser que nace producto de su aplicación”.

Entre las técnicas de reproducción se distinguen aquellas que se practican *in vivo*, de las que se realizan *in vitro*. Las primeras, utilizan el receptáculo natural de la vida, el útero femenino, para lograr la fecundación. Las segundas, emplean ambientes biológicamente controlados para unir los gametos masculinos y femeninos, logrando así la formación del nuevo ser humano. Estas últimas son definidas por Cárcaba Fernández, citado por Valdez (2015), como "(...) la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el status embrionario, siendo transferido al útero de su madre antes del decimocuarto día a contar desde la fecundación, y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado".

Ambos modos de fertilización pueden ser homólogos o heterólogos, esto es, pueden llevarse a cabo con material genético de un miembro de la pareja o aportado por una tercera persona ajena a ella. La variante que menos implicaciones legales de conflicto lleva es la homóloga. La heteróloga, como explica Valdez (2015), “puede hacer surgir dilemas relativos a la filiación del hijo nacido, como resultado de la utilización del semen de un hombre que no es la pareja de su madre o con material reproductivo de una mujer ajena a la pareja”. Ello, además del encarecimiento del proceso por la necesaria existencia y participación de los bancos de esperma. A continuación, se enuncian las características principales de las técnicas de fertilización *in vitro*.

1.1.2. La inseminación artificial

Entre las técnicas de reproducción *in vivo*, la inseminación artificial es la que primero se explora por pacientes y especialistas en estos casos. Valdez (2015), señala que la misma

consiste en colocar en el interior del útero o del canal cervical de la mujer, mediante maniobras instrumentales, el semen del varón, haciendo un previo estudio y monitorización de un ciclo menstrual con el fin de detectar el momento de la ovulación.

Constituyen normalmente la primera alternativa de la pareja que sufre la patología de la infertilidad, sin haber logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales. Su objetivo es asegurar la existencia de óvulos disponibles, acercándole los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino. Igualmente, mejora e incrementa el potencial de fertilidad de los espermatozoides, pues al eyaculado le son realizados una serie de procedimientos de laboratorio.

Entre las principales ventajas de esta técnica, Valdez (2015), señala que la misma permite conseguir el embarazo en aquellos casos en los que el semen no reúne todas las condiciones necesarias para la fecundación del óvulo, empleándose también cuando el varón padece alguna patología que impide depositar el semen normalmente en la vagina. También se utiliza para contar de antemano con material genético en casos en que el varón deba ser sometido a tratamientos de quimioterapia o radioterapia.

1.1.3. La fertilización in vitro

De acuerdo a lo explicado por Valdez (2015), la fertilización *in vitro* se aplica a mujeres a las cuales hasta el momento había sido imposible debido a la obstrucción o ausencia de las trompas de falopio de la mujer, o bien, en algunos casos de esterilidad masculina. La fertilización y el desarrollo embrionario en sus primeros estadios se efectúan dentro de un medio de cultivo. Esto facilita el encuentro entre los gametos femeninos y masculinos. Luego se transfieren al útero materno los embriones para continuar el proceso natural de la gestación.

Explica este autor, que normalmente se extraen y fecundan múltiples óvulos, de los cuales se escogen cuatro con las mejores características, con el objetivo de evitar embarazos múltiples. El destino de los restantes no es controlado por los pacientes.

1.1.4. La maternidad sustituta o subrogada

Adicionalmente, se plantea el supuesto según el cual una mujer, distinta a aquella que aspiraba embarazarse, lleva en su vientre el fruto de la concepción de otra pareja, sirviendo

de vehículo biológico para traer al mundo una vida nueva por métodos naturales o asistida científicamente. Para Valdez (2015), la maternidad sustituta o subrogada permite que una mujer ajena a quien tiene la voluntad procreacional desarrolle el embarazo y realice el parto entregando luego al recién nacido. Inicialmente, este método se reservaba para aquella mujer infértil o incapaz de gestar, pero que deseaba ser madre, sin embargo, hoy también es la vía que utilizan parejas homosexuales masculinas para materializar su deseo de ser padres.

Desde los tiempos del Derecho Romano, el principio pauliano “*Mater semper certa est*”, ha constituido un axioma para los legisladores inspirados en el Digesto. No obstante, la biotecnología ha restado certeza a tal paradigma, pues ahora puede existir disociación entre concepción, gestación y parto: La mujer que da a luz puede ser portadora de la gestación sin vínculo biológico con el nacido, si en su útero fue implantado un embrión obtenido en laboratorio con material genético de otra fémina, sin aportar ella sus propios óvulos. Puede incluso estar involucrada una tercera mujer: aquella que tiene la voluntad de convertirse en madre pero no puede lograrlo naturalmente, pues no está apta para concebir ni gestar.

Del anterior escenario se derivan dos conceptos novedosos: la madre portadora subrogada y madre subrogada o sustituta. El primero es el caso de mujeres cuyos ovarios tienen la capacidad de producir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación. El de la madre subrogada puede producirse, por otra parte, en casos de incapacidad para proveer los componentes genéticos y gestacionales del embarazo (mujeres sin útero ni ovarios, mujeres con posibilidad de heredar defectos genéticos, uniones homosexuales masculinas). Así, “la mujer que aporta su propio óvulo y gesta en su vientre un hijo para otra u otro, en realidad ha procreado "por encargo", pero biológicamente tiene innegables vínculos con el nacido” (Valdés, 2015).

Según explica Briozzo (2017), el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución, pero el mismo fue removido del texto definitivo. Por tal motivo, la gestación por sustitución no cuenta con regulación en el nuevo Código. Pero, aclara esta autora, la misma no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial.

1.2. Marco legal de las TRHA

1.2.1. Ley 26.862

La Ley de Cobertura de Tratamientos de Procreación Humana Asistida N° 26.862, vino a representar una solución para la inclusión de los tratamientos de TRHA entre las prácticas con cobertura por parte de las Obras Sociales y/o sistemas de medicina prepaga (Krasnow, 2015). Para González Magaña (2013), este cuerpo legal es uno de los mayores avances legislativos en los últimos tiempos.

A la norma², la cual consigue su fundamento constitucional en el derecho a la salud establecido en el inciso 22 del artículo 75 del Texto Fundamental, se le ha puesto por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de la reproducción médicamente asistida. Con ello, se ha permitido a toda la población el acceso a las TRHA, ya sean de baja o alta complejidad, y que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, y no sólo a las estériles o infértiles, pues no hay necesidad de que se acredite un impedimento para tener un hijo. Y por esta misma razón, e inspirado en el principio de igualdad, el legislador ha vedado a la autoridad la aplicación de introducir requisitos que impliquen una limitación a la cobertura fundado en la orientación sexual o estado civil de los destinatarios. (González Magaña, 2013).

En cuanto a su cobertura, la doctrina señala que es amplia, pues precisa incorporar como prestaciones obligatorias el abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como reproducción médicamente asistida, tanto al sector público como al privado, y a todas las "entidades que brinden atención al personal de las universidades" o que "brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura que posean" (González Magaña, 2013).

Respecto a los tipos de tratamiento de fertilización, el artículo 8 de la Ley 26.862 ya citada, enumera los siguientes: inducción de ovulación, el desencadenamiento de la ovulación, la inseminación intrauterina, intercervical o intravaginal, con material genético de la propia pareja (ya sea cónyuge o compañero en una relación convivencial), o de un donante, según los criterios que fije la autoridad de aplicación.

² Ley 26.862. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de junio de 2013.

Resulta notoriamente de avanzada y positivo desde el punto de vista de la armonización de los intereses de la sociedad y la evolución de la tecnología médica, que la Ley dé cobertura de los servicios de guarda de gametos y de tejidos reproductivos, incluso de personas menores de 18 años, “que sin la intención inmediata de llevar adelante o lograr un embarazo, por problemas de salud o intervenciones médicas, desea criopreservar su material genético” (González Magaña, 2013).

No obstante, otro sector de la doctrina considera a esta norma contraria a los preceptos constitucionales. Quintana (2013), denuncia a la ley 26.862 como violatoria de preceptos constitucionales, tratados internacionales y normas del derecho común vigentes, por el hecho de haber permitido el acceso a todas las personas mayores de edad, sin exigirse ningún otro requisito que beneficie al futuro hijo, y con la posibilidad de revocar el consentimiento “hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”, y por la no normatización acerca del destino de los embriones no implantados. Opiniones semejantes expresa Sambrizzi (2013, pág. 05).

Este autor señala que la inconstitucionalidad de la Ley se evidencia en: a) En la cosificación del embrión desconociendo todos sus derechos y tratándolo como un "producto". b) Autoriza las técnicas de fecundación in vitro o “extracorpórea”, la cual implica la manipulación de los gametos y su fusión en el laboratorio, para disponer de los embriones a voluntad del "equipo médico", sin especificar puntuales protocolos ni la cantidad de embriones a "producir" e implantar, así como tampoco pena la supresión y/o lesiones de embriones, como sí lo hacen otras legislaciones; c) Menciona la "guarda" y el depósito en "bancos" de embriones, soslayando el uso semántico de crioconservación, cuando no es otra cosa más que su congelamiento a 190° bajo cero, parando casi totalmente el movimiento de los átomos y las moléculas de los mismos. En otros países, estudios han revelado el fuerte conflicto emocional para los padres que someten a sus embriones a estos procedimientos; d) delega en la autoridad de aplicación "los nuevos procedimientos y técnicas desarrolladas mediante avances tecnológicos"; e) la posibilidad de desistir del implante del embrión sin regular el destino del mismo (Quintana, 2013, pág. 17).

Siendo normas de tan reciente data, habrá que esperar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a ella para determinar las bondades de los nuevos preceptos legales. Indudablemente tocan puntos álgidos en la discusión moral y religiosa de la sociedad, el cambio de paradigmas y el siempre controversial enfoque jurídico de la concepción y el

nacimiento como arranque de derechos subjetivos para el niño e incluso para sus padres.

1.2.2. Código Civil y Comercial

En este aparte, se analizarán las novedosas normas previstas en el CCCN, respecto a la filiación de niños traídos al mundo con el uso de la TRHA. Para Briozzo (2017), el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó al régimen filial un tercer tipo de filiación: la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida. Esta filiación está cimentada en la figura de la voluntad procreacional de quienes pretenden formar una familia y hayan expresado su consentimiento informado en forma previa. El elemento volitivo es, por tanto, determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida.

En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación, dispone normas específicas del Título V “Filiación”, relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. El artículo 558 prevé lo siguiente:

ARTICULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. 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 mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación³.

Este artículo concede valor legal a los métodos de reproducción humana asistida como fuente del derecho humano a la filiación de los hijos a sus progenitores, y además, determina el parámetro igualitario del cual parte el tratamiento. El subsiguiente artículo 559, ratifica el carácter igualitario y antidiscriminatorio de la norma anterior, al establecer que los certificados expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, no deben contener mención al origen de su concepción, sin que de su redacción se pueda distinguir que la persona haya nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o haya sido adoptada.

En cuanto a las normas específicas, el legislador ha dispuesto la obligatoriedad de recabar el consentimiento previo informado y libre de las personas que se someten a algún procedimiento de TRHA, consentimiento que alcanza para un solo uso de la técnica y por

³ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

tanto debe renovarse cada vez, y en su confección se deben respetar las formalidades previstas para la protocolización de instrumentos ante las autoridades públicas sanitarias respectivas (Arts. 560-561).

Como característica trascendentalmente diferenciadora a la concepción por métodos naturales, se aprecia que el legislador ha previsto que “el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”. Ello lo diferencia de las reglas de la naturaleza, según las cuales una vez fecundado el óvulo, su viabilidad no depende de la voluntad consciente de los padres, sino de los procesos biológicos que rigen el surgimiento de una nueva vida humana.

1.3. Establecimiento de la filiación en la reproducción humana asistida

1.3.1. La voluntad procreacional

Como ya se ha dicho, el elemento volitivo representa en estas nuevas regulaciones legales, un elemento trascendental a la hora de establecer los derechos y las obligaciones de padres a hijos y viceversa, es decir, de determinar la filiación del concebido con sus padres. La voluntad procreacional se convierte entonces en un elemento definitorio de particular estudio legislativo y doctrinario.

Briozzo (2017), señala sobre la voluntad procreacional que la misma es “el deseo de tener un hijo, sostenido por el amor filial, es el elemento volitivo de quienes se someten a las prácticas de TRHA y hace referencia a la "paternidad voluntaria" de los comitentes”.

Conforme a Goffredo (2015), las TRHA, permiten distinguir entre los componentes genéticos y biológicos de un nuevo ser, y además, provocan la disociación del elemento genético y del elemento volitivo en el nacimiento del ser humano, pues posibilitan que aquél esté dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores, permitiendo casos como el de la unión marital de dos mujeres, en el cual la filiación del niño respecto de la cónyuge o pareja de la mujer que dio a luz, se determina “sobre la base del consentimiento: de la voluntad procreacional, con total independencia del vínculo genético” (pág. 52).

Por otra parte, Goffredo (2015), define la voluntad procreacional como aquella causa eficiente, última e infungible (para ese nacimiento concreto), que determina la filiación.

Señala que los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos. Este acto de voluntad es de una pareja, casada o no, o excepcionalmente de una mujer sola y sólo de ella. Continuando con el análisis de las normas del nuevo Código, se aprecia que el artículo 562 prevé la definición de la voluntad procreacional, señalando:

ARTICULO 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.

Según Goffredo (2015), el art. 562 trata la fuente de las técnicas, con la denominación "voluntad procreacional". Antes de que surgieran las técnicas de reproducción asistida sólo existía la procreación por medios naturales, y padre y madre se determinaba por el aporte del material genético y el vínculo biológico, comprendiendo éste a aquél, pero actualmente, según este autor, se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que dan lugar a tres verdades a saber:

- La verdad genética, donde lo relevante es haber aportado el material genético;
- la verdad biológica donde el origen cuenta con un acto humano: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes; ocasiona un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, y la gestación de la madre nueve meses al ser por nacer; y,
- la verdad voluntaria o consentida como la paternidad y/o maternidad determinada por la voluntad procreacional.

Todo esto (avances científicos, la maternidad y la paternidad), a juicio del mencionado autor, imponen una realidad no genética sino socio-afectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

1.4. La identidad del niño concebido con gametos donados

Ya resulta claro que la incorporación de las TRHA al Código Civil como fuente de filiación representó un cambio paradigmático más que notorio, y que con su regulación se superaron o trascendieron el principio pauliano reflejado en la nación Argentina en el Código Vélez en su artículo 240. Los avances tecnológicos, según explica Goffredo (2015), han forzado el cambio de la postura tradicional, para permitir el derecho filial a los niños nacidos mediante las TRHA, trayendo, además, el reconocimiento de los derechos legislados en la

ley 26.618, donde se reconoció el derecho a parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, y por consiguiente, a procrear y formar una familia.

Un importante aspecto en cuanto a la filiación por TRHA es referido por Briozzo (2017), se trata de la reproducción *post mortem*. Así, la autora explica que; tal como se mencionó, la sanción de la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos de técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida, su decreto reglamentario 956/2013, implican un avance normativo.

Este avance, se encuentra en garantizar la igualdad y el acceso, indistintamente de las posibilidades reproductivas de quienes pretenden ser padre/madre, y resuelven el inconveniente sobre la cobertura médica integral de las prácticas de fertilización asistida para quienes se encuentran imposibilitado de llevar a término un embarazo.

Aunque, no regula, en forma expresa, determinadas técnicas de procreación asistida, como son específicamente, la gestación por sustitución y la filiación *post mortem*. En su caso, la fecundación *post mortem*, según Briozzo (2017) se advierte tres técnicas que pueden llevarse a cabo una vez que fallece el hombre del cual provienen los gametos: 1) la fecundación *post mortem* que se practica con semen congelado del prefallecido: es el supuesto en que la mujer se insemina artificialmente con material genético del o la cónyuge o conviviente fallecido durante el proceso de fertilización; 2) cuando la mujer hace extraer material genético del cadáver del cónyuge o conviviente fallecido repentinamente y luego se hace fecundar; 3) el caso de la transferencia de embriones *post mortem*; es decir, el embrión concebido *in vitro* en vida de los progenitores, implantado en el seno materno después del fallecimiento de su padre.

Así, se observa además que en la norma proyectada se introduce una novedosa regulación que antes no había sido prevista en otros proyectos de reforma al introducir la denominada fecundación *post mortem* en las TRHA: art. 563, de la Filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida.

Respecto a la identidad, se dice que, desde el punto de vista de la psicología, la misma es una necesidad básica del ser humano que permite responder a la pregunta ¿quién soy yo? (Goffredo, 2015). La construcción de la historia personal del individuo, según este autor, juega un papel fundamental en la formación de la personalidad, y se inicia en el proceso de gestación por la percepción misma de algunos eventos impactantes para la madre, y estará entrelazada con ambos padres y los vínculos familiares y sociales, desde cuando se

tenga pleno uso de razón hasta el final de la vida.

El nuevo código otorga el derecho a las personas nacidas mediante las TRHA de obtener la información referida a los "datos médicos de salud relevante", y revelar la identidad del donante por "razones debidamente fundadas evaluadas por la autoridad judicial. Textualmente señalan las normas pertinentes:

ARTICULO 563.- Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

ARTICULO 564.- Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local⁴.

En opinión de Goffredo (2015), “el anonimato del donante puede interpretarse como el principal obstáculo para el disfrute efectivo del derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos”. Explica que el secreto sobre la identidad del progenitor fue impuesto en materia de adopciones por diversas razones, y luego fue reproducido, sin mayores análisis, en su criterio, al fenómeno de la reproducción humana asistida. El anonimato en la adopción tenía como fin evitar prácticas como el aborto, el infanticidio o el abandono de los niños en circunstancias penosas, y garantizar a las mujeres información, atención y cuidados médicos correspondientes a su estado. Pero en el caso de las TRHA su único objetivo al parecer, “es impedir que la mujer transfiera al donante, que le ha permitido ser madre, el efecto debido al marido”, y su fin más práctico “es el aseguramiento de la disponibilidad de semen y óvulos para satisfacer la demanda del mercado fecundo de la medicina reproductiva”. A criterio de este autor, el interés superior del niño debe ser el parámetro a atender cuando se hable del ejercicio y goce de sus derechos, incluyendo su origen biológico.

Según este criterio doctrinal, el anonimato previsto en la norma atenta contra derechos del niño, quien no puede disfrutar del conocimiento de sus orígenes genéticos-biológicos por razón de la Ley, lo cual lo coloca ante riesgos que para los nacidos por el método natural son más remotos o, al menos, poco probables. Riesgos como la posibilidad

⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

de participar en matrimonios endogámicos (unirse hijos del mismo donante), o de no conocer caracteres hereditarios que condicionen su salud, son los que se citan como los más evidentes.

Como lo explica Muscolo (2015), la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada en el año 1990, establece el compromiso de los Estados a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (Art. 8). Prevé igualmente que el niño tiene derecho "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (art 7.1). Menciona la posibilidad de por lo pronto "conocer" a sus padres, sin perjuicio de que se encuentre o no facultado a iniciar acciones de filiación. Esta norma consiguió eco constitucional en el año 1994, cuando a la Carta Magna le fue anexado tal contenido en su artículo 75 inciso 22. Estas normas supranacionales se patentaron legislativamente en el artículo 11 de la ley 26.061 del año 2005 llamada de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y en decreto reglamentario 956/2013 de la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida sancionada en 2013.

Según esta autora, el ordenamiento niega a los nacidos TRHA el reclamo de filiación contra los donantes y demás partes intervinientes, toda vez que el artículo 577 CCCN establece la inadmisibilidad de la demanda de impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas. Esta negativa se reitera en el articulado relativo a las acciones de emplazamiento e impugnación de la filiación, lo que significa que el ser nacido de tales técnicas no podrá establecer filiación con el donante de gametos (Muscolo, 2015).

No obstante la inadmisibilidad de toda acción que pretenda establecer la filiación con el donante de los gametos que dio origen a la nueva vida, la cual hace estéril toda evocación de la jurisprudencia extranjera contraria, existe tendencia en la doctrina a establecer que el derecho a esa información no se debe ocultar, por cuanto afecta intereses del niño y por tanto contraría el espíritu, propósito y razón de múltiples normas que velan por la integridad e indemnidad de los menores. Autores como Josefina Sapena, Mariana De Lorenzi y Veronica B. Piñero, Carlos Vidal Prado, Nora Lloveras y Famá, todos citados por Muscolo (2015), coinciden en la necesidad de que esta información sea accesible al nuevo ser resultante de la aplicación de las técnicas.

Más puntualmente, Gil (2015) explica que el derecho a la identidad genética adquiere dos dimensiones, una estática y una dinámica. La primera se refiere a la información genética en sí misma referida a datos médicos. La segunda se vincula con los datos personales de los donantes de gametos de forma tal que permita su identificación, ubicación y eventual contacto.

En el orbe existen distintos sistemas legales en cuanto al tratamiento que se le da a la información de los donantes de las técnicas heterólogas de reproducción asistida. Según Gil (2015), hay países en los que:

- a) mantienen y conservan la figura del anonimato,
- b) países que no permiten acceder a la identidad, pero sí a los datos médicos;
- c) países que prevén la "doble ventanilla", que es el sistema que permite a los donantes de gametos de ambos sexos optar entre efectuar una donación anónima o no, y a la pareja beneficiaria, la opción entre gametos anónimos o identificables;
- d) países que prevén el anonimato como regla, pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias conformando un sistema del anonimato relativo;
- e) países que han eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el origen genético.

Según este autor, en la Argentina, con la implementación de los artículos 563 y 564 ya citados, se adoptó una postura intermedia, pues por una parte regula ambos aspectos del derecho a la información (identificatoria y no identificatoria); se previó que la posibilidad de acceso a la información no identificatoria sea más accesible (puede ser solicitada para el niño, cualquiera sea la edad, incluso por terceros, como son los médicos) y se accede a ella rápida y fácilmente (no requiere intervención judicial); y para la identificatoria del donante tiene más limitaciones (exige intervención judicial).

La opción asumida por el Código Civil y Comercial es la de un registro pasivo el cual depende de la voluntad de un legitimado estrictamente determinado y de un trámite de habilitación judicial para acceder a la información genética. Este autor concluye que:

El sistema por el que optó el Código Civil y Comercial es proporcional en un presente en donde la existencia de la heterobiologicidad hace necesario un mecanismo en principio anónimo para poder mantener un universo de donantes lo suficientemente amplio para que la voluntad procreacional sea posible.

En un futuro signado por la progresividad de los derechos, y una vez deconstruida la heterobiologicidad, quizás sea el momento de un sistema integral de acceso pleno a la información identificatoria sin intervención judicial y al solo efecto de garantizar la autodeterminación reflejada en una verdad esencial para la constitución subjetiva de la persona.

Al referirse a heterobiologicidad, se habla de la postura según la cual el único supuesto digno de ser considerado por el ordenamiento jurídico como fuente de filiación, es aquel en donde un hombre y una mujer conciben mediante un acto sexual. Según la óptica de este autor, en un futuro en el cual las instituciones familiares hayan sido radicalmente desarticuladas y, por tanto, la regla no sea la unión estable de hombre y mujer para la procreación, no será necesario el anonimato, pero mientras se mantenga mayoritariamente el paradigma de la heterobiologicidad, el anonimato será una garantía que se preservará y regulará a través de la intervención judicial oportuna y eficaz.

Conclusión

Indudablemente, el cambio paradigmático que implica el reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de filiación, se encuentra en consonancia con la actualidad de los avances de la técnica médica y de la ciencia de la genética, para la cual la manipulación de los gametos humanos es cada vez más común. El concepto de maternidad ha venido a experimentar cambios nunca evidenciados en la historia de la humanidad, y principios como el famoso aforismo *mater Semper certa est*, han entrado en discusión, pues ahora puede incluso ocurrir que la mujer que gesta y pare al nuevo ser no sea la madre genética o biológica del niño.

Se plantea discusión acerca de si es conveniente la norma que prevé el anonimato del donante de los gametos. Una buena parte de la doctrina se muestra contraria a esta disposición, pues a su decir, atenta contra derechos del niño. Sin embargo, la solución ecléctica de los redactores del Código permite que los hijos tengan acceso a cierta información por su salud o por otras circunstancias, lo cual resulta conveniente en este estadio de implementación de tan novedosas normas. Aunado a esto, la prohibición de demandar filiación a los donantes anónimos seguramente hará que los criterios judiciales en el caso de que se pretenda tener acceso a tal información, se encuentren en consonancia con

el derecho del principal interesado: el ser humano fruto de esta concepción.

Punto importante de esta legislación, es que al darle preponderancia a la voluntad procreacional, se abre la posibilidad de que parejas de un mismo sexo, cuyas uniones ya han sido legislativamente aceptadas y garantizadas, puedan ejercer la paternidad. Este tema toca álgidos elementos de la idiosincrasia del colectivo, y seguramente deberá ser estudiado no solo desde la óptica de los derechos e intereses de los padres, sino también de los niños que vengan a satisfacer el deseo del ejercicio de paternidad de los involucrados. En todo caso, el legislador ha levantado barreras en este sentido y ha establecido regulaciones necesarias.

Capítulo 2: La gestación por sustitución

Introducción

La gestación por sustitución ha representado en Argentina una problemática en los últimos tiempos, su falta de regulación ha generado un permiso tácito para la realización de esta práctica produciendo diversos inconvenientes en cuanto al establecimiento del derecho filial. La sanción de la ley de reproducción humana asistida así como la reforma del matrimonio igualitario representó en Argentina un cambio en la concepción de la familia. Como consecuencia de ello se generaron nuevos paradigmas en cuanto al establecimiento de la filiación así como la dificultad para generar una decisión judicial al respecto que no atentara contra principios fundamentales como el interés superior del niño o el libre desarrollo de la personalidad.

Como se comentó anteriormente son diversos los factores por los que este tema genera tanta controversia, existen posturas contrarias a esta práctica en la doctrina argumentando la cosificación de la mujer, otra parte objeta por el derecho de la reproducción de la mujer. Al sancionarse la ley 26.994, el legislador argentino excluyó de la nueva ley la figura de la gestación por sustitución y su encuadre normativo. Desde entonces en 2015 se han generado una serie de decisiones judiciales que ratifican esta práctica y en las que se ha hecho hincapié en la necesidad existente de crear un marco normativo para este asunto llegando hasta a declarar la inconstitucionalidad del actual artículo 562 del Código Civil Comercial de la Nación.

El presente capítulo desarrolla un análisis descriptivo de la gestación por sustitución definiendo la práctica de la gestación por sustitución y las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), por otra parte se analizará resumidamente el primer fallo generado a partir de la entrada en vigencia del código civil y comercial en 2015 donde se decidió a favor del derecho filiatorio de la comitente, por otra parte se analizará la dignidad humana como factor determinante en la práctica, la incidencia del interés superior del niño para la toma de decisiones judiciales y las nuevas propuestas de proyectos de ley para regular esta problemática.

2.1. La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico

La gestación por sustitución ha representado en Argentina una problemática puntual en los últimos años, de ella se desprenden situaciones jurídicas en las que se han aplicado

doctrinariamente diversas posturas en la que suscitan factores que influyen determinante en los fallos generados por esta situación jurídica particular. El surgimiento de esta problemática no es reciente, sin embargo la exclusión de la figura de la maternidad por subrogación del artículo 562 del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación labró el camino para plantear las posturas doctrinarias que sugieren que existe una evidente deficiencia regulatoria en esta materia que a partir de la promulgación de este vigente Código Civil se han suscitado casos que requieren la aplicación de una normativa especial que haga referencia a los casos de maternidad por subrogación, la cual se ha suprimido del actual artículo 562 *ejusdem*⁵ cuya redacción definitiva enmarca el principio de la regla “mater semper certa” (la madre siempre es conocida) principio que hace alusión al reconocimiento de la madre por ser un hecho biológico evidente en razón del embarazo.

Previo al análisis a realizar referente a la supra mencionada problemática es menester definir ciertos términos para la correcta comprensión de este fenómeno jurídico, evidentemente la gestación por sustitución surge en virtud de la necesidad de filiación que existe entre la mujer comitente que aporta los óvulos a ser fecundados para llevar a cabo el embarazo, la gestación por sustitución (GS) constituye una especial técnica de reproducción humana médicamente asistida (TRHA), por medio de la cual, una persona denominada gestante, lleva a cabo un embarazo a través de la transferencia de un embrión el cual está formado con material genético de los futuros progenitores comitentes y o de terceras personas, donantes de gametos.

A su vez, esta figura puede involucrar la aportación de gametos propios por parte de la gestante o, por el contrario, prohibir que ello acontezca; y a la par, desde el punto de vista de los comitentes o de quién o quiénes tienen la voluntad procreacional de ser padres/madres, puede ser con gametos propios de la pareja cuando es de diferente sexo, o con gametos donados por terceras personas (parejas de igual o diverso sexo o persona sin pareja), siendo que el niño/a que nazca de este procedimiento tiene vínculos jurídicos de filiación con el o los comitentes y no así con la gestante (Herrera y De la Torre, 2016, p.1)

En virtud de lo anteriormente planteado se puede notar que esta figura guarda una problemática referente a la filiación y en contraposición con el principio establecido en el artículo 565 del Código Civil y Comercial: “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (...)”⁶.

La problemática que se plantea además de producir un choque de posturas de

⁵ Artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁶ Artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

aplicación de normativas legales representa también un conflicto desde diversas posturas, con la sanción de la ley 26.618 la gestación por sustitución pasa a constituir un modo para que las familias homoparentales conformadas por dos hombres o incluso, hombres sin pareja, puedan acceder a la paternidad a través de esta práctica lo que constituye un problema evidente ya que no existe en este plano la figura de la madre y no puede hablarse de maternidad; por otra parte el otro problema más recurrente que se ha venido planteando es el de la filiación parental, en este caso preciso la de madre comitente, al no existir una normativa legal que regule la posición de la comitente y el vínculo jurídico que se genera a través de la gestión por sustitución.

Posteriormente a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en agosto de 2015, el 30 de diciembre del mismo año el Juzgado de Familia n°7 de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires⁷, declaró la “inconstitucionalidad y anticonvencionalidad” del artículo 562⁸ de la supra mencionada ley, el fallo se produjo en virtud de no reconocer la maternidad de la mujer que hubiere expresado su voluntad procreacional mediante consentimiento informado (Ales, 2016).

El mencionado fallo fue resuelto en el marco de una medida precautoria iniciada por los comitentes, también ascendientes genéticos de una niña por nacer y la mujer gestante. En síntesis el caso se trataba de una pareja en la que la mujer como consecuencia del Síndrome de Rokitansky se encontraba imposibilitada de llevar adelante un embarazo pero era capaz de producir óvulos perfectamente fecundables. Tras llevar a cabo una fecundación in vitro homóloga se llegó al arreglo de que los embriones fueran implantados en el útero de la hermana de la comitente. La mujer que prestó su vientre era una mujer adulta, casada y madre de 3 niños, esta a su vez sería también pariente consanguínea en tercer grado de la niña por nacer. Cabe destacar que no hubo retribución de ninguna especie más que la cobertura de medicamentos y atención médica durante el embarazo (Ales, 2016).

Ante la petición realizada por los comitentes el Juzgado ordenó que en caso de que la niña naciera con vida, debería ser emplazada como hija de los comitentes. Como consecuencia de la decisión se ordenó a las profesionales obstétricas intervinientes y las dependencias públicas involucradas a que procedieran a la expedición de la documentación pertinente con aclaración de la filiación conforme la voluntad procreacional manifestada. Esto significó por una parte sólo desligamiento de la regla mater semper certa est, además de

⁷ Juzgado de Familia n° 7 de Lomas de Zamora. Sentencia del 2015. LZ-62420-2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁸ Artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

la inaplicabilidad de la presunción de filiación del artículo 566 del Código Civil y Comercial que establece:

Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título⁹.

Como se comentó la mujer que prestó su vientre, era casada por lo que no aplica lo establecido en el anterior artículo en referencia a la filiación.

Por otra parte no obstante a la decisión emanada el juzgado impuso también ciertas obligaciones que debían ser cumplidas a cabalidad por los adultos intervinientes donde se comprometieron realizar terapia psicológica además de la obligación de informar a la niña acerca de su origen gestacional, esto de acuerdo a su grado de madurez.

A través de un amplio pronunciamiento la jueza del caso dictaminó como se describió con anterioridad en base a una concepción del derecho a la reproducción de los comitentes y en una lectura de la decisión legislativa de eliminar la figura de la gestación por sustitución del ordenamiento civil como un permiso implícito, al no estar plasmada pero tampoco prohibida se asume como legal la práctica, entendió asimismo, que esta comprensión del derecho a la reproducción de los comitentes suponía la necesaria inconstitucionalidad, e incluso anticonvencionalidad, de la regla "mater semper certa" en virtud de los motivos supra explicados.

Para decidir de esta forma, la magistrada desarrolló exclusivamente la postura sostenida por un sector de la doctrina en torno al alcance del derecho fundamental implicado, asimismo realizó una lectura ultra extensiva del caso "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ en el que el derecho a la reproducción comprendería cualquier vía para que una persona pudiera tener un hijo conforme a su voluntad (Ales, 2016).

El fallo evidenció además la previsión que se tornó respecto al bienestar psicológico, emocional y material de la niña, de la lectura del mismo se puede saber que se practicaron estudios psicológicos y socio ambientales de todos los adultos y menores involucrados en el proceso, además se hace expresa indicación de salvaguardar el derecho a la identidad de la

⁹ Artículo 566 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

niña por nacer.

La jueza interviniente de este caso tomo las conclusiones de las XXV Jornadas de Derecho Civil en cuanto a que el marco legal debe seguir lo estipulado en el descartado artículo 562 del ante proyecto del código civil comercial. Por otra parte es necesario mencionar los reiterados llamados hechos al legislador durante este fallo para que se dé el reconocimientos de acuerdos de este tipo y se realice el marco regulatorio necesario para esta problemática.

Aquí se vislumbra cómo son los tribunales los encargados de dictaminar en relación a las temáticas que en nuestro Derecho han quedado con escasa regulación. De esta manera, se “obliga” a judicializar los casos, en pos de que se resuelvan conflictos que no fueron previstos por los legisladores, o bien, cuyo tratamiento fue omitido.

2.2. Su ausencia en el Código Civil y Comercial

Al sancionarse la ley 26.994, el legislador descartó del ordenamiento la posibilidad de la gestación por sustitución o gestación por sustitución que se encontraba enmarcada en el artículo 562 del Ante Proyecto. No obstante la expresa supresión efectuada por el legislador en lo referido a la posibilidad de maternidad por subrogación prevista en el artículo 562 del Ante Proyecto, en fecha de julio del 2015 se registraron dos precedentes en los que se tuvieron por válidos acuerdos de este tipo, en ambos casos se trató de menores concebidos con gametos de la pareja cuya voluntad fue tomada como causa fuente de la filiación, de manera que los dos precedentes se resolvió que la filiación del nacido mediante el recurso a la gestación por sustitución no fuese determinada según el principio *mater semper certa* contenido en el *supra* indicado artículo 565, sino en consonancia con la voluntad procreacional de la pareja comitente. Coincidentemente, en los dos precedentes se trató de menores concebidos con gametos de la pareja cuya voluntad fue tomada como causa fuente de la filiación.

En ambos casos el fundamento del decisorio se basó principalmente, en el elemento de la voluntad procreacional manifestada la cual se sumó a la disposición del propio útero con el fin de llevar adelante una gestación. En el primer precedente se consideró que la filiación a madre debía ser resuelta con prescindencia del hecho de la gestación y parto el cual fue resuelto por el Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial de la provincia de Mendoza¹¹ en este además el magistrado interviniente estimó que nada de lo

¹¹ Juzgado de la 1° Circunscripción judicial de la Provincia Mendoza, "O.A.V., G.A.C y F.J.J. por

dispuesto en este sentido por las partes constituye un acto ilícito, prohibido o contrario a las leyes o la moral sino que es un acuerdo de volantes que carece de regulación específica. De esta forma expresó que a pesar de la eliminación, la gestación por sustitución no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial, como sucedió en aquel entonces (Ales, 2016).

El fallo in comento indica como factor determinante para establecer el título de maternidad la llamada "voluntad procreacional". Este elemento estuvo presente en diversas jurisprudencias previo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, y hace referencia al querer engendrar un hijo, además de tener la intención de cumplir con los elementos necesarios para el correcto desarrollo del niño, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, dentro de este principio se encuentra intrínseco el elemento volitivo cuya finalidad va encausada a la adquisición de derechos y obligaciones producto de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida se ha afirmado es la fuente común de creación del vínculo.

Este principio de voluntad procreacional se encuentra consagrado intrínsecamente en el artículo 562 del Código Civil y Comercial, en concordancia con ello la autora Ales (2016) expresa:

La noción radica en que el presupuesto de veracidad material es necesario pero insuficiente para determinar el vínculo jurídico de paternidad, ya que una comprensión cabal de la juridicidad de este lazo encuentra fundamentos también en las consideraciones de tipo social y afectivo que el ordenamiento legal toma en consideración (p.3).

Bajo este criterio argumentativo se considera que admitir las consecuencias de la paternidad y maternidad basándose únicamente por el factor de la derivación biológica dejando de lado las relaciones que dieron origen a la generación no se relaciona con un régimen de filiación guiado por los principios de interés superior del niño e igualdad. En palabras de Ales (2016):

La filiación no debe entenderse como consecuencia sine qua non del hecho de la generación, de esta manera podríamos establecer que el hecho generador de la filiación es la imputación que hace la ley de ciertos efectos a un negocio jurídico, como el consentimiento del marido a la fecundación heteróloga y que es eso lo que fija la filiación (p.3).

En virtud de lo antes planteado puede decirse que existe una relación causal entre el principio de la voluntad procreacional y la concepción, así como en la concepción natural existe una voluntad en los padres que se manifiesta al momento de en qué se produce la relación sexual. En las TRHA, de tipo homólogo o heterólogo, aunque no existe evidencia de

la reproducción la conducta voluntaria puede ser demostrada mediante la documentación que acredite el recurso conjunto a un tratamiento.

La atribución de la facultad de padre o madre no está condicionada a la procreación del niño, sino que debe cumplir con respecto a esa persona el conjunto de deberes y funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación, de esta postura se resalta la importancia que conlleva la voluntad procreacional, este principio es el realmente determinante para a la atribución de la cualidad de padre o madre, en otras palabras es la voluntad procreacional la que definirá el vínculo filial.

Ya habiendo abarcado gran parte de esta problemática planteándose las posturas correspondientes es necesario mencionar los efectos producidos dentro de esta situación jurídica particular. Evidentemente dentro de este contexto existen varias figuras actorales pero la de mayor importancia es la del niño por nacer que puede verse severamente afectado en virtud de los intereses de los adultos protagonistas de este asunto.

Ante este precedente debe prevalecer el principio del interés superior del niño, cabe destacar que el mismo representa un principio con jerarquía constitucional, a partir de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional.

La minoría de edad es protegida en virtud del proceso de desarrollo vital relacionado con la evolución de la personalidad del niño hasta volverse más autónomo, en virtud de esto el derecho recubre al menor de una protección normativa, contemplando un determinado número de años como minoría de edad legal.

En el ordenamiento jurídico argentino se destaca la importancia de este principio siendo el interés del menor el factor de mayor importancia de cualquier decisión administrativa, judicial o privada esto significa que, en cada situación a resolver, se considerarán los derechos del niño, niña o adolescente en cuestión el derecho del menor a estar con sus padres, el derecho a la salvaguarda de su integridad física y moral entre otros derechos inherente la protección efectivo desarrollo del menor por lo que cualquier decisión a tomarse debe estar destinada a optimizar este principio (Ales, 2016).

Los acuerdos de gestación por sustitución que efectuados en Argentina, fuera de un marco legal que velen por el futuro del menor que será concebido a través la actuación de un grupo de adultos, tienen por finalidad establecer una paternidad o maternidad fundadas en el deseo de la descendencia más o menos genética.

El principio del interés superior del niño es aplicado comúnmente en situaciones donde a existe una situación afectiva familiar consolidada, en este caso particular el magistrado interviniente debe decidir durante una gestación en curso condicionado a

determinar en un lapso limitado de tiempo el emplazamiento filial existiendo además la voluntad expresa de la embarazada de no querer asumir su rol materno y otra pareja reclama derechos parentales sobre un niño por nacer, es difícil salvaguardar los derechos del menor y garantizar las condiciones necesarias para el correcto desarrollo psicológico físico del niño situándolo bajo la responsabilidad parental de quien ha manifestado expresamente su deseo de no entablar una relación filial con el mismo (Ales, 2016).

El ordenamiento jurídico reconoce en el artículo 700, inciso b) del Código Civil y Comercial¹² la extinción de la responsabilidad parental por el abandono del hijo inclusive cuando es dejado al cuidado del tercero o de otro progenitor.

El tema de la gestación por sustitución sin lugar a dudas ha abarcado un extenso campo de estudio debido a sus posibilidades y en referencia a las consecuencias directas e indirectas que en ella residen, además de esto reviste factores de extrema importancia que aún no han sido regulados por lo que ante esto se han generado diversas posturas que han analizado por una parte las repercusiones que produce en la mujer gestante por la llamada cosificación de la misma así como el respeto a la dignidad humana.

En referencia la dignidad humana se puede decir que en este ámbito particular está referida al alcance de la potestad jurídica de disposición sobre el propio cuerpo a la luz de la autonomía y desarrollo de la personalidad así como su incidencia en el desarrollo de los derechos humanos.

La dignidad humana representa un pilar fundamental para el desarrollo de diversos derechos y resalta su importancia en múltiples ordenamientos jurídicos y tratados, esto a partir de la Declaración Universal de Derechos del Hombre que además la contempla como límite en el libre desarrollo de la personalidad a través de la disposición sobre el propio cuerpo, este instrumento además configura a la Dignidad como piedra angular de su sistema y fundamento de todos los derechos. Por otra parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece en su Preámbulo, que los derechos tutelados se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, no obstante La Unión Europea incluyó la dignidad en el articulado de la Carta de Derechos Fundamentales en su artículo II-61¹³.

En palabras de Ales (2016) puede definirse la dignidad como:

(...) un valor espiritual y moral inherente a todas las personas, un mínimo que debe preservarse de las vulneraciones por parte de los poderes públicos y los particulares. Se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la

¹² Artículo 700. Inc. B del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹³ Artículo II-61. Carta de Derechos Fundamentales. Unión Europea.

propia vida, en la autonomía individual y constituye el punto de partida para la existencia y especificidad de los demás derechos (p.2).

La dignidad representa entonces una base fundamental para el desarrollo de los derechos del individuo y en virtud de este mencionado valor inherente le son reconocidos al hombre y a la mujer derechos inviolables y en pro del libre desarrollo de su personalidad.

El concepto de dignidad como fundamento de los derechos funge como fuente de derecho y el legislador hace uso de este para la elaboración de las leyes, por lo que la dignidad debe ser entendida como una pauta orientadora para los poderes públicos.

En este mismo orden de ideas Ales (2016) expresa:

Se trata de una pauta programática que sirve de punto de enlace entre los valores ético-sociales y las normas positivas que conforman el Estado. Pero, a su vez, posee peso vinculante y exigencia de ejecutividad en cada uno de los derechos que de ella fluyen, aunque precisa de desarrollo legal (...) (p.3).

Esta vinculación mencionada es aplicable a todo sujeto administrador de derecho u órgano de justicia especialmente a los jueces los cuales deben entender que la dignidad humana es el fundamento para el desarrollo de los derechos a su vez constituye un factor delimitante al constituir esta una fuente de los derechos fundamentales, todo derecho que se pretenda derivar de ella tendrá como criterios de alcance la dignidad humana.

La dignidad humana a su vez se encuentra estrechamente relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, Ales (2017) expresa: “la personalidad es el aspecto dinámico de la dignidad humana” (p.3). El libre desarrollo de la personalidad es alcanzado a través de la plena realización de las potencialidades humanas y el ejercicio de los derechos, en particular de los derechos fundamentales. El reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales se asienta, a su vez, en el reconocimiento y respeto de la dignidad (Ales, 2017).

Es decir, la dignidad debe concebirse como la cualidad de la cual derivan los derechos fundamentales y a su vez el ejercicio de estos derechos supone el desarrollo de la personalidad. “La dignidad contiene, en potencia, aquello que se despliega, en acto, con el proceso de perfeccionamiento y desenvolvimiento de la personalidad” (Ales, 2017, p.3).

Existe evidentemente una correlación entre la dignidad humana el desarrollo de la personalidad que a la vez supone el ejercicio de la voluntad dentro de los lineamientos legales claro está, todas estos factores se encuentren intrínsecos en el asunto objeto de estudio “la gestación por sustitución”, la misma es contemplada generalmente como una técnica de reproducción humana asistida pero su estructura hace que se acerque más a un supuesto de voluntariedad en la eliminación y atribución de la filiación materna que a un caso típico de TRHA.

La gestación por sustitución como práctica y las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) de tipo heterólogo tienen un factor en común y es que ambas involucran la cooperación de un tercero “la madre sustituta o gestante”, aun así presenta dos características que la diferencian esencialmente de la donación de gametos o embriones, en la gestación por sustitución están ausentes la características de fungibilidad del aporte del tercero a la concepción de la criatura, y la ayuda de quien aporta el elemento heterólogo al proceso de gestación y alumbramiento, es continuada y no reducida a un solo acto de disposición del material genético. Por otro lado, en la maternidad de sustitución la mujer que gesta al hijo adquiere un vínculo biológico y afectivo con él, a diferencia de los donantes de gametos masculinos o femeninos cuya colaboración que simplemente aportan sus gametos sin conocer el desarrollo posterior de este proceso. (Ales, 2017).

El Código Civil y Comercial como se indicó anteriormente suprimió del anteproyecto de ley la figura de la gestación por sustitución que se encontraba establecida en el artículo 562, pero aunque la figura no fue regulada tampoco fue prohibida por lo que se ha aplicado ante esta problemática el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido artículo 19 de la Constitución Nacional, por otra parte se produce una transgresión tácita de las mujeres que se encuentran en dificultad para procrear y que encuentran en la gestación por sustitución un mecanismo para su reproducción.

La maternidad por subrogación como se mencionó ha sido causal de diversas posturas y planteamientos, se han generado diversos fallos a favor del reconocimiento de la relación filial de la madre comitente y el niño por lo que se ha hecho hincapié en la necesidad de una regulación expresa de este asunto jurídico, ante esto debe mencionarse que se han realizado una serie de propuestas de proyecto de ley que regulen esta situación. Sin embargo, resulta una deuda pendiente de los legisladores regular semejante instituto, atento a su importancia e impronta en nuestro Derecho. El hecho de que no haya sido absolutamente normada, implica lagunas que deben ser suplidas por la jurisprudencia y que necesariamente se judicialice el caso.

2.3. Los proyectos legislativos sobre la gestación por sustitución

En la actualidad son tres los proyectos legislativos presentados en el Congreso Nacional que pretenden brindar un marco jurídico preciso a este asunto jurídico: en el marco de la Cámara de Diputados, los proyectos 5700-D-2016 y 5759-D-2016 y, en la Cámara de Senadores, el proyecto 2754-S-2015 este último ya caducado.

Uno de los más resaltantes es el proyecto de ley 5700-D-2016 el cual consta de 34 artículos y uno de forma. Su artículo 1 establece el objeto del proyecto, y el carácter de orden público de la norma proyectada el artículo 2 define la práctica:

La Gestación Solidaria es un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja, denominada/s "comitante/s"; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la "gestante", sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "comitante/s". La autoridad de aplicación de la ley será el Ministerio de Salud¹⁴.

El derecho de acceso que otorga este proyecto a los beneficiarios de la práctica de la gestación por sustitución es amplio y gratuito, se producen es su propuesta responsabilidades que son conferidas al sector público de salud el cual estará en la obligación de otorgar cobertura integral e interdisciplinaria no sólo del diagnóstico, del procedimiento de la Gestación Solidaria que deberá practicarse en los establecimientos habilitados, sino también del abordaje, los medicamentos, el diagnóstico, las terapias de apoyo que podrán requerir y hasta de los gastos necesarios tales como ropa y el transporte para la gestante, quedando todas las prestaciones incluidas en el Plan Médico Obligatorio (Marrama, 2017).

Por otra parte referente a los requisitos para ser gestante el artículo 14, entre estos destaca la realización de exámenes médicos psicofísicos, no padecer de un consumo problemático de alcohol, tabaco u otras drogas, ni enfermedades o infecciones susceptibles de ser transmitidas al feto durante el embarazo o el parto.

Asimismo el artículo 15 del referido proyecto hace mención a las obligaciones de la gestante e intrínsecamente otorga facultades a los comitentes como la establecida en su inciso A que reza los siguiente: "Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales, incluidos los estudios médicos extras que soliciten el/la/los/as "comitante/s"¹⁵, el mencionado inciso ha sido objeto de críticas por colocar a la gestante en una posición de dependencia y de no poder tener libre disposición de su cuerpo por lo que se habla de la cosificación de la misma.

Otro supuesto planteado en el proyecto que ha generado críticas es en referencia a lo planteado en el artículo 32 que autoriza a los comitentes para decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la gestante, artículo 32: "Durante las primeras catorce (14) semanas cumplidas de gestación, el/la/los/as "comitante/s" podrán decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la "gestante"¹⁶.

¹⁴ Artículo 2. Proyecto de ley 5700-D-2016.

¹⁵ Artículo 15. Inc. A. Proyecto de ley 5700-D-2016.

¹⁶ Artículo 32. Proyecto de ley 5700-D-2016.

Respecto al mencionado artículo se debe destacar lo expresado por la autora Marrama (2017):

Cabe aquí destacar que el eufemismo "interrupción voluntaria del embarazo" que esconde el delito de aborto, encuentra en este proyecto de ley una nueva interpretación ampliatoria, ya que no se trata aquí de la voluntad de la mujer embarazada sino de la voluntad de los comitentes la que decide la muerte del niño por ella gestado (p.4).

En concordancia con lo argumentado por la autora se debe mencionar que existe una evidente transgresión de los límites de la voluntad procreacional al facultar en este proyecto la interrupción de un embarazo sin indicación médica, resaltando aún más la condición cosificada que se le atribuye a la mujer gestante.

Son varias las características que proponen la cosificación de la mujer, una desproporción en referencia a los beneficios su prohibiciones en comparación de la de los comitentes, se observa una directa transgresión de la dignidad humana al estar la gestante subordinada a la satisfacción de los deseos de los comitentes, respecto de estudios médicos prescritos por los mismos, además la unilateral cláusula que faculta el aborto por decisión de los comitentes, además surge la incertidumbre del límite de la libertad de la gestante durante el embarazo, en vista de que no existe restricciones referentes dentro del articulado del proyecto.

También se denotan deficiencias en los artículos referentes a las prohibiciones hacia la gestante en contradicción con otros preceptos ejemplo de ello es la carencia de cláusulas referidas a la intimidad sexual de la gestante, que podrían tener relación con el contagio de enfermedades de transmisión sexual durante el embarazo, o a la práctica de algunas actividades deportivas de riesgo en la que a consideración de los comitentes pudiera verse afectado de algún modo el cumplimiento del objeto del contrato. Ninguna referencia, más allá de las alusiones referidas ut supra, existe en el proyecto respecto de la libertad y demás derechos constitucionales de la gestante.

En referencia a esto solo el artículo 25 del proyecto indica las prohibiciones junto a una pena pecuniaria estableciendo tres supuestos referidos a la comercialización, utilización para experimentación y clonación de los embriones que se produzcan para luego ser transferidos al vientre de la madre subrogante.

Como se ha mencionado a lo largo de este tema existen diferentes posturas respecto al mismo, sin lugar a dudas debe establecerse un marco jurídico que regule las mismas pero dicha normativa debe establecerse en consonancia de diversos factores a considerar primordialmente el respeto a los derechos humanos, la dignidad humana, principios como el

libre desarrollo de la personalidad, interés superior del niño y la no discriminación, siempre en pro de la equidad, la justicia.

Conclusión

El presente capítulo consistió en un análisis descriptivo general de la gestación por sustitución, este es un asunto jurídico que generó distintas posturas doctrinarias jurisprudenciales en virtud del carácter las características que reviste. Con la promulgación de la ley de reproducción humana asistida así como la reforma del matrimonio igualitario en el país cambió la concepción de la familia el derecho filial, no obstante a esto se suprimió del proyecto de ley del código civil comercial la regulación referente a la gestación por sustitución establecida en el artículo 562 del mismo, esta carencia de regulación ha generado diversos problemas resaltando entre ellos el de la gestación por sustitución por la supra mencionada carencia de regulación además de ello la carencia de una prohibición expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otra parte surgen otras problemáticas referentes a la protección del niño las decisiones en virtud del principio de interés superior que a su vez deben concatenar con los derechos de una madre comitente (por mencionar un caso) que exige el reconocimiento filial con el niño en un contexto donde la ley no reconoce el mismo.

En una opinión personal se considera que el anterior artículo 562 del proyecto del Código Civil y Comercial contenía considerablemente diversos aspectos positivos y relevantes para la regulación de la gestación por sustitución sin menoscabar derechos de ninguna de las partes, por otra parte debe considerarse que efectivamente varias de las decisiones generadas en virtud de esta problemática se han generado en pro de lo establecido del anterior artículo en algunos casos hasta desestimando el carácter constitucional del actual artículo.

Capítulo 3: La voluntad procreacional y su relación con la gestación por sustitución

Introducción

La reproducción asistida no es un fenómeno de reciente data pero, sus innovaciones han ido caducando las normas o supuestos que pudieran asimilarse, a los casos que se presentan, cuando los padres dependen de terceros para procurar el éxito de su proyecto de vida en común.

Hay muchos intereses en juego y hasta se recurre a soluciones que tienden a concretarse como si se tratara de una negociación entre socios comerciales e incluso se contempla haya alguna retribución económica en algunos países.

En Argentina, las disposiciones permiten que sus ciudadanos opten por estas técnicas aunque no haya una voluntad clara por parte del Estado para reconocer la legalidad de la gestación por sustitución. En esta investigación, se analizará su repercusión como figura en cuanto a los derechos que le son inherentes a la persona, clasificación, situación actual de su aplicación y los efectos en cuanto a la filiación.

3.1. Autonomía reproductiva: La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana medicamente asistida (TRHA)

Como explica Ales (2017), el libre desarrollo de la personalidad implica la disposición del cuerpo que le sirve de sostén a la persona para llevarlo a cabo, representando la cuarta manifestación de la dignidad humana, de los cuatro niveles de despliegue de donde derivan las libertades y derechos.

La primera manifestación de la dignidad en la persona es más bien introspectiva o se ubica, a nivel individual, como ser racional con capacidad de volición y autodeterminación. La segunda se enfoca en el origen y finalidad de la propia existencia y adquiere una dimensión religiosa, cualquiera sea su elección o interés. La tercera manifestación está orientada hacia la vida de relación e interacción social del individuo, es decir, la consideración de la dignidad y el honor. La cuarta manifestación tiene una perspectiva ética o moral, dirigida a la valoración de los propios actos y sus consecuencias, en relación a sí mismos y a terceros, comprende la disposición de las personas sobre su propio cuerpo.

La importancia de la integridad física deriva del respeto a la vida, del cual se

desprenden los demás derechos fundamentales que, aunque inviolables frente al Estado y los particulares, se preservan inalienables, vedados los actos de disposición física o jurídica, para resguardar al propio sujeto de esos derechos, en caso de un atentado contra la dignidad.

En Argentina no rige el sistema de precedentes pero, fallos como el de Bahamóndez¹⁷, permiten inferir que los individuos adultos pueden aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal, como requisito de la autonomía individual, salvo que esa autonomía deba restringirse, al existir un interés público relevante en juego que deba tutelarse.

No todas las técnicas terapéuticas son equiparables al carácter privado que resguarda el artículo 19 de la Constitución Nacional¹⁸, para el ejercicio de las convicciones personales en una esfera como la de los servicios de salud o reproductivos.

Ales (2017), analiza en tres dimensiones, sí podría considerarse el empleo que hace una mujer de su propia persona, bajo un acuerdo de gestación por sustitución, como un acto de disposición del propio cuerpo que se sustenta en la dignidad humana. Desde la dimensión objetiva del actuar, el embarazo no involucra un órgano aislado, hace falta que la totalidad del ser humano (incluso psíquicamente) esté volcado hacia el logro del objetivo, el cual comienza con la concepción y culmina con el parto.

Desde el punto de vista subjetivo, la motivación para aceptar la gestación por subrogación, normalmente es económica, en los países donde se encuentra regulada pero, como sea queda claro que no está planteado el reconocimiento de la identidad mediante la maternidad, sino gestar y entregar un niño al cuidado y responsabilidad de una persona distinta a la gestante.

De acuerdo a la proporcionalidad, que abarca la dimensión biológica y afectiva de la gestante, se produce la mediatización o condicionamiento del sujeto de derecho (autonomía de la voluntad), afectando la consideración de la dignidad y derechos de los terceros, en especial, los del niño que resulta de la gestación.

En la gestación por sustitución, la mujer que gesta al hijo adquiere un vínculo biológico y afectivo con él, durante los nueve meses de embarazo, a diferencia de los donantes de gametos masculinos o femeninos, cuya colaboración se reduce a un acto concreto de aporte de sus gametos, sin conocer el desarrollo ulterior del proceso de fecundación y

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “A. N. J. W. s/ medidas precautorias”, sentencia del 01 de junio de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹⁸ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

gestación. La gestante pone la integridad de su cuerpo de mujer para la anidación, gestación y parto.

Desde el plano internacional, es dable destacar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de TRHA a la figura en análisis, determinando su inclusión en los siguientes términos: "las técnicas de reproducción humana asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado" (Herrera M. y De La Torre, 2016, pág. 1)

En la gestación por sustitución, la participación de la mujer que actúa como subrogante es activa, compleja y requiere de largos meses desde que se intenta la fertilización hasta que, una vez nacido el hijo, traspase definitivamente la guarda y patria potestad sobre éste a los comitentes, a quienes conoce desde el principio porque ha sido previamente seleccionada por ellos.

En la gestación por sustitución están ausentes, la nota de fungibilidad del aporte del tercero a la concepción de la criatura, y la colaboración de quien aporta el elemento heterólogo al proceso de gestación y alumbramiento, es continuada y no reducida a un solo acto de disposición del material genético (Ales, 2017, pág. 5)

Tipos o variantes de gestación por sustitución (según la persona que aporta los óvulos)	{	<ul style="list-style-type: none">• Gestante• Madre subrogada• Una tercera persona donante
Tipos o variantes de gestación por sustitución (según la persona que aporta los espermatozoides)	{	<ul style="list-style-type: none">• Uno de los padres subrogados• Un tercero
Tipos o variantes de gestación por sustitución (según el acuerdo contractual)	{	<ul style="list-style-type: none">• Oneroso• Gratuito

En resumen, la variante de gestación por sustitución que genera más atención y rechazo, es la protagonizada por la gestante cuando aporta su propio material genético (ovulo) y recibe un pago como si se tratara de una operación comercial, siendo su cuerpo y/o el ser humano engendrado, el objeto negociado, contrario a la dignidad que merecen todas las

personas y es fundamento de todos los derechos.

(...) lo que entendemos por dignidad humana, se concreta en el contenido de cada uno de los derechos fundamentales que en ella encuentran su justificación. Los derechos inviolables le son reconocidos al hombre y a la mujer, en virtud de su dignidad inherente y en pro del libre desarrollo de su personalidad. Esto tiene una gran virtualidad práctica en tanto, al ser la dignidad un principio absoluto e inderogable es un corolario lógico que, no cabe atentar contra ella con el pretexto de defender otros derecho (Ales, 2017, pág. 2)

El artículo 562 del actual Código Civil y Comercial¹⁹, establece la voluntad procreacional como regla de determinación de la filiación, cónsono con el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos y lo previsto en la Constitución pero, a fin de excluir la institucionalización de la práctica de la maternidad subrogada, agrega que "madre es quien da a luz" y es que, la mayoría de las legislaciones mantienen la atribución o reconocimiento de la maternidad vinculada al hecho del parto apoyándose, de esta forma, en el vínculo biológico y basándose en el principio romano, tomado por Paulo del Digesto, "mater semper certa est", como apunta Valdés (2016, pág. 2).

Basset (2016, pág. 8), señala que es urgente quitar toda duda respecto de la prohibición de la gestación por sustitución: es un contrato de objeto prohibido; el cuerpo humano no puede ser objeto de un contrato (art. 16 Cód. Civil y Comercial) y Argentina debe seguir en la línea de la defensa de los derechos de los más vulnerables y así proteger a mujeres y niños, "en el contexto de nuevas visiones que terminan retrocediendo a épocas que creíamos haber superado".

3.2. Falta de regulación expresa

Muy pocos países poseen una regulación específica permisiva de acuerdos sobre gestación por sustitución y la gran mayoría de las legislaciones optan por: (i) prohibición expresa de cualquier tipo de acuerdo; (ii) permiso de acuerdos de carácter no lucrativo bajo especiales circunstancias; o (iii) silencio legislativo.

La gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida entre otras naciones, en Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia e Italia, entre otros; existiendo otro grupo de naciones en donde su legalidad es incierta, como en Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Rumania y San Marino. En sentido positivo, encontramos naciones en las cuales la gestación por sustitución está permitida por ley; a saber; Australia, Albania, Grecia, los Países Bajos, India, el Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos (Delaware, Arizona, Texas y Wyoming entre otros); primando en la mayoría de ellos la llamada "gestación por sustitución altruista" (que incluye la posibilidad de

¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

compensación), siendo posible la gestación por sustitución de carácter onerosa en Georgia, Rusia y Ucrania (Gonzalez, 2014, pág. 2)

En relación a la gestación por sustitución, la ley 26.862²⁰ sólo contempla las técnicas de fecundación asistida pero, igual constituye un avance que se logre armonizar en un solo instrumento, el derecho a la vida privada con la autonomía reproductiva y el acceso a la salud (incluyendo el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo), aparte de hacer énfasis en la necesidad del consentimiento informado.

El consentimiento se prestaría antes de la aplicación de la TRHA, de manera irrevocable, una vez iniciado el procedimiento y logrado el embarazo en la mujer gestante. El marido de la madre subrogada debe dar también su consentimiento y esta manifestación sería suficiente para descartar la presunción de filiación paterna respecto a él.

(...) incluye no sólo el reconocimiento a las técnicas de reproducción humana asistida de carácter homólogo, sino también aquellas de carácter heterólogo, es decir en las cuales el material genético necesario para la técnica, proviene en todo o en parte de un tercero ajeno al o los comitentes; reconociendo la norma como beneficiarios, a toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado en los términos previstos por la ley 26.529; o bien aquella persona, que siendo mayor o menor de edad, pretenda resguardar material genético o tejidos reproductivos; a fin de evitar que por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometida su capacidad para procrear en el futuro (Gonzalez, 2014, pág. 6)

Que el Código Civil²¹ actual no haya previsto la gestación por sustitución o la maternidad subrogada, no implica necesariamente su falta de reconocimiento legal ni su prohibición, según Gonzalez (2014, pág. 1), pero, deja espacio a una laguna legal, cuyas consecuencias definitivas aún no pueden establecerse con claridad.

En la actualidad, los proyectos legislativos presentados en el Congreso Nacional que pretenden brindar un marco jurídico preciso a la figura en estudio son tres: en el marco de la Cámara de Diputados, los proyectos 5700-D-2016 y 5759-D-2016 y, en la Cámara de Senadores, el proyecto 2754-S-2015", el último de los cuales se encuentra caduco, mientras los dos primeros, presentados por Diputados del Frente para la Victoria, aún tienen estado parlamentario (Marrama, 2017, pág. 1)

²⁰ Ley 26.862. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de junio de 2013.

²¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

3.3. Fallos relacionados

3.3.1. N.N. s/ inscripción de nacimiento²²

La demanda para inscribir el nacimiento de una niña procreada con TRHA, resultó el primer fallo que resolviera directamente sobre la gestación por sustitución, no como en el fallo B. M. A. c/F. C. C. R.²³ (aunque igual se haga mención de esta decisión), la cual tiene su fundamento en la impugnación de la maternidad sin decidir sobre el fondo. En esta sentencia, se trajeron a colación otros fallos, en los que la gestación por sustitución se llevó a cabo en el extranjero, por matrimonios del mismo sexo, todos basados en la voluntad procreacional, el derecho a la no discriminación, el interés superior del niño respecto al derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares.

Este primer fallo hizo hincapié en el elemento determinante de la filiación; la "voluntad procreacional"; la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Remarcó lo que surge de la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino. Tomó como antecedentes los pocos fallos de inscripción de partidas de nacimiento en India en los tribunales del fuero contencioso de la ciudad de Buenos Aires. Resaltó que una realidad aun cuando no estaba legislada merecía una respuesta, en este caso, de la jurisprudencia en ausencia de ley que la legisle y contemplando, sin dudas, la inexistencia de ley que la prohibiera (Quaini, 2017, pág. 1)

El acta de nacimiento no identificaba a la niña, sólo contenía el nombre de la mujer gestante como madre. No se presentaron consentimientos informados pero si se presentaron informes psicológicos, historia médica y una muestra de ADN. En estos casos, los padres quedan comprometidos a informar a sus hijos concebidos por TRHA, los detalles sobre su nacimiento a una edad apropiada.

En este orden de ideas, la maternidad subrogada se manifiesta como un tema conflictivo para la resolución de los jueces, pues un gran porcentaje de los casos de gestación por sustitución finalizan en conflictividad entre los progenitores genéticos y la mujer que desarrolló el embarazo.

²² Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, "N.N. s/ inscripción de nacimiento", sentencia del 18 de junio de 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

²³ Juzgado de Familia de Gualeguay, "B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario", sentencia del 19 de noviembre de 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

3.3.2. C. F. A. y otro c/ R. S. M. L.²⁴

Todos los involucrados en el acuerdo para llevar a cabo la gestación por sustitución: matrimonio heterosexual que aportó su propio material genético y una amiga de la familia que fungió como madre gestante, manifiestan su conformidad en la acción de impugnación de maternidad a fin que le sea reconocido a la niña procreada por TRHA, su derecho a la identidad. Más allá de lo establecido en el art. 242 del Código Civil derogado, debía prevalecer el derecho a la dignidad, a la intimidad, la imagen, el honor y la identidad.

Entre las razones por las cuales se destaca esta decisión, está la variedad de conceptos aportados, a ser desarrollados en jurisprudencia posterior, la presencia en las audiencias del Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal y la importancia de la participación del médico responsable de la transferencia embrionaria en la solicitud de protocolización de consentimientos informados.

3.3.3. H. M. y otro/a s/ medidas precautorias²⁵

Se declara la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil, al ignorar el consentimiento informado de la mujer que manifestó su voluntad procreacional cuando se concede la maternidad a la gestante, en abierta violación al derecho fundamental y humano de recurrir a procedimientos y técnicas de gestación por sustitución (en este caso con ovodonación), sin sufrir discriminación alguna. El control de la convencionalidad radica en armonizar lo establecido en normas locales y las supranacionales de los tratados internacionales ratificados por el Estado argentino, respecto al *ius cogens* y la jurisprudencia de las cortes o tribunales internacionales.

El caso tardó casi dos años en resolverse; al niño se le nombró un tutor oficial, se analiza toda la jurisprudencia producida hasta ese momento, se critica la incertidumbre de las familias por la inscripción del niño nacido por TRHA, se descarta la adopción como posible solución y se determina la competencia de acuerdo al lugar de nacimiento del menor.

Por último, a lo largo del fallo se hace repetidos llamados a la necesidad de que el legislador reconozca la existencia de este tipo de acuerdos y les brinde un marco regulatorio adecuado. La supresión de la figura en el pase del Ante Proyecto al Código definitivo es leída como una tolerancia, o incluso permiso. En este sentido, la juez interviniente hace suyas las conclusiones de las XXV Jornadas de Derecho Civil en cuanto a que el marco legal debe seguir lo proyectado en el

²⁴ Juzgado Nacional Civil 102, “C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. s/ Impugnación de maternidad”, sentencia del 18 de mayo de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

²⁵ Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias”, sentencia del 30 de diciembre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

eliminado artículo 562 del Ante Proyecto, con especial énfasis en la intervención judicial previa (Ales, 2016, pág. 2)

3.3.4. G. G. S. y J. G. G. s/ filiación²⁶

En un caso que advierte a los interesados lo prudente y necesario que es, acudir a estas técnicas de una manera transparente y debidamente asesorados, una tía lleva a cabo el embarazo de dos mellizos, hijos de su hermano y su esposa porque esta última, madre biológica y procreacional, no podía gestar por tener comprometido sus riñones y contar con una muy fuerte diabetes. Sin consentimientos y con médicos que habían informado a los pacientes que nada debían decir de la real identidad, se presenta una situación completamente adversa a los propósitos de la pareja.

Al no haber privado el interés superior del niño, deja de aplicarse, el art. 3 de la Convención Americana, y a su vez, siempre dentro de la misma Convención, se violentó el derecho reconocido en el art. 17 de protección a la familia, ya que los hermanos fueron desamparados por el sistema judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Se viola el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, por cuanto no respetó tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño en su art. 7, la que obliga a los Estados a que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Violentó el art. 8 del mismo cuerpo legal, porque no respetó el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Además de transgredir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24, también lo hace respecto a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su artículo 10, el cual establece que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la Constitución de la Ciudad se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.

El art. 39, también de la Constitución de la Ciudad, fue violentado, ya que no reconoció a los mellizos como sujetos activos de sus derechos y les garantizó su protección integral. Los niños sufren el desamparo en algo tan elemental como la

²⁶ Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, “G. G. S. y J. G. G. s/ filiación”, sentencia del 27 de mayo de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

salud a raíz, precisamente, de no tener identidad, fundamental para suscribirse a cualquier sistema de cobertura (Quaini, 2017, pág. 4)

3.3.5. Artavia Murillo²⁷

Por su relación con los principios constitucionales, cónsonos con la Convención Americana en sus artículos 5º.1, 7º, 11.2 y 17.2 con relación al 1º.1, no precisamente referidos a la maternidad por subrogación sino a las TRHA, no se puede obviar la claridad conceptual desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) c. Costa Rica", en donde se declaró a Costa Rica, responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar; a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y el principio de no discriminación, como también lo reitera Briozzo (2016, pág. 2).

Se declaró la inconstitucionalidad del decreto que regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en Costa Rica, con la consiguiente prohibición de llevarla a cabo en el país, dando lugar, en algunos casos a la interrupción del tratamiento, y en otros, a que los interesados debieran viajar al exterior para acceder a dicha práctica.

(...) el Tribunal interpretó que la infertilidad es una enfermedad que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, los cuales incluyen el acceso a las técnicas del más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva; y que ello supone además, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para hacer uso de las decisiones reproductivas. En el mismo orden de ideas, la Corte recordó que el art. 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general; y que conforme lo ha venido sosteniendo, el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Pues como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, la posibilidad de procrear, es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo; y por ende la falta de salvaguardas legales puede constituir un menoscabograve del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva (Gonzalez, 2014, pág. 6)

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

3.4. Determinación de la filiación en los casos de maternidad por subrogación

En principio, el vínculo biológico actúa como presupuesto del vínculo jurídico. En la filiación derivada de las TRHA, el aporte deja de ser biológico (salvo se trate de una técnica homóloga), para comenzar a ser puramente genético.

En la filiación por naturaleza, se cuestiona el aspecto biológico y el elemento volitivo y en la filiación por TRHA, el conflicto se da entre lo genético y lo volitivo pero, este último adquiere preponderancia, cuando una persona no coincide en alguno de esos tres elementos, comenta Gonzalez (2014, pág. 1). Prevalece la paternidad consentida para establecer el vínculo filial, a lo que agrega Valdés (2016, pág. 3), la voluntad de ser madre, de manera incuestionable, es el elemento esencial cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida.

La gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida entre otras naciones, en Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia e Italia, entre otros; existiendo otro grupo de naciones en donde su legalidad es incierta, como en Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Rumania y San Marino. En sentido positivo, encontramos naciones en las cuales la gestación por sustitución está permitida por ley; a saber; Australia, Albania, Grecia, los Países Bajos, India, el Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos (Delaware, Arizona, Texas y Wyoming entre otros); primando en la mayoría de ellos la llamada "gestación por sustitución altruista" (que incluye la posibilidad de compensación), siendo posible la gestación por sustitución de carácter onerosa en Georgia, Rusia y Ucrania (Gonzalez, 2014, pág. 2)

Seleme (2012, pág. 7), justifica el rechazo al proyecto de reforma, cuyas razones para permitir la gestación por sustitución, no consideraba relevantes ni concluyentes, lo que propicia una confusión entre regular la filiación o regular los medios de procreación, dando un fundamento espurio a esta figura.

No es una situación aislada, la figura existe y hasta fue incluida en el anteproyecto del Código Civil por su discusión reiterada. Como resalta Valdés (2016, pág. 4), los derechos sexuales y reproductivos, pertenecientes a las nuevas tendencias en derechos humanos, van de la mano con el ejercicio del personalísimo derecho a procrear que, aunque no es ilimitado (como no lo es ningún derecho subjetivo), representa una expresión de dignidad humana y debe combinarse con la paternidad y la maternidad responsables. Para ser titulares de estos derechos no se debería distinguir, entre sexos, géneros, razas o aptitudes de cualquier naturaleza, debe reconocerse a todos por igual.

En todos los casos el padre reconoce a su hijo en el Registro Civil, así tiene un documento de identidad donde figura como madre, la mujer gestante y como

padre su padre biológico, a menos que sea con donación de esperma, que a fin de cuentas es padre procreacional y es exactamente lo mismo. El juez ordena entonces al Registro Civil emita una nueva partida de nacimiento donde figuran como padres, los actores de la demanda y se ordena la inmovilización de la primera partida de nacimiento (Quaini, 2017, pág. 8)

Ahora bien, la norma establece que en estos casos de procreación, los interesados deben desarrollar de manera previa un procedimiento judicial donde obtengan la autorización de la instancia competente, para lo cual deberán demostrar el consentimiento de todas las partes y la voluntad que cada una de éstas tengas. En lo que respecta a los padres del feto, deberán evidenciar su voluntad procreacional además de determinar el aporte genético que estos hayan realizado, como base de su relación filial con el niño por nacer, mientras que la mujer que desempeña la gestación debe expresar su voluntad de prestar su vientre para el desarrollo biológico del feto, sin tener voluntad procreacional alguna.

Conclusión

Aunque parezca un obstáculo superado la aceptación de las técnicas de reproducción asistida en la sociedad, sigue siendo motivo de discusión en cuanto al impacto emocional de los involucrados y el cuestionamiento ético a los resultados.

El acceso a las técnicas como tales, a la información, uso y protección legal que debería estar garantizada a los usuarios, depende de la disposición a atravesar un proceso largo y difícil, en el cual, también es fundamental respetar los derechos humanos del niño nacido e incluso de la familia, tanto de la mujer gestante como de las personas que aportan su material genético con voluntad procreacional, genuinamente manifestada a través del consentimiento informado, como requisito indispensable y común en todos los casos que pudieran presentarse, así como contar con asistencia letrada para cumplir los pasos que la jurisprudencia ha permitido conocer previamente.

La no discriminación implica abrirnos a nuevas tecnologías y a la posibilidad de acceso a las minorías a pesar del costo. La adaptación y preparación, incluso a nivel psicológico, debe acompañar la implementación de las TRHA. La ciencia no puede cubrir todas las necesidades básicas del individuo y la paternidad como institución, hasta ahora responsabilidad de los seres humanos, no puede sucumbir ante el interés económico que pudiera generar la prestación de estos servicios de salud reproductiva.

Capítulo 4: Jurisprudencia respecto de la gestación por sustitución

Introducción

Dentro de este ámbito se realizara un análisis de las problemáticas que ha mostrado la germinación por reemplazo en el derecho argentino y de los ámbitos en que la jurisprudencia le ha ofrecido. Para empezar fijemos qué concebimos por gestación por sustitución; variadas son las designaciones que se dan al acuerdo por el cual una mujer se responsabiliza a llevar a cabo un embarazo para conceder el hijo y otorgarlo a otro sujeto; se puede mencionar el alquiler de vientre.

Añadiendo, nos ocuparemos del caso de la gestación por otro, es decir en la cual la mujer que da a luz gesta un niño con material genético de un sujeto tercero, con el fin de entregarlo a los delegantes como la Organización Mundial de la Salud por sus siglas como OMS anexando dentro de los procedimientos del ámbito de Técnicas de Reproducción Humana Asistida por sus siglas como TRHA en la gestación por sustitución expresando en el que Gestante subrogada es la mujer que lleva delante un impedimento poseyendo estableciendo que ella concederá al bebé a padres.

La gestación reemplazada es observada con disfavor por la generalidad del sistema Argentina que piensa que el tratado es invalidado porque tiene por esencia la entrega de un niño y además porque cosifica a la madre y al niño. Se señala que aun cuando se piense que este tipo de convenios es invalidado, lo cierto es que en los hechos se abala y la sanción de nulidad no alcanza a la hora de establecer la procedencia cuando el convenio se cumple y el infante se otorga a la madre genética. La cual no será su madre legal, tendrá que recurrir a tribunales con el fin de impugnar la maternidad de la persona que lo dio a luz, colocando a los jueces entre la complejidad de dejar de lado la maternidad de la gestante, y beneficiar, además acceder al cumplimiento de un contrato nulo o no dejando al niño sin una madre real.

Este acuerdo de gestación por sustitución no está explícitamente reglamentado en nuestro derecho, pero en la sociedad actual esta técnica se plasma tanto aquí como en otros países y da lugar a diferentes controversias, que se alteran según el niño haya nacido en Argentina o en el extranjero. Asimismo uno de los problemas que se les muestra a los padres con el propósito de gestación por reemplazo en extranjero, el cual es inscribir al hijo a su nombre.

El asunto es muy complicado, cuando en algunas naciones como Georgia o la India, está prohibido la inscripción del infante nacido por esta técnica como un hijo de la gestante,

por otro lado que en nuestro país la madre es en iniciación quien lo da a luz. En el caso de que la técnica de gestación por otro se realice en un país que impide la inscripción a nombre de la embarazada al tiempo que no reconoce el casamiento entre personas de igual sexo los delegantes requerirán inscribir en el consulado al niño como hijo de las partes, donde se deberá requerir una orden judicial en nuestro país que decrete al Ministerio de Relaciones Exteriores que decrete al cónsul registrar al infante como hijo de los mismos comitentes, aun cuando el embarazo por reemplazo no se halla regulado en Argentina. Por ende, a continuación se tratara la jurisprudencia resaltante, en la que los tribunales argentinos han debido intervenir en supuestos de gestación por sustitución.

4.1. Jurisprudencia en la que los tribunales argentinos han debido intervenir en supuestos de gestación por sustitución

El embarazo por sustitución reside en un método de reproducción humana asistida, ya sea por medio de la cual un individuo, designado como gestante, lleva adelante un embarazo, a partir del traspaso de un embrión conformado con material hereditario. Lo que quiere decir, que lleva lo genético de los futuros progenitores, catalogados como comitentes o de terceras personas, donantes de los gametos.

La medida de regulación de la técnica de fecundación de embazo por sustitución puede implicar la contribución de gametos por parte de la gestante o por el inverso, su expresa prohibición. De este modo, sólo los futuros progenitores o quienes tienen la voluntad procreacional de ser padres o madres, logran ser quienes contribuyen con los gametos o material genético, conveniente de la pareja para los procesos de personas de sexo diferente, o con gametos dados por terceros individuos (añadiendo parejas de diverso o igual sexo, o individuo sin pareja).

De modo que, el niño por nacer o que llegue en una germinación por otro, posee vínculos legales de procedencia con el comitente y no con la madre embarazada. Destacando cómo se reguló la gestación reemplazada en el Plan o anteproyecto del código comercial y civil. Primero al asentimiento del texto de última etapa, el Anteproyecto de Reforma al Código Civil instituía normativas legales sobre el embarazo por sustitución, uniendo a la simbolización positiva como una solvencia a esta realidad. En su argumento original aprobaba el embarazo por sustitución previéndose una causa judicial con pautas convenientes que predominaba con un fallo judicial de autorización.

Conjuntamente, solicitaba la cabida de la mujer, la aprobación previa, libre y

entendida por parte de todos los intervinientes o delegantes. Añadiendo que la embarazada debía llevar material genético de uno o de ambos miembros de los futuros progenitores y no de ella misma, de forma que dejar ver tanto el obstáculo de concebir o transportar más allá a la expresión de un embarazo por parte de los futuros progenitores como la evidencia de que la gestante no contribuyó con material hereditario o genético propio.

Tampoco haber recibido remuneración, sin menoscabo de que la medida especial le consiga mostrarse de acuerdo el pago de expensas y gastos, siempre que la embarazada no se haya subordinado a un proceso de embarazo por sustitución por más de dos veces y haya dado a luz con anteriormente, por lo menos un hijo propio. Dado el objetivo de que el acatamiento de que todas estas obligaciones, ayuden a tener convicción de que la señora que facilita su cuerpo, lo hace de manera libre.

Donde es esencial resaltar la siguiente cita:

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) (el o) los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos [2] veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un [1] hijo propio (Briozzo, 2017, p.2).

Lo que quiere decir, que el juez tiene la obligación de aprobar solo si se cumplen los requerimientos que prevé la ley, ya sea teniendo en cuenta el interés del infante que ha de nacer, la mujer gestante que tenga la capacidad, tanto en salud física, como mental. Además, que al menos uno de los futuros progenitores allá aportado sus gametos, por otro lado que los futuros progenitores no pueden llevar el embarazo, o que la mujer no haya aportado sus gametos

Asimismo, que la embarazada no haya recibido remuneración, también que la embarazada no se haya sometido más de dos veces a un proceso de gestación por sustitución y que la embarazada haya dado a luz a un hijo propio. Los focos de salud no toman a proceder a la transmisión embrionaria inicial en la gestante sin el permiso judicial. Si se escasea de permiso judicial anterior, la filiación se establece por las pautas de la filiación por naturaleza

Ahora bien, la maternidad reemplazada fue anulada del Código Comercial y Civil de la Nación, hoy en día es una realidad de nuestra vida diaria a solventar en los juzgados. De esta manera, en el régimen argentino, se exceptúa el determinante de la filiación por la aspiración en el caso de la maternidad por reemplazo, a pesar de aceptar las sistemáticas de

reproducción humana propiamente asistida.

Varios fallos en el ámbito de jurisprudencia nacional en asuntos de filiación, por técnicas de fecundación de gestación, se articulan a favor del interés procreacional de los futuros progenitores, al momento de establecer el lazo jurídico con relación del infante nacido, que a continuación resumiremos.

Ya sea en el ejemplo de un antecedente Civil en Nro. 8, llamado Barrios, Beatriz Mariana y otro c. González, Yanina Alicia²⁸ la cual fue una impugnación de la filiación, en el día 20 de septiembre de 2016, que posee como actor principal a un matrimonio heterosexual, que ante la dificultad de lograr un embarazo de manera natural, después de realizar las correspondientes juntas médicas.

De las cuales sale la determinación que la mujer padece de un inconveniente hereditario, por lo que se toma como medida, al embarazo por sustitución. Caso en el que se utilizó la técnica de fertilización heteróloga, la cual se llevó a cabo y es de alta complejidad, por inseminación, compuesta de la entrega de espermatozoides de uno de los sujetos que la peticionan, además de la extracción de los ovocitos de un donante anónimo.

Acotando que la pareja se presenta y alegan que el nacimiento de L. se causó por técnicas de reproducción humana asistida, requieren la inscripción de nacimiento del infante como hijo de ambos, tomando en cuenta que aquél fue dado a luz por la madre embarazada, quien no sólo facilitó su vientre para que logaran ser padres, sino que declinó de sus derechos maternos filiales.

El juez hace lugar a la solicitud; solventa aceptar la demanda iniciada, impugna la maternidad de la madre embarazada y ordena la inscripción de L. como hijo del casamiento. De el mismo modo, en el dictamen hace insistencia en que el derecho a saber los principios y orígenes, es uno de los semblantes de las técnicas de reproducción humana asistida, la cual está en pleno debate, análisis y procesión.

Si bien este fundamento, es parte del derecho a la identidad, el cual es un derecho humano (lo que la hace primordial); en los últimos años ha logrado una notabilidad tal que se lo reflexiona en forma libre. Es justo marcar, que en una inicial instancia, es deber de quienes se subordinaron a las técnicas de reproducción humana asistida, declarar al niño, la realidad acerca de su origen.

Es de importancia resaltar, que el abogado que intente instituir un lazo filiatorio, entre

²⁸ Juzgado en lo Civil Nro. 8, "Barrios, Beatriz Mariana y otro c. González, Yanina Alicia s/ impugnación de la filiación", sentencia del 20 de septiembre de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

los padres de propósito y el infante nacido por embarazo por otro, lo inicial que ha de precisar es que ante el Juez ha de insertar su petición. La elección que se tiene, es que sea comenzado ante el juez con capacidad para precisar asuntos registrales, ya sea en la Ciudad de Buenos Aires (en el Juzgado Litigante Administrativo de la ciudad autónoma de Buenos Aires), ante un juez de familia o ante el juez federativo.

Si se trata de un asunto, en la que corresponda establecer la ciudadanía, en el aspecto de justicia civil, los jueces de familia de toda la nación han admitido su capacidad, para aclarar quienes son los padres, y primordialmente quien es la madre en los asuntos de embarazo por otro. Entre ellos, el decidido por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza S., M. C.²⁹ la cual es una medida autosatisfactiva, 07-08-2014, RC J 6303/14. Por lo que es conveniente señalar el siguiente estipulado:

Los profesionales del derecho que se ocupan de estas cuestiones no solo deben definir el Juez competente sino que deberán determinar cuidadosamente cual es el tipo de acción a plantear para vincular al niño nacido por gestación por otra, con su madre de intención. Las posibilidades que se han planteado son iniciar una acción autosatisfactiva, accionar por impugnación de la maternidad, plantear un juicio de amparo o solicitar la inscripción registral y la rectificación del acta de nacimiento (Medina, 2016, p.3).

Recapitulando, se cuestiona que tipo de pauto o proceso han de seguir los profesionales del derecho y jueces que se encargan de estos asuntos, ya que deben determinar de manera cuidadosa que tipo de acción se deberá plantear para la vinculación del infante por la gestación asistida. Añadiendo, las probabilidades de inicio de una acción autosatisfactiva, como accionar por la impugnación de la maternidad por medio de diferente vías de inscripción registral.

Ahora bien, en la acción declarativa de certeza, donde tribunales mendocinos han admitido, que la acción expresiva de certeza, es el camino conveniente para que los progenitores biológicos y la mujer embarazada, de forma unida y sin intención contrapuesta, se muestren ante la justicia, para que se establezca la efectiva filiación de un infante recién nacido. El cual fue gestado por medio de técnicas de reproducción humana asistida, puesto que ante el Código Civil y en el nuevo Código Civil y Comercial, solicitan a aquellos una contestación jurisdiccional, que se ajuste a su contexto familiar y la del infante recién nacido.

En el caso, el juez resolvió que las cláusulas de un acuerdo de embarazo por sustitución, que puntualizan una serie de deberes a cargo de la mujer gestante, concernientes

²⁹ Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, "S., M. C. s. medida autosatisfactiva", sentencia del 07 de agosto de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

a la filiación del infante, a los derechos sucesorios de la misma y al hecho de no impedir el embarazo; son revocadas de nulidad incondicional. Pues mientras, las dos principales regulan asuntos de orden público, las que son inquebrantables a la voluntad de las partes, en cuanto a la segunda afecta la independencia de los ejercicios de la acarreadora y, por ello, violenta y va en contra del art. 334, Código Civil y Comercial.

Es importante resaltar, los hechos acordes como el de la Sra. A.V.O la cual es una mujer mayor de edad y con dos hijos propios a finales de 2013 y principios de 2014 se vio interesada por motivos particulares en el ayudar a procrear a una pareja que no lograba tener hijos. En donde también, es importante destacar el origen de la acción autosatisfactiva de certeza expresiva de certeza, como la su acción declarativa. La cual constituye una vía aceptable, en asuntos donde existe un escenario de incertidumbre, acerca de la regla a aplicar en el caso planteado. Por lo que es importante mencionar el siguiente estipulado:

Si bien parece claro que la maternidad se determina por el hecho del parto que es un hecho que no deja margen de dudas y que es absolutamente cierto. El tribunal entendió que había incertidumbre que daba lugar a la acción de certeza (Medina, 2016, p.4).

Resumiendo, la maternidad por el hecho del parto, no deja duda en sus márgenes, ya que el tribunal deja en incertidumbre las acciones a tomar, marcando que se proporcionaban las creencias, para que el ejercicio de declarar haya sido la vía conveniente para petitionar. Pues se trata de tres individuos que, de manera unida y sin intereses comparados, se muestran ante la justicia para que determine la efectiva filiación de un infante recién nacido, el cual ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida y teniendo el reemplazo de un vientre.

Otro punto importante, es la discrecionalidad judicial como cimiento de la filiación, puesto que el magistrado en un gran activismo judicial; concibe que el conflicto en el núcleo familiar exige una estructura humana. La cual no se extingue en el estricto ámbito judicial, que si bien le ofrece soporte a la fallo y aleja cualquier sospecha de arbitrariedad, no frena la prevalencia de criterios substancialmente prudenciales, con el fin de la mejor tutela de los intereses envueltos.

De tal manera, no compartimos en que la filiación se pueda establecer por discernimientos esencialmente discrecional. Añadiendo que podemos admitir que esta la necesidad de establecer, si la filiación se debe fijar por las normativas de la naturaleza, o poseyendo en balance la voluntad procreacional de los futuros progenitores; aunque nunca podrá ser explícita por la moderación judicial.

Es primordial hace notar, que la impugnación de la maternidad en Argentina, en

donde la maternidad se establece por el hecho del parto, por lo que es común que los infantes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida o técnicas de gestación por otro, se registren a nombre de la gestante y el progenitor biológico, el cual reconoce al infante, con lo que el infante tiene paralelismo filiatoria con su padre, mas no con su madre. Por lo que, para lograr su enlace materno filial, a la intención de la progenitora le corresponderá refutar la maternidad de quien la dio a luz e indicar el vínculo genético con el infante, procedimiento, por el cual se puede destacar el siguiente caso³⁰ citado:

Caso de la hermana que da a luz al hijo de su hermana, quien había sufrido nueve abortos al tratar de ser madre. En este supuesto, nacido el hijo, se inscribió a nombre de la mujer que lo dio a luz y fue reconocido por su cuñado, mientras que la madre biológica impugnó la maternidad. El Juez de Moreno resolvió que la impugnación de la maternidad interpuesta por la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante consentimiento informado para desplazar a quien dio a luz al niño es procedente, pues es esta voluntad lo que determina la filiación, ello en virtud del art. 9 apartado tercero del Cód. Civil y Comercial (Medina, 2016, p.4).

Este caso plantea que una hermana dio a luz a su sobrino, puesto que su hermana tuvo nueve abortos (al tratar de ser madre) por lo que la hermana asistió el parto del infante, el cual se registró a nombre de quien lo dio a luz. Por ende, fue previamente reconocido por su cuñado, para que más adelante la madre biológica impugnará por su maternidad, en consecuencia el juez correspondiente impugno a favor de la madre biológica, pese a su voluntad procreacional, determino su filiación en acato al artículo 9 del Código Civil y Comercial.

Otra impugnación de maternidad, aplicada en un matrimonio homosexual, el cual creo embriones con material genético del matrimonio, además de óvulos un donante. De allí que, el embrión se implantó en la matriz de una mujer, con quien se formalizó un acuerdo de gestación asistida, con anterior aprobación informada la gestante y el matrimonio.

Una vez nacido el infante, uno de los padres lo reconoció, por consiguiente la pareja de padres exigieron la impugnación de la maternidad y la colocación del infante como hijo de ellos. En donde el Juez hizo lugar a la aprobación, manteniendo en cuenta que de las tenacidades, se muestra que todos los sujetos envueltos, han tenido como norte el provecho superior del infante, además que la gestante fue capacitada e informada, la cual contó con asesoría legal.

Añadiendo que, uno de los futuros progenitores debe dar sus gametos, pero bajo la estricta condición que la gestante no haya donado sus gametos y que no haya de percibir

³⁰ Juzgado de Familia N° 2 de Moreno, “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”, sentencia del 04 de julio de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/42506/2016>.

remuneración de algún tipo. Por ende, es importante que la gestante haya dado a luz dos hijos en su unión matrimonial, antes del caso de gestación asistida, así como también la gestante ha facilitado su vientre en manera libre. Después de un análisis, dentro de su núcleo familiar y ayuda psicológica, es importante hacer notar que el recurso de éstas sistemáticas, fue empleado como última opción por los peticionantes, ante la ineficaz espera con el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva. Asunto por el cual cabe destacar el siguiente estipulado:

La filiación en el caso estaba determinada por la voluntad procreacional y no por la gestación ni por el hecho del parto y que, bajo esa mirada, corresponde hoy tutelar los derechos emergentes del niño concebido por la voluntad procreacional de quienes hoy peticionan la modificación del acta de nacimiento y consecuentemente la impugnación de la maternidad, por no ser ella la madre del hijo que pasa por suyo, para forjar decididamente lazos jurídicos con quienes ha asumido decididamente su rol, con afectos y seguridad a esa relación familiar que se forjó desde el día del nacimiento, (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 10, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Constitución nacional) (Medina, 2016, p.5).

En síntesis, se hace énfasis en que la filiación solo está determinada por la voluntad procreacional, mas no por la gestación, ni por el parto; por lo que bajo esa premisa corresponde tutelar los derechos del infante, concebido por la voluntad de procreaciones los comitentes. Los cuales solicitan la modificación del acta de nacimiento y la impugnación de la maternidad del infante.

Puesto que, la gestante no es madre biológica del infante, además se establecieron lazos jurídicos con quienes han impugnado ante el juez su voluntad procreacional, para el ejercicio de su rol, según lo establecido en la Convención de los derechos del niño y la constitución nacional. Cabe resaltar, que la inscripción de nacimiento, es otra de las acciones pretendidas, para que de esta manera pueda conseguir la relación filial del infante con sus progenitores intencionales; es pretender una acción de registro de nacimiento. Esta es la forma que se ha gastado en la Capital Federal por medio de los Juzgados n ° 83 y n ° 86.

Al mismo tiempo, es esencial resaltar un caso³¹, en el que un matrimonio se mostró ante la Justicia, a fin de pedir una libertad para registrar el nacimiento de su infante, que fue dada a luz mediante fertilización in vitro con reemplazo uterino. Describieron que, después de dos embarazos que no alcanzaron a término, la señora debió someterse a la extirpación de su útero, por lo que no les quedó otra opción que acudir a esta técnica de reproducción asistida, con la ayuda de la masajista de los padres que proporcionó su vientre, para lograr su

³¹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro 83, “N.N.O. s/ Inscripción de nacimiento”, sentencia del 25 de Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/23081/2013>.

meta de ser padres.

El juez consintió lo requerido, por ende un infante nacido mediante fertilización in vitro con reemplazo uterina, debió ser registrado como hijo de quienes otorgaron el material genético, para su concepción y que se diera su gestación. Dándole suma importancia, primordialmente a la fuente de voluntad pro creacional de éstos, de ser padres del nacido y su correspondencia biológica (que hay entre ellos) por lo que los mismos son garantes y responsables de responder a los intereses del infante.

Otro hecho de importancia fue el caso³² de Carla y Pablo pareja la cual no podía tener hijos, la hermana de Carla llamada Patricia Verónica, se ofreció para gestar por ellos y dio a luz a gemelos. Por lo que Carla y Pablo empezaron una operación ante los tribunales de la ciudad autónoma de Buenos Aires, para que se registraran las partidas de nacimiento de los infantes, en el registro civil de la ciudad de Buenos Aires y asistieron estudios de filiación de los mellizos, por medio de los cuales se realizaron análisis de ADN de los menores y de los actores.

Conjuntamente, unieron el consentimiento informado de la hermana de Carla para la práctica de la técnica. Por ende, el Alto Tribunal, con el primer voto de Inés Wienbergt impugnó la solicitud, porque concibió que la petición excedía de manera registral y requería el esclarecimiento de la correlación filial de los infantes (lo cual incumbe a los tribunales de familia).

Sin duda, el Tribunal destacó que la cuestión en discusión no se fundamenta, de una dificultad registral, ya que primero debe determinarse si es aplicable en el caso el modelo general, según el art. 562 CCyCN o como la proposición por los actores que solicitan el reconocimiento de la misma maternidad; para quien ofreció el sustento genético y la voluntad procreacional. Mas no para quien dio a luz a los infantes, lo cual no puede realizarse en sede administrativa, puesto que debe actuar un juez competente en asuntos de filiación.

Adicionalmente, la aprobación de todas las partes involucradas tanto padre y madre sustituta, tampoco se permite evitar la mediación judicial o reducirla a un trámite registral. Por lo que se debe destacar la siguiente cita: “En todo lo relativo a la filiación se encuentran involucradas normas de orden público (indisponibles para las partes) y deben extremarse los recaudos para resguardar la verdadera identidad de los menores”.

Lo que indica que la identidad de los menores se deben presentar recaudos para el

³² Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "M., C. K. y otros s/ información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 04 de noviembre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

resguardo de la misma haciendo notar que en la afiliación se involucran normas de orden público. Por ende, en definitiva el superior tribunal de la ciudad autónoma de Buenos Aires, concluyó la incompetencia de los tribunales, que se encargan de las cuestiones registrales, para establecer el registro de los infantes nacidos por técnicas de gestación asistida.

Igualmente, compartimos completamente la solución de la corte de la capital, ya que para ordenar el registro, se debe anticipadamente establecer la filiación y las intenciones de filiación. Las cuales son de competencia de los Tribunales de familia con virtud de lo estipulado, por la ley 23.637 en el artículo 4. La misma precisa que darán a conocer en forma exclusiva y absolutista los juzgados nacionales, de la primera instancia en lo civil con respecto a cuestiones de familia, así como también de capacidad de los individuos. Anexando su inciso a las solicitudes y refutaciones de filiación, y en su apartado, asimismo de todas las demás o asuntos relativos al nombre, o estado civil y capacidad de las personas.

Otro caso³³ fue el de una pareja que promovió amparo, solicitando el registro supletorio del nacimiento de su infante, dada a luz mediante el procedimiento de gestación, contratado por medio de una clínica especialista en otro país, en la cual el despacho de un pasaporte que le admita viajar al país por la sustitución. Dado que el Juez de primera instancia expuso la incapacidad de la jurisdicción contenciosa administrativa y tributaria. Por lo que, la parte actora apeló, por consiguiente la cámara impugnó el expediente, además colocó con carácter cautelar, que se ejecute la inscripción provisional del mismo nacimiento.

De la misma forma, la Cámara enfatizó que, sin embargo, la capacidad para este tipo de técnicas es de la justicia civil. Es primordial disponer con carácter cautelado, en que el registro de las personas se inscriba, de manera provisional ante el nacimiento de un infante, dado a luz en otro país, por medio del método de gestación asistido o por sustitución.

Puesto que, la documentación guardada, permite ultimar lo verosímil de la disposición del derecho, al consentir a una partida de nacimiento en que, de modo provisional se deposite los datos que hay del mismo certificado de nacimiento, que se encuentra en tramitación de la legalización por el consulado. De manera que, se debe hacer notar el siguiente estipulado:

La inscripción del nacimiento de un menor de edad ocurrido en otro país por el método de gestación por sustitución, debe ser ordenada con carácter cautelar porque los mayores perjuicios que ocasionaría una indefinida prolongación de la estadía de la familia en el extranjero traducen una situación de urgencia que permite tener por configurado el peligro en la demora (Medina, 2016, p.3).

En resumen, el registro de nacimiento de un menor o infante en el extranjero por

³³ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “D. N. S. E. y otros c. GCBA s/ amparo”, sentencia del 26 de octubre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

medio de gestación asistida o por sustitución se debe ordenar con carácter cautelar ya que los problemas o consecuencias causadas ocasionarían una mayor este día de la familia en el extranjero.

Lo cual indica que, aumenta la situación de urgencia que tiene, por configurado el peligro de demora, ya que la incompetencia de la Justicia Federal para solucionar asuntos que impliquen la gestación por sustitución o asistida, sin estar explícita la filiación en manera previa. Aun cuando se solicite la Ciudadanía, según lo comprendido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Por ende, es prescindible resaltar la siguiente cita:

En cada texto de los proyectos de ley se hace referencia a la necesidad de legislar en la materia, superar el vacío legislativo que la postura abstencionista asumida en la actualidad genera y otorga respuestas al interrogante de cómo determinar la filiación en casos de gestación por sustitución respecto de quienes tienen la voluntad procreacional de ser padres/madres, siempre que hayan otorgado el consentimiento informado y exista correspondencia genética con alguno de los peticionantes (Briozzo, 2017, p.4).

Esto establece que, el proyecto de ley, en el ámbito de la gestación por sustitución hace hincapié hacia la necesidad de su regulación y legislación, frente a la materia. Ya que se debe abarcar, por completo este marco legislativo, debido que en la actualidad otorga nuevas polémicas e interrogantes, acerca de la filiación de manera previa y así sea legítimo la voluntad procreacional de las partes, mientras haya correspondencia genética de las mismas. Es propio resaltar que existen prohibiciones tanto en la comercialización de los embriones, así como el uso de los mismos para experimentación o clonación.

Además que las personas nacidas por la técnica de reproducción humana asistida, serán registradas como como hijos/as de las personas comitentes, es decir, los futuros progenitores. Ya sea el caso de infracción de las obligaciones de la persona embarazada o del comitente, será ajustable la acción más exenta, rápida, acorde a contextos del caso y el conforme al interés superior del niño.

Además, el sujeto donante de gametos o embriones no logra solicitar derechos afines a la filiación, sobre individuos nacidos por las donaciones anteriormente mencionadas. En donde cumple, de tal manera un principio de igualdad y no de diferencias o discriminación. Lo planteado en esta ley, es de la aplicación a los nacidos producidos en otros países, en que está legalizada la gestación por sustitución, así como también las técnicas de reproducción humana asistida. Añadiendo que las labores del Juez de la ciudad autónoma de Buenos Aires, son dictar de forma precautoria el registro de un infante nacido.

Es primordial resaltar que, el tema de la gestación por sustitución ha sido centro de

procedimiento y jurisprudencia presentemente con mayor ímpetu. Destacando que la gestación por sustitución o asistida, no ha sido reglamentada en el presente Código Civil y Comercial de la nación, por otro lado haber estado en el Proyecto como el art. 562 del Proyecto del CCyC la sistematizada explícitamente, aunque la comisión bicameral excluyó la regla, estableciéndose en la Argentina en la corriente racionamiento.

Bajo el enfoque del derecho confrontado o comparado, se destacan aquellas naciones en que la gestación asistida se encuentra prohibida explícitamente como: Italia, Chile, Japón, España, Francia, Suecia, Finlandia y Alemania. Añadiendo otros donde su legalidad es insegura como: Irlanda, San Marino, Hungría, Lituania, Rumania y Malta.

De este modo es favorable, donde está autorizada por la ley, los cuales son: Ucrania, Grecia, Albania, Países Bajos, Reino Unido, India Rusia, Australia, Sudáfrica y varios estados de Estados Unidos. Puesto que, esta disyuntiva ética que llevó a excluir a el art. 562 del Proyecto del mismo CCyC, sobre la gestación asistida o por sustitución, no obstante el mutismo legal sobre la propia. Contribuyo a una creación jurisprudencial, con el propósito de brindar seguridad y confianza jurídica, a las relaciones que se creaban a partir de la maternidad reemplazada, gestación asistida o gestación por sustitución.

Conclusión

La gestación por sustitución resulta un tema controversial a nivel nacional como internacional, ya que es de vital importancia que las personas interesadas en la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, deberán estar al tanto de todas las concepciones jurídicas y procesales necesarias, para la impugnación legítima de la maternidad, de los futuros padres progenitores.

Debido que, estos se deben ajustar a un marco legal, los cuales a nivel nacional, según el Código Civil y Comercial, establece que es primordial que la mujer que gestara al infante no deberá recibir remuneración. Así como también, no debe dar sus gametos para la concepción del infante, añadiendo que los donantes de los gametos, deberán ser al menos unos de los comitentes, es decir, los futuros padres progenitores, del mismo modo que la gestante deberá ser apta física y mentalmente para dar a luz al infante.

De tal modo, es significativo que al momento de que se dé a luz al infante, los comitentes deberán solicitar ante un tribular competente en temas de filiación, para que se proceda al proceso de registro de nacimiento del infante. Así como su filiación, según sea el caso y la delimitación de los comitentes, en su intención procreacional de maternidad y

paternidad. Por lo cual si el niño nace en Argentina, forma diferentes conflictos de modo que si el tratado se cumple como si no.

Quedando claro que el valor de la filiación, es significativa por el infante, para así lograr su derecho a la identidad, aunque esencialmente, en los meses iniciales de vida es trascendental a los fines de consentir, su derecho a la salud.

Hoy en día, los proyectos legislativos mostrados en el Congreso Nacional, que pretenden brindar un marco jurídico preciso a la imagen en estudio, los cuales son el marco de la Cámara de Diputados, además de los proyectos 5700-D-2016 y 5759-D-2016 y la Cámara de Senadores, así como el proyecto 2754-S-2015. En los cuales, se pretenden sobreponerse a la idea de una medida legal que delegue o prohíba, dado sea el caso como el uso de la técnica de fertilización de gestación por asistida o por sustitución, para tener camino a la maternidad o paternidad, con material genético de la misma pareja.

Lo que se propone es regular la trascendencia así como los derechos y las relaciones jurídicas, de la misma gestación por sustitución, además de su causa judicial, con el fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos. Con el objetivo de conceder seguridad jurídica, como salvaguardar a todos los individuos intervinientes, comitentes y gestante, para garantizar el interés primordial, también esencial del infante, que ha de nacer de un procedimiento de gestación por sustitución

Ahora veamos, se advierte notoriamente, que las dificultades jurídicas que se afrontan, por quienes apelan a estas sistemáticas son variadas, ya que ni siquiera es sereno quién es el juez adecuado, para desentrañarla. De modo tal, conforme la medida vigente, en todos los supuestos del TRHA, el lazo filial se crea por la energía procreacional, manifestada en la aprobación plena, libre y condecorador de los delegantes.

Se ha advertido en diferentes casos, la probabilidad de regular de manera legal la gestación por sustitución, lo cual trae aparejado un debate por diversas durezas jurídicas y demostraciones morales por parte del sistema nacional. Hoy en día el contexto jurídico de esta imagen tan compleja, en nuestra categorización positiva es inexistente mediante el Código Comercial y Civil de la Nación, dado que no domina ninguna regulación ni oposición expresa, debido a que fue suprimida del contenido aprobado posteriormente, por el Congreso de la Nación abandonando un vacío legal a la opción de discrepancia judicial.

Conclusiones finales

La gestación por sustitución es una de las técnicas de reproducción humana asistida más polémica, dado que implica que otra mujer gestee al niño durante los nueve meses, lo dé a luz y posteriormente, lo de a quien resulta ser su madre. Y quien los inscribirá como su hijo biológico.

Ahora bien, la legislación vigente tiende al trato igualitario de los niños concebidos por los métodos biológicos y aquellos cuya concepción fue producto de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida. Se ha garantizado el acceso a las instituciones médicas y asistenciales en todos los casos con la Ley 26.862, cuyo objeto es precisamente garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de la reproducción humana asistida. El Código Civil, por su parte, impide cualquier mención sobre el método de fecundación del niño en sus documentos identificatorios y obliga a llevar un registro pasivo de los donantes en cuanto a los casos de fertilización heterónoma.

Respecto de la filiación, el Código se ha basado en el concepto innovador de la voluntad procreacional. Ello implica que padres serán, desde ahora, quienes tengan la voluntad de serlo. Su voluntad será un elemento determinante de la filiación, y tal voluntad deberá constar por escrito con las formalidades de Ley, antes de que se sometan a los procedimientos o técnicas de reproducción asistida que hayan escogido.

Sobre la gestación por sustitución, según el cual una mujer presta su consentimiento para gestar y dar a luz al hijo de otra, debe señalarse que el mismo ha quedado al margen de las novedosas normas legisladas en el año 2015. Si bien no ha quedado prohibida esta práctica, no existen normas expresas a las cuales acudir para establecer la filiación y los demás derechos del concebido en estas circunstancias. Así, se hace necesario una regulación al efecto. Pero, mientras se dictan las normas, serán los tribunales quienes dicten fallos tendientes a regular esta realidad presente en esta sociedad como en tantas otras alrededor del mundo, los cuales seguramente buscarán paralelismos y aplicarán analógicamente las normas previstas para los nacidos a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

Evidentemente existe un vacío jurídico para regular esta situación jurídica, y a pesar de las propuesta de proyectos de que las regulen se debe acotar que en una perspectiva personal se considera que carecen de la normativa idónea para regular la misma en vista de

que presentan deficiencias sobretodo en la protección de los derechos de la gestante atribuyéndole en su mayor parte un extra beneficio a los comitentes vulnerando principios como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad el supra mencionado interés superior del niño.

La inicial dificultad reside en que en Argentina la maternidad se establece por el hecho del parto y la madre que lo da a luz, al gestar por otra persona, no pretende tener vínculos filiales con el infante que se gestó, de manera que, quienes conceden el material biológico, procuran inscribirlo como hijo de los mismos.

Es significativo señalar que el consentimiento antepuesto, informado e independiente de todas las partes envueltas en el proceso de embarazo por sustitución, debe concordar a lo predicho por este Código y la ley específica. La filiación queda determinada entre el infante nacido y los futuros progenitores por medio de la prueba del nacimiento, la identidad de los futuros progenitores y la aprobación apropiadamente aprobados por una autoridad judicial. Es decir, que al no estar expresamente prohibida, la gestación por sustitución podría darse en nuestro país, aunque a los fines de la inscripción del niño como hijo de quien utilizó su voluntad procreacional para tenerlo, se deberá contar con homologación judicial que acredite dicha condición.

Es por ello que corresponde descartar la hipótesis planteada. Así, dado que ante la inexistencia de una regulación expresa del instituto de la gestación por sustitución, entonces, se deberá necesariamente acudir a sede judicial con la finalidad de que se tenga por homologado el acuerdo y quede demostrado el vínculo filiatorio del niño con especial énfasis en la voluntad procreacional de los adultos intervinientes en el acuerdo.

Bibliografía

Doctrina

- Ales, M. (2017). “Límites a la disposición sobre el propio cuerpo a partir de un concepto de Dignidad Humana fundante”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/DOC/132/2017>.
- Ales, M. (2016). “Maternidad por acuerdo de partes ¿legalidad o equidad?”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/DOC/1593/2016>.
- Ales, M (2016). “Maternidad por acuerdo de partes ¿legalidad o equidad?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1593/2016>
- Ales, M. (2017). “Límites a la disposición sobre el propio cuerpo a partir de un concepto de dignidad humana fundante”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/132/2017>
- Basset, U. (2016). “Gestación por sustitución: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1311/2016>
- Briozzo, S. (2017) “La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1208/2017>
- Briozzo, S. (2016). “Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3656/2016>
- Briozzo S. (2017), “Inscripción de nacimiento en un caso de gestación por sustitución”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1229/2017>.
- Gil, A. (2015). “El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2441/2015>
- Goffredo, F. (2015) “El derecho a la identidad biológica en las técnicas de reproducción humana asistida”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4516/2015>
- Gonzalez Magaña, I. (2014). “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma

expresa que la regule”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3853/2014>

- González Magaña, I. (2013) “La cobertura de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Ley 26.862. Un reconocimiento necesario”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2632/2013>
- Herrera, M; De la Torre, N. (2016). “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/DOC/3039/2016>.
- Herrera, M. y De la Torre, N. (2016). “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3039/2016>
- Krasnow, A. (2014) “A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4628/2014>
- Marrama, S. (2017). “La dignidad de la madre subrogada frente a la omnímoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley 5700-D-2016”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/DOC/1798/2017>.
- Marrama, S. (2017). “La dignidad de la madre subrogada frente a la omnímoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley 5700-D-2016”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1798/2017>
- Medina, G. (2016), “Gestación por otro. Problemas y soluciones jurisprudenciales”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3634/2016>.
- Muscolo, I. (2015) “Técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial: ¿voluntad procreacional vs. derecho a conocer la identidad biológica?”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DÜC/2720/2015>
- Quaini, F. (2017). “La gestación por sustitución hoy, Argentina y el mundo”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/300/2017>
- Quintana, E. (2013) “De la "Fecundación Asistida" a la "reproducción artificial (asistida)". ¿Sólo cambios semánticos?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DÜC/2644/2013>

- Sambrizzi, E. (2013) “La ley de Procreación Asistida recientemente sancionada”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2597/2013>
- Seleme, H. (2012). “La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/6070/2012>
- Valdés, C. (2015). “La gestación por sustitución y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1413/2015>
- Valdés, C. (2016). “La gestación por sustitución y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1413/2015>

Jurisprudencia

- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “D. N. S. E. y otros c. GCBA s/ amparo”, sentencia del 26 de octubre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “A. N. J. W. s/ medidas precautorias”, sentencia del 01 de junio de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario”, sentencia del 19 de noviembre de 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de Familia N° 2 de Moreno, “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”, sentencia del 04 de julio de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/42506/2016>.
- Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias”, sentencia del 30 de diciembre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de Familia n° 7 de Lomas de Zamora. Sentencia del 2015. LZ-62420-2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de la 1° Circunscripción judicial de la Provincia Mendoza, "O.A.V., G.A.C y

F.J.J. por medida autosatisfactiva", sentencia del 29 de julio de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

- Juzgado en lo Civil Nro. 8, "Barrios, Beatriz Mariana y otro c. González, Yanina Alicia s/ impugnación de la filiación", sentencia del 20 de septiembre de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado Nacional Civil 102, "C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. s/ Impugnación de maternidad", sentencia del 18 de mayo de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro 83, "N.N.O. s/ Inscripción de nacimiento", sentencia del 25 de Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/23081/2013>.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, "N.N. s/ inscripción de nacimiento", sentencia del 18 de junio de 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, "S., M. C. s. medida autosatisfactiva", sentencia del 07 de agosto de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, "G. G. S. y J. G. G. s/ filiación", sentencia del 27 de mayo de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "M., C. K. y otros s/ información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 04 de noviembre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Ley 26.862. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de junio de 2013.