

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

ABOGACÍA



MATERNIDAD SUBROGADA Y SU FALTA DE REGULACION

VERDÚN, PAOLA ALEJANDRA.

DNI 25672255

2019.

Resumen

El presente trabajo se trató la maternidad subrogada y su falta de regulación a nivel nacional. A pesar de ese vacío y los problemas acarreados por el mismo, es una realidad, que una mujer geste un niño/a para otra/s persona/s, de modo absolutamente altruista. En la actualidad dan la posibilidad de ser padres o madres a las personas que de otro modo no pueden llegar a cumplir con tan ansiado deseo. Encontramos así, un vacío legal, destacando que poco a poco se fueron incorporando importantes avances con fallos judiciales que son base, para poder hacer frente a todos los inconvenientes que se presentan en relación a la misma. Con referencia al derecho comparado se analizó las legislaciones de México y Canadá, para poder llegar a establecer si se podrían tomar como referencia y adecuarlas al ordenamiento jurídico argentino.

Palabras Claves: maternidad subrogada, gestación, regulación, derecho comparado.

Abstract.

This work attempted to surrogate motherhood and its lack of regulation at the national level. Despite the void and hauled by the same problems, it is a reality, that a woman gets a child for another / person/s, of absolutely altruistic way. Now give the possibility of being parents or mothers who otherwise cannot meet awaited desire. We can see a loophole that she is gradually incorporated significant progress with judicial decisions that are based, to deal with all the problems arising in relation to the same. With reference to comparative law, the laws of Mexico and Canada, was analyzed in order to establish whether they could take as a reference and adapt them to the Argentine legal system.

Key words: pregnancy, surrogate motherhood, comparative law, regulation.

ÍNDICE TFG

Introducción General.....	5
CAPITULO 1: Las técnicas de reproducción humana asistida.	9
1.1 Introducción.	10
1.2 Técnicas de reproducción humana asistida. Concepto.	10
1.3 Regulación en la Ley 26862 de Reproducción Medicamente Asistida.	11
1.4 Recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación.	16
1.5 Anteproyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial. Gestación por sustitución.....	18
1.6 Gestación por sustitución, como Técnicas de Reproducción Humana Asistida. ..	21
1.7 La voluntad procreacional en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y gestación por sustitución.....	23
Conclusiones Parciales.	26
CAPITULO 2. Evolución Jurisprudencial en Argentina.	29
2.1 Introducción.	30
2.2 Análisis de los fallos judiciales más relevantes a nivel nacional.	30
2.3 Proyectos de Ley Presentados. Tratamiento.	64
2.4 Voces a favor de la gestación subrogada.	69
2.5 Voces en contra de la regulación de la gestación subrogada.	72
Conclusiones Parciales.	77
CAPITULO 3: Regulación Internacional.	79
3.1 Introducción.	80
3.2 Legislación en México de la gestación por sustitución. Código Familiar de México.	80
3.3 Los problemas que acarrea su legislación.	85
3.4 Legislación en Canadá. Ley C-6 de Reproducción Asistida de Canadá.....	95
3.5 Sus ventajas y desventajas.	98
Conclusiones Parciales.	100
Conclusiones Finales.	101
BIBLIOGRAFIA:	106
Legislación:.....	106

Jurisprudencia:	107
Doctrina:	108
Libros:	109
Revistas Virtuales:	109

Introducción General

Para hablar de la maternidad subrogada se debe entender que la misma es un contrato o acuerdo, por el cual una mujer acepta gestar para otra mujer, o parejas heterosexuales u homosexuales, u hombres o mujeres solos, que tienen la intención y deseo de ser padres o madres del niño/a nacido/a de esa gestación. En la República Argentina, hubo varios intentos de legislar esta práctica creciente, pero aun en la actualidad, no se ha llegado a una Ley que la regule y brinde protección a los participantes de la misma, lo que ya es factible en otros países, como México y Canadá, pero con marcos regulatorios antagónicos los que se tratan de investigar y analizar a los fines de llegar a conocer de la factibilidad de aplicar un marco legal regulatorio y protectorio en el país.

La figura de la maternidad subrogada es un acto complejo, es por ello, que lo pertinente será que se dicte una legislación que sea capaz de garantizar los derechos tanto del niño, la madre gestante y los padres intencionales. Deberán involucrarse en dicho proceso el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, con la finalidad de que los mismos busquen un equilibrio acorde a los derechos humanos receptados por la Constitución y los Tratados internacionales de Derechos Humanos, también debido a lo estipulado en el Código Civil y Comercial se presentan problemas con la inscripción en el Registro Nacional y Capacidad de las Personas y la determinación de la filiación de los nacidos a través de estas técnicas. La maternidad subrogada debería ser un derecho, por eso se deberá dictar una Ley para regular específicamente esa figura y allí radica la importancia de analizar la presente problemática. Es de la maternidad subrogada y de su falta de regulación que se desarrolla el presente.

Con referencia al derecho comparado se hace hincapié en las legislaciones de México y Canadá, en el primero solo está regulado en algunos estados, las leyes de esos estados hacen referencia a la madre gestante subrogada y madre gestante sustituta y en ningún caso se menciona al hombre. Es por ello que la situación en México para parejas homosexuales masculinas o padres solteros, no está especificada en la ley y por tanto se actúa siguiendo una especie de vacío legal. Es en este sentido en el que pueden surgir los principales problemas. Además en algunos estados solo se permite la técnica a ciudadanos mexicanos, quedando excluidos los extranjeros. En Canadá, en contraposición a la experiencia mexicana, se permite la gestación o maternidad subrogada para todos los modelos de familia, independientemente de su condición sexual, estado civil y nacionalidad, siempre y cuando tenga una finalidad altruista. Sin embargo, dicha ley canadiense establece una serie de restricciones que hacen que la búsqueda de una gestante subrogada sea difícil, ya que no puede recompensarse económicamente a la misma, razón por la cual no es un destino muy común.

Así las cosas, la pregunta de investigación y la cual trataremos de responder será si ¿Es factible regular la maternidad subrogada o gestación por sustitución en Argentina?

Teniendo en cuenta lo investigado el objetivo general es analizar si es posible regular la maternidad subrogada o gestación por sustitución en Argentina.

Como objetivos particulares se busca exponer el concepto de maternidad subrogada y sus diferentes modalidades, analizar los casos más destacados que se han presentado en el país, describir los proyectos legislativos nacionales y su tratamiento, analizar la jurisprudencia y comparar con el Derecho internacional, describir los problemas acerca de la filiación de los hijos nacidos por medio de gestación por

sustitución, como así también describir los procedimientos de maternidad subrogada en México y Canadá y justificar el porqué de la necesidad de una Ley que de protección y regule la gestación por sustitución a nivel nacional.

Así la hipótesis investigativa está dirigida a demostrar que sí es posible regular estas técnicas en nuestro país, debido a que subrogar o sustituir vientres no es ilegal, en el sentido que no hay una ley que lo prohíba. El problema surge en la legalización del parto, porque legalmente el niño que nace se inscribe como hijo de quien lo da a luz, tal como lo recepta el actual Código Civil y Comercial; aunque el óvulo que generó ese bebé viene de otra madre o mujer y ahí es donde surgen los mayores conflictos. A raíz de esta realidad ya hace unos años nuestros legisladores han intentado regularla, presentando diferentes proyectos de ley regulatorios, los cuales creemos resultarían viables en nuestro ordenamiento, porque además de regular estos procedimientos darían un marco de protección a todos los individuos involucrados en los mismos.

Para llevar adelante este trabajo, el tipo de estudio a realizar más adecuado es el Exploratorio/Descriptivo, en cuanto a la metodología, el método elegido para tratar de hallar las respuestas es el cualitativo, con el cual se trata de descubrir y profundizar el sentido de esta problemática, por medio de análisis e interpretación de las normas que la regulan en el derecho comparado.

Para su realización la técnica a usar es el análisis documental, consistente en el análisis propiamente dicho de la legislación y jurisprudencia nacional e internacional, también fallos y sentencias de diferentes tribunales de toda la nación, se utilizan, elaboraciones doctrinarias, distintos fallos comentados y artículos de revistas especializadas en la temática.

Esta investigación se desarrolla en tres capítulos. En el primer capítulo se realiza una introducción a la problemática planteada, analizando las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y sus características, introduciéndonos en lo que recepta el Código Civil y Comercial de la Nación y referencias de la Ley 26682 de Reproducción Medicamente Asistida. Para luego entrar a la maternidad subrogada, sus modalidades y su falta de regulación, haciendo referencia también a la voluntad procreacional.

En el capítulo dos se aborda la evolución jurisprudencial en nuestro país, los fallos judiciales más relevantes, su análisis, proyectos de Ley presentados, su tratamiento, el vacío Legal y los problemas por falta de legislación.

Así abordamos el capítulo tres, donde se hace referencia a la Regulación Internacional, el Código Familiar de México, los estados donde está regulada la maternidad subrogada, como así también la Ley C-6 de Reproducción Asistida de Canadá, sus ventajas e inconvenientes, las prohibiciones y los procedimientos de filiación en ese país. Luego se realizan las conclusiones finales referidas a la problemática planteada estableciendo así que todo lo investigado y analizado puede tomarse como referencia y adecuarse al ordenamiento nacional.

CAPITULO 1: Las técnicas de reproducción humana asistida.

1.1 Introducción.

En primer lugar, abordamos las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), son aquellas que el hombre utiliza artificialmente a través de la medicina y los avances tecnológicos, para llegar a procrear. En las cuales se encuentran dos grupos: la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea o in vitro.

También cabe tener en cuenta un especial procedimiento de TRHA como lo es la denominada “gestación por sustitución”, que es cuando en el proceso reproductivo interviene una tercera persona (mujer) a los fines de gestar un niño/a para otra/s persona/s que son quienes quieren ser padres, ésta incorporación, de una tercera persona, acarrea una mayor complejidad en varios aspectos, entre ellos, el jurídico como la determinación de la maternidad y la filiación, que receptan los ordenamientos jurídicos.

1.2 Técnicas de reproducción humana asistida. Concepto.

Se entiende que las TRHA son un conjunto de técnicas y de tratamientos médicos o quirúrgicos, que se usan y están destinados a concebir un embarazo en aquellos casos en que por naturaleza no es posible por diversos problemas de salud, o de infertilidad. Existen varias técnicas pero las más habituales son la inseminación artificial, la fecundación in vitro, o la inducción a la ovulación.

Nuestro Código Civil y Comercial considera a las TRHA como una tercera fuente de filiación, la cual genera los mismos efectos que la filiación por naturaleza y la filiación en los casos de adopción en forma plena.

Pero la referencia de que las TRHA, son usadas por problemas de salud o de infertilidad, es un concepto muy básico, ya que cada vez es más frecuente que se recurra

a estas técnicas, incluyendo a una tercera persona, que es quien subroga su vientre o su capacidad de procrear, para concebir a los hijos de quienes anhelan llegar a ser padres y no lo pueden lograr debido a que son parejas homosexuales o personas solas. Estas personas no presentan ningún problema de salud o de infertilidad, su configuración de familia (por ser del mismo sexo) es la que hasta el momento es un obstáculo para completar la misma, es por ello que se considera a la maternidad subrogada o gestación por sustitución, como una realidad y ello conlleva a la necesidad de dar un marco regulatorio/protectorio en referencia a esta práctica, más y más creciente en la actualidad. Con el reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro país, fundado en los principios de no discriminación e igualdad, entendemos que se debe afrontar que ese matrimonio igualitario, tan solo no es un matrimonio, sino las bases de una futura familia y para llegar a serlo se necesita de la gestación por subrogación y/o adopción. Entendiendo que se debe tomar a la gestación por subrogación como una TRHA más.

1.3 Regulación en la Ley 26862 de Reproducción Medicamente Asistida.

La Ley 26862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, es la ley que brinda la posibilidad de que cientos de parejas que luchan por ser padres y no cuentan con los medios para acceder a un tratamiento de fertilización, puedan llegar, en primer lugar a un diagnóstico y que ellos sean tratados a través de las obras sociales y empresas de medicina prepaga. La norma estipula que todas las personas mayores de edad que así lo den a conocer puedan acceder a los tratamientos de fertilización, como así también a los de diagnóstico, los medicamentos y terapias de apoyo. Pero no contempla a la infertilidad como una enfermedad, tampoco establece restricciones por edad, estado civil u orientación sexual,

quedando así abierta la puerta para que las parejas homosexuales y las mujeres solteras también puedan acceder a las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos o embriones.

Uno de los puntos débiles de la ley es la donación de gametos, en la misma está contemplado el tratamiento con gametos donados, el tema es que algunas prepagas y obras sociales se escudan en que hay centros de fertilidad que no están habilitados por el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) como centro con banco de gametos (semen y óvulos) y no se hacen cargo de la cobertura, obstaculizando el acceso a las técnicas.

Como bien lo prescribe la mencionada ley existen dos clasificaciones de las TRHA que influyen en los conflictos en el que derivan. La primera señala la mayor o menor complejidad de la técnica; se observan técnicas de baja complejidad (inseminación) y alta complejidad (in vitro). La segunda, según se utilice material genético de la propia pareja o de un tercero, donante, que puede ser anónimo o no. El Decreto N° 207/16 publicado en el Boletín Oficial en enero de 2017 despejó las dudas, estipulando que la Ley cubre tres intentos de técnicas de fertilización asistida de alta complejidad, con gametos propios o donados y cada ciclo incluye hasta tres transferencias de embriones (frescos o crio conservados)¹ Como se expone dicha ley regula las distintas formas de concebir, por medios de técnicas médicas, excluyendo la gestación por subrogación.

¹ Pasqualini, S. (2017) *Un nuevo decreto hecha luz sobre la ley 26862*. Recuperado el (25/03/19) de www.telam.com.ar

La finalidad de la Ley, en los considerandos de su decreto reglamentario, es de “garantizar el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida”. Se fundamenta en

...la intención del legislador de ampliar derechos, ello en los tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de salud, enmarcada en una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y más justa...²

Esta mirada ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia abordar diferentes situaciones que se derivan de las parejas, con o sin hijos, que no pasan por el Registro Civil, las familias ensambladas, las familias monoparentales, familias homoparentales y las familias transexuales, que son los nuevos modelos de familia.

La doctrina, por unanimidad, considera la plena vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño (1989). Al no haber ningún tipo de cuestionamiento sobre los principios allí consagrados, el mundo jurídico reconoce: El principio de no discriminación de los niños (art. 2 CDN), el interés superior del niño (art. 3 CDN), “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a: un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible” (art. 7 CDN).

Aparece aquí, un punto crítico de la regulación de las TRHA, en relación a quien está destinada la ley. En referencia a este punto un sector de la doctrina considera que toda ley referida a estas técnicas debe, necesariamente dar prioridad a los derechos

² Lembo, M. (2016) *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a luz del nuevo Código Civil y Comercial intervención notarial*. Revista 925. Sección 3- Doctrinas/Derecho de familia herencia y sucesiones. Código Civil y Comercial (Ley 26994) Fertilización. Reproducción asistida.

del niño concebido y a su interés superior, por ser el principal afectado por las mismas. Pero otra parte de la doctrina pasa por alto las consecuencias que se siguen de aplicar todos los preceptos de la Convención a las técnicas. Según la postura que se tenga en torno a la viabilidad de las técnicas de reproducción asistida, se limitarán o no los alcances de este derecho. Concordamos con la primera postura, debido a que entendemos que son los niños nacidos por estos procedimientos los más desprotegidos legalmente.

Creemos que se priva a las personas nacidas por medio de las técnicas del derecho que tienen a conocer y saber sobre su origen genético aunque tengan la posibilidad de igual forma a esa información, pero con motivos fundados en la salud, por ejemplo, pero para acceder a esa información quedan expuestos a un nuevo peregrinar judicial.

La Corte Suprema, expresa que el derecho a la identidad es un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico como los referidos a la personalidad, que permiten precisamente la individualización de un sujeto en la sociedad; a partir de ello, establece que los derechos humanos fundamentales son inherentes a la naturaleza humana y clasifica al derecho a la identidad del menor como un interés jurídico superior que prevalece sobre los intereses jurídicos de otros, que pueden ser los padres, terceros o el Estado³.

La violación del derecho a la identidad, es la crítica más frecuente que realiza gran parte de la doctrina al realizar estos procedimientos, con gametos de terceros con la cual estamos de acuerdo debido que es sumamente imprescindible encontrar un equilibrio

³ Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. (2012) *Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico*. LA LEY.

en la protección a la identidad e intimidad de los hijos nacidos por las diferentes técnicas más precisamente a los que son concebidos por medio de gametos de donación.

Sobre el anonimato del dador de gametos, ambos sectores de la doctrina analizan la cuestión desde perspectivas diferentes. Así pues, están quienes sostienen su viabilidad, fundamentan su admisión en las nociones del derecho a la intimidad y la voluntad procreacional de los adultos que intervienen en las técnicas. Por el contrario, su rechazo por el otro sector de la doctrina surge a partir de la clara afectación del derecho de identidad del hijo, y por consiguiente, la violación del precepto de interés superior del niño, el cual como se ha dicho anteriormente, es un pilar fundamental en el derecho de familia.

A favor del anonimato del dador se presentan los siguientes argumentos: a) Muchos elegirían no donar si el registro fuera público ya que existirían posibilidades de responsabilidad parental y de contacto con los niños. b) No hay voluntad procreacional en el acto del dador. c) El anonimato favorece el desarrollo de las técnicas. Y d). El anonimato del dador es parte integrante del derecho a la intimidad.

Sin embargo, frente a este anonimato, se encuentra el derecho del hijo concebido con el empleo de estas técnicas a conocer su realidad genética.

Por otra parte, en contra del anonimato se establecen los próximos argumentos: a) Si viola el derecho a la identidad y el interés superior del niño. b) Se viola el acceso del niño a información del donante, la cual es necesaria para preservar la salud del niño - física y psicológica-. Y c) Se genera la posibilidad de consanguinidad entre parejas.

Por lo tanto, se entiende que el anonimato no puede ser admitido de ninguna manera, ya que en caso de hacerlo, se estaría limitando considerablemente el derecho

de identidad del hijo, el principio de verdad biológica y, en definitiva, el interés superior del niño.

Es indudable que la ciencia, tecnología y medicina fueron avanzando notablemente en los últimos años y a consecuencia de ello, se van generando diferentes problemas que deberían ser resueltos preservando el bien común de toda la sociedad y puntualmente de los individuos involucrados. De esta realidad no pueden quedar al margen las TRHA, lo que hace necesario un alto nivel de debate jurídico y parlamentario para superar las dificultades originadas a partir de estas prácticas. La sanción de la ley de “Reproducción Médicamente Asistida” Ley 26.862, creemos trajo más dudas que certezas, lo cual, dada la magnitud de los intereses en juego, es inaceptable.

En la aplicación de las técnicas se observan la presencia de distintos intereses y derechos, esto se expuso por medio de las distintas posiciones doctrinarias. Pero es claro que la discusión respecto a esta realidad no se termina con lo planteado, pero sin dudas, se han expuesto los aspectos principales de la fertilización asistida y la respectiva respuesta por parte de la doctrina nacional.

1.4 Recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Al abordar el tema acerca de cómo lo recepta el actual Código Civil y Comercial, primero realizaremos una mirada a la filiación, a la cual se la define como “la institución jurídica que determina la posición de los sujetos en el orden de las generaciones, dentro de la familia”. La regulación que hizo el legislador en el viejo Código o Código de Vélez, en materia de filiación, daba por supuesto inevitable... la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo.

En contraposición, las prácticas de reproducción humana asistida no presentan dicho elemento. Por ello, las normas que regulaban la filiación “biológica o por naturaleza” no resultaban aplicables a la filiación que surgía por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Tampoco eran aplicables las reglas de la adopción, ya que los niños nacidos de TRHA, no pasaban por situaciones de vulnerabilidad, razón por la cual deberían haber sido criados por una familia distinta a la de origen; por el contrario, eran tan deseados, que se sometieron a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central. Las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio.⁴

El actual CCCN en el artículo 558 recepta las distintas formas de filiación, a las ya reguladas, por naturaleza o por adopción, incorporó la filiación mediante técnicas de reproducción asistida. De este modo, da lugar al nacimiento de la trilogía, otorgándole los mismos efectos jurídicos. Limita a que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de esa filiación. Es necesario determinar el límite a la cantidad de vínculos filiales dado que, como resultado de estas técnicas de reproducción, si se permitiera la confluencia de aspectos genéticos y volitivos, podrían generarse más de dos vínculos filiales.

Por otro lado, apunta a proteger la integridad del niño al no permitirse constancia alguna en la partida de nacimiento de las prácticas de TRHA para lograr su concepción. En relación con el certificado de nacimiento, el artículo 559 del mismo cuerpo normativo preceptúa: El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir

⁴ Lembo M. (2016) Revista 925. Recuperado de www.revista-notariado.org.ar

certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Siguiendo con el actual y unificado Código, este dedica el Capítulo 2 del Título 5 (art. 560 y ss.) a las reglas relativas a la filiación por TRHA, declarando cómo se determina la filiación en esos supuestos (art. 569) y normando en el art. 562 la 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 arts.560 y 561 , debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.... Encontramos que el nuevo cuerpo normativo, lamentablemente, no hace referencia a la gestación por sustitución.

1.5 Anteproyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial. Gestación por sustitución.

En el año 2011, se crea la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estos elevaron al poder ejecutivo nacional un proyecto de ley, el cual contenía reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación. También, se crearon 30 subcomisiones, integradas por 3 o 4 juristas cada una. La Subcomisión de bioética y la Subcomisión de familia, fue la encargada de la redacción del articulado relativo a la gestación por sustitución. El artículo propuesto fue el que seguidamente se describe: Gestación por sustitución. “El consentimiento previo,

informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Analizando el Anteproyecto, podemos observar que: se regulaba un sistema que requería una intervención judicial previa, disponiéndose que los médicos no podrían proceder a la transferencia sin autorización judicial. De esta manera, se aseguraba el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo. En este proceso judicial previo iban a intervenir varios especialistas para poder realizar un abordaje complejo acorde a la situación que plantea. Luego en relación con la filiación refería: En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. De allí que el artículo exigía el consentimiento previo,

informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso, que debía ajustarse a lo previsto por el Código y la ley especial. Cabe resaltar que el artículo no solo demandaba el consentimiento de el o los comitentes, sino también de la gestante (“de todas las parte intervinientes”). Este consentimiento previo, informado y libre suponía un acuerdo voluntario, por lo que no hay por qué hablar de explotación. Este consentimiento debería homologarse por autoridad judicial y reemplaza al consentimiento protocolizado que se exige en los otros supuestos de TRHA, es decir, aquí, por las especiales características y por la mayor complejidad de la figura, se exigiría que en lugar de protocolizarse, se homologue a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales. Entonces, si se cumplen los requisitos previstos legalmente, el juez procedería a la homologación y podría procederse a la implantación en la gestante. Este consentimiento homologado (la autorización judicial), junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes deberán presentarse al registro civil para la correspondiente inscripción del nacido. Si el juez no homologa (y a pesar de esto las partes continúan con el proceso de gestación por sustitución), o las partes no solicitan la autorización judicial, el proyecto de ley establecía que la madre legal es la mujer que dio a luz al niño.

El interés superior del niño es la cuestión principal a tener en cuenta a efectos de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución. El juez siempre podría denegar la autorización si considera que no redundaría en el mejor interés del niño por nacer.

La gestante no podría recibir retribución, lo que no impide que sí pudiera ser compensada. La ley especial debía determinar el contenido de esa compensación luego de un debate ético y responsable, que contemple todos los aspectos en juego.

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente se conoce. Ante esta nueva realidad, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades. Como sostiene Elisabeth Roudinesco “No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto.

Este anteproyecto se discutió en el Senado de la Nación, expresando los legisladores la voluntad de excluir este tipo de prácticas del nuevo Código modificando.

Aquí claramente el legislador perdió una gran oportunidad de regular dicha práctica y así terminar con el vacío legal existente, pudiendo dar las soluciones concretas a los problemas que se presentan. Haber debatido el proyecto sin llegar a regular la práctica, excluyendo directamente del cuerpo normativo, entendemos fue tiempo perdido para las personas que aún esperan un resguardo legal, y que se los dejen libremente elegir sus distintas formas para llegar a ser padre/s, sin tener por ello que acarrear interminables caminos judiciales para poder lograrlo.

1.6 Gestación por sustitución, como Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La gestación por sustitución la entendemos como una técnica de reproducción humana médicamente asistida, imprescindible para que las personas puedan ejercer su

derecho humano a procrear. Es parte de nuestra biología nacer, crecer, reproducirse y morir, son etapas de la vida. Esa función biológica, es receptada por el derecho y reconocida por este último bajo el concepto de Derechos Reproductivos. Claramente los derechos reproductivos trascienden cualquier frontera, cualquier ordenamiento, cualquier ideología, y los “enemigos históricos” de los derechos reproductivos han sido los estados nacionales y algunas religiones.⁵

La gestación por sustitución, se clasifica en base a dos criterios: según la relación genética y según la compensación económica. La primera se realiza dependiendo de la relación genética entre la gestante y el bebé y encontramos dos tipos: gestación subrogada tradicional: conocida también como parcial, la gestante aporta su propio óvulo y consecuentemente su carga genética. El espermatozoide puede ser del padre intencional o de donante anónimo. Esta modalidad está casi en desuso. Y la gestación subrogada gestacional: conocida como gestación subrogada completa, la gestante solo su capacidad de gestar, no hay vínculo genético con la gestante y el bebé. Los óvulos y los espermatozoides provienen de los padres intencionales o bien pueden ser de donación. Ésta en la actualidad es la más frecuente.

La otra clasificación se da por la recompensa económica que recibe la gestante, que puede ser del tipo de gestación subrogada comercial, en el cual la mujer además de recibir el pago por los gastos médicos que acarrea el embarazo, recibe una suma en dinero pactada de antemano, hay agencias especializadas en el tema que se dedican a contratar la gestante, obviamente en los países en que está autorizada esta práctica, como Rusia, y algunos estados de Estados Unidos.

⁵ Rojas Pascual, J. (2015) *Gestación por sustitución*. Recuperado de www.maternidadsubrogada.com

O bien la gestación subrogada altruista, la gestante se somete a la práctica sin recibir pago por la misma y sin ánimo de lucro alguno, los padres intencionales hacen frente a los gastos médicos, legales y jurídicos del proceso, esta modalidad es la que se ha impuesto en países como Canadá.

Es por ello que entendemos que su regulación deberá enmarcar una gestación por sustitución, independientemente de la carga genética, apuntando a que la misma, no se convierta en una práctica comercial, o descuidando a las mujeres con mayor grado de vulnerabilidad y usen esas gestaciones como un recurso de conseguir dinero, por no estar contenidas desde el Estado, como corresponde y por ello los organismos de aplicación y control que se dicten a su referencia, deberán tener las herramientas legales claras y precisas a los fines de evitar esos conflictos que se presenten.

1.7 La voluntad procreacional en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y gestación por sustitución.

La voluntad procreacional se la entiende como el ánimo o la intención para procrear y es la base para la determinación de la filiación cuando esta deriva de TRHA, sin importar quien haya aportado el material genético para el tratamiento, ya sean de los propios progenitores que tienen la voluntad procreacional o un donante, que no tendrá vínculo jurídico con el nacido. El elemento determinante es volitivo, la voluntad procreacional, prevalece la maternidad/paternidad consentida y querida por sobre la genética. Los principios constitucionales e internacionales valorizan el derecho de toda persona a formar una familia y de todo niño a tener un vínculo filial estable, sin importar la condición sexual, sean parejas del mismo o de distinto sexo, sólo importa la voluntad procreacional.

Este concepto, conocido como “voluntad procreacional”, no es nuevo, ya a mediados de los ´60, Díaz de Guijarro la distinguía entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como “el deseo o intención de crear una nueva vida”. Postulaba por ese entonces, la teoría de la llamada voluntad procreacional como herramienta de inteligibilidad jurídica, por medio de la cual se procuraba dar cuenta de la nueva realidad filiatoria que introducen las TRHA al establecer, con base en ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad.

Por su parte, Rivero Hernández afirmaba, que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA “es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera”. Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad, en este sentido de una pareja. En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido, ni el que demuestra que es padre biológico, sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad”.

Por ello, las doctrinarias Kemelmajer, Herrera y Lamm, hablan de la desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación que responde a la consolidación de la procreación asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado. Tan así es, que se habla de una "desbiologización de la paternidad", focalizándose en la "parentalidad voluntaria" como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.“ Las TRHA han provocado

una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo”.⁶

A partir del avance de las técnicas de reproducción asistida se ha acentuado la aparición de casos en los que existe una disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional.

Siguiendo el orden lógico de los razonamientos empleados por ambos sectores de la doctrina, podemos establecer a grandes rasgos la centralidad del aspecto biológico o volitivo, según la postura tomada.

En primer lugar, el sector de la doctrina que mantiene la viabilidad absoluta e ilimitada de las técnicas sostiene que lo determinante a la hora de establecer la filiación es la voluntad procreacional. “La biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la voluntad procreacional y de su exteriorización a través del consentimiento informado. Mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo”.

Aquí nos enfrentamos con la separación entre verdad biológica y voluntad procreacional, asumiendo la paternidad y/o maternidad quien manifieste por medio del consentimiento informado su deseo de ser padre y/o madre (voluntad procreacional).

⁶ Gil Domínguez, A, Famá, M, Herrera, M (2006) *Derecho constitucional de familia*, pp 833 y ss; Krasnow, A. (2003) “La verdad biológica y la voluntad procreacional”, p.1150; Kemelmajer De Carlucci, A, Herrera, Ma. - Lamm, E. (2010) “*Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*”.

Por otra parte, si bien el principio consagrado por la otra parte de la doctrina es el de la verdad biológica, según las circunstancias del caso y atendiendo al interés superior del niño, se puede centrar la filiación en la voluntad procreacional.

Pero, la excepción al principio general de la verdad biológica consagrado por esta parte de la doctrina está consagrada en los siguientes términos: “Es inadmisibile que en todos los casos el sustrato biológico se imponga por sobre el social trastocando la naturaleza de las cosas. Toda acción de impugnación filiatoria debe quedar detenida cuando el estado familiar ha quedado solidificado de modo que pueda estimarse definitivo”. “Ajustarnos a la verdad biológica, significaría en muchos casos avalar una ficción, puesto que en los hechos la función materna y/o paterna no se cumpliría, poniendo en riesgo el desarrollo y proyección social del hijo”.

Concordamos con la postura doctrinaria que apunta claramente a dejar de lado la verdad biológica, poniendo como base de la determinación de la filiación a la voluntad procreacional, así, podemos hacer referencia a que esa voluntad procreacional, no es ni más ni menos que el deseo y la intención de querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir las distintas responsabilidades, como ser su educación, crianza, salud, desarrollo y ello contiene, el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno-filial que, en el campo de la reproducción humana asistida, es la típica fuente de creación del vínculo.

Conclusiones Parciales.

Lo cierto es que actualmente, en el plano jurídico, los pilares normativos que responden de manera integral, complementaria y abarcativa, a todos aquellos aspectos relacionados con el uso y empleo de las TRHA en este país, son los que siguen: En primer

lugar, en el año 2013 se sancionó la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida bajo Ley N°26.862 y reglamentada mediante el decreto 956/2013,²⁶ que básicamente se centra y consagra, a nivel nacional, la cobertura médica integral de este tipo de tratamientos y procedimientos médicos. En segundo término, en octubre de 2014 se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que puntualmente se interesa, tanto por la existencia de la persona humana, es decir, desde cuándo para la ley se es persona a los efectos del derecho civil (el cuestionado y controvertido art 19 del CCyC), y regula todo lo relativo al derecho filial de los niños nacidos mediante el empleo de las TRHA.

Luego en el año 2011, se presentó en el marco del Anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, un proyecto para regular la gestación subrogada, que como ya se describió los legisladores decidieron excluirla del cuerpo normativo.

Incuestionablemente, el elemento central, tal como lo venimos mencionando en la determinación de la filiación de los nacidos mediante estos procedimientos, es la exteriorización de la voluntad procreacional, la cual se plasma con el consentimiento previo, informado y libre. Es por ello que entendemos que, la paternidad/ maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal.

En esta introducción a la problemática se observa que actualmente en el país, la gestación por sustitución, sigue sin legislarse. Aunque se destaca que estuvo, como se expuso, en proyecto para incorporarla al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo cual no se logró. Si bien el Código Civil y Comercial recepta las TRHA, lo hace dentro de la pareja, con la mujer que la conforma, como persona que gesta al niño por nacer y

no involucra a un tercero, que en esta práctica sería la mujer que presta su útero y capacidad de gestar para la gestación.

El vacío legal debe entenderse entonces, como prohibición, ya que la temática fue objeto de debate en el Congreso de la Nación, con el cual no concordamos, como se analizó, es necesario la legislación y visibilización de la práctica.

Los avances médicos, tecnológicos, científicos, que dan soluciones a los diferentes problemas de procreación de las personas, como así los derechos de las personas a la igualdad, como el derecho al matrimonio igualitario, se entiende que deberían avanzar a la par, para buscar las soluciones a los nuevos paradigmas sociales, encontrando un sano equilibrio para todos los involucrados en el proceso.

CAPITULO 2. Evolución Jurisprudencial en Argentina.

2.1 Introducción.

Continuando con el capítulo dos, se mencionan algunos de los fallos judiciales que entendemos como relevantes en relación a gestación subrogada en nuestro país, entre los cuales se destacan los de las Provincias de Mendoza, Córdoba, Buenos Aires y Santa Fe, como las regiones con mayor avance jurisprudencial en esta materia. Analizando los mismos se encuentra la importancia de cómo se determina la maternidad y filiación en estos procesos. También se investigaron los proyectos que se presentaron con fines de encuadrar en el ordenamiento jurídico la práctica. Además, que se considera importante a esta altura escuchar, las voces a favor y en contra de dicha práctica, buscando en los mismos, las soluciones que sean pertinentes.

2.2 Análisis de los fallos judiciales más relevantes a nivel nacional.

Seguidamente describiremos algunos de los fallos nos resultan más importantes en relación a la gestación subrogada, porque fueron los primeros a nivel nacional y sentaron las bases jurisprudenciales para que aún sean usados, por los padres que se someten a estos procedimientos.

En el año 2013, se presentan J. L D G y M S M solicitan la inscripción del nacimiento de la niña nacida el 19 de abril de 2012 en la ciudad de Buenos Aires, en el Instituto Argentino del Diagnóstico. Relatan que han contraído matrimonio en noviembre de 2006 y que a partir de entonces comenzaron la larga búsqueda en pos de concebir un hijo. Así señalan que la esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término siendo muy compleja la situación que atravesaron en el segundo de ellos, en el año 2010, por cuanto al perder al bebe, en un estado avanzado fue necesario practicarle una intervención de complejidad que incluyó la extirpación de su útero. Tras ello, las posibilidades de la

cónyuge de acceder a un embarazo se tornaron nulas, siendo la única alternativa el acudir a la Fertilización in Vitro con subrogación uterina. Fue así que paralelamente a la inscripción en el Registro de adoptantes, la pareja comenzó a averiguar y evaluar las posibilidades de acceder a la maternidad a través de la subrogación de vientre en el exterior, empero desecharon esta alternativa en función de los altos costos que ello implicaba. Fue así que conoció a la Sra. C. R. C., amiga y masajista, que vivió muy de cerca todo el proceso mencionado anteriormente y quien, voluntariamente, al ver la enorme frustración que significó para la esposa el no poder engendrar un hijo, se ofreció a gestarlo en su vientre. De tal modo, mientras la Sra. C. comenzó un tratamiento terapéutico, el matrimonio a través de una fertilización in Vitro logró un embrión, que se implanto luego en el útero de la Sra. C., resultando embarazada en el primer intento. Fue así que finalmente, el 19 de abril de 2012 nació la niña. Por su parte la Sra. C ya es madre de dos hijos, de 18 y 21 años de edad con quienes conversó acerca de su deseo de ayudar al matrimonio. La Sra. C R C manifestó que conoce al matrimonio D G - M desde el año 2005/2006, que por ello sabía de la complicación de la Sra. M en su embarazo y la imposibilidad posterior. Fue así que primero lo charlaron y luego ella se convenció de gestar por el deseo de la nombrada de ser madre. Que es la primera vez que se somete a un proceso de la naturaleza del presente, que no recibió retribución alguna por parte del matrimonio, más allá de la cobertura médica, que continua realizando tratamiento terapéutico. Se expide favorablemente el Registro del Estado Civil y Capacidad de las

Personas, la Sra. Fiscal y el Sr. Defensor de Menores, quedando los autos conclusos para definitiva.⁷

Algunos de los fundamentos analizados por la Magistrada fueron los siguientes:

En las técnicas de Reproducción Humana Asistida y la gestación por sustitución, como es sabido, en la República Argentina no existe aún regulación legal que habilite o prohíba, en su caso, la técnica utilizada por los peticionantes para el acceso a la maternidad y paternidad, esto es la maternidad mediante la subrogación de vientre utilizando material genético de la propia pareja. Así, y sin perjuicio de lo que surge del proyecto de reforma integral al Código Civil que se encuentra a estudio y sobre el que me referiré a continuación, recientemente se ha aprobado en el Congreso Nacional una ley que regula los alcances de la llamada reproducción médicamente asistida. En doctrina, las técnicas de RHA, han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos –extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el espermatozoide- (Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora “La reproducción médicamente asistida. Merito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, Revista La Ley del 8/08/2011, p. 1) conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Esto es, una técnica que permite la procreación de un ser humano sin necesidad de previa unión sexual entre un hombre y una mujer (Iñigo Delia – Levy Lea – Wagmaister Adriana M “Reproducción humana asistida”. Enciclopedia de derecho de familia, T. III, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 551; Gil Domínguez Andrés,

⁷ Poder Judicial de la Nación JUZGADO NAC. DE 1RA. INST. CIVIL N° 86. (38316/2012) NN O D G M B M S/ INSCRIPCION DE NACIMIENTO Buenos Aires (18 de junio de 2013). MJF.
www.tiempojudicial.com

Fama María Victoria, Herrera Marisa, Derecho constitucional de Familia T.II, Ediar, Buenos Aires, 2006 p. 817, misma autora “La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 61, Santamaría Solís; Luis Técnicas de reproducción asistida. Manual de bioética. Ed. Ariel, Barcelona 2001, p. 377).

En palabras de Herrera, Lamm y Kemelmajer gracias a la utilización de estas técnicas se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales, en tanto si bien podremos hablar de la utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para parejas heterosexuales –casadas o no- y dentro del marco de la llamada fecundación homologa (como es el caso de autos) también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual, etc. (Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto d las técnicas de reproducción humana asistida”. Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1, Ediciones Infojus, Poder Judicial de la Nación JUZGADO NAC. DE 1RA. INST. CIVIL N° 86 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, p. 6).

Dentro de la variedad que incluyen estas técnicas encontramos la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos (denominándose en este caso homologa) que es el supuesto que se plantea en las presentes actuaciones. Empero, la circunstancia particular que aquí se ha dado es que el

material genético fue implantado en un vientre que no era el de quien aquí reclama la maternidad utilizando la técnica denominada “gestación por sustitución”. La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental (Famá, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación” LA LEY 21/06/2011, 1, LA LEY 2011-C, 1204; La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 60 y ss; Fortuna Sebastián Ignacio “Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”; RDF núm. 57, Abeledo Perrot, 2012; Lamm, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada...” en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 50, Abeledo Perrot, Julio 2011, pp. 107, entre muchos otros).

En este supuesto, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada “voluntad procreacional”, esto importa, la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Este tercero, por aplicación de las reglas referidas a la identidad filial, en particular el principio “Mater certa est”(la madre siempre cierta es), carece de esa voluntad, por ende aun cuando correspondería, en el caso y por aplicación de los principios legales ya reseñados, derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta

indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido.

En base a lo expuesto, el problema que se presenta frente a la llamada “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución” es, básicamente, la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, ya reseñados. Paralelamente, no puede dejar de señalarse que dentro de las variantes que comprende el concepto, puede llegar a involucrar distintos supuestos. Así, siguiendo a la autora citada precedentemente, con profusa cita doctrinaria señala que para algunos, el término supone exclusivamente el caso en que el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz el hijo en beneficio de la pareja, conforme el caso de autos y, para otros, comprenderá también aquellos supuestos en que la mujer gestante es inseminada o fecundada con su propio óvulo y el aporte de semen de un hombre casado, asumiendo el compromiso de tener el hijo y entregarlo a la pareja conformada por el dador del semen y su esposa, renunciando a sus derechos maternos filiales con fines de adopción o, con cita a la Dra. Grossman, la gestación por parte de una mujer de un hijo para terceros con distintas variantes: a) que los gametos sean aportados por el matrimonio o pareja contratante; b) que ambos gametos provengan de donantes; c) que la gestación lo sea con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de donante; y d) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja contratante, el semen, o la posibilidad de que se escoja el semen de uno de los varones de la pareja contratante, tratándose de una unión entre varones del mismo sexo (Famá, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación” LA LEY 21/06/2011, 1, LA LEY 2011-C, 1204; La Filiación. Régimen

Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 62/63).

Ello establecido, precisado el concepto que involucra la llamada gestación por sustitución, a la par que señaladas las bases que sienta el ordenamiento legal en la actualidad, y aun ponderando el reciente dictado de la ley sobre técnicas de reproducción médicamente asistida, lo cierto es que, en principio y como se vio, ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes a este medio de acceder a la maternidad correspondería aplicar la normativa general de fondo. Así, y de acuerdo con una interpretación literal del texto del art. 242, Código Civil., es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada. Frente a ello vemos que eso es lo que hubiere correspondido, en principio hacer por parte de las autoridades del nosocomio donde ha sido dado a luz la niña de conformidad con el régimen que emana de la ley 24.540. En este sentido, no puede dejar de observarse que el certificado de nacimiento acompañado ha sido redactado en forma incompleta, restando cubrir los campos referidos al nacido. Del mismo, empero surge el nacimiento de una criatura de sexo femenino el 19 de abril de 2012, dada a luz por C R C. Así, no debe soslayarse que según las disposiciones de la ley citada todo niño nacido vivo o muerto, y su madre, deben ser identificados cuando el nacimiento ocurriere en un establecimiento médico asistencial, como en el caso. Ello así, cierto es que en el caso correspondía a todo evento inscribir a la niña debida y legalmente y en su caso, los peticionarios acudir a las herramientas que brinda el ordenamiento actual a efectos de lograr el emplazamiento que ahora se pretende.

Ahora bien, pese a lo expuesto, no habrá de rechazarse la petición por la existencia de esta cuestión formal, no menor por cierto, ya que entiendo que no reporta beneficio a ninguno de los interesados. Por ello y a los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo pese a lo observado, debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional del matrimonio D G M así como también, a no dudar, lo que surge en la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica tal como indica la Sra. Fiscal en su dictamen favorable. En último término corresponderá pues hacer notar que en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en el proyecto de reforma al Código Civil que de algún modo y aun cuando no se conoce si el proyecto pueda o no convertirse en ley, sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada. En este sentido, se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera.

Estas nuevas formas de concebir la familia requieren sean reconocidos sus derechos filiatorios. Así se expuso con claridad “la existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obligan admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la “socioafectividad; y cuya construcción dependen de la existencia de una voluntad procreacional, a la que sin duda debe dar una respuesta el ordenamiento jurídico” (Fortuna Sebastián Ignacio, “Comentarios a la normativa proyecta...” op cit).

Por su parte, recientes y resonados fallos, aunque con distintos matices, han puesto de relieve esta cuestión dando cuenta, por lo demás, que, aun sin contar con una ley que admita el instituto, se han registrado casos o, en su defecto, se ha requerido la inscripción en este país, de nacimientos acontecidos en el exterior en los que se hubiera utilizado esta técnica. Ello da la pauta que se trata de una realidad que aun cuando no está legislada merece 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 prohíba.

Estas cuestiones han sido recogidas por el proyecto de reforma al Código Civil que, si bien no ha sido sancionado, brinda sin dudas bases y parámetros a tomar en cuenta para adoptar una decisión. En efecto, el art. 562 del proyecto regula la figura de la gestación por sustitución y señala en lo pertinente que “La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial”. A su turno, más adelante, señala entre otros recaudos que al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos; que el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos, que la gestante no ha recibido retribución así como tampoco se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; y, finalmente, que ésta ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. La norma, es verdad, requiere de autorización judicial previa y, en ausencia de la misma prevé que la filiación se rija por la reglas de la filiación por naturaleza.

Empero, en ausencia de disposición legal –como se vio- debe ponderarse que conforme surge de la presentación inicial así como también de la audiencia que se llevara

a cabo por la gestante ante la suscripta conforme el acta de que da cuenta fs. 58, se dan en el caso muchos de los supuestos que aprehende la norma proyectada.

En tales condiciones es que resulta procedente acceder a la demanda entablada en tanto, si se valora fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN, en base sin duda al principio que también recoge nuestra legislación actual en cuanto a la correspondencia de la realidad biológica, y demás consideraciones formuladas en el presente decisorio, sin que obste a ello, la circunstancia que la gestante estuviere casada y separada de hecho en tanto y en cuanto, ello debe relativizarse frente a lo señalado en el decisorio, a lo dispuesto por el art. 243 segunda parte del Código Civil y, en particular, en el presente considerando. Por su lado, adhiriendo a lo petitionado por la Sra. Fiscal en su meduloso dictamen entiendo que corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional. Para finalizar, entiendo que ello es lo que más responde al interés superior de la nacida en tanto, este principio ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño (que a partir de la reforma a nuestra Carta Magna de 1994 goza de jerarquía constitucional, conf. art. 75 inc. 22°, CN, y la ley 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes"). En efecto, la citada Convención obliga a los Estados parte a que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a tomar en cuenta será el interés superior del niño (conf. art. 3, Convención citada).- Por su parte, el art. 3 de la ley 26.061 lo define como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus

derechos, debiéndose respetar su condición de sujeto de derecho (inc. a), su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b), el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (inc. c), y su centro de vida o lugar donde hubiera transcurrido la mayor parte de su existencia (inc. f).- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, indicó que el interés superior del niño debe ser entendido "como la premisa bajo la cual debe interpretarse, integrarse y aplicarse la normativa de la niñez y la adolescencia (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades". Cecilia Grossman señaló que representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo, de allí que resultará de su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (conf. Grossman, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL, 1993-B-1095). Así se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que

desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método, recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Herrera Marisa, Lamm Eleonora “Regulación de la gestación por sustitución” LL 10/09/2012, p. 1).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la Representante del Ministerio fiscal, postura a la que adhiere el Sr. Defensor de Menores y conformidad de la Dirección del registro Civil, consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias expuestas. La magistrada María Bacigalupo resolvió: Acceder a la demanda. Proceder a la Inscripción del nacimiento de la niña B M D G M, nacida el 19 de abril de 2012 en el Instituto Argentino del Diagnóstico, en esta Ciudad de Buenos Aires, como hija de J L D G y M S M.⁸

Como describimos en este fallo que en el año 2013, dictó el Juzgado de 1º Instancia en lo Civil N° 86, en una sentencia sin precedentes en el país, fue uno de los fallos más importantes, con el cual su fundamento, se basó que a falta de legislación se tomó como base la voluntad procreacional de esos padres, los cuales acudieron a una fertilización in vitro con un vientre subrogado, debido a la imposibilidad de esa madre por no tener útero a poder concebir. Claro está que la persona que prestó su vientre lo hizo de una manera absolutamente altruista, solo recibió los gastos médicos previos y post gestación, con lo que no se observa una ventaja económica en la misma. El derecho de esa hija es fundamental y eso también se tuvo en los miramientos para el fallo, por todo ello es que creemos que es inadmisibles seguir con este vacío legal en el país.

⁸ Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Civil N° 86 (18/06/13) A cargo de la Juez Dra. María del Carmen Bacigalupo. Recuperado el (14/09/18) de www.lexaustralis.com

Luego encontramos otro fallo, que no solo fue importante a nivel nacional sino que tuvo recepción en el Derecho Comparado.

Y es la historia de Tobías, el cual nació el 29 de junio de 2012 en una clínica de Nueva Delhi, en la India. Pero es argentino y vive en un barrio cerrado de la zona norte del conurbano. Sus papás, Alejandro Grinblat y Carlos Dermgerd, casados en 2011 luego de la sanción de la ley de matrimonio igualitario. Se decidieron, en primer momento en adoptar, explicó Alejandro, pero desistieron porque saben que las adopciones para matrimonios gays son más difíciles que lograr que se unan en la India un óvulo, un esperma y un vientre.

“Nos decidimos por el alquiler de vientre porque nos pareció lo más transparente –cuenta Alejandro–. Cuando Tobías sea grande queremos contarle toda la película, no queremos que tenga dudas sobre su identidad”.

La India y Estados Unidos son los dos países donde esta práctica es legal. Pero a diferencia de Estados Unidos, en la India es el estado el que regula como se va a llevar adelante el embarazo, y eso fue lo que los terminó de decidir. “En India –dice Alejandro– el estado determina cuántos análisis tiene que hacerse la madre y cómo debe vivir durante el embarazo”. Además, también les ofrecían la posibilidad de que la donante del óvulo y la portadora sean distintas mujeres para que no haya vínculo con ninguna.

Aunque no hay que dejar de mencionar que en 2015 se produjo un cambio en la ley para los ciudadanos extranjeros, por el que se permite solo el acceso a matrimonios heterosexuales por medio de este método reproductivo. Tras la aprobación de la nueva ley, desde noviembre de 2016, solo se permite el acceso a la maternidad subrogada a matrimonios indios con problemas de fertilidad, y además, únicamente de forma altruista.

Carlos y Alejandro se enteraron en Buenos Aires de que el segundo intento de fertilización había dado resultados. Llegaron justo a tiempo para el parto que se adelantó tres semanas. No pudieron estar durante el nacimiento pero sí pasaron las primeras 24 horas en la nursery. La decisión la tomaron hace un año, apenas se casaron después de estar doce en pareja. Pero todavía les quedaba resolver la cuestión legal. La ley que habilita el matrimonio gay, les garantizaba a ambos la paternidad, pero todavía existe un vacío legal cuando el embarazo se produce en un vientre alquilado, algo que se intenta regular en el proyecto para el nuevo Código Civil. Con el apoyo de la Cancillería, el Gobierno porteño y la Federación de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (LBGT) consiguieron un pasaporte de emergencia para traer a Tobías y la partida de nacimiento para hacerle el documento. Tras la actuación judicial de las magistradas porteñas Fabiana Schafrick y Elena Liberatori, y con el acuerdo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y gestiones de la Cancillería argentina, Tobías Dermgerd Grinblat recibió su Partida de Nacimiento e inscripción en la libreta de familia junto a sus padres Carlos y Alejandro.

Este hecho, que constituye la primera inscripción en su tipo en el mundo, consagra la igualdad ante la ley de todas las niñas y niños, hijos de Matrimonios Igualitarios, garantiza el derecho a la no discriminación, el interés superior de niños y niñas y la protección integral de la familia. Cabe destacar que el matrimonio fue patrocinado por el Dr. Andrés Gil Domínguez y contó con el apoyo del equipo jurídico de la Federación Argentina LGBT. Al respecto el Dr. Andrés Gil Domínguez destacó “la inscripción de copaternidad igualitaria basada en la voluntad procreacional y el amor filial implica aplicar directamente la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos para recrear las fuentes de filiación del derecho argentino en pos de garantizar la no

discriminación, la protección integral de todas las familias y el interés superior de niñas y niños.”

Estos padres, decidieron recurrir a la gestación por sustitución para tenerlo. Uno de ellos puso el semen y adquirieron óvulos de una joven universitaria de 27 años, de Canadá, a través de una clínica de California, para concebir los embriones que luego se transfirieron a la joven india, que puso el vientre. Por entonces regía el Código Civil de Vélez Sarsfield, sin embargo, consiguieron que la jueza Elena Liberatori, del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, homologara un acuerdo por el cual se autorizó la inscripción el 18 de junio de 2012, antes del nacimiento, para lo cual se tuvo en cuenta la “voluntad procreacional” de la pareja y los tratados de derechos humanos con rango constitucional. Después de este fallo, se fueron sucediendo múltiples resoluciones judiciales similares, para inscribir a niños nacidos en el país o en el extranjero a partir de la misma técnica. Uno de ellos es de la jueza de Lomas de Zamora Silvia Villaverde, que autorizó el 30/12/15 la inscripción de un bebé, que nacería hacia fines de enero, como hijo biológico de un matrimonio heterosexual: el embarazo lo llevó la hermana de la mujer. Ella había nacido sin útero. El bebé lleva el ADN del papá y la mamá.⁹

Queda claro que con este fallo como se analizó se dio un gran paso con respecto a la igualdad y derechos de los padres y niño/as que nacen por medio de estos procedimientos, basándose en la voluntad procreacional, el deseo de esos padres de serlo, como así también en el derecho superior de los niños. Concordamos ampliamente con el

⁹ Página12 “El hijo de Alejandro y Carlos” (28/02/16) Recuperado el (07/03/19) de www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas

mismo, ya que no solo es base jurisprudencial, sino que deja plasmado la necesidad, así como avanzó la legislación como en el caso del matrimonio igualitario, debería avanzar en relación a la gestación por sustitución, por lo que hubiese sido acertado darle al proyecto del Código unificado, donde se pretendía legislar la práctica analizada, un tratamiento adecuado y no excluirlo directamente.

Por su parte Esteban Paulón, Presidente de la FALGBT expresó “hoy es un día histórico. Por primera vez en el mundo se reconoció una inscripción de copaternidad igualitaria en idénticos términos que cualquier otra inscripción. Este paso enorme vuelve a poner a nuestro país a la vanguardia de la protección y promoción de derechos de las personas LGBT.” Asimismo agregó “la inscripción igualitaria de copaternidad de Tobías es un acto fundacional, que adelanta y apoya los nuevos modelos de protección de las familias contenidos en el nuevo Código Único. Que se debatía por esos días en el Congreso de la Nación.”

En opinión de, César Cigliutti, Presidente de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) dijo que “Cada una de estas acciones están marcando el camino de la diversidad en Argentina. La Campaña de la CHA durante el tratamiento de la Ley del Matrimonio Igualitario, fue “Somos Familias” porque este es el tema que se estaba debatiendo y, especialmente, nuestros hijos y nuestras hijas. Estamos seguros de que Tobías tiene lo más importante que puede tener un niño, el amor y la protección de sus padres”.

Pedro Paradiso Sottile, Secretario y Coordinador del Área Jurídica de la CHA manifestó: “Estamos orgullosas/os de que en Argentina se haya inscripto a un niño con dos papás. La novedad es que, luego de dos años del Matrimonio Igualitario el Estado

reconozca a nuestras familias diversas y la voluntad procreacional, garantizando la copaternidad de Alejandro y Carlos. Somos familias, y vamos por más igualdad y libertad. Estamos viviendo una oportunidad histórica. Por eso celebramos y apoyamos el debate de la reforma del Código Civil, para afianzar y promover los Derechos Humanos, la igualdad de derechos y oportunidades para todas las familias.”

Luego encontramos la primera sentencia sobre gestación por sustitución en la Provincia de Mendoza, y una de las primeras de la República Argentina, que fue dictada por el Dr. Neirotti, Juez del Primer Juzgado de Familia de la Ciudad de Mendoza, con fecha 29 de Julio de 2015. El Juez dictó una sentencia, que ha hecho jurisprudencia en la Provincia de Mendoza y en toda la República Argentina, en la cual había ordenado inscribir a un bebé concebido y gestado mediante maternidad subrogada a nombre de sus padres procreacionales. El caso tuvo una gran repercusión en la prensa provincial y nacional. La sentencia posee una argumentación brillante y muy valiente, y es extensa debido al análisis pormenorizado del caso que realiza el Magistrado.

Describiremos los puntos más importantes seguidamente: Se presenta el Dr. Juan Pablo Rojas Pascual, en representación de los Sres. OAV, GAC Y FJJ, acompañando las respectivas ratificaciones e incoando ACCIÓN DECLARATIVA DE FILIACIÓN como MEDIDA AUTOSATISFACTIVA, a fin de que se reconozca la verdadera filiación materna y paterna de un niño recién nacido (JC) mediante una técnica de reproducción asistida, con sus padres genéticos. Solicitan que, en consecuencia, se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño JC y su DNI como hijo de GAC y FJJ y se disponga el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor, desde la fecha de la concepción, a favor de sus padres genéticos. Relatan que la Sra. OAV, una mujer mayor

de edad y con dos hijos propios a fines de 2013 y principios de 2014 se interesó por motivos personales en ayudar a procrear a una pareja, que no puede tener hijos. Que investigando en internet y consultando a distintos profesionales, conoce a la pareja de FJJ y GAC, que residía en Buenos Aires, quienes convivían desde 2007 y que a la fecha no podían gestar hijos. Que la Sra. GAC ha sufrido una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé. Sin embargo, conserva sus óvulos. De esta manera, la Sra. OAV, conmovida por su caso, decide ayudarlos a gestar un bebé, en forma altruista y gratuita. Ambas partes concurren al Instituto de Reproducción Asistida, en nuestra ciudad, a fin de iniciar el procedimiento. Además, suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014, estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación. Detallan el procedimiento al que se sometieron: fecundación in vitro con óvulos extraídos de la Sra. GAC y espermatozoides del Sr. FJJ, y posterior implantación de dos embriones en el útero de la Sra. OAV, habiendo anidado sólo uno de tales embriones, el que gestaría esta última. La Sra. OAV nunca tuvo intención de procrear un hijo propio, ya que ella puede concebir y gestar, sin necesidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida, por lo que su voluntad fue gestar un bebé para esa pareja.

Que el 9 de enero de 2015 nació en el Hospital Español de Mendoza el bebé al que pusieron el nombre de JC. El niño fue recibido en la sala de partos por la Sra. GAC, (“madre genética y procreacional”).

El abogado patrocinante presenta acción declarativa de certeza: y el magistrado en sus considerandos expuso. Un primer encuadre procesal de la acción no los da el art. 3 del C.P.C. el que expresa: “El poder Judicial interviene, aún sin la existencia de lesión

actual, para declarar la norma concreta aplicable en el caso planteado, siempre que el peticionante ostente un interés legítimo”. La acción declarativa constituye una vía admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre acerca de la norma a aplicar en el caso planteado.

Ha dicho la Jurisprudencia Nacional que la acción meramente declarativa se caracteriza por funcionar acorde a su naturaleza esencialmente preventiva, y deben darse en el caso los recaudos para su viabilidad. Esto es que la declaración de certeza no tenga carácter simplemente consultivo, ni importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen jurídico federal; que exista un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación o situación jurídica, en la medida que la controversia sea actual y concreta; que la parte actora haya demostrado tener interés jurídico suficiente y por último, que la demandante carezca de otra vía alternativa útil para deducir la pretensión (L.L.1996-E, 124).

Así las cosas, entiendo que en autos se dan los presupuestos para que la acción declarativa haya sido el camino adecuado para peticionar, pues se trata de tres personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presentan ante la justicia para que la misma determine la verdadera filiación de un niño recién nacido, quien ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y habiendo utilizado la subrogación de un vientre.

Y es que ni en el actual Código Civil, conforme texto de la Ley 26.264 ni en el nuevo Código Civil y Comercial -t.o. Ley 26.994-, resulta que la figura jurídica de la maternidad por sustitución o maternidad subrogada está legislada, requiriendo entonces

los peticionante de una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la del recién nacido.

Las medidas autosatisfactivas intentan llenar el vacío de la ausencia de solución, en aquellos casos en que los justiciables necesitan de una tutela actual ante la característica del conflicto requiriendo de una solución urgente, a fin de no sufrir un perjuicio irreparable, ya sea previniendo un daño o reparando una situación violatoria de un derecho invocado, siendo ineficaz otro vía procesal.

En el caso de marras, la medida posee carácter definitivo, por lo que el procedimiento común no se justifica y de no poder evitarse tornaría, ineficaz el derecho del niño a su verdadera filiación y posterior identificación en el Registro Civil. En la legislación procesal de Mendoza se encuentra receptada esta vía en el art. 76 bis de la Ley 6354.

Finalmente, corresponde considerar que siendo el Derecho Procesal un instrumento para poner en acción el Derecho de Fondo, se trata de un derecho instrumental, adjetivo, de forma, en fin, un derecho cuyo contenido se dirige a hacer efectivo el contenido de otro derecho. En nuestro caso el resguardo de las formas procesales irían en desmedro de otros intereses, tan o más importantes como, por ejemplo, lograr una sentencia efectiva y oportuna, es decir que sea dictada en tiempo tal que logre cumplir con el fin que se propone.

Así, entonces, se concluye en que es necesario y justo salirse de lo estrictamente procesal, para asegurarnos de no estar cometiendo un daño mayor so pretexto de efectuar un análisis del caso a la luz del Derecho Procesal y nada más. Por otro lado, el nuevo Derecho de Familia, posiciona al juez como sujeto con potestades exorbitantes dentro del

proceso, manifestándose, sobre todo, en la asunción de concretas y ampliadas atribuciones, que van desde la esfera del comando, gobierno del trámite, pasando por los mayores poderes de instrucción de las causas y la correlativa discrecionalidad (libertad) en la apreciación probatoria. (Conf. DIAZ, C.A., "Instituciones de Derecho Procesal", 1968, vol. I, p. 234). De acuerdo con la doctrina especializada en Derecho de Familia el Juez con competencia en estos asuntos se distingue por su activismo y acompañamiento, y asume una misión de apoyo y colaboración con las partes, particularmente las más débiles, a través del consejo y auxilio técnico, sin que su cometido sea óbice al principio de neutralidad del juez, ni el de preclusión. (Conf. COLESSANTI, V. "II Processo di cognizione nella riforma del 1990", 1993, p. 20 y ss.).

De acuerdo con una interpretación literal del texto del art. 242, Código Civil actual, es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada. Frente a ello vemos que eso es lo que hubiere correspondido, en principio hacer por parte de las autoridades del nosocomio donde ha sido dado a luz, en este caso JC, de conformidad con el régimen que emana de la ley 24.540. Ello así, cierto es que en el caso correspondía a todo evento inscribir al niño debida y legalmente y en su caso, los peticionarios acudir a las herramientas que brinda el ordenamiento actual, a efectos de lograr el emplazamiento que ahora se pretende. Ahora bien, pese a lo expuesto, no habrá de rechazarse la petición por la existencia de esta cuestión formal, no menor por cierto, ya que entiendo que no reporta beneficio a ninguno de los interesados.

Por ello y a los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo pese a lo observado, debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional de

la pareja así como también, a no dudar, lo que surge de la correspondencia genética del nacido con la pareja que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica tal como indica la Sra. Fiscal y la Sra. Asesora en sus respectivos dictámenes favorables.

En último término corresponderá pues hacer notar que en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en nuevo Código Civil y Comercial, que de algún modo, sin dudas opera como una pauta a favor de la petición formulada. En este sentido, se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante TRHA, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera.

Por muchos años, bajo la invocación de proteger la familia legítima, el Derecho prohibió en numerosas ocasiones la investigación de la verdad biológica (por ej., la antigua prohibición de investigación de la maternidad de mujer casada, o el mantenimiento del vínculo filial en cabeza del marido si existe posesión de estado de hijo legítimo, o el establecimiento de un plazo de caducidad a la acción del marido, quien, vencidos los plazos fijados por la ley, no podrá operar el desplazamiento y tendrá por hijo y heredero a una persona que no es su hijo genético). Como se puede advertir, la verdad biológica sufre de cierta relatividad. Si a esto se le suma la aparición de las TRHA que resaltan la importancia del elemento volitivo por sobre el biológico o genético, que a su vez distingue, se debe concluir que esta verdad está en crisis, y esto en gran parte se debe a los cambios provocados por el uso de estas técnicas. Esta desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde a la

consolidación de la reproducción humana asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado. Tan así es que se habla de una “desbiologización de la paternidad”, focalizándose en la “parentalidad voluntaria” como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

Claramente, al permitir la reproducción sin la necesidad del acto sexual, las técnicas de reproducción humana asistida representan un paso más en la disociación de la sexualidad y la reproducción, introducida ya por los métodos anticonceptivos, mediante los cuales las relaciones sexuales son posibles sin fines reproductivos. Una de las consecuencias de la reproducción sin sexo es la distinción entre paternidad /maternidad voluntaria, paternidad/maternidad biológica, paternidad/maternidad genética; también permite ir incorporando conceptos neutros, como filiación voluntaria, filiación biológica y filiación genética.

Por todo lo expuesto y más, que de lo que se expone para no abundar es que el Juez resolvió: Determinar que la filiación materna y paterna del niño, de sexo masculino, nacido el día 9 de enero del 2015, a las 00.23 hs., en el Hospital Español, Departamento de Godoy Cruz, Mendoza, corresponde a los Sres. GAC, y FJJ, por lo considerado. A fin de proceder a la inscripción de su nacimiento, líbrese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con jurisdicción territorial en el domicilio del lugar del nacimiento, departamento de Godoy Cruz, Mendoza, (art. 27 inc. b-, Ley 26.413) para labrar la correspondiente acta de nacimiento con los datos del niño precedentemente individualizados, debiendo los progenitores proceder a la elección del prenombre del

inscripto en ese momento. Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiriera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.¹⁰

Con el fallo up supra queda más evidenciado la real necesidad de regular la gestación por sustitución, es inevitable preguntarse por qué nuestros legisladores siguen sin darle un tratamiento adecuado a estos tiempos. Creemos que no se puede seguir a esta altura de los avances de todos los niveles, científicos, médicos, tecnológicos, y de toda índole con un evidente atraso en la regulación de estas técnicas de reproducción, dejando a los participantes en un laberinto judicial y sin un marco jurídico regulatorio y protectorio de los mismos.

Siguiendo con el desarrollo de los distintos fallos encontramos R., R. A. y Otros - Autorizaciones” - JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE FAMILIA DE SEGUNDA NOMINACIÓN DE LA CIUDAD DE VILLA MARÍA (Córdoba) - 08/06/2018 (Sentencia no firme).

Aquí se solicitó: FILIACIÓN. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA). GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. Maternidad subrogada. Mujer sometida a histerectomía en la que se le extrajo el útero. Imposibilidad biológica de gestar. Partes que recurren a la vía judicial de manera preventiva. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN PARA QUE LA MEJOR AMIGA DEL MATRIMONIO PUEDA GESTAR A SU HIJO. PROCEDENCIA. Actuación de esta última de manera absolutamente altruista. VOLUNTAD PROCREACIONAL DE LA PAREJA

¹⁰ Rojas Pascual, J. P. (2015) *Sentencia Gestación por Sustitución*. Dr. Carlos Emilio Neirotti. www.maternidadsubrogada.com.ar

SOLICITANTE. Se determina preventivamente la filiación del bebé que nacerá a partir de esta técnica. Deber de todas las partes de firmar el consentimiento informado.¹¹

Y para ello el magistrado fundamentó el mismo con los siguientes conceptos que tratamos exponer: “La gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) considerada como una figura jurídica compleja, que, en alguna de sus modalidades, como en el caso de autos, pone en jaque la célebre frase del derecho romano ‘mater semper certa est’ que consagra la atribución de maternidad por el hecho del parto, desde que la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio romano ‘mater semper certa est’ hace crisis, y en estos tiempos deja de ser incuestionablemente un hecho cierto (cfr. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, “Gestación por sustitución” Realidad y Derecho, Eleonora Lamm Consejo Nac. Investigaciones Científicas /Técnicas. Barcelona, Julio 2012).”

“El derecho de acceder a las TRHA es un derecho fundamental, ya que contribuye a la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrán llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás. Derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación. Empero, la circunstancia particular que aquí se ha sometido a decisión es la técnica de gestación por sustitución, que importa comprender la existencia de una disociación entre la

¹¹ Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia Segunda Nominación de la ciudad de Villa María-Córdoba (08/06/2018) recuperado el (18/08/18) de www.elDial.com – AAA9ED

maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada claro está, por el acceso a las TRHA.”

“Fácil es advertir los problemas con los que se enfrentan quienes pretendan recurrir a estas técnicas, sumergidos en un mar de dudas, en orden no sólo a determinar la filiación, sino también en cómo o cuando instrumentar el consentimiento informado, ni ante qué tribunal recurrir, ni qué tipo de acción entablar. Y es justamente por este silencio del legislador que prefirió una política legislativa abstencionista, de transacción de los diferentes intereses en pugna que por aquella época se debatían, que se dejó en manos de la jurisprudencia tener que pronunciarse sobre la legalidad de la práctica y adoptar la decisión más razonable, en la mayoría de los casos, sobre hechos ya consumados.”

“Tengo por cierto el hecho de la imposibilidad biológica de gestar de M. S , pues de la historia clínica acompañada surge que fue sometida a una cirugía de histerectomía en el año 2014, por lo cual ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante una gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer, en este caso su amiga, resulta ser la única TRHA idónea para ejercer su derecho fundamental a formar una familia y ejercer una maternidad y paternidad responsable y en iguales condiciones que los demás.”

“No hay en la señora R. voluntad procreacional. Poner cortapisas en su decisión, sería entrometerse en su vida privada. De lo ponderado precedentemente, considero que debe hacerse lugar a la autorización para someterse a la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución.”

“Resta destacar que los presentantes además piden que se determine preventivamente la filiación del niño / niña que nazca de la técnica, disponiendo que así

se ordene en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas la anotación a nombre de los padres de intención, evitando de este modo que la futura filiación quede determinada por las reglas de la filiación por naturaleza.”¹²

Otra sentencia que aunque no se encuentra firme, se entiende de suma importancia debido a que, sigue poniendo sobre el tapete de discusión la práctica. Los jueces deben referirse, para la determinación de la filiación, basándose en la voluntad procreacional, y no en una Ley que así lo determine, debido a que la misma no existe. Es claro que las personas que se someten a estos procedimientos, lo hacen como única alternativa de procrear, no se debe a un capricho, la regulación sería la solución para todos ellos.

Continuando con el análisis de los fallos, entendemos que lo mismo sucede con el fallo del Juzgado de Familia N° 7 de la ciudad de Viedma de la Provincia de Río Negro. Cuando una pareja de hombres solicitó autorización judicial para implantar embriones, concebidos con material genético de uno de ellos y óvulos de una donante, en el vientre de una amiga. Asimismo, requirieron que se los registre como progenitores de/los bebe/s.

El Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, autorizó la transferencia embrionaria al vientre sustituto. Además, ordenó al hospital que haga constar la huella dactilar del/ los bebés, los datos de quien aportó el espermatozoides y su pareja e impuso a los progenitores que, a partir del momento en que su hija/o adquiriera la madurez suficiente para entender, le informen de su origen gestacional.

Para dicha decisión, el magistrado se basó en los siguientes argumentos: “El texto legal [Código Civil y Comercial] finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente

¹² Expte. N° 2908074 – “R., R. A. y Otros – Autorizaciones” – JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE FAMILIA DE SEGUNDA NOMINACIÓN DE LA CIUDAD DE VILLA MARÍA (Córdoba) – 08/06/2018 (Sentencia no firme) Recuperado de www.elDial.com-AAA9ED

o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a éste tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, pues ello dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso. En el caso traído en autos, el mismo se trata de un matrimonio conformado por dos hombres, los cuales no cuentan con la posibilidad biológica de poder gestar, quedando como única vía posible de ser padres tener que recurrir a esta técnicas”. “En cuanto a la denominación más adecuada de esta modalidad se considera que no se trata de una maternidad de sustitución sino de una gestación de sustitución, pues la gestante no será madre genéticamente: el o los niños que dé a luz llevarán los genes de los comitentes. Ahora bien, como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad, en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 de la Constitución Nacional)”. “Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana”. “En Argentina, como

Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho, a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás”. “De esta manera de las constancias de autos surge que el Sr. [...] y el Sr. [...] se encuentran en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues queda claro que la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución. Ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante la gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer –en este caso su amiga– se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, (art. 17 de la CADD), ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso `Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica´ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. “Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, gestante y madre, dejaron de ser términos sinónimos. Una madre es una gestante pero una gestante puede no ser una madre. El término madre implica una decisión adoptada en el marco de la constitución subjetiva de una mujer o de una persona auto percibido en su identidad de género como un hombre que mantiene los órganos de reproducción femeninos. Este supuesto es posible en la República Argentina en virtud de lo dispuesto por la ley 26.743 que garantiza el derecho a la identidad de género. La maternidad se basa

en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia. La decisión de ser madre se refleja en la asunción de la responsabilidad parental. Hay en la mujer madre voluntad procreacional y amor filial, y en algunos supuestos, vínculo genético”. “La decisión de ser gestante elude conscientemente los derechos y obligaciones emergentes de la responsabilidad parental. No hay en la mujer gestante voluntad procreacional, vínculo genético o amor filial. Intentar confundir o fundir dichos términos no es una equivocación conceptual, sino por el contrario, responde a una estrategia ideológica de obturación de la gestación por sustitución que se traduce en la imposición moral de que siempre debe haber una madre aunque una mujer solo desee ser una gestante. La filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana”. “Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo e producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea”. “En efecto, el derecho a la inscripción inmediata del nacimiento ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en el art.7

y reviste máxima relevancia porque la inscripción inmediata del nacimiento de una persona es determinante para el goce efectivo de los demás derechos que en nuestro sistema reviste jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional. En los párrafos 9, 10 y 11, se hace hincapié en la obligación de los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre los Derechos del Niño de establecer `procedimientos administrativos y legislativos adecuados y eficaces y de otras medidas apropiadas que permitan un acceso justo, efectivo y rápido a la justicia’”.¹³

Aquí el magistrado fundamentó su decisorio usando como argumentos el derecho a constituir una familia y el interés superior del niño, con el cual concordamos, con el reconocimiento del matrimonio igualitario, surgen nuevos modelos de familia, y para concretar esas familias, no se puede evitar hablar de gestación por sustitución, sin lugar a dudas, otro fallo de incidencia para los fundamentos de la necesidad de regular esta práctica, como venimos exponiendo, con los fallos analizados.

Proseguimos con otro fallo que fue dictado en Noviembre de 2017, donde por primera vez en el país una pareja heterosexual de la Provincia de Córdoba, consiguió autorización judicial para gestar a su hijo en un vientre sustituto e inscribir a ese niño como propio.

El aval judicial a la “maternidad subrogada” fue otorgado por el juez de Familia de 2ª Nominación, Gabriel Eugenio Tavip, a una mujer y a su marido, quienes podrán inscribir como propio el niño que será producto de un embrión de ambos y que crecerá

¹³ Ministerio Público de la Defensa. Secretaria General de Capacitación y Jurisprudencia. Referencia Jurídica e Investigación. Jurisprudencia. Autorización Judicial. Recuperado de www.jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/Forms

en el útero de otra mujer. La decisión del magistrado se produce tras un prolongado proceso de consultas e instancias judiciales y se basó en dos ejes: la autorización a la pareja para utilizar el vientre de una cuñada y la declaración de inconstitucionalidad de la norma que les prohíbe inscribir como propios a niños nacidos por “gestación por sustitución” (GPS). En rigor, el juez no se pronunció en contra del Código Civil y habilitó una vía alternativa para la inscripción del niño como hijo del matrimonio.

Este caso tiene por protagonistas a LSR y a su marido, HLML. Ella no tiene útero por una intervención quirúrgica de emergencia, pero sí ovarios. Él posee espermatozoides. Ambos pueden fecundar o conformar un embrión a través de la fertilización asistida. Ese embrión, a partir de la autorización del magistrado, será implantado en el vientre de una cuñada de ella, quien ya tiene tres hijos.

Las medidas ordenadas por el juez, involucraron a no pocas personas y contaron con diversas opiniones y dictámenes hasta que el magistrado tomó la decisión.

Primero, pidió la intervención del Cuerpo de Asistencia Técnica Multidisciplinaria (Catemu) para establecer si la voluntad de los protagonistas no estaba viciada y si comprendían cabalmente lo que estaban por emprender.

Por tratarse de un proceso con petición de declaración de inconstitucionalidad, el juez le corrió vista a la fiscal, quien solicitó que la intervención del Catemu incluyera también a la mujer que aportaría el vientre sustituto. El informe del Catemu avaló con amplitud la prosecución del proceso de maternidad subrogada.

Quedaba pendiente otra solicitud de la fiscal, quien pidió la formación de un comité de ética del Poder Judicial cuyo dictamen desaconsejó la puesta en práctica del embarazo. A la hora de pronunciarse, la fiscal avaló la GPS y pidió la declaración de

inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil, que establece que “los hijos son de la mujer que da a luz y de quien tiene la voluntad de ser padre”. La fiscal realizó una profusa argumentación para fundamentar su postura. Hay que recordar que esta forma de maternidad iba a ser incluida en la reciente reforma del código, pero a último momento se excluyó. También el juez y la fiscal entrevistaron a los tres protagonistas de esta historia para conocer sus opiniones y para evaluar si homologaban el acuerdo que habían presentado a la Justicia.

La “gestante” fue interrogada sobre los sentimientos que pudiera albergar respecto del ser que llevaría durante nueve meses. Palabras más, palabras menos, su respuesta dejó perplejos a varios: “Yo lo voy a alojar un tiempo, mientras ellos no lo puedan alojar”. Ese embrión de gametos de la pareja –los espermatozoides de HLML y el óvulo de LSR– crecerá en el cuerpo de una familiar política y cuando el bebé nazca, será inscripto a esa “pareja comitente”, que aportó el material genético.

Reunidos todos los elementos, el juez se inclinó por homologar el acuerdo, autorizó la GPS, debiendo los tres (primeros) protagonistas de esta historia prestar su consentimiento al centro de salud donde se haga la práctica. Además, ordenó que el niño o la niña se inscribieran como hijo de la pareja comitente y que no se estableciera ningún vínculo con la mujer gestante. Finalmente, el magistrado insta al matrimonio a que, “en caso de que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/niña su historia gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente”.

Sobre la inconstitucionalidad, el juez entiende que un conflicto de derechos puede resolverse por medio de una interpretación sistemática del Código. Sostiene que la norma que regula esta problemática no es de orden público. La decisión incluye una fuerte crítica

al comité de bioética que se opone a la GPS por las consecuencias que podría tener esta práctica en el niño por nacer, como “sentimientos de abandono” al ser separado después de la lactancia de la “madre portadora”.

El magistrado responde: “Esta afirmación resulta altamente desvalorizante de otras formas de filiación y de modos de ahijar, entre las que se encuentra la adopción. Bajo esa premisa podríamos decir que los niños adoptados en sus primeros días de vida van a ser personas en las que se generarán sentimientos de abandono, y por tal motivo no permitir este tipo de filiación”.

Luego, señala: “Estimo que ello es no entender –o no querer comprender– lo que la función vincular importa en los lazos paterno-materno-filiales”.

El caso de LSR y de HLML es el primero que logra fallo judicial favorable en la Justicia de la provincia de Córdoba. En el país, ya son numerosos los fallos que autorizaron gestaciones por sustitución, pero casi todos ellos eran casos en que los embarazos ya estaban en curso o ya habían nacido los bebés. La práctica de maternidad subrogada hasta ahora se hacía a través de acuerdos privados, pero luego surgen inconvenientes a la hora de inscribir a los recién nacidos.¹⁴

En este fallo el juez además de homologar el acuerdo para llevar adelante el embarazo subrogado, o sea que fue antes del embarazo, dio el aval jurídico a la pareja para que puedan reconocer al hijo que crecerá en el útero de otra mujer y es producto de un embrión de ambos, así mismo instó a los padres para que en caso de que se produjera el nacimiento, hagan conocer al niño/a acerca de su historia gestacional, cuando tenga

¹⁴ Panero, F. La maternidad subrogada recibió su primer aval de la Justicia en Córdoba. (2017) Recuperado el (18/03/19) de www.lavoz.com.ar

edad y grado de madurez suficiente. Fallo con el que al igual que los anteriores estamos de acuerdo en sus formas y en sus fundamentos, ya que al no haber otro camino para darle un marco legal a la gestación por sustitución, el camino jurisprudencial es el remedio temporario. Y creemos que es temporario porque debería darse una Ley que termine con todos estos problemas surgidos por llevar a cabo estos procedimientos, que a su vez no están prohibidos y son el único camino posible para procrear.

2.3 Proyectos de Ley Presentados. Tratamiento.

Continuando con la temática, haremos referencia a algunos de los proyectos de ley, que se presentaron con miramientos de regular la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

Encontramos así, en el sitio de noticias legislativas ElParlamentario.com la publicación de un informe con la noticia de que la Diputada Nacional y Vicepresidenta de la Comisión de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, presentó recientemente, en marzo de 2018 un proyecto de ley para incorporar la gestación por sustitución al Código Civil y Comercial. El cual apuntaba a proteger desde el Estado a las mujeres que gestan para terceros. Es un proyecto que plantea un rol fundamental del Estado a la hora de regular y proteger el derecho de mujeres gestantes y niños, además propone establecer un registro y exige autorización judicial previa, entre otros requisitos. El mismo es con perspectiva de género y basado en el principio de igualdad, “se focaliza en la importancia de lograr un consentimiento debidamente informado, es decir, que la gestante tenga una preparación física-psíquica y emocional de las implicancias de gestar un niño para otra u otras personas”. También establecía que la gestación no puede ser comercial o lucrativa

y para ello, disponía un sistema de compensación económica sobre la base de determinadas pautas a ser establecidas por la Autoridad de Aplicación¹⁵

La legisladora destacó que “la realidad social es elocuente y este proyecto viene a dar respuesta a una preocupación que crece en la sociedad, y presenta un vacío legal enorme”.

Además, se establecía que la gestación no podría ser comercial o lucrativa y para ello, se disponía un sistema de compensación económica sobre la base de determinadas pautas a ser establecidas por la Autoridad de Aplicación. La iniciativa reaviva un debate necesario que se ha instalado hace unos años en el derecho argentino, gracias a los avances legislativos acontecidos en pos de ampliar derechos humanos y en particular, pasar de la idea de familia en singular a familias en plural.¹⁶

Luego encontramos que en marzo de 2018 el Senador Cobos, presentó una iniciativa la cual podría haber sido debatida en el marco de la discusión sobre la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, lo cual no ocurrió. Este proyecto de "gestación por sustitución" consistía en la posibilidad de tener un hijo en un vientre prestado por otra persona (denominada "gestante"), lo que abría la posibilidad de ser padres y madres a personas solas, parejas del mismo sexo (fundamentalmente varones) y parejas con alguna patología preexistente. La iniciativa proponía legislar la gestación para que la persona nacida tenga únicamente vínculos de filiación con una persona o pareja, (denominada "comitente/s") y sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la "gestante". Los puntos principales que planteaba eran: que la Gestante y comitentes

¹⁵Proyecto de ley (2018) Recuperado el (15/09/18) de www.maternidadsubrogada.com.ar

¹⁶ Quiroga, A. (2018) Llega al Congreso el debate sobre vientres subrogados. Recuperado el (14/03/19) de www.elparlamentario.com/noticias

debían ser plenamente capaces. En caso de no ser argentinos, debían tener cinco años de residencia en el país. Que además no era necesaria la relación entre la gestante y los futuros padres. La mujer gestante debería estar inscripta en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución; debía haber dado a luz, al menos, a un hijo propio, y no haberse sometido al procedimiento de gestación más de dos veces y con una edad límite de hasta 40 años de edad. Un juez debería dar la autorización para la gestación por sustitución e intervendría en caso de conflicto. Podrían solicitar la sustitución de vientre una persona sola o una pareja, estén casadas o no, que esté imposibilitada de gestar y/o de llevar un embarazo a término por razones que pusieran en riesgo su salud o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual.

Los gametos no los debería aportar la mujer gestante sino los futuros padres legales, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. Las partes deberían firmar un Acuerdo de Gestación por Sustitución "con el fin de que la persona que nazca tenga vínculos jurídicos de filiación con el/los comitente/s". La persona gestante debería llevar adelante el embarazo con la diligencia apropiada, que requiere aplicar los mejores esfuerzos para lograr el resultado deseado, independientemente de su éxito", proponía, mientras que quien ejercerá la maternidad o paternidad debería contratar un seguro de vida en favor de la gestante que cubra las contingencias que podrían derivarse de la gestación por sustitución. Una vez nacido el bebé, el acta o el certificado de nacimiento no podría reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.

De todos modos se establecía también que "la persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho, una vez alcanzada la edad

y madurez suficiente, de acceder al expediente judicial y a la información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas.

La iniciativa establecía también el derecho de licencia médica para la gestante antes y después del parto y para uno de los 'padres' luego del nacimiento; penas de seis años de cárcel para terceros que actuaran como intermediarios (que lucraran con el tema) y un dato fundamental: obras sociales y prepagas deben afrontar los gastos que la sustitución de gestación demanden. Los gastos "estarán a cargo de las entidades o agentes encargados de la cobertura social o sanitaria del o los comitentes", es decir, de padres y madres legales¹⁷.

Por otra parte encontramos que unos años antes, más precisamente el 8 de septiembre de 2015, la Senadora argentina Laura Montero (Alianza Frente Cívico Federal - UCR, Mendoza) presentó un proyecto de ley sobre gestación por sustitución.

El texto incluía el alquiler de vientres entre las "formas de reproducción humana médicamente asistida", estableciendo que la persona gestante no debía aportar sus gametos para realizar la técnica, debía haber dado a luz al menos un hijo propio y no debía haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces. Estipulaba también que todo acuerdo de esta naturaleza debía ser judicialmente autorizado y homologado.¹⁸

En el Senado se esperaba el tratamiento a este proyecto que proponía la regulación de la gestación por sustitución, pero con la judicialización de cada caso, una exigencia que para algunos abogados, como el constitucionalista Andrés Gil Domínguez, podría

¹⁷ Argento A. (27/03/18) Proyecto de ley Recuperado el (18/19/18) de www.infobae.com

¹⁸ Franck M. (2018) Proyecto de Ley. Fuente www.obsertariointernacional.com Recuperado el (18/09/18) de www.catholic.net

significar un obstáculo para que parejas gays pudieran acceder a la paternidad, dada la discriminación encubierta que podrían llegar a encontrar en los tribunales de Familia. La otra parte se denomina “comitente”, que puede ser una persona sola, o una pareja, casada o no. Alguno de los comitentes tenía que aportar gametos y debía existir imposibilidad de concebir. La iniciativa fijaba que el acuerdo entre partes requería autorización judicial, que podría darse teniendo en cuenta un dictamen de un equipo multidisciplinario del Poder Judicial. La regulación preveía además una compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante para compensar gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico y los derivados para provocar el embarazo, el parto y el posparto. La fórmula para definir el cálculo del monto la debería establecer el Ministerio de Salud, de acuerdo con la propuesta de Montero, quien contó con el asesoramiento de la investigadora y jurista Marisa Herrera. En el proyecto se exponía la necesidad de crear un registro de gestantes y establecía que las personas nacidas por esta técnica tienen derecho a conocer el expediente judicial que homologa el acuerdo. Por otra parte, preveía modificar el Código Penal para castigar con pena de prisión al funcionario público o profesional de la salud que “facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial”. También se proponía penalizar la intermediación entre gestante y comitente.¹⁹

¹⁹ Carabajal, M.(2016) El Proyecto de Ley. Página12. Recuperado el (18/03/19) de www.pagina12.com.ar/sociedad/subnotas

Vemos así que los proyectos presentados por los legisladores, coinciden bastante, la mayoría apuntan a proteger a los participantes de ésta práctica, con una presencia del Estado activa. Los padres intencionales deben ser capaces, todos los procedimientos tienen que ser tratados judicialmente, previene que los procedimientos no se tornen comerciales, que la gestante debe ser madre de su/s propio/s hijo/s, y no someterse a las técnicas más de dos veces, lo cual lo vemos como un resguardo para las mismas. Deseamos que estos proyectos tengan recepción y un tratamiento adecuado para lograr, dar por terminado un largo recorrido judicial de las personas que desean tener hijos y aun no encuentran en estos días la Ley que regule y de protección a todos los intervinientes de estos procedimientos como madre/s, padre/s, gestante/s y obviamente a lo/s hijo/s nacidos.

2.4 Voces a favor de la gestación subrogada.

Se ha analizado esta figura y sus consecuencias jurídicas, se afronta seguidamente, las posturas a favor de la práctica investigada.

La gestación por sustitución, como se expuso ut supra, es una técnica de reproducción humana médicamente asistida imprescindible para que una parte de la población pueda ejercer su derecho humano a procrear, el derecho, lo reconoce y protege bajo el concepto de Derechos Reproductivos, que son derechos humanos.

Toda la doctrina especializada lo sostiene, e incluso lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo *Artavia Murillo*, en el cual expresó que: Los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear. Reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula

diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado. Concepción presupone, pues, existencia dentro del cuerpo de una mujer. En definitiva, elocuentemente, la Corte afirma que el término concepción al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la anidación. Esta afirmación es importante no solo en el campo de la reproducción humana asistida sino también en el de los derechos sexuales y reproductivos, ya que legitima los métodos anticonceptivos, en especial, los hormonales de emergencia, tales como la pastilla del día después.

La sentencia permite afirmar que tales métodos no atentan contra el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni son abortivos, debido a que no hay embarazo mientras no hay anidación, proceso que esos métodos impiden. Afirmó que un embrión no implantado, o sea, un embrión in vitro, no es persona y agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. Enfatizó la necesidad de proteger los derechos humanos, en especial, los derechos de las mujeres y por eso, el legislador debe permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto.

Al respecto, la Corte recurre a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero en los que se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por

proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. Por primera vez, la Corte Interamericana se enfrenta a un tema por demás sensible, como es la naturaleza jurídica del embrión y su clara incidencia en dos temas que hacen a los derechos sexuales y reproductivos: (a) el derecho a procrear y a no procrear; más precisamente, el derecho a la reproducción humana asistida in vitro y (b) la interrupción del embarazo. La Corte ha dado pasos gigantes, ya que no solo ha legitimado la reproducción humana asistida, sino que también ha avanzado hacia una ampliación en el acceso a anticonceptivos y al aborto²⁰. Claramente la Corte se pronuncia a favor de la práctica, haciendo hincapié en el derecho de procrear o no, en base a la libertad, igualdad y no discriminación y en ese sentido acompañamos.

Desde el colectivo 100% Diversidad y Derechos, en el marco del derecho constitucional-convencional a formar una familia, reivindican y apoyan el uso de esta técnica como una posibilidad de que las familias que no pueden concebir o llevar adelante un embarazo puedan tener hijos. Aspiran a que se regule, entendiéndola como una actividad altruista. Reconociendo la voluntad procreacional de quienes utilicen las técnicas y la filiación a su favor, independientemente de su orientación sexual, de quien aporte el material genético y de su estado civil, protegiendo los derechos de los niños y niñas que nazcan y de las mujeres gestantes que participan de la técnica. En el Encuentro Nacional de Familias LGBT con hijos e hijas (ediciones 2013 y 2015), de los que participaron cientos de familias, se debatió el tema en la Comisión de Diversidad Familiar y se decidió en asamblea, promover la regulación de la gestación por sustitución,

²⁰ Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera M. y Lamm, E. (2013) Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/12. Recuperado el (01/04/19) de <https://aldiaargentina.microjuris.com>

convencidos de que la no regulación es el peor escenario para la protección de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños nacidos por esta técnica. Muchas parejas de varones que participaron de los encuentros buscaban información e intercambiar experiencias sobre esta modalidad de formar una familia, así como también participaron parejas de varones con hijos e hijas ya nacidos mediante gestación por sustitución, que compartieron los complejos problemas que el vacío legal trae aparejado, desde dificultades en el acceso a la salud y la cobertura para los nacidos y la mujer gestante, como falta de certidumbre para todas las partes y la desprotección, en particular, para las mujeres gestantes y los hijos e hijas de quienes comprometen su deseo y voluntad procreacional.²¹

2.5 Voces en contra de la regulación de la gestación subrogada.

La antropóloga Mónica Tarducci hace hincapié en las desigualdades que para ella son eternas y dice...El campo de las llamadas técnicas de reproducción asistida reaviva viejas discusiones y nos enfrenta a nuevas problemáticas. Se debate la persistencia del mandato de la maternidad, los límites entre naturaleza y cultura, la medicalización adicional de los cuerpos de las mujeres, la comercialización del proceso reproductivo, así como su uso potencial para fines eugenésicos, entre otros. Las feministas siempre estuvieron alertas a estas cuestiones, así como a la carga de responsabilidad sobre los individuos en los problemas de la infertilidad (fundamentalmente las mujeres) en vez de revisar las cuestiones ecológicas y sociales. En general se habla mucho de la necesidad

²¹ Canevaro, M (2016) *Pedimos la Regulación*. Recuperado el (10/03/19) de www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/293399-76833

de quienes quieren formar una familia, sobre todo cuando están en discusión reformas legislativas, pero muy poco de las mujeres que sirven como gestantes, que sería la parte vergonzante de la felicidad ajena. Hay quienes sostienen que puede ser una manera en que esas mujeres ganen autonomía al poder disponer de un ingreso importante de dinero. Pero también algunas investigaciones nos alertan acerca de mujeres muy pobres reclutadas como gestantes de manera similar a formas de servidumbre doméstica que sufren como empleadas del hogar y niñeras. Es una transacción por dinero que los fluidos intercambios de la globalización facilitan y que refleja y perpetúa las profundas desigualdades de género, clase, raza y nacionalidad presentes en el mundo contemporáneo”.²²

Luego encontramos las palabras de Susana Sommer, Bióloga, la cual se plantea si el deseo de y los avances tecnológicos que hacen posible ese deseo son lícitos y lo hace exponiendo de esta manera...Hace más de 20 años, escribí mi primer libro, *De la cigüeña a la probeta*. A veces el lenguaje hace hincapié en autonomía, elección y libertad. Suponer que es una buena elección, porque permite acceder a techo, comida, educación y salud, oscurece la injusticia de que esta sea la forma de acceder a derechos básicos fundamentales. De hecho, es una estrategia de sobrevivencia. Parejas de Europa o Estados Unidos en buena situación económica viajan a clínicas de fertilidad a países como la India, donde los salarios son bajos, los médicos son buenos, hablan inglés y el gobierno estimula el turismo médico. Muchas mujeres encuentran así una forma de acceder a dinero y educación para sus hijos, con embarazos más cuidados y controlados que los

²² Tarducci, M (2016) *Perpetua desigualdades*. Recuperado el (18/03/19) de www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/

propios. Algunos autores sólo cuestionan la sustitución si ésta es retribuida económicamente, mientras que la aceptan cuando es gratuita. Sin embargo, en ambos casos está involucrada una mujer que se hace cargo durante nueve meses de la gestación y se entiende que esta mujer decide libremente sobre el uso de su cuerpo y muchas veces son argumentos análogos a los usados para legalizar la prostitución. Por otra parte, tanto en los casos altruistas como pagos, no se imaginan eventuales complicaciones, tanto en la salud del bebé, como de la madre portadora ni cómo se resolverán. Tampoco son parte del debate los sentimientos y consecuencias sobre la salud psíquica y mental de las mujeres involucradas”.²³

Claramente esta especialista se pronuncia en contra de éstas técnicas, con una mirada de la gestación por sustitución como comercial, a la vez que tiene en miras las consecuencias psicológicas de la gestante, en lo que no concordamos, ya que si estaría bien regulado, la gestante sería tratada pre y post gestación, no se la dejaría librada al azar, además de que creemos en nuestro país el procedimiento no debe tener un precio, si hacer frente a los gastos médicos.

Según la voz del especialista en bioética del Hospital de Clínicas, y profesor de la UBA, Juan Carlos Tealdi, el debate fundamental sobre la gestación subrogada tiene que ver con el conflicto entre dos visiones la altruista y la comercial. Destacando que alcanza no sólo a la mujer que “alquila” su útero, sino también al niño nacido de esa práctica. Altruismo es procurar el bien ajeno aunque tenga algún costo para el bien propio. Pero comercio es el intercambio de bienes que lleva a procurar el bien propio aún con algún

²³ Sommer, S. (2016) *Lo posible y lo lícito*. Recuperado el (18/03/19) de www.pagina12.com.ar/diaria/sociedad/subnotas

costo para el bien ajeno, aunque a ese costo se le quiera poner precio. La conducta altruista en gestación subrogada es respetuosa de la dignidad y por tanto aceptable, pero la subrogación comercial no lo es. En el mundo actual, un problema ético mayor es el de la mercantilización de la vida y en particular el mercado del cuerpo humano. La estrategia comunicacional de la mercantilización globalizada consiste en potenciar la asociación entre libertad y deseo, para que una y otro sean indisociables. Porque si la idea de libertad es indiscutible, también lo será el deseo. Aunque la libertad admite los límites de la responsabilidad ante los otros pero el deseo se lleva mal con esos límites. Y para quien quiere vender es importante tener delante a quien no tiene límites en el comprar. Por eso, la salud como comercio, hoy no es más que la promoción del deseo de todos los diagnósticos y todos los tratamientos posibles, incluyendo claro a la reproducción humana. Debemos preguntarnos qué tipo de sociedad queremos para poder responder a qué tipo de conductas personales estamos dispuestos a defender.”²⁴

Aquí en el profesor basa su desacuerdo en lo estrictamente comercial de la gestación por sustitución, solo ve un comercio ilegal, un “alquiler” de vientres, lo cual rechazamos, como se describió si estaría regulado el procedimiento, este sería uno de los puntos a tener en cuenta, para no caer en un laberinto sin salida, para las mujeres con mayor grado de vulnerabilidad y el control del Estado en este punto es fundamental.

Otra de las voces en contra de la maternidad subrogada, es la de Dora Barrancos, socióloga, historiadora y especialista en estudios de género, miembro del CONICET y docente de la UBA, respetada feminista y está en desacuerdo con la legalización de la

²⁴ Tealdi, J. (2016) *Las dos visiones*. Recuperado el (18/03/19) de www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas

práctica por la que una mujer podría gestar hijos de otros. La misma manifiesta “La mayoría de los países se ha opuesto, hasta ahora, a cualquiera de las fórmulas por las que se subroga la maternidad. Desde mi perspectiva, la necesaria legislación sobre métodos y técnicas que contribuyan a resolver la reproducción, no debe significar que se legalicen las fórmulas de sustitución de la maternidad, tal como estaba previsto originalmente en la propuesta de reforma del Código Civil”, no basa sus objeciones en cuestiones religiosas, argumenta que “alquilar el vientre, por razones mercantiles, no se puede comparar con transacciones sexuales”, distingue “es una verdadera contradicción defender la maternidad subrogada y a la vez la despenalización del aborto” continúa “Nuestro vientre nos pertenece, no es inescindible. Es la dignidad de nuestras decisiones sobre nuestro cuerpo la que fundamenta la exigencia de la despenalización del aborto. Y no podemos suspender la cuestión del cuerpo en la maternidad altruista, para poner todo el cuerpo cuando se exige el derecho a interrumpir el embarazo no deseado. Es una verdadera contradicción en sus propios términos defender la maternidad subrogada y alegar en cambio derechos sobre nuestro cuerpo para abortar”. Argumenta que no es real que la madre gestante sea solo portadora del bebé, porque hay interacción.²⁵

Nuestra postura luego de todo lo nombrado, es a favor de la regulación de la gestación por sustitución. El deseo de formar una familia y con ello ser padres no debe ser tomado como un deseo mezquino, la ley nacional recepta ese deseo en las TRHA y con ellas una fuente de filiación. No receptar la filiación por gestación por sustitución

²⁵ Lewin, M. (2016) *Gestación por sustitución: argumentos que se oponen*. Recuperado el (07/04/19) de <https://tn.com.ar/sociedad/741755>

llevaría a posicionarse en contra del principio de igualdad ante la ley en contraposición con las demás TRHA. Como así la no regulación de la misma como una TRHA más.

Conclusiones Parciales.

No existen dudas que la medicina y la ciencia, han avanzado notablemente en los últimos tiempos y por ello, van surgiendo cuestiones problemáticas que deben ser resueltas para preservar el bien común de la sociedad y de todos los individuos involucrados.

La gestación por sustitución no es extraña a esta realidad, ni a los avances, por lo tanto es inevitable darle un debate jurídico y parlamentario para superar los obstáculos que surgen a partir de la misma. Como se expone hubo avances muy importantes en relación con la jurisprudencia, lo que no alcanza, en la actualidad para dar un marco protectorio a las personas con voluntad de ser padres o madres, de igual forma que en materia de los proyectos de ley, vimos que varios legisladores se interesaron en el tema y buscaron regularlo, de los proyectos analizados, acompañamos el sentido que tienen los mismos y es lo que en el fondo se busca. Regular la Gestación por Sustitución, darle un marco legal, proteger a todos los intervinientes y tener especial miramiento para con los derechos de lo/as niño/as nacidos por la misma; pero que hasta la fecha muy a pesar de todos los individuos involucrados, del presente trabajo ninguno ha recibido tratamiento parlamentario adecuado, por lo que a pesar de tener iniciativa, no llegan a ser ley, siguiendo el país en un enorme vacío legal al respecto, acarreando innumerables problemas con los tratamientos.

En relación a los mismos igualmente se encuentran especialistas que se pronuncian a favor y otros en contra de su regulación. Como analizamos el mayor temor

de las voces en contra, es que la práctica se torne comercial y haya una comercialización de vientres, poniendo a las mujeres en situación de vulnerabilidad, lo cual como ya se dijo de haber una clara reglamentación, con órganos de aplicación y de contralor al respecto, esto se evitaría.

Se entiende con todo lo investigado, que es fundamental la función del Estado a los fines de garantizar el pleno ejercicio de los derechos reproductivos, para la población en general, además de tratar con especial protección a los sectores más vulnerables, como lo son los sectores que no cuentan con la capacidad económica y cobertura social para afrontar los costos de un tratamiento de reproducción asistida. Creemos que debería asumir un rol activo en dicha protección, también sería propicio que se proteja y regule la situación jurídica de lo/as niño/as nacidos mediante todas las técnicas de reproducción asistida existentes, incluso la gestación subrogada, evitando cualquier forma de discriminación con los menores nacidos de estos procesos, llegando a dictar una ley que de un marco regulatorio - protectorio a los involucrados en la misma. Que a esta altura y con lo ya analizado, los proyectos de ley, como así los diferentes fallos pronunciados por los magistrados nacionales, se denota la gran importancia de con su regulación, despejar todas las dudas e incertidumbres, con respecto a estas técnicas, lo cual sería lo más apropiado.

CAPITULO 3: Regulación Internacional.

3.1 Introducción.

Continuando con el trabajo llegamos al Capítulo 3, el cual se desarrolla con el análisis de la Leyes de dos países como México y Canadá, donde las Técnicas de subrogación están reguladas en sus códigos, tratando de establecer si de las mismas pueden tomarse sus parámetros en una posible regulación en nuestro país, investigando sus ventajas y desventajas, como se determina la filiación de los niño/as nacido/as de estos procesos y la diferencia de ambas leyes.

3.2 Legislación en México de la gestación por sustitución. Código Familiar de México.

Investigando las regulaciones extranjeras, encontramos que en México la falta de legislación sobre la Subrogación de vientre en la mayor parte del país hace que exista un vacío legal similar al de nuestro ordenamiento, pero cabe destacar que en cuatro de sus estados está regulado en su sistema legal, así se puede mencionar que a partir del año 1997, en el Código Civil de Tabasco se establecía una regulación mínima. De hecho, se limitaba (en su artículo 92) a definir la figura y establecer la posibilidad del registro de niños nacidos a partir de estos acuerdos, siempre y cuando las partes acudieran al registro civil con el certificado de nacimiento y un contrato notariado. Aquí claramente cuando se habla de contrato, se habla de un tratamiento comercial que se le da en el código a la gestación por sustitución (como se la denomina en ese país). La regulación no establecía protecciones para las mujeres gestantes, requisitos o restricciones con respecto a quién podía acceder a la práctica, ni la intervención de alguna autoridad para vigilar y regular

los contratos. A pesar de estar regulada solo era una regulación mínima, que obviamente dejaba desprotegidos a los participantes. Los cambios en el ámbito internacional tuvieron un efecto importante para que el Estado de Tabasco se convirtiera en un destino preferido nacional e internacional de gestación subrogada y los evidentes problemas con su normativa, hicieron que los mismos comenzaran a hacerse más visibles.

En respuesta a esta situación, el gobierno envió una iniciativa al congreso del estado para incluir el capítulo 6 bis, *De la gestación sustituta y subrogada*, al Código Civil. Sin embargo, la propuesta era problemática en varios niveles, igualmente a pesar de las críticas y recomendaciones de especialistas en el tema, la reforma se publicó sin cambios el 13 de enero de 2016. El nuevo capítulo contiene disposiciones ambiguas, que se prestan para dejar a las partes en una situación de inseguridad jurídica. Por ejemplo, la normativa establece que la mujer gestante no podrá “haber participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho tratamiento” (art. 380 Bis 3).

Este requisito puede tener la intención de proteger a la mujer gestante de abusos, riesgos a su vida y su salud. Sin embargo, no sólo se establece de manera arbitraria, sino que deja la puerta abierta a la interpretación, no deja claro si el límite de participaciones se refiere a intentos de implantación, embarazos o nacimientos producto de un acuerdo de gestación subrogada. Considerando que la falta de cumplimiento de estos requisitos es causa de nulidad del contrato, resultaría importante que se aclarara a qué se refiere²⁶.

Así su nueva regulación se encuentra en el Decreto 265 (13/01/2016), Capítulo VI bis *de la gestación asistida y subrogada*²⁷, donde en su articulado se conceptualiza la

²⁶ Sastré Orosco (2017) Código Civil de Tabasco. Recuperado el (18/09/18) www.revistas.juridicas.unam.mx

²⁷ Suplemento 7654-Decreto 265 (13/01/2016)

Reproducción Humana Asistida y se detalla la Gestación por Contrato y sus diferentes modalidades: Subrogada y Sustituta; regula la Condición de la Gestante la cual estará a cargo de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado quien determinará el perfil clínico, psicológico y social de la gestante, previo a su contratación, luego expone lo referente al Asentamiento del recién nacido.

Luego de una reforma de la ley en la actualidad en Sinaloa y Tabasco solo pueden acceder a la maternidad subrogada los ciudadanos mexicanos y no así los ciudadanos extranjeros, lo que hace que no sea un destino elegido para aquellos que desean acceder a estos procesos.

En el Código Familiar del Estado de Sinaloa, en el capítulo V se regula lo referente a la *Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada*, describe la reproducción humana asistida, las prácticas clínicas y biológicas, autorizadas por la Secretaría de Salud, refiere a como se lleva a cabo el procedimiento, el que se efectúa a través de la práctica médica y sus modalidades, la cual admite: Subrogación total, parcial, onerosa y altruista, establece los requisitos para ser gestante; estipula los requisitos para acceder a este procedimiento de las personas casadas y traza las formalidades que se deben cumplimentar para la inscripción de los nacidos por este medio.²⁸ En este Estado la ley aprobada en febrero del 2013 *Ley de la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada*, fue muy criticada, en un artículo presentado por El Debate, analistas mexicanos señalaron que “los huecos que la ley tiene, pueden distorsionar su aplicación y llegar a generar problemas, como convertirse en un negocio por la remuneración a la subrogación”.

²⁸ Código Familiar del Estado de Sinaloa Decreto 742

La ley que se aprobó en la administración de Mario López Valdez cuenta con veinte artículos, en los cuales especifica sobre la práctica, enfatizando solo en la posibilidad de participación de parejas hombre-mujer²⁹.

Lo que claramente actúa de forma discriminatoria para parejas homosexuales, o mujeres solteras o sin pareja. Es muy restrictiva en solo permitir a los ciudadanos mexicanos acceder a la misma, a la vez que deja a la mujer gestante en una situación sensible respecto a los gastos económicos pre y post gestación.

En ese país, se han presentado iniciativas y dictámenes legislativos referentes a lo ya legislado, para modificar algunos artículos o agregar cuestiones relacionadas a los mismos y son los que se describen seguidamente: Iniciativa de Decreto para adicionar Art. 319 bis³⁰ y es para reformar una fracción de la ley. Con esta reforma se perseguía como un objetivo: prohibir totalmente la gestación subrogada en México (26 abril 2016. Comisiones de Salud y de Estudios Legislativos). Lo que no ocurrió.

La Comisión de Familia y Desarrollo Humano, presentó la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el cual se adiciona el artículo 462 Ter a la Ley General de Salud. La gestación Subrogada estará permitida únicamente bajo estricta indicación médica, entre nacionales y sin fines de lucro. Gaceta del Senado LXIII/1SPO-132/62316. (Senado de la República)³¹

²⁹ Cárdenas L. (2018) Ley de reforma. *Revista El Debate* .Recuperado el (28/09/18) de www.debate.com.mx

³⁰ Iniciativa Decreto. (2016) – Recuperado (15/09/18) de www.derechoenacion.cide.edu

³¹ Dictamen (2016) Recuperado (16/09/18) de - <http://www.senado.gob.mx>

Aquí deja en claro que solo podrán acceder los ciudadanos mexicanos, que tengan alguna patología médica que les impida concebir de manera natural y con fines altruistas, prohibiendo la compensación económica de la gestante.

En el Estado de Tabasco se promulgó el Decreto N° 265 (14 diciembre 2015), donde se adiciona al Código Civil en el Capítulo VI Bis denominado “*De la Gestación Asistida y Subrogada*”; integrado por los artículos 380 Bis al 387 Bis : donde en el mismo se conceptualiza la reproducción Humana Asistida; se adiciona la Gestación por contrato; hace referencia a las Formas de ese contrato; se especifica las condiciones de la gestante; se estipula las causas de Nulidad del contrato de gestación; se describe los requisitos de ese contrato y se determina el asentamiento del recién nacido. Periódico Oficial (13 enero 2016)³².

En el Estado de Querétaro, este proceso de gestación por subrogación, se encuentra incluido en el Capítulo Sexto del Código Civil, llamado *De la adopción de embriones*, y va del artículo 399 al 405. Al procedimiento se le da el nombre de “adopción de embriones”, pues al término maternidad subrogada, lo equipara a maternidad asistida y contratar un vientre, todas excepciones que prohíbe en el artículo 400. La adopción de embriones es: “El procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino”. Se le permite esta técnica a parejas de personas mayores de edad y mujeres solteras, pero la mujer no puede ser mayor de 35 años y el hombre de 50 años. Establece que solo pueden

³² Periódico Oficial del Estado de Tabasco (2016) Recuperado (18/09/18) de <http://cgaj.tabasco.gob.mx/>

acceder a la adopción de embriones quienes comprueben médicamente que la pareja, o la mujer soltera, están imposibilitados para procrear de forma natural, y demostrar que son conscientes de los riesgos y posibilidades de éxito de las técnicas médicas aplicadas.³³

Se evidencia que quedan excluidos los hombres, por lo cual es un obstáculo para ellos, al igual que las mujeres quedan excluidas las que no puedan comprobar que médicamente están imposibilitadas de procrear.

3.3 Los problemas que acarrea su legislación.

Como describimos en algunos Estados de México, se permiten los contratos de gestación por subrogación como lo son el Estado de Tabasco y Sinaloa. En ambos casos la legislación atiende temas de orden civil. Sin embargo, la regulación de la gestación subrogada implica también cuestiones sanitarias, que son materia de salubridad general y por lo tanto, competencia de la Federación. Dado que los acuerdos de gestación subrogada utilizan técnicas de reproducción asistida (TRA) para el establecimiento del embarazo, la ausencia de una regulación sobre reproducción asistida en ese país, afecta las condiciones en las que se llevan a cabo estos contratos. En este sentido, es urgente que tanto el Congreso de la Unión, como la Secretaría de Salud atiendan sus obligaciones y emitan una normativa en relación al tema, compatible con los derechos humanos y con los avances de la ciencia. Mientras ésta no exista, las partes involucradas seguirán desprotegidas, vulnerables a diversas violaciones a sus derechos humanos. Para la elaboración de este trabajo, se realizó un análisis de las normas locales mexicanas y

³³ Código Civil del Estado de Querétaro

federales relacionadas con el tema. Todo ello con el propósito de brindar un panorama más claro sobre la situación en México.

A través de este análisis, se identificó una situación de regulación deficiente en materia de gestación subrogada, ausencia de regulación federal en materia de reproducción asistida y múltiples violaciones a derechos humanos, incluidos el derecho a la no discriminación, el derecho a la seguridad jurídica y el derecho a la identidad.

Con relación a las experiencias de las personas que han participado en este tipo de acuerdos en el estado de Tabasco, revela patrones de abuso donde el Estado no ha cumplido con sus obligaciones de garantizar los derechos humanos de las partes. Ante este panorama, el Estado debe encontrar la forma más segura de proteger a las personas que desean ser padres y madres, a las mujeres que deciden gestar para otras familias y a las niñas y niños que nacen por este tipo de acuerdos. Se considera que esta tarea es posible si se tiene como eje garantizar la protección a los derechos humanos de todas las personas involucradas.

Durante décadas, el debate en torno a la gestación subrogada se ha dividido entre quienes consideran que es una práctica inherentemente deplorable y coercitiva y, por lo tanto, debe ser rechazada en todas sus formas³⁴, y hay los piensan que, si bien existen protecciones importantes a considerar para asegurar el consentimiento de las partes y evitar abusos, el respeto a los derechos humanos (en particular la agencia de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo) obliga a reconocerla y aceptarla³⁵.

³⁴ Anderson, E. (2000) "Por qué es comercial maternidad subrogada, no mercantilizar las mujeres y los niños: respuesta a McLachlan y Swales" en análisis del cuidado de la salud". vol. 8, núm. 1, pp. 19–26

³⁵ Bailey, A (2011) "Tecno-políticas subrogación: hacia una reproducción justa de la Subrogación India" Hypatia, vol. 26, núm. 4, págs. 715-741.

La primera postura busca prohibirla y, en muchos casos, penalizarla. La segunda, opta por regularla; ésta es la perspectiva y realidad que acompañamos.

Las posturas feministas reflejan una gran preocupación, con respecto a la gestación subrogada y son las condiciones de desigualdad en las que las mujeres gestantes firman sus contratos y el efecto que esto puede tener en su capacidad de decidir participar en ellos. Es por los contextos económicos y sociales en los que suelen llevarse a cabo estos contratos y los cuales no deben desconocerse, pero es precisamente por ello que la regulación se hace relevante. La experiencia internacional, ha demostrado, que una adecuada regulación de la gestación subrogada, resulta de gran ayuda a proteger los derechos de todas las personas involucradas, en particular de las mujeres gestantes, que son más vulnerables a abusos en contextos desregulados. Prohibir la práctica no la hará desaparecer. En cambio, si fomentaría que se ofrezca en la clandestinidad, donde el Estado no puede ofrecer protecciones a las partes, vigilar las condiciones de consentimiento de los contratos, ni asegurar que la actuación de clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos. GIRE considera que prohibir la gestación subrogada y, en especial, imponer penas a quienes la practiquen, llevaría a empeorar las condiciones en las que se lleva a cabo. Esto favorecería la persecución que ya viven muchas mujeres gestantes y contribuiría a vulnerar aún más los derechos de las niñas y niños nacidos como resultado de estos acuerdos.³⁶

La remuneración económica es uno de los puntos más controversiales en la discusión sobre la gestación subrogada. Por un lado, están quienes critican que exista una

³⁶ Gestación subrogada. www.gestación-subrogada.gire.org.mx

compensación económica, basando sus argumentos en que la cantidad que perciben las mujeres gestantes es tan baja que se convierte en una forma de explotación. Por otro lado, están los que consideran que, si la remuneración económica para las mujeres gestantes es muy alta en relación con lo que podrían ganar en otra actividad, no habría manera racional de que pudieran negarse a participar. Es decir, el pago las induce a aceptar y pone su consentimiento en duda.

Los dos argumentos, a favor y en contra, se enmarcan en contextos de gran desigualdad, donde la gestación subrogada es legal. En contraste, existen quienes defienden el establecimiento de un pago por los servicios reproductivos que ofrece la mujer gestante. Afirman que respetar la capacidad de agencia de las mujeres implica necesariamente compensar el servicio que proveen. Si bien se deben establecer medidas para prevenir la explotación y asegurar el consentimiento informado de las mujeres gestantes, la gestación subrogada no tiene por qué realizarse necesariamente de forma altruista.

Así en todos los supuestos, los padres intencionales deben hacerse cargo al menos de los gastos relacionados con el embarazo. Aunque desde algunas posturas no se acepta considerar la gestación subrogada propiamente como un trabajo o servicio, tampoco se cree sería lo más justo, que la mujer gestante que se somete al tratamiento, deba enfrentar los costos relacionados con su aceptación de gestar para alguien más, lo cual incluiría gastos médicos, como así también otros gastos en relación a esa gestación.

Así, establecer como un requisito la gratuidad, tanto en la legislación como en los contratos de gestación subrogada, no es una vía idónea para proteger a las mujeres, pues creemos que solo resultaría que la práctica se haga en la clandestinidad. En México, de

prohibirse la remuneración, el Estado tendría la obligación de comprobar que es la mejor medida para proteger los derechos de las partes. De lo contrario, la medida podría ser inconstitucional.

Otro punto conflictivo resulta de quién puede acceder a un acuerdo de gestación subrogada. La identificación de patrones comunes (frecuentemente de abuso), en México como en el mundo, ha llevado a la búsqueda incansable de soluciones que protejan a todas las partes involucradas en el proceso. Pero esa búsqueda ha derivado en el establecimiento de requisitos o propuestas que, en vez de provocar la solución a los problemas surgidos, resultan arbitrarios y discriminatorios. Como ejemplo, podemos hacer mención al requisito de que los padres intencionales sean una pareja casada o en concubinato, conformada por un hombre y una mujer, es una restricción común en la normativa internacional. En México, el 27 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió la tesis jurisprudencial 08/2017, cuya aplicación se volvió obligatoria a partir del 30 de enero del mismo año. En ésta, la SCJN determinó que, "la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear"³⁷.

La resolución reconoce la protección constitucional para todo tipo de familias, incluyendo aquellas que se forman a través de TRA. Con base en este precedente y el

³⁷ SCJN, Primera Sala, "Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo. Tesis de jurisprudencia 8/2017 (10a.)" en Semanario Judicial de la Federación, 27 de enero de 2017. Disponible en <http://bit.ly/2jxqRVn> [Consulta: 20 de marzo de 2019].

artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), las autoridades están obligadas a reconocer los diferentes tipos de familia sin discriminación, sean parejas del mismo sexo, de diferente sexo o personas solteras.

Desde el Grupo de Información en Reproducción Elegida, se considera que cualquier tipo de restricción establecida para acceder a un acuerdo de gestación subrogada, debe estar claramente justificada por el Estado, para garantizar que es razonable, proporcional y la mejor vía para proteger los derechos humanos de todas las partes.

Se considera que el acceso a la gestación subrogada, no debe tener límites por cualquier razón, sea de sexo, estado civil, orientación sexual o nacionalidad, y que otros requisitos, como la edad o la residencia, deben ser claramente argumentados por parte del Estado como la mejor vía para proteger derechos. De otro modo, pueden ser declarados inconstitucionales por la SCJN. El caso de Tabasco sirve para ilustrar algunas de estas cuestiones.

La normativa vigente en el estado de Tabasco, establece restricciones en cuanto a quiénes pueden acceder a los acuerdos. En primer lugar, todas las partes del proceso deben ser mexicanas, lo que discrimina en particular, a las personas extranjeras que son residentes permanentes o temporales en el país, incluidas aquellas en concubinato o matrimonio con personas mexicanas. Como se argumentó antes, la exclusión de no nacionales, lejos de resolver patrones de abuso supuestamente identificados por el gobierno del estado con anterioridad a la reforma, ha contribuido a fomentar un clima de persecución y estigmatización de los extranjeros que participan en acuerdos de gestación subrogada, así como de las mujeres gestantes que han firmado acuerdos con ellos.

Aunado al requisito de nacionalidad, el artículo 380 Bis 1 del código vigente se refiere a la existencia de una madre y un padre contratantes, definición que excluye a personas solteras y parejas del mismo sexo de acceder a estos acuerdos y que, por lo tanto, es discriminatoria por razón de sexo y estado civil, lo cual resulta inconstitucional. En el caso de México, dicha limitación es violatoria del artículo 1º constitucional, de la jurisprudencia emitida por la SCJN el 27 de enero de 2017 relativa a la vida familiar entre personas del mismo sexo, así como de los tratados internacionales de los que México es parte.

Asimismo, la legislación introduce la exclusión automática de cierto grupo de personas por su edad (las mujeres contratantes de menos de 25 y más de 40 años, y las gestantes fuera del rango de 25 a 35 años), requisito que resulta discriminatorio al no fundamentarse en justificaciones adecuadas en cada caso. Si bien se podría argumentar que, en el caso de la mujer gestante, este requisito responde a una intención de proteger su vida y su salud, este objetivo se cubre al solicitar un dictamen médico de buena salud e idoneidad del embarazo (como supone el artículo 380 Bis 3), en lugar de excluirlas por su edad sin una evaluación previa que permita determinar si el criterio es justificable en cada caso.

Aquí vale la pena comentar someramente, la sentencia emitida por un juez federal en el caso de María Teresa, en la que se determinó que el requisito de edad resulta discriminatorio al establecer una diferencia no justificada por la autoridad (en ese caso, para acceder al programa de reproducción asistida del Centro Médico Nacional 20 de Noviembre). Además, es pertinente resaltar que en América Latina esta exclusión no es un criterio generalizado: de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción

Asistida, 69% de las mujeres que accedieron a alguna TRA en 2012 eran mayores de 35 años³⁸.

Así, la exclusión automática de todas las mujeres mayores de 35 años ignora sus condiciones biológicas y anatómicas particulares, que podrían ser idóneas para lograr un embarazo con ayuda de TRA.

Por otro lado, resulta preocupante que exista un requisito de edad en el caso de la madre contratante, considerando que no se establece un requisito equivalente para el padre contratante ni una justificación médica para el mismo, por lo que pareciera basarse en una presunción discriminatoria por parte del Estado de que la mujer se encargará primariamente de la crianza de los hijos y que ésta ya no puede realizarse de manera adecuada a partir de los 40 años. Con respecto a este tema, destacan las declaraciones del Coordinador de Asuntos Jurídicos del gobierno de Tabasco, Juan José Peralta Fócil, quien afirma que, a partir de cierta edad, la única razón que podría tener una pareja para reproducirse sería tener a sus hijos “como esclavos”³⁹

De nuevo, el gobierno de Tabasco contribuye a la estigmatización de los no nacionales, de las parejas del mismo sexo, de las personas solteras, y de las personas que después de cierta edad buscan participar en acuerdos de gestación subrogada en Tabasco. Si bien se puede justificar el establecimiento de ciertos requisitos de acceso en aras del interés superior del menor, éstos deben basarse en una evaluación individual caso por

³⁸ Zegers-Hochschild, F. (2014) "Tecnologías en reproducción asistida en América Latina: del América Latina registro", la reproducción asistida JBRA, vol. 18, núm. 4, p. 127-135. Disponible en <http://bit.ly/1G599IS>

³⁹ Extranjeros que contrataron a madres sustitutas en Tabasco violaron la ley, según autoridades: entrevista a Juan José Peralta Fócil” en Noticieros Televisa. Disponible en <http://noticieros.televisa.com/videos/extranjeros-que-contrataron-madres-sustitutas-tabasco-violaron-ley-autoridades>

caso. Ciertamente, los prejuicios de legisladores y funcionarios públicos no deben traducirse en el establecimiento de normas y políticas públicas.

El Grupo de Información de Reproducción Elegida, realizó una solicitud de acceso a la información a la Secretaría de Salud del estado de Tabasco para conocer el número de contratos de gestación subrogada que se han llevado a cabo en la entidad a partir de la emisión de la nueva legislación hasta el 1 de marzo de 2017. De la respuesta obtenida por parte de la autoridad destaca el hecho de que se proporciona la nacionalidad y edad de mujeres gestantes y madres contratantes, pero no de los padres contratantes: omisión que se justifica al decir que “no se tiene el dato de la edad del padre contratante, toda vez que en los contratos celebrados en la materia no se establecen”.⁴⁰

En esta regulación encontramos varios aspectos negativos, de los ya mencionados otros de ellos es que, en no todo el país está regulada la gestación por sustitución o también llamada Gestación por Contratos, encontrándose así un vacío legal muy similar a los países donde no está regulada, como es el caso de nuestro país, solo se puede llevar a cabo como se describió en los Estados de Tabasco y Sinaloa, pero a su vez como se analizó presentan una regulación a nuestro de baja protección de todos los participantes. Excluye a extranjeros, personas solteras, gays, lesbianas y de cierta edad, lo que lleva como resultado a que quienes eligen México como destino para llevar a cabo la Gestación Subrogada, se encuentren desprotegidos, a su vez muchas mujeres gestantes mexicanas, han sido vulneradas al dejar abandonados, esos padres intencionales, a esos bebés nacidos de las mismas.

⁴⁰ Gobierno del estado de Tabasco, Secretaría de Salud, Sistema Nacional de Acceso a la Información Pública: folio 00398017.

Otro aspecto negativo es que además de parejas hombre – mujer, en el estado de Querétaro pueden “adoptar embriones” mujeres solteras, pero en todo el país debe preexistir una patología comprobable que le impida gestar de forma natural a las personas que desean ser padres, por lo que vuelve a excluir a personas solas y las parejas gays.

Así las cosas, sería muy aceptable que en México se adopte una legislación, para regular las TRA en general, y la gestación subrogada en particular, pero no debe adoptarse cualquier legislación. La ley que se adopte deberá tener como eje central la garantía de los derechos de los tres integrantes, que forman parte del acuerdo de gestación subrogada. Dicha ley debería además garantizar la no discriminación a personas que no cumplen con el modelo de familia tradicional, como las parejas del mismo sexo o las personas solteras, así como de las parejas que no sean exclusivamente mexicanas. Para finalizar, creemos que no será fácil conseguir una protección para las partes, si primero no se cuenta con un marco normativo a nivel nacional que encuadre las TRA, y así evitar los problemas surgidos por esa ausencia normativa y proteger de la mejor manera posible los derechos de las personas involucradas.

Ciertamente la situación del Estado de Tabasco, nos muestra algunos de los problemas surgidos por establecer legislaciones incompletas y deficientes. Igualmente, aceptamos que a raíz de toda su experiencia en el tema, el gobierno de Tabasco podría reformar su legislación, para así poder llegar a ser un modelo a seguir para una correcta regulación con respecto a la gestación subrogada en México, armonizable con los derechos humanos y la justicia reproductiva.

3.4 Legislación en Canadá. Ley C-6 de Reproducción Asistida de Canadá.

Prosiguiendo, ahora haremos referencia a la legislación en Canadá, en la cual encontramos a la ley que entró en vigor en marzo de 2004, y al respecto la misma es muy explícita y está regulada por la ley C-6 (*Ley de Reproducción Asistida*)⁴¹.

En ella se enumeran las restricciones a la maternidad subrogada, los requisitos y sus modalidades. Establece que: a) Nadie puede pagar contraprestaciones a una mujer para que sea madre de alquiler, b) Ofrecerse a pagar dichas contraprestaciones o anunciar que se pagarán. Si el proceso de gestación se realiza mediante un contrato y la madre subrogada no es la madre biológica, esta no tiene capacidad legal para solicitar derechos de maternidad. Esta legislación hace que Canadá sea uno de los destinos más seguros del mundo para la realización de la práctica. En lo que respecta a las obligaciones de los padres, las leyes provinciales de maternidad subrogada no pueden aplicarse completamente y ha habido casos en los que los padres extranjeros han abandonado a su hijo durante el embarazo. En estos casos, la madre subrogada se queda sin pago y con un hijo que no es suyo, en estos casos los niños son dados en adopción. Los padres que han firmado un acuerdo con la madre subrogada serán declarados los padres legales en el certificado de nacimiento cuando el niño nazca. El certificado de nacimiento de un bebé nacido mediante maternidad subrogada puede emitirse incluyendo como padres a dos hombres, dos mujeres o a una sola persona. Las excepciones son las provincias de Quebec y New Brunswick, donde los padres tendrían que adoptar al niño. Por esta razón la gestación subrogada no es común en estas provincias. Los derechos de los padres se

⁴¹ Ley de reproducción humana asistida Canadá

formalizan después de que el niño/a haya nacido. El proceso puede variar según la provincia donde tiene lugar el nacimiento. En algunas, el proceso puede llevar solo unos días. En otras (por ejemplo, Ontario) es necesario iniciar un proceso judicial que puede tardar un mes o más.⁴²

En aquel país se aprobó en agosto de 2010, una ley federal que autoriza la aplicación de la reproducción asistida y la gestación subrogada a parejas heterosexuales, homosexuales y padres solteros. En efecto, el texto legislativo prohíbe a las clínicas de fertilidad discriminar a los pacientes en función de su estado civil u orientación sexual. Se trata de la base sobre la que descansa la posibilidad de formar una familia homoparental. Si bien es cierto que estas leyes son aplicables en el conjunto del territorio canadiense, las provincias del país disponen de cierta autonomía legislativa, que les permite establecer condiciones específicas en cuanto al reconocimiento legal y la aplicación de los contratos.⁴³

La Ley de Reproducción Humana Asistida (el “AHRA”) prohíbe varias actividades relacionadas con la gestación subrogada.

La subrogación en sí no está prohibida, pero el pago de contraprestación o la oferta de pago a una gestante es un acto prohibido. De conformidad con el Artículo 12 (que aún no ha sido proclamado), todos los gastos razonables como los gastos de bolsillo serán reembolsables a ella. En algún momento, el Gobierno Federal proclamará reglamentos a esta sección que puedan limitar o regular los tipos de gastos que pueden ser reembolsados

⁴² Maternidad Subrogada en Canadá Recuperado el (19/09/18) de www.sinciguena.com

⁴³ Subrogación de vientres en Canadá. Recuperado el (19/09/18) de www.babygest.com

de otro modo, pero hasta esa fecha, todos los gastos pueden ser considerados como tal, siempre que sean razonables y relacionados con la gestación subrogada.

En ausencia de estatuto legal que clarifique la filiación, siempre existe la posibilidad de que una gestante sustituta reclame los derechos de los padres que pueden incluir la custodia o el acceso al niño. Muchos padres ordenantes redactan acuerdos con el fin de dejar claro las intenciones de cada parte. La mayoría de las clínicas en Canadá requieren que los contratos de gestación subrogada sean firmados antes de la transferencia de embriones.

Gracias al esfuerzo y el trabajo de unos pocos individuos, la gestación subrogada para parejas homosexuales en Ontario se ha convertido en un lugar común.

Las parejas lesbianas a menudo recurren a la donación de esperma conocido para concebir a sus hijos. Todos los derechos de los padres deben ser negociados y documentados por adelantado. Las parejas de lesbianas deben consultar con un abogado con el fin de aprovechar al máximo las posibilidades de intención de ambas partes con respecto a la paternidad y la custodia del futuro niño.

Las “donaciones entre cónyuges” son menos comunes, pero a veces una de las integrantes de la pareja gestará a un niño que está genéticamente ligado a su pareja. Es necesaria una fertilización in vitro (FIV) para obtener este resultado. Muchas clínicas de fecundación in vitro tratan la situación como una donación de óvulos o como una gestación subrogada, pero ambos enfoques no son apropiados. En el caso de una ruptura de la relación y de una disputa de custodia, un consentimiento médico inapropiado puede ser usado más adelante en la corte como evidencia de la intención.

En Ontario, el proceso de post-parto para los clientes de gestación subrogada, lesbianas, gays o transexuales es exactamente el mismo que para la comunidad heterosexual. El registro de nacimientos se rige a nivel provincial, mediante una sentencia judicial a favor de los padres de intención. Esto permite les otorga el acceso directo a la nacionalidad de los padres, como así también a la canadiense y también obtiene así los derechos de todas las partes que intervienen.⁴⁴

El Diputado liberal canadiense Anthony Housefather, quien preside el Comité de Cámara de los Comunes, presentó un Proyecto de Ley que busca despenalizar los pagos vinculados a la maternidad subrogada, ya que los acuerdos comerciales están prohibidos y las penas son multas dinerarias y hasta prisión por 10 años.⁴⁵ Este proyecto de ley C-404 modificaría la ley sobre la procreación asistida de 2004.

3.5 Sus ventajas y desventajas.

Así encontramos que las principales ventajas de recurrir a Canadá para iniciar un proceso de gestación subrogada son las que exponemos seguidamente:

El costo de la maternidad subrogada es mucho más económico en comparación con otros destinos de similares condiciones como puede ser Estados Unidos.

El sistema sanitario es público, por lo que cubre los gastos del embarazo y del cuidado del bebé al nacer.

La filiación se determina por sentencia judicial antes del nacimiento, lo cual confiere mayor seguridad a los padres de intención.

⁴⁴ Global subrogacy. Canadá: plural, accesible y eficaz. www.gestacionsubrogadaglobal.com

⁴⁵ Pagar por una maternidad subrogada en Canadá es ilegal, pero un diputado quiere cambiar eso.(29/03/18) Recuperado (16/09/18) de www.nmnoticias.ca

El niño obtiene la nacionalidad canadiense además de la de sus padres, en caso de ser extranjeros.

Pueden acceder todos los modelos de familia.

Pero no se puede dejar de mencionar como desventaja, que el altruismo y la prohibición de publicidad, hacen difícil la búsqueda de gestantes, por lo que el comienzo del proceso se alarga. Ésta es la principal desventaja, ya que, generalmente, los padres de intención quieren iniciar el tratamiento cuanto antes.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el principal inconveniente de este destino es la poca disponibilidad de mujeres dispuestas a ser gestante, lo que hacen que las listas de espera sean más largas, que en otros países en los que la gestación subrogada no debe ser altruista.

Es por ese motivo que Canadá, aunque resulta seguro jurídicamente, no es de los destinos de subrogación más frecuentes, a pesar de tener garantías legales para todos los modelos de familia.

Está claro que la legislación canadiense tiene muchos aspectos positivos, igualmente es difícil encontrar mujeres gestantes por la estricta prohibición de la ley en referencia a la publicidad o promoción de las prácticas, y así se vuelve tediosa la espera. Sin dudas el aspecto más positivo que encontramos es que no existe ningún tipo de discriminación con respecto a las personas que desean tener un hijo/a, todos los modelos de familia pueden acceder al proceso. El otro aspecto importante es la filiación de los hijos nacidos, al reconocer la nacionalidad de los padres, es menos engorroso para los mismos.

Conclusiones Parciales.

Con todo lo investigado se evidencia, que aun en los países en que la maternidad subrogada o gestación por sustitución está regulada, no es del todo suficiente para que ambas legislaciones mexicanas y canadienses encuentren una legislación que de seguridad a las personas que deciden someterse a las técnicas de subrogación, en México se encuentra una regulación mínima que no da una protección jurídica a los participantes de dichos procesos, es más no en todos los Estados se encuentra en su normativa y en los que está regulada se evidencian muchas lagunas jurídicas, lo cual trae aparejado diferentes problemas, además que, a estas prácticas solo pueden acceder los ciudadanos nacionales y no así los extranjeros, por lo que evidentemente es un obstáculo a la hora de decidir llevar a cabo el proceso en dicho país.

Es distinto el caso de Canadá donde su legislación es más clara, aunque se encuentran algunos problemas debido a la autonomía de las provincias, donde queda sujeta a cada una la aplicación de mencionada regulación. El problema en este país es que no se permite la compensación económica a la mujer que lleva adelante el embarazo, solo el pago de gastos médicos, por lo que resulta muy dificultoso hallar mujeres que quieran gestar de manera altruista.

Aun así y buscando la protección de los participantes de esta práctica se podrían tomar como referencias, logrando un marco normativo protectorio para las personas con intenciones de cumplir con sus deseos de formar una familia con hijo/as, adecuándose a las nuevas formas de familia.

Conclusiones Finales.

Llegamos al final del presente trabajo, retomamos entonces la pregunta que nos planteamos al inicio ¿Es factible regular la maternidad subrogada o gestación por sustitución en Argentina?

Nuestra hipótesis investigativa estuvo dirigida a demostrar que efectivamente, es factible regular estas técnicas en nuestro país, debido a que subrogar o sustituir vientres no es ilegal, en el sentido de que no hay una ley que lo prohíba. El problema surge en la legalización del parto, ya que legalmente el niño que nace, se inscribe como hijo de quien lo da a luz, tal como lo recepta el actual Código Civil y Comercial; aunque el óvulo que generó ese bebé viene de otra madre o mujer y ahí es donde surgen los mayores conflictos. A raíz de esta realidad nuestros legisladores han intentado regularla, presentando diferentes proyectos de ley regulatorios, los cuales creemos resultarían viables en nuestro ordenamiento, porque además de regular estos procedimientos darían un marco de protección a todos los individuos involucrados en los mismos.

Pretendimos demostrar que la maternidad subrogada es una realidad, que forma parte de nuestra sociedad, y que va mucho más allá de cualquier concepto hasta ahora establecido o conocido, hace a la evolución misma de los seres humanos como sociedad. Por lo que deberíamos adaptarnos a los cambios constantes que se importan desde ámbitos sociales a nivel mundial. Por ello es válido el argumento, de que debemos buscar legislar para nuestra sociedad, no copiando otras legislaciones extranjeras, las cuales se basan en los usos, costumbres y tradiciones de sus propias comunidades. Así entendemos que, también es válido el argumento de que todos los habitantes de nuestro territorio tienen el derecho a gozar de nuestra legislación y que ella les permita la libertad de elección, allí

es donde ubicamos a la procreación, la cual está directamente ligada a la libertad y a la voluntad de los individuos, de desarrollarse como hombres y mujeres de familia.

Estos procedimientos, han sido y continúan siendo polémicos, sobre el que existe un amplio debate. Uno de los motivos de discusión, es la conexión que se hace entre el derecho a la libertad sexual y a la dignidad en la mujer gestante. Asociaciones y grupos los cuales se proclaman en contra, indican que la subrogación es un atentado a la libertad sexual y la dignidad de la mujer gestante, la cual se ve obligada a cumplir el acuerdo, aunque cambie de parecer en el transcurso del embarazo y que se ve mercantilizada, y de los derechos del propio menor gestado. Pero, las personas a favor consideran que la gestación subrogada, supone un acuerdo mutuo y aceptado entre gestante y padres intencionales, no vulnerando los derechos ni libertades de ninguno de los implicados y siendo un acto realizado de manera voluntaria y libre.

Un segundo punto contradictorio se deriva de la consideración por parte de algunos grupos en contra de que se está comercializando la maternidad. Estos proponen que se recurre a la gestación como mecanismo para obtener una recompensa monetaria, lo que en último término puede conducir a que sujetos con alta capacidad económica se aprovechen de la desesperación de mujeres con bajos recursos económicos. Enlazado a ello se discute sobre el hecho de que se promueve la creación de redes y mafias dedicadas a la subrogación forzada. En contraposición, las personas a favor indican que es posible regular este proceso legalmente, siendo la ausencia de legalidad lo que facilita la creación de redes y señalan por ello que se pueda legalizar un acuerdo no lucrativo (es decir emplear la gestación subrogada altruista).

Otras de las causas por la que se discute la regulación, es porque ya existen legalmente otros procedimientos para ser padres, como por ejemplo la adopción. Pero sin dudas hay que tener presente que ésta, en la actualidad, es difícil de conseguir, no solo para matrimonios o parejas heterosexuales, es más aun inaccesible, para personas solas o parejas del mismo sexo. Adoptar supone de complejos, costosos y muy prolongados trámites (en algunos casos pueden transcurrir hasta cinco años o más entre que se inician y se produce la adopción efectiva) y a veces no se disponen de suficientes recursos para afrontar esa burocracia y esos tiempos.

Razón de debate es también el cómo puede afectar al menor gestado a través de estas técnicas y el conocimiento de este hecho por parte de esos hijos. Las investigaciones llevadas a cabo manifiestan que no existen alteraciones destacables aún en el caso de subrogación. Distintos estudios llevados a cabo por diferentes especialistas, demuestran que la mayoría de los padres, que se someten a estos procedimientos, informan a sus hijos con relación a su gestación, antes de los siete años. Y que en los mismos no se denota algún tipo de dificultad. Generalmente surgen conflictos en los casos en que los padres deciden ocultar esa información y los propios hijos la descubren en periodos de la adolescencia, o se vive o transmite como algo vergonzoso o negativo, que puede generar respuestas negativas hacia los padres.

Para finalizar se tiene en cuenta la posible relación entre madre gestante y gestado y las consecuencias que puede tener sobre la madre. En relación a este aspecto en su gran mayoría las mujeres que aceptan ser gestantes, con la información clara, con asesoramiento adecuado y el apoyo necesario, no presentan problemas. Si se evidencia en mujeres vulnerables, las cuales pueden llegar a la depresión por sentirse usadas.

Llegando así, a la finalización de este trabajo de investigación, sobre un tema sumamente atrapante, el cual debería ser tratado como corresponde por los legisladores nacionales, atendiendo las necesidades de las personas afectadas por esta problemática, es evidente que la gestación subrogada, sin estar regulada, igualmente se lleva a cabo hace varios años en el país, no se puede seguir ignorando temas tan sensibles para la sociedad actual, todas las personas merecen cumplir con sus deseos de tener hijo/as el Estado tiene que atender esta realidad, es imposible tapar el sol con un dedo.

Los proyectos presentados, investigados y analizados, serían viables, ya que proponen regular la práctica, dándole un marco de legalidad y protección a los padres intencionales, a la gestante y al niño/a nacidos por gestación subrogada, imponiendo un rol fundamental y activo del Estado, es lamentable que en estos tiempos, no se le haya dado el tratamiento adecuado a los mismos, para así poner fin al vacío legal existente, que obliga a un peregrinar judicial a los padres que se someten a estas técnicas y son los Tribunales los que por medio de sus sentencias van sentando las bases de derecho y lo hace según cada caso en particular.

Queda claro que se deben considerar soluciones que puedan aplicarse en la práctica, ya que es inaceptable que un niño/a no se pueda inscribir en el registro civil, por haber nacido por medio de estos tratamientos.

Obviamente son inevitables y no se pueden detener, los avances científicos, tecnológicos y médicos, lo que sí se puede evitar es la incertidumbre de todas las personas con el anhelo de formar una familia y que pueden tener acceso a estas prácticas, sin dejar de lado a las personas más vulnerables, que tienen el mismo deseo y los mismos impedimentos. Evitando además que las parejas o personas que desean ser padres viajen

al exterior, lo que acarrea gastos de cifras exorbitantes en dinero y a la vez un camino judicial de inscripción de los hijo/s muy tedioso.

En relación al derecho comparado, aunque existen legislaciones, como las desarrolladas en México y Canadá, ambas presentan ventajas y desventajas. La regulación mexicana es claramente discriminatoria, al no permitir a extranjeros y mucho menos si no son matrimonios hombre – mujer. La legislación canadiense, aunque más abierta, a todos los modelos de familia, no permite la compensación económica, lo que la hace difícil de acceder.

Estamos convencidos que es factible regular en nuestro ordenamiento jurídico la gestación por subrogación y para ello se debería buscar y encontrar un sano equilibrio, involucrando a los diferentes estamentos del Estado nacional, lográndose así el marco regulatorio adecuado a estos tiempos y a estas realidades.

Así concluimos nuestro trabajo, dejando en claro nuestra postura al respecto y por sobre todas las cosas apoyando libertades y los derechos de las personas que recurren a estas técnicas, y que encuentren la ley que los contenga, proteja y hagan realidad el deseo de tener un hijo/a.

BIBLIOGRAFIA:

Legislación:

Código Civil y Comercial Argentino Ley N° 26994 (01/08/2015)

Ley 26682 Reproducción Medicamente Asistida (25/06/2013)

Código Civil de Tabasco (1997).

Código Familiar del Estado de Sinaloa. Decreto 742

Constitución Nacional

Hernández Ramírez, A – Figueroa, J (2011) Ley de Maternidad subrogada del Distrito Federal. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 132, pp.1335-1348 <https://www.juricas.unam.mx>

Ley Bill C-404 Para enmendar la Ley de Reproducción Humana Asistida (29/05/2018)

Ley C-6 de Reproducción Humana Asistida S.C (2004). Canadá.

Bossert, G.- Zannoni, E. (1998) *Manual Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

Rodrigo, A. (2017) “Gestación Subrogada en Canadá: Legislación y precio” *Revista Baby Gest*. Líder en Gestación Subrogada. <http://www.babygest.es/ca>.

Pasqualini, S. (2017) Un nuevo Decreto hecha luz sobre la Ley 26862. <https://www.telam.com.ar>

Jurisprudencia:

“N.N.O.D.G.M.B.M. s/Inscripción de nacimiento” Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Civil N° 86 a cargo de la Juez Dra. María del Carmen Bacigalupo (18/06/13)

“O.A.V., G. A. C. y F.J.J. Por Medida Autosatisfactiva” Primer Juzgado de Familia, 1º Circunscripción Judicial. Provincia de Mendoza, Argentina. Expediente N° 714/15/1F a cargo Juez Dr. Carlos Emilio Neirotti.

“R. L. S. y Otros- Solicita Homologación. Resolución Auto N° 930 a cargo del Juez Dr. Gabriel Tavip (22/11/17)

“R., R. A. y Otros-Autorizaciones. Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia 2º Nominación. Villa María. Córdoba. Expediente N° 2908074 (Sentencia no firme) (08/06/18)

“Reservado s/Autorización Judicial” Juzgado de Familia N° 7- Viedma- Río Negro (06/07/17)

“Reservado s/Autorización Judicial” Juzgado de Familia N° 7 Viedma-Río Negro (06/07/17)

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lamm, E. (06/02/13) Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/12.

Doctrina:

AGAR (Asociación de Gestación Asistida Reproductiva)
(2016) <https://www.agar-asociacion.org/canada>

Bolton, R. (2011) Maternidad Subrogada. *Enciclopedia de Bioetica.com*
Universidad

Brena Sesma, I. (2012) *Gestación Subrogada ¿Una nueva figura del Derecho de Familia?* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. (139-160) <https://bibliojuridica.org>

Brena, I. (2012) “*La fecundación asistida. Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*” Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, XII: 25-45 <https://www.juridicas.unam.mx>

Cristti, N- López, J (2014) La legislación sobre “maternidad subrogada” descuida los derechos del niño. *Argentina Investiga. Divulgación Científica y Noticias Universitarias.* <https://www.argentinainvestiga.edu.ar>

Gestación subrogada en Canadá. (2017) Artículos informativos.
<https://www.surrofair.com/es>

Rojas Pascual, J (2015) Proyecto de Ley sobre Maternidad Subrogada.
<https://www.maternidadsubrogada.com.ar>

Universidad Católica de Cuyo.
<https://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210>

Libros:

Chardon, E. (2017) *“Mamá por donación”* Buenos Aires, Argentina. Editorial Cien Lunas.

De Gregorio, J. (2013) *“La Fuerza de un Deseo”* Buenos Aires, Argentina. Editorial Genérico.

Massone, P (2016) *“Casa Alquilada”* Buenos Aires, Argentina. Editorial Dunken.

Revistas Virtuales:

Bautista, E (2018) “Maternidad subrogada en México y derechos humanos” *Revista Así es el Derecho*. <https://www.elsoldemexico.com.mx>

Fulda, I (2017) “Gestación Subrogada en México: resultados de una mala regulación” *Revista GIRE (GRUPO de INFORMACIÓN en REPRODUCCIÓN ELEGIDA)* <https://www.data4.mx>

La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina (2017) *Centro de Bioética Persona y Familia* <https://www.centrodebioteica.org>

Porras Ferreyra, J (2017) “Canadá y los vientres altruistas” *Entrevista El País Internacional* <https://www.elpais.com>

Santos, Y (2016) “Retrato de la Maternidad Subrogada en México” Reportaje *El País*. <https://www.elpais.com>

Scotti, L. (2016) “El Reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas” *Revista Pensar en Derecho* (267-289) <http://www.derecho.uba.ar>

Silva, E. (2017) Maternidad Subrogada. Una Luz al final del túnel. *Revista Jurídica de Daños*. Número 18. <http://www.ar.ijeditores.com>