

UNIVERSIDAD
SIGLO
La educación evoluciona



TRABAJO FINAL DE GRADUCIÓN

KARINA FABIOLA GONZALEZ

DNI: 22587260

LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA DETERMINACION DE LA FILIACION

Abogacía

Universidad Empresarial Siglo 21

2019

RESUMEN

El presente Trabajo Final de Graduación buscará analizar si el art. 562 del CCCN resulta inconstitucional a la luz de la maternidad subrogada y los derechos que amparan a las personas que no pueden concebir hijos. Dicho instituto no se encuentra regulado en Argentina en la actualidad, pero en la práctica se hace uso del mismo ya que los modelos de familia han cambiado, y en los casos, por ejemplo, de un matrimonio de dos hombres que quisieran tener un hijo con alguno de sus genes, no tiene más remedios que recurrir a esta técnica.

Por otro lado, este instituto es una forma de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, las cuales están reguladas en el CCCN como una forma de filiación. Sin embargo, la maternidad subrogada en sí no encuentra regulación, aunque por aplicación del art. 562 del CCCN en este caso sería madre la persona que dio a luz y no la que prestó su voluntad procreacional.

Palabras Claves: Maternidad Subrogada, Filiación, Voluntad Procreacional, Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

ABSTRACT

The present Final Graduation Work will seek to analyze whether art. 562 of the CCCN is unconstitutional in the light of surrogacy and the rights that protect people who can not conceive children. This institute is not regulated in Argentina at present, but in practice it is used because the family models have changed, and in cases, for example, of a marriage of two men who would like to have a child with some of his genes, he has no recourse but to resort to this technique.

On the other hand, this institute is a form of Assisted Human Reproduction Techniques, which are regulated in the CCCN as a form of affiliation. However, surrogacy itself does not find regulation, although by application of art. 562 of the CCCN in this case would be mother the person who gave birth and not the one who lent his procreational will.

Keywords: Surrogate Motherhood, Filiation, Procreational Will, Techniques of Assisted Human Reproduction.

INDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCION | 6 |
| CAPITULO I..... | 9 |
| NOCIONES GENERALES | 9 |
| Introducción | 10 |
| 1.2. La familia en el bloque constitucional argentino. | 12 |
| 1.3. La filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación. | 13 |
| 1.3.1. Técnicas de reproducción humana asistida | 14 |
| Conclusiones parciales | 18 |
| CAPITULO II | 20 |
| CUESTIONES ATINENTES A LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD LA SUBROGADA | 20 |
| Introducción | 21 |
| 2.1 Legislación en materia de maternidad subrogada en el país. | 21 |
| 2.2. Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de Maternidad Subrogada. | 22 |
| 2.3. El Código Civil y Comercial vigente, la Maternidad Subrogada y la voluntad procreacional | 24 |
| Conclusión Parcial | 28 |
| CAPITULO III..... | 30 |
| DOCTRINA | 30 |
| Introducción | 31 |
| 3.1. Posturas Doctrinarias sobre la maternidad subrogada..... | 31 |
| 3.1.1. Doctrina acerca de los límites o fundamentos constitucionales encontrados ante dicha práctica. | 31 |
| 3.1.2. Posturas sobre la inconstitucionalidad de la determinación de la filiación a favor de la mujer gestante | 35 |
| 3.1.3. Tesis que apoya la constitucionalidad de la determinación de la filiación a favor de la mujer gestante | 37 |
| Conclusión parcial..... | 39 |
| CAPITULO 4 | 40 |
| JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO | 40 |
| Introducción | 41 |

| | |
|--|----|
| 4.1.Derecho comparado..... | 41 |
| 4.1.1. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Uruguay. | 42 |
| 4.2. Jurisprudencia | 43 |
| 4.2.1. Jurisprudencia inicial: El caso Artavia Murillo y Otros (FIV) vs. Costa Rica. | 43 |
| 4.2.2. Caso “R.L.S. y Otros s/ solicita homologación” – Sede: Ciudad de Córdoba. | 46 |
| 4.2.3.Caso "H. M. y otro s/medidas precautorias (art. 232 CPCC)" | 47 |
| 4.2.4. "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. por medidas autosatisfactivas", Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza..... | 49 |
| 4.2.5. El fallo "A., M. T. y otro s/ solicita homologación" | 50 |
| Conclusión parcial..... | 52 |
| CONCLUSIONES FINALES | 54 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 59 |
| Doctrina..... | 59 |
| Legislación | 61 |
| Jurisprudencia | 61 |

INTRODUCCION

En la actualidad y debido a un gran desarrollo médico-científico, se logró el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida que permitió que muchos hombres y mujeres logren realizar su deseo de ser padres. En pos de proteger y reglamentar estas técnicas, en el año 2013, se sanciona la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida, y su decreto reglamentario PEN 956/2013, la cual se asienta en la voluntad procreacional. Posteriormente, en el año 2015 se sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, allí los legisladores tienen en cuenta estas técnicas y las incorpora como una tercera fuente de filiación que genera los mismos efectos que la filiación por naturaleza y la filiación en los casos de adopción en forma plena.

Por su parte, la maternidad subrogada se trata de una técnica de reproducción humana asistida (TRHA). Se la conoce también como “gestación por sustitución” o “gestación subrogada”, y resulta ser la práctica realizada por una mujer que gesta un hijo para otra persona o pareja. Es decir, hay una gestante que lleva adelante un embarazo para una persona o pareja llamada comitente/s con la que el niño por nacer tendrá vínculos filiales.

En el ante proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, la maternidad subrogada se regulaba en el art. 562. La incorporación de dicho artículo fue criticada, y posteriormente lo rechazaron, por lo que no se incluyó en la reforma definitiva del CCCN. De esta forma, la maternidad subrogada no quedó expresamente regulada, ni expresamente prohibida, por lo que nuestro sistema jurídico tomó una postura abstencionista.

De esta forma, se analizará particularmente el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, intentando responder al siguiente interrogante: ¿Resulta inconstitucional el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación a la luz de los derechos humanos y fundamentales de la mujer que expresó la voluntad procreacional y no dio a luz, como resulta en el supuesto de la maternidad subrogada?

El presente interrogante surge ya que, el mencionado artículo, si bien reconoce la filiación de los hijos engendrados por dichas técnicas y nacidos de la mujer que da a luz, deja de lado la voluntad procreacional de la mujer que ha expresado su consentimiento libre e informado pero que no es la madre gestante, constituyendo una barrera al ejercicio de

derechos humanos fundamentales reconocidos en tratados internacionales investidos con la máxima jerarquía jurídica.

Para llevar a cabo la investigación e intentar arribar a una respuesta de ese interrogante, se proponen diversos objetivos, entre ellos se menciona el objetivo específico que es analizar si el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el caso de la maternidad subrogada, resulta inconstitucional a la luz de los derechos humanos y fundamentales de la mujer que ha expresado la voluntad procreacional, en cuanto el mismo no le reconoce la maternidad sino la de la mujer que dio a luz.

Además, se plantearon objetivos específicos, a saber: examinar la normativa vigente en Argentina en materia de técnicas de reproducción humana asistida; analizar los derechos humanos y fundamentales que poseen las mujeres en Argentina y que tienen incidencia con la reproducción humana asistida; describir los antecedentes legislativos nacionales; analizar las posturas doctrinarias sobre la cuestión sujeta a análisis; desarrollar la jurisprudencia existente a los fines de determinar que posturas tomar los jueces con respecto a la temática; exponer derecho comparado y países en donde la figura es admitida.

Como hipótesis tentativa de trabajo se afirma que la norma del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta inconstitucional, puesto que considera solamente la maternidad de la mujer que prestó su vientre y dio a luz al bebé; impidiendo de ese modo ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas a la mujer que expresó su voluntad mediante el consentimiento informado pero que no es la gestante. Además, dicha norma avanza sobre los derechos subjetivos reconocidos tanto en la Constitución Nacional como en Tratados Internacionales con tal jerarquía.

Con respecto a la metodología en este trabajo final de graduación, el tipo de estudio que se utilizará es el descriptivo-correlacional, descriptivo en el sentido de que se intentará determinar si el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación ya que contraría derechos humanos y fundamentales de la mujer que expreso la voluntad procreacional y no dio a luz realizando una caracterización de las fallos dictados por los tribunales, analizando las diferentes posturas doctrinarias y la diversa normativa existente en la materia.

Por otro lado, en cuanto a la estrategia metodológica, se utilizará para la presente investigación un enfoque cualitativo ya que se realizará una interpretación de los datos

basado en el entendimiento. Se eligió esta alternativa para el tipo de problema de investigación planteado porque se realizará un análisis en profundidad de los argumentos jurisprudenciales, las tendencias doctrinarias y las diferentes normas sobre la temática, sin someterlos a ningún tipo de análisis numérico o estadístico.

Por último, a los fines de arribar a una conclusión, el Trabajo Final de Graduación se dividirá en cuatro capítulos, en donde en el capítulo número 1 se expondrán las nociones generales sobre la familia, tales como concepto de familia, evolución histórica, protección legal, por otro lado, se analizará la filiación y las fuentes reconocidas por el CCCN, de donde surgen como fuente las técnicas de reproducción asistida y dentro de ellas la maternidad subrogada y su concepto.

El capítulo número 2 estará destinado a desarrollar todo lo atinente a la maternidad subrogada, así los intentos de legislarla en el país y el Proyecto del Código Civil y Comercial que incluía el instituto, para luego analizar la voluntad procreacional derivada de las TRHA.

Por su parte, el capítulo número 3 contendrá posturas doctrinarias a favor y en contra de la aceptación de la maternidad subrogada y la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial.

Por último, en el capítulo número 4 se analizará la jurisprudencia a los fines de verificar que postura toman los magistrados y derecho comparado haciendo hincapié en realizar un paralelismo en cuanto a otros países del mundo y Argentina.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

Introducción

En el presente acápite se analizará primeramente la evolución del instituto "familia" para llegar a la actualidad donde el término se hizo más flexible y comenzaron a admitirse toda clases de familias, no sólo ya las unidas por el matrimonio de un hombre y una mujer, sino también tipos como las uniones convivenciales, los matrimonios igualitarios, etc.

Posteriormente, se describirán las formas de filiación que esas familias pueden tener, las cuales se encuentran receptadas en el CCCN. Dentro de la filiación se hayan comprendidas las realizadas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, como la maternidad subrogada, de la cual se analizará su significado.

1.1. La familia

A lo largo de los años, las sociedades se encuentran en constante evolución, y así mismo fueron evolucionando con ellas los diferentes modelos de familia y receptando nuevos tipos.

En un principio, se encuentra únicamente aceptable la familia “tradicional” o nuclear, la misma era constituida por un tipo jerárquico donde el hombre ocupaba el lugar de jefe sobre los otros miembros. En este contexto, adquiere importancia la familia conformada por la pareja matrimonial y los hijos.

Así, autores como Bossert y Zannoni (2016) ven a la familia como aquel instituto integrado por vínculos que derivan de una unión intersexual, de la procreación o el parentesco con sus descendientes. En esta perspectiva, se tiene en cuenta a la familia nuclear, cuando el hijo se encuentra, por edad y convivencia, bajo la autoridad de sus progenitores.

Con el mismo criterio, Frulla (2016) alude a la familia pequeña o nuclear, como la que está integrada por el padre, la madre y el hijo que vive bajo la patria potestad de estos. Es entendida como aquella que comprende al matrimonio, a la relación del padre, madre e hijo y el vínculo genético que éste último tiene con alguno de sus progenitores.

En una segunda etapa y tras superar la tradición de los matrimonios arreglados, empieza a ganar lugar la familia fundada en el afecto. Dicho proceso se inicia a fines del siglo XVIII y se consolida a mediados del siglo XX. La Revolución Industrial coadyuva en

este período, al diferenciar los roles de los miembros de la familia: los varones ocupan su lugar de producción en la fábrica y la mujer asume las funciones de alimentación y cuidado en el seno del hogar. Así, queda atrás la integración de las labores domésticas y de producción en el seno de la familia, tras dar paso a una separación entre vivienda y el lugar de trabajo. Como consecuencia de este movimiento, se instala la división sexual del trabajo, ocupando el hombre el lugar de sostén económico de la familia.

Promediando el siglo XIX se inicia un proceso donde la familia pasa a ser el lugar de desarrollo del individuo para después incluirse en la sociedad. El modelo patriarcal comienza a desvanecerse cuando a mediados del siglo XX las mujeres empiezan superar la subordinación marital a la que se encontraban sometidas.

De esta manera, la familia fue cambiando sus modalidades en la sociedad, como menciona Krasnow A. (2017):

Los cambios profundos que se fueron sucediendo en la realidad social impactaron en la familia y esto motivó repensar a la familia desde una visión plural.

Este pensar a la familia desde un enfoque plural, en correspondencia con el principio de pluralidad contenido en el nuevo CCyCN, exige estudiar a la familia desde esta dimensión, rescatando las notas que tipifican y distinguen cada tipo (pág. 214).

Así mismo Herrera (2014) entiende que "con el nuevo código civil y comercial de lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender" (pág. 21).

Entonces la institución de la familia ha ido evolucionando y en la actualidad se encuentran los siguientes tipos de familia: nuclear matrimonial; nuclear extramatrimonial; ensamblada; monoparental; formada por la pareja casada sin hijos; formada por la pareja conviviente sin hijos; adoptiva y; la constituida por medio del vínculo derivado de la tutela, curatela o guarda. También se considera familia a aquellas compuestas por personas del mismo sexo y sus hijos.

Al pasar el tiempo, las diferentes transformaciones sociales, junto con los cambios tecnológicos, la autonomía personal, y la libertad han ido dando lugar al incremento de estos tipos de familia, quedando un paso adelante la sociedad de la justicia y sus procesos.

1.2. La familia en el bloque constitucional argentino.

La familia se encuentra protegida como un derecho constitucional en Argentina a través de diferentes tratados internacionales receptados en el país.

En ésta línea, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo VI se entiende que “Toda persona tiene derecho a construir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella”¹

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 16 inc. 3 consta que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”²

El art. 17 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos manifiesta que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”³

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 10 inc. 1 “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.⁴

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 23 inc. 1 “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.⁵

En este sentido, se vislumbra que la familia se encuentra protegida y amparada por la constitucional en nuestro país, al incorporar los tratados internacionales que la regulan con jerarquía constitucional. Así, el hecho de constituir y formar una familia es un derecho reconocido a todas las personas y el Estado debe velar por la protección de la misma, más allá del modelo de familia que cada individuo elija constituir. Es debido a los avances tecnológicos que, en la actualidad, es posible llevar adelante una familia conformada de diferentes formas y así lo acepta el CCCN.

¹ Art. VI - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

² Art. 16 inc. 3 - Declaración Universal de Derechos Humanos.

³ Art. 17 inc. 1 - Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁴ Art. 10 inc. 1 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁵ Art. 23 inc. 1 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En virtud de ello Solari (2015) comprendió que:

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional han impulsado jurídicamente el reconocimiento y protección de las distintas formas familiares existentes. La visualización de los modelos familiares en las legislaciones va alcanzando cada vez mayor consenso en el ámbito jurídico. La diversidad de modelos familiares, que se manifiestan desde lo sociológico, permite destacar un nuevo escenario en las legislaciones modernas, tendientes a incluir múltiples fenómenos culturales, tanto locales, regionales como universales, que expresan la diversidad cultural. Si bien han existido desde siempre dichas realidades sociales, puede decirse que su reconocimiento es reciente en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares (pág. 2).

1.3. La filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 558 del CCCN determina que la filiación puede darse de tres maneras posibles y que esas diversas formas tienen una igualdad de efectos, así:

ARTICULO 558.-Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Es decir que la filiación puede darse por naturaleza, adopción o por técnicas de reproducción humana asistida y estas tres modalidades surten los mismos efectos. Siguiendo a Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2014), las mismas pueden explicarse de la siguiente forma:

a) Biológica por sangre o por naturaleza: originada por consanguinidad, es decir por el vínculo biológico de los padres con los hijos.

b) Por técnicas de reproducción humana asistida: esta modalidad de filiación se da cuando interviene la ciencia para la concepción de un ser. Un ejemplo de este tipo de filiación es la maternidad subrogada en cuestión.

c) Por adopción: es la establecida mediante una sentencia que declare la filiación donde no existe un vínculo biológico entre las partes.

1.3.1. Técnicas de reproducción humana asistida

Primeramente, es menester destacar que en Argentina existe una numerosa y moderna legislación que tácitamente puede citarse a favor de los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida (TRHA), en pie de igualdad para todos los habitantes, sin discriminación de ninguna clase. Se destacan las siguientes disposiciones:

a) Art. 14 bis de la Constitución Nacional: "(...) la protección integral de la familia (...)".

b) Art. 16 de la Constitución Nacional: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre" (...) "Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)".

c) Art. 19 de la Constitución Nacional:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.⁶

d) Art. 43 de la Constitución Nacional: "Toda persona puede interponer acción (...) de amparo (...) contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace (...) derechos y garantías (...)".⁷

e) Art. 75 de la Constitución Nacional: Corresponde al Congreso: (incorporar los tratados de derechos humanos del inc. 22) y:

legislar y promover medidas (...) que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.⁸

⁶ Art. 19 - C. N.

⁷ Art. 43 de la C. N.

⁸ Art. 75, inc. 23 - C.N.

Según Luna, (1995) se entiende que: "La procreación humana asistida puede ser definida como los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en el proceso de reproducción" (pág. 229).

En Argentina es la ley 26.862, del año 2013, denominada Ley de Reproducción Médicamente Asistida y reglamentada por decreto 956/2013, la que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida, definiéndolas de la siguiente manera:

ARTICULO 2° — Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.⁹

La maternidad subrogada, aunque quedó fuera del texto normativo de la ley 26.862, posee su fuente en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así Sánchez Uthurriague y Fernández (2015), comprenden que:

La gestación por sustitución como una TRHA (Técnica de Reproducción Asistida) que consiste ni más ni menos que en una forma de acceso a la parentalidad dentro de las diversas formas familiares. Existen distintas denominaciones para las cuales se conoce a la técnica aludida: gestación por sustitución, alquiler de vientre, maternidad subrogada o suplente, entre otras (pág. 10).

1.1.3.1. La maternidad subrogada como una TRHA.

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida. Se la conoce también como "gestación por sustitución" o "gestación subrogada". La misma, constituye la práctica por la que una mujer gesta un hijo para otra persona o pareja.

Es decir que, conforme el art. 558 del CCCN, el cual incluye a las TRHA como una fuente de filiación, se infiere entonces que está incluida la maternidad subrogada, ya que es una TRHA. Sin contar que, además, entendiendo al derecho de manera integral, se deben

⁹ Art. 2 - Ley 26.862

tener en consideración leyes como por ejemplo la Ley 26.618, que permite constituir una unión convivencial o matrimonio igualitario y donde es nula la posibilidad de concebir un hijo por naturaleza que no puede ser desconocida al momento de regular esta situación (Basset, 2016).

Según Hernández Ramírez y Figueroa (2011) la maternidad subrogada es:

el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de éste (pág. 6).

Es decir, existe una gestante que aborda un embarazo para una persona sola o para una pareja, la/s cual/es se denomina/n comitente/s, con la que el niño por nacer tendrá vínculos filiales.

Se implica a una tercera persona en el proceso gestacional, la cual es ajena a los progenitores, pero el niño nacido no tendrá vínculo ni biológico ni jurídico con la primera, y será el comitente quién habrá de emplazarse como padre. Esto es así porque los gametos, tanto espermatozoides y óvulos, son de la pareja o persona que no puede llevar adelante el embarazo. En el caso de parejas homosexuales o de persona soltera, uno de los gametos puede ser de un banco de donantes. El médico lleva a cabo la fecundación del óvulo y la consiguiente formación del embrión, el cual es transferido a la mujer gestante hasta el nacimiento del niño.

Es decir que la maternidad subrogada resulta ser un proceso por el cual una mujer presta su vientre para gestar el hijo de otra pareja hasta que nazca. Cuando ello sucede, el bebe es entregado a la pareja o comitente y la gestante, debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el nacido (Sanders, Burletti, 2018).

De la Torre, (2016), recordando que la maternidad subrogada constituye una forma de Técnica de Reproducción Humana Asistida, la define de la siguiente manera:

Cabe recordar al lector que la gestación por sustitución (GS) constituye una especial técnica de reproducción humana médicamente asistida (TRHA) por medio de la cual, una persona denominada gestante, lleva adelante un embarazo a partir de la transferencia de un embrión conformado con material genético de los futuros progenitores -comitentes- y/o de terceras personas, donantes de gametos. A su vez, esta figura puede involucrar la aportación de gametos propios por parte de la gestante o, por el contrario, prohibir que ello acontezca; y a la par, desde el punto de vista de los comitentes o de quién o quiénes

tienen la voluntad procreacional de ser padres/madres, puede ser con gametos propios de la pareja cuando es de diferente sexo, o con gametos donados por terceras personas (parejas de igual o diverso sexo o persona sin pareja), siendo que el niño/a que nazca de este procedimiento tiene vínculos jurídicos de filiación con el/los comitente/s y no así con la gestante (p. 56).

Es decir que, desde este concepto, se deja en claro que el recién nacido no tendrá vínculo ni biológico ni jurídico con la mujer gestante, y será la pareja o comitente quién habrá de emplazarse como padres porque los son de dicha pareja o persona que no puede llevar adelante su embarazo.

Por su parte, en igual sentido que el autor anteriormente citado, la Organización Mundial de la Salud (OMS) subsume dentro de las TRHA al instituto en análisis, en los siguientes términos:

las técnicas de reproducción humana asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. (<https://cutt.ly/VuYDu1>)

Existen dos tipos de maternidad subrogada según la relación genética de la mujer gestante con el hijo:

La subrogación tradicional o parcial: aquí la madre gestante dona sus propios óvulos y por lo tanto tiene una relación genética directa con el hijo.

La subrogación gestacional: en este caso se utiliza la fecundación in vitro con óvulos y espermatozoides de terceros, por lo que la gestante no tiene relación directa con el hijo. En la mayoría de los casos, el espermatozoides es aportado por el padre intencional o donante de un banco, por otro lado, los óvulos los aporta la madre intencional o una donante (González, 2017).

Así, madre biológica o gestacional es la mujer que durante nueve meses gesta al embrión en su vientre, para luego dar a luz al niño, sin importar que origen genético tiene el embrión. El óvulo puede ser aportado por esta mujer, por la mujer que forma parte de la pareja contratante, o bien por un donante ajeno. Este tipo de maternidad será plena en el caso de que se reúnan en la misma mujer el aspecto genético y gestacional, y parcial en el caso contrario. Vale decir que puede existir una disociación entre la maternidad genética y la gestacional (Gana Winter, 1998, pág. 853)

En la presente investigación se dará importancia principalmente a la subrogación gestacional, es decir sobre una mujer gestante que sólo es portadora del embarazo.

Conclusiones parciales

Como pudo observarse en el desarrollo del presente capítulo, en la actualidad, la realidad social fue modificando las distintas formas de constituir una familia y diversas maneras de procreación, las mismas tienen de igual forma resguardo constitucional sea cual fuere la manera en que se constituya una familia o una filiación.

Así, se aprobó la ley de Reproducción Humana Asistida, aunque de la misma se dejó afuera la regulación de la maternidad subrogada. Por otro lado, el CCCN en su modificación admitió como forma de filiación esta técnica anteriormente mencionada, surtiendo los mismos efectos jurídicos que una filiación por naturaleza. Por lo que, se considera que al constituir la maternidad subrogada una forma de Técnica de Reproducción Humana Asistida, se subsume bajo dicha regulación.

En la técnica de reproducción humana asistida de maternidad subrogada hay una disociación entre la maternidad genética (quien aporta los gametos) y la maternidad gestacional (quien lleva a cabo el embarazo), trayendo esto consecuencias jurídicas. El inconveniente principal que se presenta en el ordenamiento jurídico argentino es que dicho instituto jurídico no se encuentra regulado, ni tampoco cuenta con una prohibición expresa, lo que deriva en diversos conflictos en materia de determinación de la filiación.

Ante dicho escenario, se cree que se precisa de forma urgente una norma que regule la maternidad subrogada, ya que la misma constituye una forma de TRHA por lo que se entiende que no está prohibida y en la práctica se realiza, eso sumado a que otras leyes, como la de matrimonio igualitario, siguen avanzando en la admisión de diferentes formas de constituir una familia, lo que conlleva también al derecho de tener un hijo, y es en estos casos donde no queda más remedio que ser asistidos por una mujer ajena a la pareja para que sea gestante de su hijo.

En otras palabras, cuando se trata de derechos fundamentales se debe ver al derecho como un todo, en donde todas las normas coadyuven entre sí para lograr su función principal que es la de brindar protección a los ciudadanos. Con lo cual, y desde la consagración

constitucional del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por la ley, y sin discriminación hacia un sector de la población que debido a problemas de salud o infertilidad o a su orientación sexual, queda al margen de la posibilidad de procrear. Su autonomía personal que conduce a esa libre elección del plan de vida, parte de su esfera de intimidad, lo hace sentirse digno de sí mismo, y debe prevalecer por sobre los discursos teñidos de una supuesta moralidad únicamente dispuesta a prohibir o silenciar la realidad de los hechos.

CAPITULO II

CUESTIONES ATINENTES A LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD LA SUBROGADA

Introducción

En el presente capítulo se analizará el instituto de la maternidad subrogada en profundidad, comenzando por sus antecedentes legislativos en el país, los que son constituidos por proyectos presentados por diferentes diputados a los fines de regular la materia, por otro lado el intento de incorporación al Código Civil y Comercial, analizando el art. 562 propuesto, el que regulaba especialmente la maternidad subrogada y que fue sustituido por el nuevo art. 562 que regula la voluntad procreacional en materia de TRHA.

2.1 Legislación en materia de maternidad subrogada en el país.

En argentina existieron numerosos proyectos de ley en miras a la regulación normativa del instituto de la maternidad subrogada. El último intento lo constituye el proyecto impulsado a los fines de darle un marco legal a la figura en el nuevo Código Civil y Comercial, empero el Congreso no lo aprobó y en consecuencia no se incorporó a dicho cuerpo normativo.

Primeramente, en el año 2011 el Diputado Prieto propone el Proyecto N° 4098-D-2011. Dicho proyecto, señala el objeto del procedimiento para las personas que por causas naturales están imposibilitadas de procrear. Así, plantea una maternidad basada en un compromiso entre una mujer, llamada gestante, a través del cual ésta acepta someterse a TRHA para llevar a cabo una gestación a favor de una persona o pareja comitente llamados subrogantes, a quienes se compromete luego entregar el menor. Así mismo aclara que no se produce vínculo de filiación alguno entre el niño y la mujer gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él o los subrogantes (Sanders Bruletti, 2018).

Otro antecedente se produjo en el año 2013 y en un Proyecto presentado por el Diputado Milman, en el cual propuso abordar el problema de una pareja de heterosexual unidos en matrimonio o en concubinato que, por los riesgos que constituye para su salud o la imposibilidad de producir óvulos aptos para la procreación, no puede llevar adelante la gestación del niño y el parto (Lembo, 2017).

En ese mismo año el Diputado Paredes Urquiza, presentó otro proyecto en el cual se define la maternidad subrogada como aquel acto jurídico que tiene como fin la implantación

del óvulo de la madre subrogante, fecundado por el semen del esposo de ésta, a través de la técnica de la fecundación in vitro, en la madre subrogada o gestante, a cambio de recibir de los primeros los gastos médicos necesarios y una cierta cantidad de dinero preestablecida, de modo que, al terminar el embarazo, la mujer gestante haga entrega del niño al matrimonio (Sanders Bruletti, 2018).

Se puede observar que los proyectos antes mencionados fueron presentados por diversos Diputados, pero todos perseguían la finalidad de dotar de legalidad al acto de la maternidad subrogada logrando así concluir un contrato en donde se establecieran todas las cláusulas referidas al proceso hasta que el bebé nazca. Todo ello a los fines de la protección del deseo con la voluntariedad de ser padres, tratando con dicha práctica de otorgar acceso a la maternidad a los diferentes tipos de familia, sea a una mujer con dificultades para procrear, como a una pareja de dos hombres o dos mujeres, así también como a personas solas.

Finalmente, como se expuso en el apartado anterior, en el año 2013 se promulga la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013, la que, si bien no incluyen la maternidad subrogada, configura un gran avance en la materia.

2.2. Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de Maternidad Subrogada.

Como ya se aclaró *ut supra*, la maternidad subrogada estaba prevista en el Proyecto del CCCN, constituyéndose como una de las nuevas fuentes de filiación. La misma, fue tema de debate por parte de la doctrina y la religión.

Como sostiene Basset (2016), uno de los debates principales giraba en torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que se abría un nuevo campo en cuestión de filiación.

La determinación de la filiación de los hijos nacidos por el empleo de las TRHA es una de las cuestiones más relevantes que plantea su utilización y en la que las normas vigentes se muestran insuficientes. Esto es dado a que dichas técnicas introdujeron cambios sustanciales que repercuten directamente sobre el sentido de la normativa sobre filiación, ya que la relación jurídica dada por estas técnicas no es la filiación que hasta el momento se

conocía en el marco jurídico, ni la maternidad o paternidad hasta ahora reflejada en las diferentes normativas.

El art. 562 del Proyecto de Código Civil y Comercial disponía que:

Art. 562.- 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.¹⁰

Esbozando el artículo, es dable destacar primeramente que el Proyecto del Código era muy claro al establecer la filiación del menor con los comitentes y no con la mujer gestante o que ha dado a luz.¹¹ Por otro lado, cobra real importancia el hecho de que en el Proyecto se regula sólo la maternidad subrogada plena o gestacional, es decir cuando la gestante no ha aportado sus gametos,¹² dejando fuera de la regulación el caso contrario.

¹⁰ Art. 562 - Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación

¹¹ Art. 562 - Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación: (...) 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(...)

¹² Art. 562 - Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación: (...e) la gestante no ha aportado sus gametos(...)

2.3. El Código Civil y Comercial vigente, la Maternidad Subrogada y la voluntad procreacional

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 entre sus diversos artículos, creó normativa que tiene incidencia directa sobre las técnicas de reproducción humana asistida y más precisamente sobre la maternidad subrogada, aunque no haya legislado ésta última. El Código a la hora de regular la filiación y la voluntad procreacional abre un campo al debate ya que toca aristas que podrían ser aplicables a la figura de la gestación por sustitución.

Es importante destacar que el CCCN dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción (art. 19)¹³ y, que la filiación, como ya pudo analizarse, puede tener lugar por naturaleza, por Técnicas de Reproducción Humana Asistida y por adopción (art. 558)¹⁴.

También, el CCCN dedica el Capítulo 2 del Título 5 desde el art. 560 y subsiguientes, a las normas relativas a la filiación por TRHA, disponiendo cómo se determina la filiación en esos supuestos, conforme al art. 569¹⁵ y regulando en el artículo 562 la voluntad procreacional. Es en éste último artículo donde comienza la controversia con respecto a la maternidad subrogada ya que el actual no condice en nada con el art. 562 del Proyecto del Código Civil y Comercial. Actualmente, dicho artículo dispone:

Art. 562:

Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su

¹³ Artículo 19 - Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación Honorable Congreso de la Nación.

Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

¹⁴ Artículo 558 - Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación Honorable Congreso de la Nación.

Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

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

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

¹⁵ Artículo 569 - Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación Honorable Congreso de la Nación.

Formas de determinación. La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:

a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas;

b) por sentencia firme en juicio de filiación;

c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.¹⁶

Como se observa el artículo ya no hace mención ni regula la maternidad subrogada, expresando así la voluntad de excluir este tipo de prácticas del ordenamiento normativo argentino. Por lo que, en el país, ni la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida (ley N° 26.862), ni el CCCN tratan la Gestación por Sustitución como un tipo TRHA.

Si bien el CCCN legisla las Técnicas de Reproducción Humana Asistida lo hace dentro del seno de la pareja, en otras palabras, legisla dichas técnicas practicadas en la mujer que conforma una pareja y condice con la persona que gesta al niño por nacer y no involucra a un tercero como lo hace la maternidad subrogada.

Bajo este escenario y de la lectura del art. 562 del CCCN cobra particular importancia el término "voluntad procreacional". Es Así que Herrera (2015), en los comentarios al CCCN, más precisamente al artículo en cuestión, sostiene que la voluntad procreacional es el eje de la determinación de la filiación en los de TRHA. Tal es así que, no existiendo dicha voluntad, la cual debe estar expresamente exteriorizada a través de un consentimiento formal, informado y libre, no podría establecerse el vínculo filial por TRHA.

Lo más importante en las TRHA es el lugar secundario que toma el dato genético, primando siempre la voluntad procreacional, es decir haber expresado la intención de ser padre/madre ante la determinación del vínculo filial.

Dicha normativa es fundamental ya que permite determinar el vínculo de filiación con toda persona que preste el debido consentimiento con las condiciones requeridas por el CCCN.

Así sostiene Lamm (2012) que:

Ahora bien, como las TRA permiten que el aporte sea puramente genético, cuando se trata de filiación derivada de las TRA el aporte en general deja de ser biológico (como sucedía en la procreación natural), para comenzar a ser puramente genético. Entonces, mientras que en la filiación por naturaleza el conflicto es entre lo biológico y lo volitivo, en la filiación derivada de las TRA el conflicto es entre lo genético y lo volitivo. Ahora bien, lo biológico importa un plus respecto de lo genético; y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en

¹⁶ Artículo 562 - Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación Honorable Congreso de la Nación.

la filiación derivada de las TRA, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética.

Se está ante nuevas realidades que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional”.

Lo expuesto demuestra que si durante años la lucha se dirigió al triunfo de la verdad biológica (recuérdese la derogación de la prohibición de investigar la paternidad que existía en el derecho español), hoy se ha dado una vuelta de página. Las TRA 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.

Si bien las TRA son utilizadas, en general, por aquellos que no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, no es el elemento genético el que determina la filiación, sino el volitivo (...) se trata de una filiación que se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado (pág. 5)

Ante esta realidad, con la sanción de este nuevo art. 562, como expresa Herrera (2015), se solucionan algunos problemas generados en la normativa argentina, como por ejemplo los derivados de la sanción de la ley 26.618, en materia de determinación de la filiación de la pareja casada y no casada de la persona que dio a luz. Cuando la pareja era del mismo sexo (ambas mujeres), la cuestión de la determinación filial era muy compleja ya que, en principio, algunos registros civiles eran reacios a aplicar la presunción de filiación derivada del matrimonio integrado por dos mujeres. Este conflicto es resuelto por el CCyC, por aplicación de la normativa en análisis.

No obstante, dicho artículo, cuando de maternidad subrogada se trata, entra en colisión con dicho instituto, ya que el mismo dispone que es madre quien da a luz y, como ya se analizó, en la maternidad subrogada la madre que aporta sus gametos no es la misma mujer que gesta al niño por nacer, por lo que tampoco será la que lo da a luz, pero sí es la persona que presta su voluntad procreacional, inclusive sus óvulos (en la mayoría de los casos o particularmente en el caso de la maternidad subrogada plena que es la que se encuentra bajo estudio en la presente investigación). Sin embargo, aunque se hablara de una maternidad subrogada parcial, donde la mujer que da a luz aporta sus gametos a más de su vientre, no tendría tampoco vínculo filial con el recién nacido ya que aquí entran en juego los siguientes artículos del mismo CCCN:

Art. 575

Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida: En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del

consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.¹⁷

Por su parte, el artículo 577, preponderando siempre la voluntad procreacional, dispone:

Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.¹⁸

En este contexto, afirman Rivera y Medina (2016) al respecto que:

Si bien en varios supuestos es importante la existencia de un donante para que varios niños hayan podido nacer, lo cierto es que esta donación no genera vínculo filial. El rol del donante se limita y agota en ello, en el acto de la donación, más allá de la cuestión del derecho a la información que hace a los orígenes, pero no al vínculo filial. Entonces, si una persona aporta sus gametos más no la voluntad procreacional, de modo que es un mero donante, no se establece con ella vínculo jurídico alguno. De esto deriva que no solo no podrá reclamarse filiación, sino tampoco alimentos, ni comunicación, etc. Por esto es que el art. 577 CCyC, en su último párrafo, deja bien en claro que “No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”. Esta es la otra cara de la misma moneda: si alguien solo donó y no expresó su voluntad procreacional, no se determinará la filiación a favor de este, ni tampoco se le podrá reclamar vínculo filial a través de la acción de reclamación (pág. 245).

Al no encontrarse regulada la maternidad subrogada en el CCCN, surgen varios interrogantes a la hora de determinar la filiación e inscripción del recién nacido en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este resulta ser el puntapié inicial por parte de la doctrina y la jurisprudencia a la hora de efectuar críticas sobre la falta de regulación la figura.

¹⁷ Artículo 575 Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación Honorable Congreso de la Nación.

¹⁸ Artículo 577 Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación Honorable Congreso de la Nación.

El eje central cuando se habla de maternidad subrogada es determinar la filiación por el parto a la hora de la inscripción del niño. Sin embargo, allí es donde los jueces se encuentran con la mayor de las contradicciones, es decir, el artículo 562 del Código Civil y Comercial, menciona que quien deberá inscribir al bebe será quien dio a luz, contradiciendo de ese modo los derechos humanos y la Constitución Nacional y a la vez se produce una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada.

Conclusión Parcial

Como se analizó en el apartado desarrollado, la determinación de la filiación de los hijos nacidos por el empleo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida es una de las cuestiones más relevantes que plantea su utilización y las normas vigentes se muestran insuficientes. Esto es así ya que dichas técnicas produjeron cambios que repercuten directamente sobre el sentido de la normativa sobre filiación, ya que la relación jurídica dada por estas técnicas no es la filiación que hasta el momento se conocía en el marco jurídico, ni la maternidad o paternidad hasta ahora reflejada en las diferentes normativas.

La sanción del nuevo art. 562 (el cual dejó afuera la inclusión de la normativa respecto a la maternidad subrogada), si bien aporta avances con respecto a los nuevos modelos de familia admitidos y el respeto a su derecho de formar una familia y procrear, prestando su voluntad procreacional, deja de lado otro tipo de familias violando derechos a ellas reconocidas.

Esto es así ya que el Código sostiene que la filiación del hijo le corresponde a la persona que dio a luz y a la que prestó su voluntad procreacional, con lo cual no habría problema, por ejemplo, si hablamos de una pareja de dos mujeres o de una mujer sola, ya que una sería la que gaste el bebé en su vientre y adquiriría la filiación por haber dado a luz y la otra mujer lo haría por haber prestado de manera fehaciente su voluntad. Empero, ello no es así en el caso de una pareja de hombres, los que tendrán que acudir a una tercera persona (mujer) para que gaste a su hijo y a la cual el Código Civil y Comercial en virtud de su art. 562 le reconocería la filiación del bebé por haberlo dado a luz. Por lo que este caso constituiría al art. en inconstitucional.

En resumen, en la filiación por TRHA y según el art. 562 del CCCN, la mujer que da a luz no siempre aporta sus gametos, pero legalmente, es considerada la madre, no por el hecho de haber dado a luz sino por haber manifestado de manera expresa su consentimiento previo,

libre e informado, es decir, su voluntad procreacional. Es decir que, en estos casos, la mujer que da a luz es la misma que jurídicamente se considera la madre. Empero, en la gestación por sustitución, hayan o no aportado sus gametos los comitentes, la mujer que da a luz y la que manifestó su voluntad procreacional, son distintas, generándose un gran problema al determinar la filiación por aplicabilidad del art. 562 del CCCN.

CAPITULO III

DOCTRINA

Introducción

En el presente capítulo se desarrollarán diferentes posturas doctrinarias sustentadas sobre la temática de la maternidad subrogada. Primeramente, se realizará un recorrido sobre posturas que se expiden acerca de la fundamentación legal o límites impuestos a la práctica de la gestación por sustitución.

Así, se analizarán autores que exponen la importancia de su regulación ya que el instituto toca derechos constitucionales como el interés superior de niño, el derecho a conocer su identidad, el derecho a la salud y puntualmente los derechos reproductivos. Como también la postura que no se encuentra a favor de su regulación como ser la Iglesia Católica, basada en principios éticos y la dignidad humana.

Por último, adentrándose al punto central de la presente investigación, se describirás posturas que consideran al art. 562 del CCCN como inconstitucional, ya que determina que madre es la mujer que da a luz y no quien, en el caso de la maternidad subrogada, es el comitente con su voluntad procreacional. En contraparte, se encuentra la postura que considera que el art. no es inconstitucional, explicado sus fundamentos.

3.1. Posturas Doctrinarias sobre la maternidad subrogada.

3.1.1. Doctrina acerca de los límites o fundamentos constitucionales encontrados ante dicha práctica.

Perlo (2016) afirma que en el Libro II, Título V, Capítulo II, se hacen referencia a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humanas asistida”. El art. 560 expresamente hace referencia a la necesidad del consentimiento previo, informado y libre de las personas que hagan uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento puede revocarse mientras no se haya producido la concepción, o como se ha dado en llamar la implantación del embrión. Aparece aquí, lo que se ha dado en llamar la “voluntad procreacional” como creadora de un vínculo de filiación, que se aparta de las reglas de la naturaleza biológica, dando lugar a la autonomía de la voluntad.

Todo ello pareciera ser correcto, empero la preocupación en relación al tema de la maternidad subrogada, pasa por el niño por nacer. Todos los antecedentes examinados supra, hacen referencia al procedimiento, a las reglas jurídicas aplicables y las condiciones de quienes intervienen en el mismo. Sin embargo, teniendo a la vista la letra del art. 562, es dable cuestionarse ¿Quién determina cuál es el interés superior del niño por nacer? ¿Qué parámetros se tendrán en cuenta a este respecto? ¿Qué sucede con el derecho a la identidad que protege la Convención Internacional de los Derechos del Niño? ¿Cuáles son esas razones debidamente fundadas que prevé el art. 564? ¿Podrá verdaderamente lograrse la “reserva” de los datos en los Registros correspondientes?

En consecuencia, si se centra la atención en el niño engendrado, se debe analizar los conceptos atinentes a su derecho a la identidad, que implica su derecho de conocer su realidad biológica, pero también su verdad del parto; ya que si bien sus padres son quienes aportaron el material genético, no se puede desconocer el vínculo físico y psíquico que ha engendrado con su madre gestante, es decir, con la mujer que lo cuidó y alimentó durante todo el embarazo. De esta manera, se estará contribuyendo con la realización del niño, sin embargo, quien será el que garantice que ese niño en un futuro sea portador de la verdad y sepa cabalmente sus antecedentes gestacionales.

Por su parte, Medina (2015) afirma que en la práctica de la maternidad subrogada son diversos los problemas que se puede suscitar, a su vez los mismos se pueden dividir en éticos entendidos estos como la disociación de la maternidad y la contratación sobre el cuerpo humano, aun cuando esta contratación sea gratuita; biológicos: por la dificultad de evitar que la madre gestante tenga relaciones sexuales al tiempo de la concepción, lo que provocaría la indeterminación de la paternidad y por ultimo problemas jurídicos.

La autora precedentemente citada expone en cuanto a los problemas jurídicos que los mismos son susceptibles de ser plasmados en un contrato de maternidad subrogada, con lo cual, un contrato celebrado a esos fines resulta nulo, dado que contraría el orden público, su objeto se encuentra fuera del comercio, son inmorales y no coadyuvan a la protección del interés superior del niño, en cuanto si mediante la maternidad por sustitución se da a luz una criatura y la madre portadora no la quiere entregar la cuestión no debe resolverse teniendo en consideración la mejor situación económica de quienes se disputan la tenencia del niño, sino

mas bien el interés superior del niño que ante las diversas contingencias podría verse vulnerado.

Por último, cabe remarcar la postura de la Iglesia Católica, que como es de público conocimiento se opone rotundamente. Considera que no todo lo que es científica y técnicamente posible es moralmente admisible. Las primeras posturas de la iglesia tienen lugar con Pio XII, quien consideraba inmoral el uso de las técnicas de reproducción, ya que involucraban la masturbación, técnicas agresivas y alejadas de los procesos naturales. La iglesia se pronuncia acerca de que la utilización de embriones o fetos, constituyen una degradación a la dignidad de la persona (Adela Prat, 2017).

Por otro lado, siguiendo la línea de pensamiento de Báez Lima (2016) se sostiene que en una idea de tolerancia y respeto se inscribe la convivencia democrática, que no ha dejado hoy de ser un estilo de vida que impone como obligación el respeto a la libertad individual de los ciudadanos, quienes, en el marco de su vida íntima o familiar, diseñan una historia propia, única e irrepetible. Allí está el límite del poder estatal, es en ese punto donde el ejercicio de los derechos individuales que no irroga ningún perjuicio a terceros se despliega libremente desde la igualdad para asegurar a los individuos las bases que les permitirá alcanzar la felicidad.

La autora citada prosigue mencionando que, en plena revolución reproductiva, gracias a las TRHA, es posible la reproducción sin sexo y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad se plantea una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios. Sin embargo, es dable destacar que el derecho, en tanto producto social que pretende establecer un orden dentro de las sociedades modernas, se muestra siempre en un estado de mora frente al estrepitoso avance de la ciencia, que para este siglo XXI sigue proponiendo grandes desafíos en varios campos del saber.

Desde una mirada constitucional y convencional orientada al respeto de los derechos humanos, el Proyecto del Código Civil y Comercial fundamentó que el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sería admitido de un modo amplio e igualitario, sin discriminación alguna para garantizar, consecuentemente, el derecho esencial a fundar una familia. Es por esta razón, que antes de ser eliminada, estaba proyectada en su articulado la técnica denominada gestación por sustitución, más precisamente en el artículo 562 que

otorgaba la posibilidad de acceder a un acto de igualdad para las familias que no poden concebir.

Es por ello, que actualmente, algunos de los países del mundo han comprendido que la solución a esta problemática está dada por sancionar normas que garanticen los derechos reproductivos y que a su vez clarifiquen el proceso dando seguridad jurídica a los intervinientes, basándose exclusivamente en el criterio de determinación de la voluntad procreacional (Báez Lima, 2016).

Por su parte, el autor García Vicente (2014) menciona:

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, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento en concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos (...), lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja. Por tanto, bajo la mirada del elemento volitivo, es que no coincidimos con el argumento (...) respecto de la sobrevaloración que debe tenerse al hecho de que la pareja haya aportado su material genético, siendo además que el nuevo derecho de las familias está orientado a definirlos, independientemente de la carga genética común que puedan tener sus miembros, en base a la afectividad, solidaridad y ayuda mutua que estructura y mantiene sus lazos.

Con todo ello, si la voluntad procreacional se identifica como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene, sin dudas, el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de las TRHA es la típica fuente de creación del vínculo. No estamos hablando de familias inventadas, sino de familias deseadas, buscadas y cimentadas sobre la base del amor, del respeto y, lo principal, la elección libre, plena, y consentida, de querer ser padre o madre más allá de los impedimentos naturales. Es menester traer a colación, que como primer paso a seguir toda ampliación o modificación de derechos debe hacerse desde una mirada obligada: la del respeto a los derechos humanos -incluyendo las interpretaciones desde el enfoque del principio pro homine, es decir, elaborar una regulación que se organice y estructure en función de los derechos fundamentales, abandonando decididamente nociones tradicionales y propias del clásico derecho de familia (pág. 12).

No obstante, ello, se afirma que no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución significaría una contradicción global con el régimen normativo argentino, porque la voluntad procreacional guarda afinidad con la ley 26.529 de Derechos del Paciente, cuyos Art. 1 y 2 señalan a la autonomía de la voluntad. También se señala como relevante la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que

la mujer pueda decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos (Art. 3 inc e), exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (Art. 3 Inc f) (García Vicente, 2014).

3.1.2. Posturas sobre la inconstitucionalidad de la determinación de la filiación a favor de la mujer gestante

Berger (2018), sostiene que es muy claro que cuando se dice que el niño es hijo de "quien dio a luz" se toma por madre a la mujer gestante, y de este modo, en la gestación por sustitución se presenta un problema en cuanto a la determinación de la maternidad/paternidad en caso de bebés nacidos por medio de la fecundación heteróloga respecto de los comitentes.

En esta línea de pensamiento sostiene la autora que, hasta el momento, sólo para los casos en los cuales el patrimonio genético pertenecía a los comitentes, es decir, ante la fecundación homóloga, se estaba a la prueba genética prevista por el art. 579 del CCCN, que afirma lo que "En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte".¹⁹

Empero, en los casos de fecundación heteróloga, el art. 562 presenta un problema insoluble, por lo que la autora ve positivamente la declaración de su inconstitucionalidad. Para llegar a esta conclusión Berger explica dos casos a saber:

- a) pareja heterosexual con fecundación homóloga. El niño gestado por la mujer portadora refleja, en su análisis genético, su filiación con los comitentes, de modo que la mujer gestante queda excluida como madre.
- b) pareja heterosexual u homosexual con fecundación heteróloga. El niño gestado por la mujer portadora no refleja, en su análisis genético, la filiación al 100% con los comitentes, de modo que la mujer gestante queda en una situación indefinida, porque no es la madre genética del nacido, pero tampoco lo es ninguna de las personas de los comitentes.

Ante este escenario se trae a colación el art. 43 de la C. N., el cual, en su parte pertinente, dispone que:

toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de

¹⁹ art. 579 - CCCN

particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Ante dicha obligación de igualdad, el art. 562 del CCCN lesiona y restringe derechos y garantías reconocidos a los comitentes. Dado que se reguló el matrimonio de las personas de igual sexo, para las parejas de sexo masculino solo tienen como alternativa esta forma de procreación, y ello debe ser aceptado y respetado dentro de la coherencia de las normas en general, debiendo suprimir toda forma de discriminación en materia de salud reproductiva, tal como surge de las leyes. (Berger, 2018)

Por su parte, Laferriere y Viar (2015) sostienen que otra cuestión a tener en cuenta es el interés superior del niño, el cual debe ser emplazado en la familia que lo buscó, lo deseó y tras cuya creación estuvo siempre. La voluntad procreacional tiene preponderancia sobre la realidad biológica y también por la prueba del parto. Y ello resulta difícil de aceptar, dado que durante siglos uno de los pilares de la filiación estaba establecido que *mater semper certa est*, de manera que es entendible que la pérdida de certeza de dicho dogma pueda generar conflictos. La ruptura del principio de unidad entre fecundación, gestación y alumbramiento es propia de la gestación por sustitución.

De la Torre (2017) entiende también que la solución que más se ajusta a la realidad es declarar la inconstitucionalidad artículo 562 del CCCN, ya que determina que "quien da a luz" es progenitor/a del bebé, que nació producto de esta TRHA, basándose en argumentos constitucionales-convencionales. Si bien se sabe que:

la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de *ultima ratio* que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, lo cierto es que la claridad meridional del art. 562 del Cód. Civ. y Com. es tal que resulta dificultoso compatibilizarla con el ordenamiento jurídico sistémico, es decir, de acuerdo con las fuentes de interpretación previstas en el título preliminar, en particular, con los tratados de derechos humanos, sin tachar su letra de inconstitucional (pág. 134)

Ahora bien, cabe destacar que para algunos autores, la declaración de inconstitucionalidad del art. mencionado no haría falta porque, para esa corriente de pensamiento, con la interpretación y el dinamismo de los arts. 1º y 2º del CCCN se llegaría al mismo resultado. Este argumento es fundamentado en que, tal como sostiene Krasnow (2016):

Si el modelo constitucional y convencional de derecho nos informa que debemos resolver apelando a un diálogo entre fuentes, entendemos que al mismo resuelvo, se podía llegar, sin recurrir a lo que la Corte ha definido como 'la última ratio'. Asimismo, consideramos que admitir esta posibilidad es abrir las puertas a un mecanismo que impactará negativamente en el funcionamiento del actual Código, por cuanto significará parte del contenido de un sistema que recién está empezando a funcionar. (pág. 256)

En definitiva, según las corrientes doctrinarias analizadas hasta aquí, las respuestas que se destacan para resolver los casos de maternidad subrogada y la respectiva determinación de la filiación, mientras no exista norma específica en la materia, son por un lado, la declaración de inconstitucionalidad del art. 562, y, por otro, la interpretación y dinamismo que brindan los arts. 1º y 2º del CCCN, los cuales ayudarían a resolver la cuestión.

3.1.3. Tesis que apoya la constitucionalidad de la determinación de la filiación a favor de la mujer gestante

Por su parte, Sambrizzi (2016), en comentario a un fallo que afirma que la maternidad subrogada no ha sido prohibida en nuestro país, lo que haría aplicable el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido, se encuentra permitido según el art. 19 de la C.N., quedando la cuestión librada a la discrecionalidad judicial, sostiene que dicho argumento no le convence ya que puede afirmarse que el hecho de que se haya eliminado del Anteproyecto de Código la disposición que admitía la maternidad subrogada, bien puede ser interpretado en el sentido de que no se encuentra permitida. Además, cabe señalar que, según el autor, no todo lo que no está prohibido, está permitido; brindando como ejemplo el Código Penal, el que no prohíbe matar, sino que establece una pena para el que mata, o para el que hurta. Tampoco el CCCN prohíbe el casamiento entre una persona y un animal, pero ello no está permitido. Sumado a eso, de la circunstancia de establecer el art. 562 del Código que "los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz", indudablemente resulta la imposibilidad de inscribir el bebé a nombre de una madre distinta a la gestante.

Es por la aplicación de la disposición anteriormente referida por la que no resulta posible inscribir como madre del recién nacido a una mujer distinta a la gestante. Por ello, Sabrizzi (2016) sostiene que para que pudiera practicarse la inscripción a nombre de aquella,

la Sra. Juez del caso comentado resolvió declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCCN, llegando a ese resultado no obstante haber recordado que, como ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de *ultima ratio* que debe evitarse de ser posible.

Por lo que el autor entiende que como es habitual en este tipo de resoluciones, las que se apartan de una solución legal más que razonable, vigente desde siempre, la fundamentación resulta más que endeble. No explicándose en absoluto la razón precisa por la cual el mencionado artículo en cuestión contrariaría dicha Convención de los Derechos Humanos, u otras disposiciones similares, ya que indudablemente no basta con afirmar de manera indemostrable que dicha norma resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa, tampoco que la requirente se encuentra en una situación de vulnerabilidad que requiere de una protección diferencial debido a la enfermedad congénita que la afecta. Protección que, resulta evidente, debe tener límites que resultan tanto de la naturaleza como de las disposiciones legales vigentes.

Lo cierto es que de ninguna norma, resulta que para hacer efectivo el derecho de una cierta persona a la reproducción, deban dejarse de lado, o más aun declararse inconstitucionales, determinadas disposiciones legales universalmente aceptadas (como, en el caso en cuestión, la que dispone que madre del bebé es la mujer que lo gesta), que sumado a que es de orden público, lo que constituye una valla insoslayable para la aplicación de resoluciones de tribunales internacionales, en nada contraría las disposiciones contenidas en la Carta Magna, incluyendo los tratados contenidos en ella.

Continúa diciendo el autor:

Si bien debe facilitarse el derecho a la reproducción, ello debe ser así siempre que efectivamente resulte posible por aplicación de la normativa vigente. Resulta lícito a esta altura preguntarse qué hubiera resuelto la Sra. Juez para hacer efectivo el referido derecho, si la requirente no hubiera podido ovular, resultando claro que en el fallo parece desconocerse que la naturaleza no siempre ayuda para hacer efectivos ciertos derechos, que en tales casos se deben posponer, o reemplazarse por otros derechos similares, como el que resulta de la posibilidad de proceder a la adopción. (Sambrizzi, 2016, pág. 4)

Conclusión parcial

Según las corrientes doctrinarias analizadas, las respuestas que se destacan para resolver los casos de maternidad subrogada y la respectiva determinación de la filiación, mientras no exista norma específica en la materia, son por un lado, la declaración de inconstitucionalidad del art. 562, por otro, la interpretación y dinamismo que brindan los arts. 1º y 2º del CCCN, los cuales ayudarían a resolver la cuestión y por último leer al pie de la letra la norma del artículo en cuestión dejando afuera toda discusión sobre la determinación de la filiación en materia de maternidad subrogada, la cual según esta tesis corresponde a la mujer que da a luz.

Por nuestra parte, coincidimos con la parte de la doctrina que interpretan la inconstitucionalidad del artículo en los casos particulares de TRHA realizando una gestación por sustitución. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de la persona, la intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia, como se expuso.

La filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las TRHA que solo pueda concretarse a través de la maternidad subrogada implica el ejercicio del derecho a procrear y conformar una familia, la que debe ser protegida integralmente, sean parejas de igual o distinto sexo, u hombres o mujeres solas; todo ello para que las distintas formas de organización familiar no sufran discriminaciones a la hora de hacer realidad la voluntad procreacional, lo que condice con el principio de igualdad sentado en la Constitución Nacional. Por lo que surge una necesidad imperante de una regulación coherente con los principios de derechos humanos. Ante los nuevos escenarios de familia la única forma de garantizar efectivamente el acceso a ella deriva en la denominada gestación por sustitución, la que implica que padre y/o madre serán los que decidan serlo prestando su voluntad procreacional, lo que la mayoría de las veces no condice con la persona que gestará al bebé, debiendo declararse en estos casos la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial.

CAPITULO 4

JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO

Introducción

En el presente capítulo se desarrollará y analizará derecho comparado. Primero se hará una breve introducción de cómo es la situación a nivel mundial para luego analizar las legislaciones de países vecinos con respecto a la temática de la maternidad subrogada, realizando particular hincapié en Uruguay, país en que dicha práctica sí se encuentra regulada.

Luego se realizará un estudio de la jurisprudencia, la cual si bien no cuenta con un marco regulatorio le ha dado lugar a través de diferentes fallos con bases en la voluntad procreacional, el derecho a la familia, etc., y los tribunales se han expedido en diversas ocasiones sobre la inconstitucionalidad o no del art. 562 del CCCN con miras a la maternidad subrogada.

4.1. Derecho comparado.

La maternidad subrogada tiene regulación legal como practica reproductiva en algunos países, así en Gran Bretaña existe una ley denominada "Human Fertilization and Embryology Act", del año 1990 y reformada en 2008, la ley condena la celebración de pactos sobre subrogación con fines lucrativos, pero no así cuando el acuerdo sea gratuito. No obstante, ello, la norma reconoce en la sección 33 la filiación del bebé con la mujer que da a luz, siendo el padre del niño responsable de él, salvo que pruebe que el niño nació sin su consentimiento, y exige que los comitentes adopten al nacido si les fuese entregado voluntariamente por la madre sustituta, cuyo consentimiento informado no podrá prestarse antes de pasadas seis semanas del parto (sección 54).

En el país de Canadá existe la denominada ley "Assisted Human Reproduction", del año 2004, que permite la maternidad por sustitución, pero prohíbe que se abone un precio a favor de la gestante y del intermediario. Dicha ley nacional admite que las legislaciones locales regulen la ésta figura y la validez del acuerdo estará sujeto a lo que ellas disponen.

En Grecia está permitida esta práctica por ley 3089/2002, la cual autoriza la transferencia de óvulos fecundados de una mujer al cuerpo de otra, y la gestación por esta última. Para ello se requiere que exista un convenio escrito entre quienes deseen procrear y la mujer que gestará, requiriendo el asentimiento del marido de ésta si la misma fuere casada.

La pretensa madre o comitente, deberá presentarse ante el tribunal competente y acreditar que se encuentra imposibilitada de procrear y así se le concede la autorización. Dicha autorización es el instrumento que hace presumir su maternidad y determina el emplazamiento paterno del marido de la mujer autorizada.

En Ucrania la práctica de la gestación por sustitución es totalmente legal y la regulan tanto el Código de Familia vigente, como también otras normas legales.

El art. 123.3 de dicho Código dispone que el niño nacido mediante aplicación de la técnica de maternidad subrogada tendrá por padres a los cónyuges que aportaron a tal efecto sus gametos y recurrieron a los servicios de la madre sustituta. Por su parte, el Suplemento a la Ley sobre el Trasplante de Órganos y otros Materiales Anatómicos Humanos del año 1999, prescribe que los esposos que hayan dado su consentimiento para ésta TRHA tienen la patria potestad de los niños nacidos mediante dicha práctica. Dispone también que sólo pueden hacer uso de esta práctica quienes tengan una imposibilidad fisiológica o médica para llevar adelante un embarazo. A su vez, exige que las mujeres portadoras deberán tener entre 20 y 35 años, gozar de buena salud física y psíquica, y haber tenido al menos un hijo propio sano con anterioridad.

4.1.1. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Uruguay.

En el país de Uruguay existe una ley (Ley 19.167) que le brinda un marco regulatorio específicamente a las TRHA, y más precisamente, en el tema que compete a dicho trabajo, la ley regula la maternidad subrogada en el Capítulo IV y establece:

CAPÍTULO IV

DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 25. (Nulidad). - Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

Artículo 26. (Suscripción de acuerdo). - El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.

Artículo 27. (Filiación). - En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Artículo 28. (Filiación Materna). - La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.²⁰

Como se desprende de dicho artículo, en el país uruguayo prepondera como regla general la prohibición de la maternidad subrogada, sin embargo, presenta una excepción a tal prohibición que es la de brindarle la procedencia de dicha alternativa sólo a las mujeres que no puedan gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas. Por otro lado, a dicha excepción le impone otro límite que es el que la mujer gestante tiene que ser un familiar y que alguno de los futuros padres aporte sus gametos.

Como último punto y, el más importante a los fines de la presente investigación, dicha ley establece que la filiación le corresponde a la persona que haya solicitado y prestado su voluntad para procrear y la filiación puntualmente materna será determinada por el parto o por quien solicitó la subrogación en su caso.

4.2. Jurisprudencia

4.2.1. Jurisprudencia inicial: El caso Artavia Murillo y Otros (FIV) vs. Costa Rica.

Los hechos en el caso " Artavia Murillo y Otros (FIV) vs. Costa Rica" tienen su punto de partida en la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En Costa Rica, entonces, se practicaba la fecundación in vitro desde el año 1995, mismo año en el cual se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida.

²⁰ Arts. 25;26;27;28 - Ley 19.167 - Uruguay. Recuperada de <http://www.maternidadsubrogada.uy/index.php/publicaciones/76-reproduccion-asistida-en-uruguay-ley-19167>

El pedido de inconstitucionalidad motivo a la Sala Constitucional de la Corte Suprema en el año 2000 a anular el Decreto Ejecutivo considerando que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. Contra esta decisión en el año 2001, nueve parejas presentaron una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

La Comisión, por su parte, sostuvo que la prohibición de Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a la familia, y una violación al derecho de igualdad. Por consiguiente, recomendó levantar dicha prohibición y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. En el año 2012 la Corte condenó a Costa Rica; sosteniendo que prohibir la FIV viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia.

La Corte expuso:

En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.²¹

²¹ C.S.J. "Artavia Murillo y Otros (FIV) vs. Costa Rica", 2012.

Lo primero que la Corte pone de resalto es el derecho a formar y fundar una familia que poseen todas las personas y que está amparado por tratados internacionales, los cuales pregonan la protección y el hecho de favorecer el núcleo familiar. Lo que resulta aun mas importante es que del derecho a formar una familia surge y se incluye el derecho de procrear.

Continuó la Corte sosteniendo que:

En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.²²

Como segundo derecho a resaltar en la temática la Corte nombro el Derecho a la vida privada. Sostuvo que dicho derecho incluye la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva para poder ejercerlo. Por otro lado, dijo que esa autonomía también está amparada constitucionalmente a través de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer a través del derecho a controlar su fecundidad que le brinda la posibilidad de decidir si quiere tener hijos y cuántos quiere tener y una obstaculización a la salud reproductiva implicaría una violación a tal derecho.

Como tercer derecho preponderado en el caso la Corte nombró el derecho a la integridad personal diciendo que:

En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. (...) La salud reproductiva implica (...) los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables. Finalmente, el derecho

²² C.S.J. "Artavia Murillo y Otros (FIV) vs. Costa Rica", 2012.

a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.²³

La Corte, cita el derecho a la integridad personal en el sentido que las personas que se encuentran privadas de acceder a las FIV muestran angustia y ansiedad y eso vulnera el derecho a la salud, ya que el mismo implica un bienestar completo físico, mental y social.

4.2.2. Caso “R.L.S. y Otros s/ solicita homologación” – Sede: Ciudad de Córdoba.

En la ciudad de Córdoba, en el año 2017, se presentan una pareja de casados, sometiendo a jurisdicción un caso, ya que la mujer posee ausencia de útero y ha solicitado a su cuñada que geste a su hijo en su vientre ya que es la única Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar para esta pareja.

A los fines de poder realizar la práctica solicitada se realizaron los estudios médicos concernientes para determinar la fertilidad de los espermatozoides de M., la fertilidad de los óvulos de L. y la aptitud física de C. para portar el embarazo. Dichos estudios fueron positivos, los acompañan como documental.

Solicitan se homologue el acuerdo arribado, para lo cual plantean la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, alegando que el mismo atenta contra sus derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías.

Se decidió homologar el acuerdo y autorizar la gestación por sustitución sosteniendo, con respecto al pedido de inconstitucionalidad del art. 562, que:

Del pedido de declaración de inconstitucionalidad.

(...) En este sentido creo que los jueces no están en principio llamados a declarar inconstitucionalidades de leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, sino sólo en los casos en que se verifique de manera flagrante que ellas causan una vulneración de derechos fundamentales consagrados supralegalmente. Una decisión de estas características importa la “última ratio” (...)Por ello previo a llegar a este extremo es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Código Civil y Comercial en

²³ C.S.J. "Artavia Murillo y Otros (FIV) vs. Costa Rica", 2012.

base a lo que disponen los art. 1 y 2 de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el propio sistema brinda una solución a la cuestión.

Continúa explicando el tribunal con respecto a la determinación de la filiación en estos casos:

el artículo en cuestión debe ser interpretado junto al sistema en el que fue incluido, (...) por lo que una filiación que se produce como resultado del uso de una técnica de reproducción humana asistida debe tener como sustento los principios que rigen este tipo de filiación. En esta forma de filiación el elemento fundante es la voluntad procreacional. Así si bien puede resultar contradictorio el art. 562 (...) ello debe resolverse dentro del mismo sistema. En el caso de la gestación por sustitución debemos preguntarnos si el elemento que determina la filiación es el parto o la voluntad procreacional. La respuesta aparece clara, ya que justamente el elemento determinante de esta filiación es el elemento volitivo de querer ser progenitores. De ello no cabe duda alguna.

Por otra parte, la norma no es de orden público ya que no incluye ninguna sanción de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz, por lo que en el sub caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida.

Por lo que se resolvió ordenar que el niño nacido de dicha práctica sea inscripto como hijo de los comitentes y se determinó que el mismo no tenga vínculo jurídico con la gestante.

En el presente caso es menester destacar que si bien el tribunal no dio lugar a pedido de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, fundado en que ello es una decisión de última ratio y basado en que no resulta necesario ya que la norma no es de orden público y en ninguna parte pregona que no se puedan declarar como padres a los comitentes, deja de lado las disposiciones del artículo y determina como madre a la persona que prestó su voluntad procreacional y sumado a ello declaró que el menor no tendrá ningún vínculo jurídico con la persona que lo dio a luz.

4.2.3. Caso "H. M. y otro s/medidas precautorias (art. 232 CPCC)"

En el presente caso la señora J. D. B., luego de que se le realizara una cesárea en el 2012, de donde surge el feto muerto, ante la falta de retracción del útero y del peligro de muerte que padecía la madre, los médicos hicieron una histerectomía total, extirpándole la totalidad del útero y parte del cuello uterino. La señora J. D. B., luego se casa con el Sr. S. B. C.

Ambos, en el año 2014 van a una consulta médica junto a la hermana de la Sra. J. D. Allí se les explicó que la falta de útero no permitiría una gestación. Por lo que la Sra. C. manifestó que ella se ofrecía a gestar a su futuro sobrino y deciden iniciar el tratamiento.

Previa suscripción del consentimiento informado del matrimonio y de la hermana de la Sra., mediante técnicas de fecundación asistida con óvulo aportado por J. D. y espermatozoide aportado por D. A. G. se logró el embrión que se transfirió a la Sra. C. en el año 2016, logrando su implantación y gestación.

Las hermanas, antes de la fecha estipulada para que nazca el bebé, se presentan ante la justicia para que de forma urgente se otorgue autorización judicial a los fines de que al momento del nacimiento de la menor, se efectúe la inscripción del mismo ante el Registro Nacional de las Personas con el prenombre M.S. y con los apellidos de los comitentes.

A ello, resolvió favorablemente la jueza interviniente porque, de lo contrario, se consagraría una violación a los derechos humanos y personalísimos del niño a nacer, ya que la voluntad procreacional se encuentra en cabeza de los comitentes y no de la gestante, y quienes ejercerán el rol de progenitores serán justamente ellos y no quien dará a luz.

Basándose así en la voluntad procreacional, determina que los progenitores del niño que iba a nacer serían los comitentes y no la gestante, quien no tiene el deseo o la voluntad de ser madre. Para ello, sostuvo que:

Por ello se considera que, 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... En este marco normativo, puede afirmarse que J. D. B. titulariza con su marido, en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que, en su caso, la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución.

Por todo lo considerado, la juez declara la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del CCCN estableciendo que:

es inconstitucional y anticonvencional, en este caso concreto, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, lo que implica que de no declararse la inconstitucionalidad de la norma —atento su imposible compatibilización con el ordenamiento jurídico de acuerdo a una interpretación literal, teleológica y sistémica, como

lo establece en el articulado del título preliminar del Código de fondo, y atento que no puede obviarse la relevancia del artículo por formar parte de las reglas generales en materia de TRHA—, la niña por nacer habría de ser inscripta como hija de su tía (que además será su madrina), hermana de sus primas y primo, y sobrina de sus padres, lo que resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción, máxime cuando las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial.

Por lo que resuelve emplaza a la niña que va a darse a luz por su tía, como hija de los comitentes, concede licencia por paternidad para el cuidado de su hija a D. A. G. e impone a los progenitores, a partir del momento en que su hija adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

4.2.4. "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. por medidas autosatisfactivas", Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza

En este caso, que data del año precedente, un matrimonio en forma conjunta con la gestante se presenta pidiendo, a través de una acción declarativa de certeza con medida autosatisfactiva, una autorización judicial para poder iniciar un procedimiento de maternidad subrogada y que se determine la filiación del nacido para los comitentes.

Llegaron a esta situación debido a que por estudios médicos se determinó que la mujer padece una afección que obstaculiza la gestación normal y ya habían tenido inconvenientes en los intentos anteriores de distintas TRHA. Dada la situación la gestante se ofreció a ayudarlos a los fines de que ellos puedan concretar su deseo de formar una familia.

El juez interviniente pidió un dictamen al Cuerpo Interdisciplinario — Sector Salud Mental, quien, después de diversas entrevistas, lo efectuó, proponiendo lo siguiente:

Parto. El parto/cesárea se comunica al juzgado con carácter previo a su producción. Sin perjuicio de la información con la que cuenta el médico obstetra que atiende el parto, una vez autorizada judicialmente la GS, el juez comunica al centro médico en el que se producirá el parto, que el nacimiento será consecuencia de un proceso de GS y coordina con el centro médico respectivo el accionar, en especial a los efectos de la derivación del certificado médico de nacimiento el que no debe ser remitido al registro civil. El centro médico en el que

se produce el parto debe respetar el proceso de GS. Debe tratarse a los comitentes como progenitores con todos sus derechos y salvaguardar la dignidad de la gestante.

Por su parte, con respecto a la filiación propuso que:

Filiación: en la sentencia que se autorice la GS debe quedar ordenada la inscripción del niño o niña que nazca como hijo/a de los comitentes. De esta manera, en la sentencia debe quedar establecido con claridad el sistema para proceder con celeridad el cumplimiento de la registración, para lo cual el juez, si lo estima conveniente, podrá requerir o secuestrar el certificado médico de nacimiento. (...) Dispuesto lo que sostiene el 'protocolo' que elaborara la mesa de trabajo, esta Subdirección entiende que, si Usía resuelve autorizar la GS y aplicar las reglas anteriormente descriptas, correspondería entonces declarar —de oficio la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. para poder ordenar la inscripción del niño o niña que nazca como hijo/a de los comitentes sin forzar a la norma legal a decir lo que no dice, en tanto en este caso la persona que nace no sería hijo/a de quien dio a luz.

El juez en cuestión, tomó dichas recomendaciones y otorgó finalmente la autorización para llevar adelante el procedimiento y disponiendo que una vez nacido se debe proceder a la inscripción del nacimiento como hijo de los miembros del matrimonio.

4.2.5. El fallo "A., M. T. y otro s/ solicita homologación"

En el presente fallo se solicita una homologación de un acuerdo privado entre dos mujeres con el fin de determinar el emplazamiento filiatorio materno del menor a ser concebido mediante recurrir a las TRHA. Sumado a ello, se solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, ya que no se encuentra incluida en esta disposición la alternativa de determinación de la maternidad del bebé a partir de la sola voluntad procreacional de la persona que encargó su concepción y gestación.

En este caso se trataba de una mujer de avanzada edad que había sufrido una histerectomía, procedimiento que la dejó imposibilitada de gestar un embrión. Con el objetivo de salvar esta imposibilidad, recurre a otra mujer, con la que no la tiene un vínculo de pareja o familiar, la cual manifiesta estar dispuesta a prestar su útero a los fines gestacionales. La comitente tiene un cuadro clínico de baja calidad ovárica por su edad y ausencia de una pareja que aporte sus gametos, por lo que la creación de vida se planifica a

partir de la utilización de óvulos y espermatozoides provenientes de otros donantes para crear embriones a ser transferidos al útero de la gestante.

En este contexto, las razones en las que, sustancialmente, basan sus solicitudes son:

que la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com. resulta inconstitucional puesto que avanza sobre derechos personales que le asisten y que detalla, y además, considera que la práctica médica que describe en la demanda, al no estar expresamente prohibida se encuentra permitida; denuncia la falta de legislación al respecto, que no se contempla la conformación de las nuevas formas de familia y que distan de la familia tradicional, razones por las que insiste en que se declare la inconstitucionalidad de la norma aludida

El Juzgado interviniente se adentra en explicar que, si bien el legislador expresamente omitió a la gestación por sustitución del cuerpo del Código y ella no se encuentra regulada en dicho texto legal, bien podría entender que sí lo está porque se trataría de una especie dentro del género de las TRHA. El fallo indica que, efectivamente, no se trata del supuesto de la "simple gestación por sustitución" que fue deliberadamente excluida de toda previsión en el CCCN, quedando la cuestión resuelta al amparo de la norma del art. 562 del mismo. Sino que:

se trata, en definitiva, que una mujer gesticione en su útero un hijo y que luego su filiación sea atribuida a otra persona en función de la voluntad procreacional de la comitente, y de la ausencia —como en el caso de autos— de voluntad procreacional de la gestante y de nexos biológico entre esta y la persona nacida mediante el uso de la técnica.

Por lo que el magistrado destaca que lo importante es considerar el deseo de convertirse en madre como un elemento que lleva a pasar por alto la situación legislativa precedentemente descripta. Descarta por su parte la opción de la adopción como vía idónea para convertir el deseo de prolijamiento en realidad filiatoria.

Resume que la cuestión a decidir, entonces, es la siguiente:

Frente a tal panorama y más allá de si el legislador "olvidó" o deliberadamente omitió por cuestiones ajenas al derecho pero parasitarias del mismo, como son los factores y grupos de poder, legislar la cuestión que se plantea en la causa, lo real y cierto, es que lo único que corresponde indagar, es si la situación en que se encuentra la Sra. A. puede ser atendida por

el derecho, o por el contrario, confinarla a postergar su derecho a formar una familia; la familia que ella desea conformar o a intentar una adopción para la que no tiene voluntad".

Por lo que a continuación, responde que "la respuesta necesariamente debe provenir del derecho y es ahí cuando se autoriza la declaración de inconstitucionalidad de una norma que afecta un derecho subjetivo, sin mayores explicaciones".

Conclusión parcial.

De la jurisprudencia se desprende que más allá de que no exista un marco regulatorio de la maternidad subrogada, los jueces le dan lugar a la práctica, basados en diferentes derechos fundamentales como el derecho a la salud reproductiva, a fundar una familia, en la voluntad procreacional, el derecho a la integridad, y siempre dándole un sustento como una de las técnicas de reproducción humana asistida.

Los fallos bajo análisis representan un claro ejemplo del activismo judicial en materia de maternidad subrogada. En particular en cuanto, a pesar a la no inclusión de la figura, por expresa decisión legislativa, en el cuerpo del CCCN, se homologan y dan fuerza a acuerdos entre privados que conculca inclusive las barreras legales proyectadas en el Anteproyecto del 2012.

Por otro lado, es menester destacar que en los casos analizados se siempre se ha debatido la constitucionalidad del art. 562 por cuanto determina la filiación a favor de la mujer que da a luz, sin embargo, los jueces han dejado de lado dicho artículo basados y poniendo énfasis en la determinación de la filiación a favor de la mujer que haya prestado su voluntad procreacional, algunos interpretando como inconstitucional la norma citada. Ésta última postura es a la que adherimos, ya que la voluntad procreacional es la que le da lugar a aquel bebé a gestarse y a nacer, dado que la mujer gestante, aun pudiendo ser madre, decide prestar su vientre para que otra pareja o persona sola pueda tener su hijo, lo que deriva en que la gestante no presenta voluntad de ser madre, por lo que la ley no podría emplazarla a que reconozca el bebé que nace como un hijo propio y desconocerle esta facultad a la persona que quiere constituir su familia, es decir, comitente/s.

CONCLUSIONES FINALES

Al comenzar la presente investigación se partió del interrogante: ¿Resulta inconstitucional el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación a la luz de los derechos humanos y fundamentales de la mujer que expresó la voluntad procreacional y no dio a luz, como resulta en el supuesto de la maternidad subrogada?

Como hipótesis tentativa de trabajo se afirmó que la norma del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta inconstitucional, puesto que considera solamente la maternidad de la mujer que prestó su vientre y dio a luz al bebé; impidiendo de ese modo ser madre mediante la utilización de la maternidad subrogada, como parte de las técnicas de reproducción humana médicamente asistidas, a la mujer que expresó su voluntad mediante el consentimiento informado pero que no es la gestante. Además, dicha norma avanza sobre los derechos subjetivos reconocidos tanto en la Constitución Nacional como en Tratados Internacionales con tal jerarquía.

Se parte del contexto en que, en la actualidad, la realidad social fue modificando las distintas formas de constituir una familia y hoy existen diversas maneras de procreación, las mismas tienen de igual forma resguardo constitucional, sea cual fuere la manera en que se constituya una familia o una filiación.

Así, se aprobó la ley de Reproducción Humana Asistida, aunque de la misma se dejó afuera la regulación de la maternidad subrogada. Por otro lado, el CCCN en su modificación admitió como forma de filiación esta técnica anteriormente mencionada (TRHA), surtiendo los mismos efectos jurídicos que una filiación por naturaleza. Por lo que, se considera que al constituir la maternidad subrogada una forma de Técnica de Reproducción Humana Asistida, se subsume bajo dicha regulación.

En la técnica de reproducción humana asistida de maternidad subrogada hay una disociación entre la maternidad genética (quien aporta los gametos) y la maternidad gestacional (quien lleva a cabo el embarazo), trayendo esto consecuencias jurídicas. El inconveniente principal que se presenta en el ordenamiento jurídico argentino es que dicho instituto jurídico no se encuentra regulado, ni tampoco cuenta con una prohibición expresa, lo que deriva en diversos conflictos en materia de determinación de la filiación.

Ante dicho escenario, se cree que se precisa de forma urgente una norma que regule la maternidad subrogada ya que leyes, como la de matrimonio igualitario, siguen avanzando en la admisión de diferentes formas de constituir una familia, lo que conlleva también al derecho de tener un hijo, y es en estos casos donde no queda más remedio que ser asistidos por una mujer ajena a la pareja para que sea gestante de su hijo.

En otras palabras, cuando se trata de derechos fundamentales se debe ver al derecho como un todo, en donde todas las normas coadyuven entre sí para lograr su función principal que es la de brindar protección a los ciudadanos. Con lo cual, y desde la consagración constitucional del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por la ley, y sin discriminación hacia un sector de la población que debido a problemas de salud o infertilidad o a su orientación sexual, queda al margen de la posibilidad de procrear. Su autonomía personal que conduce a esa libre elección del plan de vida, parte de su esfera de intimidad, lo hace sentirse digno de sí mismo, y debe prevalecer por sobre los discursos teñidos de una supuesta moralidad únicamente dispuesta a prohibir o silenciar la realidad de los hechos.

Por su parte, la determinación de la filiación de los hijos nacidos por el empleo de las TRHA es una de las cuestiones más relevantes que plantea su utilización y las normas vigentes se muestran insuficientes. Esto es así ya que dichas técnicas produjeron cambios que repercuten directamente sobre el sentido de la normativa sobre filiación, dado que la relación jurídica dada por estas técnicas no es la filiación que hasta el momento se conocía en el marco jurídico, ni la maternidad o paternidad hasta ahora reflejada en las diferentes normativas.

La sanción del nuevo art. 562 (el cual dejó afuera la inclusión de la normativa respecto a la maternidad subrogada), si bien aporta avances con respecto a los nuevos modelos de familia admitidos y el respeto a su derecho de formar una familia y procrear, prestando su voluntad procreacional, deja de lado otro tipo de familias violando derechos a ellas reconocidas.

Esto es así ya que el Código sostiene que la filiación del hijo le corresponde a la persona que dio a luz y a la que prestó su voluntad procreacional, con lo cual no habría problema, por ejemplo, si hablamos de una pareja de dos mujeres o de una mujer sola sin inconveniente de salud para procrear, la que se someta a una TRHA y gaste el bebé en su

vientre y adquiriendo la filiación por haber dado a luz y la otra mujer lo haría por haber prestado de manera fehaciente su voluntad. Empero, ello no es así en el caso de una pareja de hombres, los que tendrán que acudir a una tercera persona (mujer) para que geste a su hijo y a la cual el Código Civil y Comercial en virtud de su art. 562 le reconocería la filiación del bebé por haberlo dado a luz. Por lo que este caso constituiría al art. en inconstitucional.

En resumen, en la filiación por TRHA y según el art. 562 del CCCN, la mujer que da a luz no siempre aporta sus gametos, pero, legalmente, es considerada la madre, no por el hecho de haber dado a luz sino por haber manifestado de manera expresa su consentimiento previo, libre e informado, es decir, su voluntad procreacional. Es decir que, en estos casos, la mujer que da a luz es la misma que jurídicamente se considera la madre. Empero, en la gestación por sustitución, hayan o no aportado sus gametos los comitentes, la mujer que da a luz y la que manifestó su voluntad procreacional, son distintas, generándose un gran problema al determinar la filiación por aplicabilidad del art. 562 del CCCN.

Según las corrientes doctrinarias analizadas, las respuestas que se destacan para resolver los casos de maternidad subrogada y la respectiva determinación de la filiación, mientras no exista norma específica en la materia son, por un lado, la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 y, por otro, la interpretación y dinamismo que brindan los arts. 1º y 2º del CCCN, los cuales ayudarían a resolver la cuestión y por último leer al pie de la letra la norma del artículo en cuestión dejando afuera toda discusión sobre la determinación de la filiación en materia de maternidad subrogada, la cual según esta tesis corresponde a la mujer que da a luz.

Por nuestra parte, coincidimos con la parte de la doctrina que interpretan la inconstitucionalidad del artículo en los casos particulares de TRHA realizando una gestación por sustitución. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de la persona, la intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia.

La filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las TRHA que solo pueda concretarse a través de la maternidad subrogada implica el ejercicio del derecho a procrear y conformar una familia, la que debe ser protegida integralmente, sean parejas de igual o distinto sexo, u hombres o mujeres solas; todo ello para que las distintas formas de organización familiar no sufran discriminaciones a la hora de hacer realidad la voluntad

procreacional, lo que condice con el principio de igualdad sentado en la Constitución Nacional. Por lo que surge una necesidad imperante de una regulación coherente con los principios de derechos humanos. Ante los nuevos escenarios de familia la única forma de garantizar efectivamente el acceso a ella deriva en la denominada gestación por sustitución, la que implica que padre y/o madre serán los que hayan decidido serlo prestando su voluntad procreacional, lo que la mayoría de las veces no condice con la persona que gestará al bebé, debiendo declararse en estos casos la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial.

Por otro lado, de la jurisprudencia analizada se desprende que más allá de que no exista un marco regulatorio de la maternidad subrogada, los jueces le dan lugar a la práctica, basados en diferentes derechos fundamentales como el derecho a la salud reproductiva, a fundar una familia, en la voluntad procreacional, el derecho a la integridad, y siempre dándole un sustento como una de las técnicas de reproducción humana asistida.

Los fallos bajo análisis representan un claro ejemplo del activismo judicial en materia de maternidad subrogada. En particular en cuanto, a pesar a la no inclusión de la figura, por expresa decisión legislativa, en el cuerpo del CCCN, se homologan y dan fuerza a acuerdos entre privados que conculca inclusive las barreras legales proyectadas en el Anteproyecto del 2012.

Por otro lado, es menester destacar que en los casos analizados siempre se ha debatido la constitucionalidad del art. 562 por cuanto determina la filiación a favor de la mujer que da a luz, sin embargo, los jueces han dejado de lado dicho artículo basados y poniendo énfasis en la determinación de la filiación a favor de la mujer que haya prestado su voluntad procreacional, algunos interpretando como inconstitucional la norma citada. Ésta última postura es a la que adherimos, ya que la voluntad procreacional es la que le da lugar a aquel bebé a gestarse y a nacer, dado que la mujer gestante, aun pudiendo ser madre, decide prestar su vientre para que otra pareja o persona sola pueda tener su hijo, lo que deriva en que la gestante no presenta voluntad de ser madre, por lo que la ley no podría emplazarla a que reconozca el bebé que nace como un hijo propio y desconocerle esta facultad a la persona que quiere constituir su familia, es decir, comitente/s.

Es por ello, que se afirma que el texto del Anteproyecto del CCCN, en el que se contemplaba la gestación por sustitución resultaba a derecho, ya que la filiación quedaba 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.

Es así que concluimos que el art. 562 del CCCN resulta inconstitucional para los casos de maternidad subrogada, y es a la disposición a la que se seguirán remitiendo los tribunales por la A-legalidad de la maternidad subrogada y su aceptación consuetudinaria como una TRHA. Por lo que, ante este escenario, se propone la incorporación de una normativa bajo el término art. 562 bis al Código Civil y Comercial, exceptuando esa forma de determinación de la filiación para los casos de maternidad subrogada y disponiendo que en estos casos se tendrá como padres sólo a las personas que hayan prestado su voluntad procreacional por acuerdo homologado judicialmente.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Báez Lima, E. (2016). *El respeto a las familias de la diversidad sexual como una forma de alcanzar la paz*. Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Basset, U. (2016). *Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?* Buenos Aires: Saij.
- Berger, S. M. (2018). *Voluntad procreacional: declaración de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: La Ley
- Bossert, G. A. y Zannoni, E. A. (2016). *Manual de derecho de familia* (7ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- De la Torre, N. (2017) *La gestación por sustitución 'hecha en casa': el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo"* en RDF 2017-II134.
- Gana Winter, C. (1998). *La maternidad gestacional. ¿cabe sustitución?* Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 4.
- García Vicente, J. R. (2014) *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley
- González M. (2017). *Maternidad Subrogada y sus formas*. Buenos Aires: La Ley.
- Hernández Ramírez, A. y Figueroa, J. L. (2011). *Ley de maternidad subrogada del distrito federal*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado núm. 132, UNAM, Distrito Federal, México.
- Herrera, M. (2014). *Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar*. Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial.
- Herrera, M. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo II*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus
- Herrera, M. (2018). *Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Tomo I y II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lamm, E., (2013). *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*. Revista de Derecho Privado. Bioderecho.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Año 1. N°1. Mayo 2013. Buenos Aires.

- Krasnow, A. (2017). *Derecho de las familias y las sucesiones*. Buenos Aires: La Ley
- Krasnow, A. N. (2016) *Los principios de pluralidad, autonomía y solidaridad familiar en la filiación*. Rosario: Nova Tesis
- Laferriere, J. N. - Viar, L. (2015) *¿Es inevitable la gestación por sustitución? Reflexiones a partir de una sentencia judicial*. Buenos Aires: La Ley.
- Lamm, E. (2012) *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Revista de bioética y derecho, N° 24. recuperado de http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm#_ftnref96
- Lembo, H. (2017). *Derecho de familia y filiación*. Buenos Aires: La Ley.
- Lloveras N., y Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Universidad.
- Medina, G. (2015) *Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado*. Buenos Aires: La Ley
- Prat, A (2017). *Ventre De Alquiler. Recuperado de <https://www.adelaprat.com/2017/02/ventre-de-alquiler-diez-preguntas-para-entender-la-maternidad-subrogada-en-espana/>*
- Sambrizzi, E. A. (2016). *La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del código civil y comercial*. Buenos Aires: La Ley
- Sánchez Uthurriague, M. E. y Fernández, S. B. (2015). *Gestación por sustitución: necesidad de una pronta solución*. Revista Niños, Menores e Infancias, N° 10, Instituto de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
- Sanders Bruletti, M. M. (2018) *La maternidad subrogada en la legislación argentina. Una mirada bioética*. Buenos Aires, La Ley.
- Solari, N. E. (2015). *Derecho de las Familias*. Buenos Aires: La Ley.

Otros:

- Organización Mundial de la Salud (OMS) recuperado de http://www.who.int.bibliotecadigital.idm.oclc.org/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/e/

Legislación

- Constitución Nacional
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Ley 26.862
- Decreto 956/2013
- Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación
- Ley 19.167 - Uruguay
- Ley "Human Fertilization and Embryology Act" - Gran Bretaña
- Ley "Assisted Human Reproduction" - Canadá
- Ley 3089/2002 - Grecia
- Código de Familia de Ucrania
- Ley sobre el Trasplante de Órganos y otros Materiales Anatómicos Humanos - Ucrania

Jurisprudencia

- CSJN "Artavia Murillo y Otros (FIV) vs. Costa Rica", 2012.
- Juzg. Familia nro. 7 Lomas de Zamora "H. M. y otro s/medidas precautorias (art. 232 CPCC)" 39/12/2015

- Juzgado de familia 2da nominación Córdoba "R.L.S. y Otros s/ solicita homologación", 2017.
- Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. por medidas autosatisfactivas", 15/02/2018.
- Juzgado de Familia de 1ª Nominación de Córdoba. "A., M. T. y otro s/ solicita homologación" 06/08/2018