

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 562 DEL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LA GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN**

Alumna: Mariela Gómez

Legajo: VABG 21802

ABOGACÍA

2018

Dedicatoria- Agradecimientos

Resumen

La voluntad de constituir nexos familiares que generen descendencia es una facultad inherente a la mayoría de los individuos, que han promovido la continuidad de la especie humana con el transcurso de los siglos. En este contexto y en paralelo a las formas naturales, surgen nuevas técnicas científicas que, a través de prácticas médicas posibilitan a quienes por diversas razones no pueden concebir dar lugar a la maternidad-paternidad. Surge entre ellas, la gestación por sustitución que prevé que dos personas comitentes, expresen su voluntad mediante un instrumento público y sea una mujer, ajena a la relación de pareja quien lleve a término el embarazo.

En el año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial que omitió el tratamiento de la figura, dando lugar a numerosos planteos, entre ellos la constitucionalidad del vigente artículo 562 en torno a la alusión de que “madre es quien da a luz”, situación que el presente trabajo de investigación tendrá a bien analizar.

Palabras claves: gestación por sustitución, maternidad subrogada, gestación por sustitución transfronteriza, filiación

Abstract

The desire to establish family ties that generate offspring is a faculty inherent in most individuals, who have promoted the continuity of the human species over the centuries. In this context and in parallel with the natural forms, new scientific techniques arise that, through medical practices, enable those who, for various reasons, can't conceive of giving rise to maternity-paternity. It goes between them, the gestation by substitution that provides that two people, express their will through a public instrument and be a woman, outside the relationship who carries the pregnancy.

In 2015, the Civil and Commercial Code came into force, which omitted the treatment of the figure, giving rise to numerous arguments, including the constitutionality of the current article 562 regarding the allusion that “mother is the one who gives birth”, situation that the present research work will be good to analyze.

Keywords: *gestation by substitution, surrogate motherhood, pregnancy by cross-border substitution, filiation*

ÍNDICE

<i>Introducción</i>	6
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

<i>GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: NOCIONES GENERALES</i>	9
---	----------

Introducción.....	10
1.1 Gestación por sustitución: concepto	10
1.2 Antecedentes históricos de la gestación por sustitución. Vinculaciones jurídicas ...	11
1.3 Ramas del Derecho vinculadas a la gestación por sustitución	12
1.4 Razones que imperan para propulsar una práctica regulada por el Derecho.....	13
Conclusiones parciales	14

CAPÍTULO II

<i>GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN : ASPECTOS NORMATIVOS</i>	16
---	-----------

Introducción.....	17
2.1 Las estipulaciones previstas en el Código Civil y Comercial	17
2.2 Facultades que asisten a la madre portadora	20
2.3 Convenciones Internacionales que se vinculan con la gestación por sustitución.....	23
2.4 Tratamiento de la gestación por sustitución en diversas naciones	24
Conclusiones parciales	25

CAPÍTULO III

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. LA VOLUNTAD

<i>PROCREACIONAL</i>	27
-----------------------------------	-----------

Introducción.....	28
3.1 La voluntad procreacional: concepto.....	28
3.1.1 La filiación.....	30
3.1.2 El derecho a la identidad.....	31
3.2 Limitaciones impuestas por el ordenamiento a la voluntad procreacional.....	34
3.3 El artículo 562 en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial.....	35

3.4 Debate sobre la constitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial Vigente. Análisis jurisprudencial	37
3.4.1 Principio de reserva.....	39
3.4.2 Principio de autonomía de la voluntad:	40
3.4.3 Principio de la intención	40
3.4.4 Interés superior del niño	41
Conclusiones parciales	42
<i>Conclusiones finales</i>	43
<i>Referencias bibliográficas</i>	46

Introducción

Se visualiza que en la actualidad con mayor frecuencia las personas en el afán de ser padres y no poder lograrlo, buscan diversas alternativas para conseguir este propósito. Surge entre estos métodos la subrogación de vientres. En este contexto, se involucran diversos derechos y facultades sobre todo vinculadas a la persona por nacer. No existe en la República Argentina legislación específica que permita o prohíba dicho acto a la vez de brindar protección a los involucrados.

La gestación por subrogación se trata, en líneas generales, del acuerdo que se realiza entre una persona o bien una pareja (del mismo o distinto sexo) con una mujer gestante quien se compromete a llevar el embarazo en su cuerpo sin que ello implique vínculo filiatorio alguno con el embrión implantado. En este sentido, una vez nacido el niño, la gestante debe entregarlo al o los interesados en formar una familia.

La investigación estará dirigida a tratar la figura de la subrogación de vientres, indagando y evaluando el texto incluido en el artículo 562 del Código Civil y Comercial que indica que “la madre de un niño es quien lo da a luz”. Esta situación pone de relieve la existencia de una problemática subsistente en la República Argentina, ya que lleva a preguntarse sobre la constitucionalidad del citado artículo en hechos en donde existe “voluntad procreacional” expresada por escrito de quien aporta carga genética en el embarazo en lugar de la gestante –que es una persona distinta- a quien da a luz.

Esta temática puede encuadrarse en el área jurídica del Derecho Privado, aunque también con gran alcance de potestades previstas en la Carta Magna por lo que evidencia importantes implicancias constitucionales.

En numerosos países esta práctica está terminantemente prohibida, en otros se permite aunque, en algunos casos, con ciertas restricciones preestablecidas y en el caso de la República Argentina se suprimió su tratamiento expreso en la reforma del Código Civil.

Asimismo, la práctica de la subrogación de vientres es un método que abre las puertas a ser padres a quienes se han visto frustrados por los burocráticos procesos de adopción a la vez de no tener oportunidad –generalmente por una imposibilidad física- de llevar a cabo un embarazo. Existen al efecto numerosos debates de carácter social y político al respecto que abren a discusión y debate esta práctica no legislada de forma expresa en la República Argentina.

En efecto, y más allá del vacío legal antes citado, cabe preguntarse ¿Qué sucede cuando la gestación subrogada ya se encuentra en curso? El artículo 562 del Código Civil y Comercial entrado en vigencia en el año 2015 estipula que será considerada madre de la persona nacida aquella quien lo haya dado a luz, texto que no se corresponde con la realidad planteada, en donde existe un consentimiento expreso por parte de la persona que aporta su carga genética traducido como “voluntad procreacional”, razón por la cual se debe evaluar la constitucionalidad del citado artículo.

El problema de investigación del presente trabajo se ve representado frente al interrogante: ¿Es constitucional lo previsto en el artículo 562 del Código Civil y Comercial en la figura de la subrogación de vientres?

El objetivo general del presente trabajo será el de determinar la constitucionalidad en la previsión del artículo 562 del Código Civil y Comercial respecto a la voluntad procreacional en la figura de la subrogación de vientres. En este contexto se tratarán diversos objetivos particulares tales como conceptualizar la práctica de la subrogación de vientres, delimitar los alcances de la voluntad procreacional, exponer los derechos a la maternidad/ paternidad, examinar la previsión del artículo 562, evaluar la constitucionalidad del precepto de fondo, establecer las vías de acceso a la justicia de los implicados en una gestación subrogada en la República Argentina, enfatizar los derechos del recién nacido, resaltar la importancia de una legislación en la República Argentina al efecto y analizar la jurisprudencia existente en torno a la temática, entre otros.

En efecto, a lo largo del desarrollo del trabajo se indagará: ¿Cómo está regulada la voluntad procreacional en el Código Civil y Comercial argentino?, ¿Cuál es el derecho que le asiste a la persona que aporta su carga genética para la procreación del embrión? En base a estos interrogantes, se buscará establecer los alcances de la actual figura establecida en el artículo 562 del Código Civil y Comercial para luego poner de manifiesto la contradicción existente entre el concepto brindado por el ordenamiento de fondo respecto a la voluntad procreacional y el que realmente tiene; referido principalmente al consentimiento informado, carga genética del embrión y madre gestante. Frente a ello, se examinará la constitucionalidad del precepto vigente.

Puntualmente, la hipótesis que intentará significar el trabajo estará vinculada a referenciar el derecho a la maternidad existente en el/ los sujetos que persiguen la procreación de un hijo, sin ser capaces de que la mujer lo dé a luz por sí misma.

La presente investigación utilizará la estrategia metodológica cualitativa, ya que en la investigación no se llevará a cabo ninguna medición numérica o análisis estadístico para probar teorías como sucede en la estrategia metodológica cuantitativa (Hernández Sampieri et al., 2006).

En este propósito, la investigación buscará examinar la problemática que se presenta en el precepto incluido en el Código Civil y Comercial a través del artículo 562, texto que en su lectura podría vulnerar las facultades establecidas y garantizadas a nivel constitucional, a la vez de omitir lo respectivo a la “voluntad procreacional” a la cual alude en el mismo ordenamiento. A estos fines, se recabará toda la información necesaria para demostrar la problemática subsistente y la necesidad del resguardo de los derechos fundamentales.

El desarrollo del trabajo será ordenado en tres capítulos: en el capítulo número uno, se brindarán las nociones generales de la práctica de la subrogación de vientres –o gestación por sustitución-, se enunciarán los antecedentes históricos, así como las ramas del Derecho vinculadas a la técnica y el examen de la imperiosa necesidad en razón de las facultades vinculadas de que dicha figura sea receptada y legislada por el ordenamiento argentino.

En el capítulo número dos se examinarán las estipulaciones previstas en el Código Civil y Comercial, las facultades que asisten a la persona por nacer, las Convenciones Internacionales que aluden a la subrogación de vientres y se realizará una breve mención del tratamiento de la subrogación de vientres en diversas naciones.

Por otra parte, el capítulo número tres, examinará el concepto de “voluntad procreacional”, las limitaciones que denota el ordenamiento en razón a dicha voluntad, los derechos y facultades implicados en las precisiones del artículo 562 del Código Civil y Comercial para finalizar con un análisis jurisprudencial de los casos resonantes existentes en la materia.

Por último, se brindarán las pertinentes conclusiones a los fines de determinar la constitucionalidad en la previsión del artículo 562 del Código Civil y Comercial respecto a la voluntad procreacional en la figura de la subrogación de vientres.

CAPÍTULO I

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: NOCIONES GENERALES

Introducción

Para iniciar el abordaje investigativo se hace pertinente indagar y evidenciar las nociones generales de la práctica de subrogación de vientres, tomándolo además de una práctica propiamente médica, como una situación que tiene grandes repercusiones en el mundo jurídico.

La importancia de la temática se hace evidente toda vez que existen en ella contenidos vinculados al inicio de la persona física, su concepción y corolarios derechos y obligaciones que los involucrados deberán tener presentes al momento de proceder a llevar en curso la práctica de subrogación de vientres.

Así entonces, utilizando como punto de partida las nociones principales que se detallarán a continuación, será posible continuar con el abordaje jurídico y particular de la problemática planteada.

1.1 Gestación por sustitución: concepto

Existen diversas definiciones, así como sinónimos para llamar a dicha práctica. En primer lugar, Justo Aznar (2017) sostiene que la subrogación de vientres o maternidad subrogada consiste en:

La práctica procreativa en la que una mujer gesta un embrión con el que no tiene ninguna relación biológica. Normalmente dicha práctica conlleva una remuneración económica para la mujer gestante. Cuando ello no ocurre se la denomina maternidad subrogada altruista (Aznar, 2017; p. 1).

Si se analiza la definición expuesta, pueden evidenciarse las lógicas particularidades y discrepancias frente al hecho de llevar a cabo y/o someterse a esta práctica dado que pueden mediar en ella fines económicos. Así surgen numerosas alusiones que rozan con parámetros sociales y éticos. Al respecto, Puppink y De La Hougue (2015) sostienen:

En la gestación subrogada, el niño es objeto de un contrato. Él está concebido para ser parte de un contrato, transferido después de su nacimiento por la madre gestante a la(s) persona(s) contratante(s) y su filiación, es a la vez, manipulada biológicamente... y jurídicamente... (Puppink y De La Hougue, 2015; p. 2).

Vale aclarar, que tampoco debería considerarse tal observación al extremo, ya que a través de esta técnica numerosas familias han visto materializada la posibilidad de ser padres aportando carga genética a los individuos por nacer.

1.2 Antecedentes históricos de la gestación por sustitución. Vinculaciones jurídicas

Al oír en la actualidad de manera frecuente acerca de la subrogación de vientres, quizás se piense en que se trata de una técnica novedosa y actual. Lo cierto es que este mecanismo data de tiempos bíblicos. Así, se observa en Génesis 16:1-16 un pedido que Saray esposa del patriarca Abram le hace a su marido en razón de su infertilidad¹. En esta perspectiva podría inferirse entonces que era una práctica admitida.

Otro antecedente histórico se encuentra representado en el yacimiento de Kültepe-Kanesh- Turquía, donde a través de una investigación arqueológica se encontraron 25.000 tablillas sobre las cuales los especialistas afirman que refieren a un contrato matrimonial en el que se estipula que ante la esterilidad de la mujer, el marido podría tomar a una prostituta sagrada o una esclava con el objeto de la procreación².

Existe otro fundamento histórico escrito, contenido en disposiciones del Código de Hammurabi (1750 a. C.) en las cuales se enseñan los procedimientos en caso de infertilidad de la esposa. Se contempla la posibilidad de recurrir a una esclava con fines reproductivos y que la misma no pueda ser vendida en caso de haber tenido hijos de su patrón.

Avanzados los siglos, en 1976 se celebra el primer acuerdo escrito de gestación por sustitución en Estados Unidos, pero con la particularidad de que la gestante aportaba sus propios gametos. Años después en 1978 con la implementación de la técnica de fecundación *in vitro*, las gestantes comenzaron a dejar de aportar carga genética a los

¹ Santa Biblia- Antiguo Testamento. Génesis 16:1-16: Saray, la esposa de Abram, no le había dado hijos. Pero, como tenía una esclava egipcia llamada Agar. Saray le dijo a Abram: — El Señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos.

² Fernández, V. (2017). *Esta tablilla de barro era un contrato prematrimonial de hace 4.000 años*. [online] Quo. Disponible en: <http://www.quo.es/ser-humano/contratos-prematrimoniales-en-la-antiguedad> [Acceso 13 Abr. 2018].

embarazos, siendo reemplazado por la inseminación artificial de los gametos de quienes encomendaban el embarazo.

El auge de la gestación por sustitución con repercusiones públicas fue a través del nombrado caso “*Baby M.*”³, en el cual la gestante a cambio de una suma de dinero –USD 10.000-, llevaría a término el embarazo. Para ello se firmó un contrato entre las partes. La particularidad de este caso se representa en la situación de que ocurrido el nacimiento de la menor en 1986, la gestante se negó a entregar a la bebé, por lo cual quienes habían encomendado el embarazo acudieron a la justicia. Finalmente, el pleito se resolvió teniendo en cuenta el interés superior del menor y la guarda se confirió al matrimonio Stern quienes habían sido los requirentes.

Otro caso resonante se dio en 1994 en el pleito “*Buzzanca contra Buzzanca*”⁴, en el cual con un embarazo subrogado en curso, con gametos de donantes desconocidos, el matrimonio solicitante se divorcia y en el cual el futuro padre renuncia a los deberes de alimentación y custodia que le correspondían. Los tribunales comienzan a inferir la posibilidad de declarar al recién nacido huérfano dado el estado genético de incertidumbre. La contienda concluye en que debe estarse ante la “voluntad procreacional” por lo que ambos solicitantes son declarados los padres del menor.

En el análisis, se observa que surge por primera vez la denominada voluntad procreacional que se tratará oportunamente en el presente trabajo.

1.3 Ramas del Derecho vinculadas a la gestación por sustitución

Derivados de los casos mencionados *supra*, surgieron numerosos con características similares, en los cuales existen vinculaciones con diversas áreas jurídicas que deben ser atendidas dada la importancia principalmente de la persona por nacer y sus facultades. Así, la gestación por sustitución puede encontrarse conectada con:

³ *In Re Baby M*, 537 a.2d 1227 (N.J. 1988). [online] . Disponible en: <https://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-baby-m/> [Acceso 13 Abr. 2018].

⁴ *In re Marriage of Buzzanca*. 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (1998). [online] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html> [Acceso 13 Abr. 2018].

- El Derecho de Daños: al revisar las bases indemnizativas que se harían pertinentes en caso de accidente, lesiones o incluso la muerte de la gestante. En ellos debe contemplarse riesgo de vida durante el parto, enfermedades vinculadas a la portación del embarazo.
- Derecho Sucesorio: frente al supuesto de que los requirentes o la gestante fallezcan respecto a la persona por nacer.
- Derecho Privado: terceros interesados: en razón de la oponibilidad del acuerdo celebrado entre partes.
- Derecho a la Salud: ¿Existirá cobertura médica para la madre gestante si sólo se constituye la misma a los efectos del embarazo? ¿Qué sucede si el embrión gestado es anormal o desarrolla patologías?
- Consanguinidad: debido a que la subrogante brinda a través de su cordón umbilical alimento al feto, ¿Cómo deben ser tratadas las cuestiones de parentesco por consanguinidad?

1.4 Razones que imperan para impulsar una práctica regulada por el Derecho

Existen en el análisis diversos motivos por los cuales se evidencia una gran y creciente necesidad de que la práctica de la subrogación de vientres sea una materia atendida por el Derecho argentino.

En primer orden, debe tenerse presente todo lo referido al interés superior del niño –en este caso, la persona por nacer-, el cual debe respetarse toda vez que sus facultades puedan verse alcanzadas y/o afectadas. Así lo especifican diversos Instrumentos internacionales de idéntica jerarquía a la Constitución Nacional⁵. La ley 26.061 sobre “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”⁶ prescribe: “A

⁵ En ejemplo, el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño establece la necesidad de ponderación del interés superior del niño en todas las cuestiones que alcancen a los menores de edad. Asimismo el Comité de Derechos del Niño a través de la Observación General número 14 del año 2013, establece que el interés superior de los menores deberá ser tratado como una cuestión primordial.

⁶ Congreso de la Nación Argentina. (28 de Septiembre de 2005). *Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes* [Ley 26.061]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. Acto seguido enuncia las principales condiciones que, entre otras, deberán salvaguardarse: sus derechos, opiniones, núcleo familiar y social.

Alejados de la realidad eminentemente jurídica, existen discrepancias sobre aceptar una recepción legislativa por parte de sectores ultra religiosos y conservadores de la sociedad. Lo cierto es, que la gestación por sustitución es una práctica existente que si bien, no se lleva a cabo de común en la República Argentina se origina en países extranjeros con menores que luego son repatriados.

En este contexto, surge la necesidad de otorgar a aquéllos menores concebidos en el extranjero la posibilidad de encontrarse resguardados bajo los parámetros legales de la Nación, a la vez de que sus facultades y derechos se encuentren plenamente garantizados. En razón de ello, Lamm (2013) establece:

La GS internacional demostró y advirtió que la prohibición sólo conducirá a situaciones injustas, discriminatorias y, en muchos casos, en graves perjuicios para los niños nacidos como consecuencia del limbo legal en el que se encuentran ante la práctica realizada no obstante su prohibición (Lamm, 2013; p. 102).

Esta aseveración confirma, además de las diversas ramas enunciadas previamente, la necesidad de un encuadre jurídico con precisiones terminológicas adaptadas a la práctica médico- científica de gestación por sustitución o subrogación de vientres.

Conclusiones parciales

De la lectura de las precisiones anteriores es posible concluir que la gestación por sustitución o su sinónimo la subrogación de vientres es una técnica milenaria que ha posibilitado a numerosas familias con casos de esterilidad poder –a través del aporte de carga genética- implantar los gametos en una mujer fértil que se ofrece para llevar en curso el embarazo.

En base a ello, y en contra de ciertos parámetros sociales se encuentran inmersos y vinculados numerosos aspectos que deben ser atendidos por el ordenamiento jurídico, entre ellos: cuestiones relativas al derechos sucesorios, consanguinidad, Derecho a la

Salud, derechos constitucionales, pero el más importante de todos: el derecho e interés superior del niño, es decir, aquélla persona por nacer que será procreada bajo esta técnica.

Se hace imperioso así, atender a todas las circunstancias que emergen de los contratos y –se reitera- tienen alcance a las facultades inherentes a los menores.

Los casos jurisprudenciales del extranjero que dan cuenta de la existencia de la subrogación de vientres son contundentes y denotan lo antedicho: la ausencia de una legislación específica y detallada al respecto, abre la posibilidad a contiendas judiciales en las cuales los menores se ven vulnerados al desconocer en algunos casos –tales como el relatado fallo de “Buzzanca”- quienes son sus progenitores afines y particularmente quiénes serán los encargados de salvaguardar sus derechos.

CAPÍTULO II

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ASPECTOS NORMATIVOS

Introducción

En el presente capítulo se abordará el aspecto normativo de la subrogación de vientres. Para ello se evaluará el texto previsto en el Código Civil y Comercial vigente a partir del año 2015. Asimismo se examinarán las facultades que le asisten a la persona por nacer a la luz de la legislación.

Otro aspecto que se hace menester de indagar es el tratamiento que brindan las Convenciones e Instrumentos Internacionales así como la breve reseña de cómo ha sido encuadrada y abordada la práctica de la gestación por sustitución en diversas naciones.

Lo antedicho será de importancia y trascendencia a los fines de evaluar en lo sucesivo la constitucionalidad en la previsión del artículo 562 del Código Civil y Comercial respecto a la voluntad procreacional en la figura de la subrogación de vientres.

2.1 Las estipulaciones previstas en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial prescribe diversos artículos acerca del proceso de gestación por sustitución. Algunos contienen estipulaciones específicas respecto de la práctica a la vez que otros, encuentran vinculaciones a la misma.

En primer término el artículo 59 hace referencia al consentimiento informado para actos médicos, ya que como toda intervención requiere de la expresión de la voluntad del paciente. En este ámbito la Ley de Derechos de los Pacientes 26.529, define el consentimiento informado en la primera parte del art. 5º: “Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: (...)”.

Realizando un análisis crítico de la definición se infiere que inicialmente se trata de un acto en el que la información se comunica de forma previa a la aceptación *ad hoc* del planteamiento que realiza el facultativo.

Así también, el artículo 60 del Código Civil y Comercial, referente a las directivas médicas anticipadas en las cuales la paciente que se someta a la subrogación puede

otorgar mandato acerca de su salud y/o anticipar directivas frente a una potencial incapacidad.

Avanzando en el articulado, el artículo 558 refiere a la filiación la cual según menciona puede ser producto natural, del uso de técnicas de reproducción asistida, o bien, por adopción. El artículo 559 es de gran trascendencia, ya que en él se plasman las particularidades respecto a la inscripción. Así, el certificado de nacimiento expedido por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, no debe hacer alusión a la cual la persona fue concebida. Al respecto, Quaini (2017) expresa:

En todos los casos el padre reconoce a su hijo en el Registro Civil, así tiene un documento de identidad donde figura como madre, la mujer gestante y como padre su padre biológico, a menos que sea con donación de esperma, que a fin de cuentas es padre procreacional y es exactamente lo mismo. El juez ordena entonces al Registro Civil emita una nueva partida de nacimiento donde figuran como padres, los actores de la demanda y se ordena la inmovilización de la primera partida de nacimiento. (Quaini, 2017; p. 7).

Seguidamente, el Capítulo 2, del Título V, enumera las reglas generales de filiación en la reproducción humana asistida, para lo cual se instituye el artículo 560 que alude al consentimiento previo e informado referido *supra*. Al respecto es pertinente hacer la salvedad de que deberá ser otorgado a través de instrumento público o certificación de la autoridad sanitaria competente en la jurisdicción. Esta expresión de voluntad puede ser revocada siempre y cuando no se haya producido la concepción o bien la implantación del embrión.

El artículo 562 alude a la voluntad procreacional. Este punto será tratado in extenso en el siguiente capítulo, razón por la cual es menester a fines informativos evidenciar que el texto de fondo admite la filiación, independientemente del método empleado para concebir. Sólo para el caso es requerida la intención de paternidad o maternidad.

Posteriormente, el artículo 563 trata un punto trascendental: el derecho que asiste a las personas nacidas a través de técnicas de reproducción humana asistida a acceder a la información relativa a los datos médicos del donante –siempre y cuando peligre su salud- (artículo 564); y a que sea revelada la identidad del donante –a través de decisión judicial fundada-. Esta facultad responde a diversas similitudes con el instituto de la adopción en lo atinente a la identidad, conocer los orígenes. Por no ser el objeto particular

de la investigación, al respecto sólo es dable evidenciar lo manifestado por la doctrina en las expresiones de Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2012) que mencionan:

La comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (*bio*, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión, se habla del «derecho a la información» (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2012; p. 1257).

El artículo 565 refiere al principio general de la determinación de la maternidad, y persigue, conforme manifiesta Lorenzetti (2014) “preservar la tradición jurídica adoptada por el código anterior basado en los adagios *mater semper certa est* —madre cierta es— y *partus sequitur ventrem* —el parto sigue al vientre— (Lorenzetti, 2014; p.526). Ahora bien, si se analiza este artículo de forma crítica, se evidencia que el legislador no ha tenido presente la figura de la gestación por sustitución, al sólo contemplar el parto de forma natural, ignorando todo tipo de voluntad procreacional. Por lo cual, para el caso en particular: madre es quien ha llevado al bebé en su vientre, independientemente de quién haya aportado carga genética o tenga la intención de convertirse en madre.

Ahora bien, en el tratamiento específico acerca de la filiación de carácter extramatrimonial, prevé en el artículo 575 que la misma será determinada a través del consentimiento previo a la concepción —evaluado *supra*— y emerge una preminencia de considerar en forma particular la voluntad procreacional más allá del aspecto genético. Al efecto, Lorenzetti (2014), afirma:

Se está frente a una nueva realidad social que parte de un dato inicial completamente diferente: es posible la reproducción sin necesidad de relación sexual alguna. Por ende, la regla ha dejado de ser tan simple: quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. Las TRA provocan la disociación del elemento genético, el biológico y el volitivo, siendo este último el decisivo para la determinación de la filiación. Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo geneticista y/o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socioafectiva, determinada por la aportación del

elemento volitivo (Lorenzetti, 2014; p. 584).

Finalmente, resta evaluar en este punto lo expuesto previamente: ante el nacimiento de un menor a través de la técnica de subrogación de vientres, en principio en la inscripción del recién nacido se realizará estipulando la maternidad de quien lo haya portado en su vientre. Igualmente, la legislación de fondo vigente ha instituido el artículo 588 en el cual se trata la impugnación de la maternidad. Al efecto, el proceso indica que si bien se anotó como madre a quien llevó el embarazo, quien haya tenido la voluntad procreacional en que éste se produzca para convertirse en madre dispone de un año para determinar que la subrogante impugne la maternidad y se anote a nombre de quien encomendó el embarazo. De esta manera y como expresó Quaini: “el juez ordena entonces al Registro Civil emita una nueva partida de nacimiento donde figuran como padres, los actores de la demanda y se ordena la inmovilización de la primera partida de nacimiento. (Quaini, 2017; p. 7).

2.2 Facultades que asisten a la madre portadora

En el análisis de la facultad que asiste al recién nacido y conforme se ha evidenciado toda persona tiene derecho a conocer y tener acceso a su identidad. En idéntica perspectiva, la madre subrogante le corresponden diversas facultades por el sólo hecho de portar en su vientre al recién nacido.

En primer orden, podría establecerse que el primer derecho está referido a la potestad de autodeterminación, bajo el cual la subrogante puede optar de forma libre y consciente convertirse en la gestante. Así lo manifiesta el resonado fallo “Artavia Murillo y otros” del año 2012, a través del cual en el considerando N° 143 se establece una importante reflexión acerca de la vida privada y la decisión personal:

...Forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la mujer someterse a esta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y

definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. El mencionado tribunal ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, por tanto, considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (“Caso Artavia Murillo y otros. “Fecundación *in vitro*” vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012, considerando 143).

En sentido contrapuesto, Escudero de Quintana (2017) expresa:

La autodeterminación no es suficiente para tornar moral o legal un acto o un proceso que carece de esas cualidades; como señalan diversos autores, en algunas de las cláusulas de estos convenios se pacta la entrega del niño por nacer, no resultando admisible que éste sea tratado como una cosa, como si fuese una mercancía (Escudero de Quintana, 2017; p. 9).

Así entonces, reflexionando sobre las evidencias anteriores, es posible evaluar que el derecho de la mujer a disponer sobre su propio cuerpo si bien es reconocido en numerosos Instrumentos Internacionales y legislación vigente no implica una liberalidad absoluta que lleve a riesgos tales como tomar la maternidad como un comercio.

Otro derecho vinculado al anterior e inherente a la mujer gestante es el derecho a la vida y a la integridad física que se torna vigente al momento de evaluar que el sometimiento a un embarazo conlleva en numerosas ocasiones aspectos de vulnerabilidad a la mujer. Asimismo, el mismo hecho de someterse al procedimiento, puede acarrear problemáticas de infecciones y patologías vinculadas al mismo tratamiento de implantación de embriones. Al respecto Escudero de Quintana enumera la legislación afectada al efecto:

La maternidad por sustitución, al afectar la salud y la integridad física de la gestante, atenta contra lo dispuesto en los artículos 19, 33 y 75 de la Constitución Nacional y, particularmente, viola derechos de la portadora contenidos en los artículos 3, 5 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1, 7 y 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 4, 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica; todo ello sin perjuicio de la violación, en algunos supuestos, de

normas nacionales e internacionales que protegen a la mujer de tratos inhumanos y de la servidumbre o esclavitud (Escudero de Quintana, 2017; p. 9).

En el análisis de lo anterior, la crítica que corresponde es que la gestación por sustitución constituye una realidad actual. Los riesgos son los propios de cualquier mujer en estado de embarazo, así como la probabilidad de contraer enfermedades o patologías derivadas. Es igualmente la misma situación de cualquier mujer que se someta a cualquier procedimiento de fertilización humana asistida. El riesgo principal y derivado sí, de la técnica es el daño psíquico que puede manifestarse en la mujer que porta el embarazo, ya que es prácticamente inevitable que no se establezcan vínculos afectivos con la persona por nacer.

También es menester reflexionar acerca de la dignidad de la mujer gestante. Frente a este punto existen posturas que manifiestan que tal facultad no se vería afectada al someterse al proceso de subrogación. En esta perspectiva, el fallo “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”⁷ del año 2015 expone:

... La teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada al tratarse de un acuerdo voluntario y libre, que al no conllevar un interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, tampoco puede tacharse de inmoral. Respecto del argumento de la explotación o cosificación, del que se ha dicho que es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer como también que le impide ejercer su derecho a la privacidad y autodeterminación, estimo que no es el caso de autos.

En contraposición a este argumento, Taraborelli (2016), menciona que la subrogación de vientres podría originar situaciones de explotación de género, permitiendo que mujeres de bajos recursos sean aprovechadas económicamente. En esta misma perspectiva, Sambrizzi (2012) citando a Videla expresó:

En el caso del vientre alquilado, subrogado o sustituido la maternidad es literalmente descuartizada, debido a que se la transforma en una actividad económicamente rentable. ...Desde la ética es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una

⁷ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro 102- Capital Federal (18/05/2015) “C., F. A. y otro c/ r. S., M. L. S/impugnación de maternidad”. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/juzgado-nacional-primer-Instancia-civil-nro-102-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-otro-impugnacion-maternidad-fa15020011-2015-05-18/123456789-110-0205-1ots-eupmocsollaf?>

negociación infame (Sambrizzi, 2012; p. 315).

Nuevamente al respecto, cabe reflexionar que es menester evaluar cada caso en particular que pueda llegar a suscitarse, garantizando el respeto por los principios éticos y la voluntad altruista de la gestante.

2.3 Convenciones Internacionales que se vinculan con la gestación por sustitución

Como primer aspecto a destacar, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) instituye a la dignidad humana como cimiento de los derechos humanos, razón por la cual se deben preservar la libertad, la justicia y la paz de carácter transnacional.

Esta perspectiva, se evidencia de forma idéntica en los Instrumentos que aluden a la protección de la dignidad humana al prohibir el tráfico de personas, especialmente el de mujeres y niños, y garantizar el interés superior de los niños “en cualquier circunstancia y contra la interferencia en el proceso natural de la concepción y el nacimiento”.

En el año 2012 la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado emitió un informe preliminar sobre los problemas de maternidad por sustitución, y mantuvo idéntica postura a la determinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que:

En varias ocasiones ha puesto de manifiesto cómo, en relación con decisiones en el ámbito del estado civil y el Derecho de familia, el no reconocimiento de una decisión extranjera por un Estado que forma parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede constituir una violación de ciertos derechos fundamentales establecidos en el propio Convenio, particularmente, del «derecho al respeto a la vida privada y familiar» (Cruz Menéndez, 2012; p. 648).

En concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, debe tenerse presente la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual pondera el bienestar e insta a obrar siempre reflexionando y procurado sobre su interés superior. En la práctica de la subrogación de vientres se deben tener presentes estos preceptos evitando tener a la persona por nacer como un “objeto” del deseo procurado bajo especulaciones inescrupulosas.

2.4 Tratamiento de la gestación por sustitución en diversas naciones

Empinada doctrina nacional⁸ ha expuesto lo evidenciado por el Tribunal de Justicia Europeo, que incluye a 35 países de la Comunidad Europea; en la cual en catorce países de la Unión se encuentra prohibida de forma terminante la gestación por sustitución. Asimismo, diez son los Estados que no cuentan con una regulación sobre el tema o estaría prohibida en virtud de disposiciones de carácter general, o no se tolera o la cuestión de su legalidad es incierta.

La gestación por sustitución está permitida en:

- Estados Unidos: “no en todos los Estados de USA está permitida la subrogación, pero en los estados de Arkansas, California, Connecticut, Dakota del Norte, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Illinois, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Oregón, Texas, Utah y Virginia Occidental se contempla por ley expresa o por jurisprudencia”⁹.
- Canadá: debe ser de carácter altruista y los futuros padres deben cubrir todo gasto que derive de la gestación.
- Portugal: denominada *gestação de substituição*, se admite siempre y cuando sea de forma gratuita y por motivos médicos, es decir que sea efectiva y terminante la imposibilidad de gestar.
- Albania: no existen mayores precisiones sobre la subrogación en este país.
- Georgia: de carácter oneroso, concedida a matrimonios heterosexuales, unidos legalmente con imposibilidad de gestar.
- Grecia: se concede a mujeres solteras y a parejas heterosexuales con el requisito de que exista incapacidad para gestar.
- Países Bajos: contemplado únicamente para parejas heterosexuales, con fines altruistas y con imposibilidad de llevar a cabo una concepción de carácter natural. Los padres se someten a estrictos exámenes psicológicos que determinan la viabilidad y procedencia de la práctica.

⁸ Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lamm, E., entre otras célebres doctrinarias.

⁹ Mestre, C. (2018) *Gestación Subrogada a Nivel Internacional: ¿Dónde Es Legal?* Babygest online. Disponible en: www.babygest.es/paises/. Fecha de acceso: 20 May. 2018

- Reino Unido: de forma altruista y con muchas restricciones. Se elabora un contrato no vinculante y legalmente la madre que concibe es la reconocida legalmente.
- Rusia: de carácter oneroso. “Se permite la gestación subrogada a parejas heterosexuales y mujeres solteras que no puedan llevar un embarazo a término”¹⁰.
- Ucrania: de carácter oneroso. Quaini (2017), señala que es uno de los destinos elegidos con mayor frecuencia en razón de costos. “Por 40.000 euros, se ofrecen intentos ilimitados incluyendo estadías, traslados, seguros de salud. Las familias contratan los servicios como “all inclusive”, teniendo un control total de los gastos. La decisión es administrativa y por hoy los padres regresan a Argentina a las tres semanas del nacimiento de la criatura sin inconvenientes con un pasaporte provisorio argentino. En Argentina se terminan de realizar los trámites administrativos registrales. Recordemos que Ucrania no tiene *ius soli* y que como la mujer que lleva el embarazo no es considerada la madre del niño nacido por estas prácticas, tampoco es ucraniano por *ius sanguinis*” (Quaini, 2017; p. 6).

Existen luego, numerosos países en los que si bien no se ha prohibido, no se ha legislado al respecto. Entre ellos pueden mencionarse: Bélgica, Brasil, Chile, Chipre, Guatemala, Irlanda, Japón, Panamá, República Checa, entre otros.

La gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida en Alemania, Austria, España, Estonia, China, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. Algunos Estados contemplan severas penas para quienes lleven a cabo tales prácticas no permitidas.

Conclusiones parciales

Luego de haber abordado diversos aspectos legislativos de la práctica de la gestación por sustitución se evidencia que la legislación argentina de fondo ha tenido en vista numerosos aspectos al momento de realizar la reforma. El hecho de no haber tratado de forma específica a la gestación por sustitución, abre lugar a intenso debate acerca de

¹⁰ Mestre, C. (2018) *Gestación Subrogada a Nivel Internacional: ¿Dónde Es Legal?* Babygest online. Disponible en: www.babygest.es/paises/. Fecha de acceso: 20 May. 2018

los derechos y obligaciones de las partes comprometidas, el interés superior de la persona por nacer, así como los propios de la mujer subrogante.

Es menester mencionar aquí las bases evidenciadas de la voluntad procreacional: debe existir un avance en la materia, ya que la ciencia demuestra que existen otras alternativas a la paternidad y maternidad tradicionales. En específico, diversos países contemplan la práctica con altos controles y estándares definidos, tal y como es el caso de Holanda que, sin que la medida implique actos discriminatorios, delimita diversos requisitos de acceso. Y es que al ser la gestación por sustitución o maternidad subrogada un acto que da vida a un nuevo ser, no puede ser un mecanismo que se transforme en una práctica comercial o que vulnere derechos de los implicados.

También el acceso a la maternidad es una facultad humana universal. Esta voluntad tan esencial y primordial para la evolución no puede ser completamente vedada. Ya se examinó en el capítulo previo que desde épocas remotas la voluntad de ser padres se hallaba en el ser humano.

En este ámbito y con la estructura legislativa de carácter tanto nacional como internacional evidenciada, se conforma un panorama óptimo para tratar en el próximo capítulo y en específico la hipótesis fuente del trabajo: ¿Es constitucional la previsión del artículo 562 del Código Civil y Comercial respecto a la voluntad procreacional en la figura de la subrogación de vientres?

CAPÍTULO III

*GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. LA VOLUNTAD
PROCREACIONAL*

Introducción

En el presente capítulo de la investigación se abordará la particularidad y concepto trascendente en la gestación por sustitución referido a la voluntad procreacional. Se establecerá asimismo, su relación directa con la filiación y el derecho a la identidad.

Se hará particular diferenciación entre el derecho a la información y el derecho a la identidad, ya que ambos revisten cabal importancia en torno a la temática en análisis.

Se evaluarán las limitaciones que la normativa lleva ínsitas a la voluntad procreacional, a la vez que se tendrán presentes, numerosas posturas doctrinarias que se manifiestan a favor y en contra de la técnica de la gestación por sustitución.

También será pertinente examinar y analizar lo dispuesto en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial en el que la figura de la gestación por sustitución sí iba a ser regulada.

Finalmente, se examinará el tratamiento actual en la norma vigente y la interpretación realizada a través de la jurisprudencia acerca de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial.

3.1 La voluntad procreacional: concepto

El término de voluntad procreacional así como sus implicancias jurídicas ha sido tomado en el ámbito del Derecho argentino por primera vez en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial en el año 2012.

Respecto a la definición, Krasnow (2017), expresa:

La voluntad procreacional es el deseo e intención de crear una nueva vida, tutelándose así el derecho de toda persona a decidir con plena libertad el tener o no un hijo. La responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación (natural y/o asistida) y de las consecuencias que este hecho produce (Krasnow, 2017; p. p. 180- 181).

En similar expresión, Teitelbaum, alude:

El concepto de voluntad procreacional tiene vuelo propio y se inspira en otra causa fuente, la intención de ser padres que es muy distinta del gélido y obligatorio consentimiento médico que se presta en el centro de salud por quienes realizan el tratamiento. En rigor, la voluntad procreacional es la llave de bóveda de todo el sistema de las TRHA. Es ciento por ciento deseo, anhelo, sueños, esperanza y se encuentra a años luz de distancia del a veces indescifrable consentimiento médico cuyos términos profesionales en general, superan la capacidad de comprensión de los pacientes (Teitelbaum, 2016; p. 547).

Diversas son las conjeturas que pueden referirse a esta expresión. Con claridad, el Profesor e Investigador mexicano Héctor Augusto Mendoza Cárdenas, expuso en el año 2017 una interesante alusión al tema, en razón del análisis de un caso filiatorio derivado de una reproducción por inseminación artificial casera. Al respecto manifiesta:

La voluntad procreacional alude a la intención o no, de asumir consecuencias jurídicas cuando nuestro material genético es utilizado... Para bien entender que es la voluntad procreacional, es necesario vincularla a dos posibles teorías: por un lado, la teoría de la intención y, por el otro, la teoría de la filiación genética (Mendoza Cárdenas, 2017; p. 351).

A continuación expone el tratamiento de ambas:

- Teoría de la voluntad procreacional derivada de la intención: se encuentra centrada en los intereses de los adultos, el elemento fundamental para derivar consecuencias jurídicas respecto de las cuestiones filiatorias, radica en la voluntad o intención de procrear o no, bajo esta teoría es la voluntad procreativa la que debe ser determinante para la atribución o no, de la filiación. En estos supuestos, la realidad biológica es, o debe ser, irrelevante para el Derecho. El Derecho deberá, en hipótesis como las aquí planteadas, reconocer la intención y la voluntad de asumir o no, las consecuencias filiatorias por parte de quienes reciben u otorgan material biológico (Mendoza Cárdenas, 2017; p. p. 351-352).
- Teoría de la filiación genética (centrada en el menor): bajo esta hipótesis la intención y en específico la voluntad procreacional son irrelevantes tanto para el proveedor como el receptor de gametos. Bajo esta teoría el elemento determinante nada tiene que ver con la voluntad ya que el elemento fundamental es el engarzamiento biológico. Así, el determinante genético se convierte, *de facto*, en un determinante jurídico para efectos de la filiación (Mendoza Cárdenas, 2017; p. 353).

Analizando lo mencionado entonces, se observa que en el caso argentino, y tomando como punto de partida las teorías antes planteadas no es posible con el estado de situación actual situarse en alguna de ellas cuando se habla de gestación por sustitución, ya que, en el caso de la teoría de la intención si bien los aportantes son quienes expresan de forma libre el consentimiento, el ordenamiento dispone que “madre sea quien lo da a luz” (conforme artículo 562); y, por otra parte, en la teoría de la filiación genética, sí se tiene en cuenta el elemento biológico, a diferencia de lo expresado en el artículo 562 *in fine* al sostener: “independientemente del aporte de los gametos”.

3.1.1 La filiación

De la voluntad procreacional surge de forma indubitable aspectos que remiten a la filiación, la cual es definida por la Real Academia Española¹¹ como la “procedencia de los hijos respecto de sus padres”. Asimismo, la doctrina ha exteriorizado otros conceptos. Al respecto, Bossert y Zanoni (2016) sostienen que la filiación es “el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos” (p. 283).

Esta última definición se debe analizar de forma crítica al dejar de lado institutos como el de la adopción o la filiación que haya tenido lugar a través de técnicas de reproducción humana asistida.

Al efecto, con la reforma y posterior entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se dio una contemplación más actual y adecuada a los avances científicos que hasta aquí se han mencionado. La norma en cuestión dispone:

Artículo 558- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

Seguidamente, aclara que los efectos filiatorios, cualquiera sea el método invocado de concepción, será el mismo.

Otro aspecto de trascendental importancia es el vinculado a la forma en la que esta filiación se determina. Al respecto, Chechile define al acto manifestando que: “la

¹¹ Real Academia Española. (s.f.) Definición de “filiación”. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=filiaci%C3%B3n>

determinación de la filiación involucra marcar jurídicamente quien es el padre o la madre de un individuo” (Chechile, 2015; p. 396). En la temática en análisis, en el caso de la filiación por naturaleza, el establecimiento se realiza por cuestiones vinculadas a la genética, y se respeta primordialmente el principio de “*mater sempre certa est*”¹², en cambio en el caso de la gestación por sustitución la determinación de la filiación se realiza en razón de quien haya expresado su consentimiento y por consiguiente, la voluntad procreacional a través del mismo.

Respecto al consentimiento informado, cabe a lugar hacer un apartado, ya que el artículo 561 manifiesta que deberá realizarse bajo escritura pública. Si bien no se especifica cuál debe ser el momento preciso en que dicho acto debe realizarse, es ésta la forma más precisa y segura de dejar asentada y por ende, protocolizada, la voluntad procreacional. En este sentido añade Teitelbaum:

Las ventajas que ofrece el documento público notarial lo posicionan como la herramienta más segura para receptor la manifestación de los actores del proceso de GS y allana la tarea de los magistrados que resuelven, en última instancia, en base a lo redactado. La plena fe que bautiza a todas las declaraciones vertidas ante el escribano, gozan de una irrefutable verdad impuesta por ley en cuanto a que fueron pronunciadas. (Teitelbaum, 2016; p. 552).

En razón de lo citado, se establece entonces que ante la carencia de una previsión legal en específico que aluda a la gestación por sustitución, la escritura pública y protocolizada con la intervención de un escribano, se transforma en el medio más idóneo para determinar de forma fehaciente cuál ha sido la verdadera intención, límites y responsabilidades que les competen a cada uno de los implicados en el procedimiento.

3.1.2 El derecho a la identidad

Otro aspecto a tener en cuenta cuando se enuncia la voluntad procreacional, es el derecho a la identidad que le asiste a la persona por nacer.

¹² Locución latina utilizada en el Derecho Romano para expresar “la madre es siempre conocida” en razón de que era ineludible que el hijo nacía provenía del vientre de su madre.

Numerosos preceptos e Instrumentos se encuentran involucrados, entre ellos, el artículo 75 inc. 19 de la Constitución Nacional que enuncia las atribuciones del Congreso de la Nación, una de ellas: el dictado de normas orientadas a la protección de la identidad y la pluralidad cultural.

En idéntico sentido, normas de fuente convencional como la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 7, 8 y 9 prevén el derecho a la identidad.

Dentro de la legislación nacional, la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes contiene esta facultad en el artículo 11 y se hace extensivo a sus dimensiones estática y dinámica. Asimismo, la norma establece que será el Estado quien se responsabilice por garantizar la efectividad de este derecho (arts. 11, 2.º párr., y 29).

Analizando los preceptos citados, debe aclararse que si bien se trata de ordenamientos que aluden a los sujetos menores de edad, el derecho a la identidad debe hacerse extensivo como una facultad ineludible e inherente a todo ser humano por su condición de tal. Así, y tal como añade Krasnow: “toda persona tiene derecho de acceder a su verdad de origen por tratarse de un derecho humano personalísimo cuya efectividad debe ser protegida por el Estado como garante de los derechos de todo ciudadano” (Krasnow, 2017; p. 187).

En este punto, el Código de fondo dispone en el artículo 563 que en los casos en los que la procreación se haya llevado a cabo mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida con aporte genético de un tercero, se elaborará un registro detallado del procedimiento, donantes genéticos y toda otra circunstancia relevante. El punto trascendental en este aspecto se debe determinar en la diferencia imperante entre el “derecho a la identidad” y el “derecho a la información”, sosteniendo que el primero tal y como se remarcó supra, le asiste a todo individuo. En cambio, el segundo dependerá para su conocimiento de diversas circunstancias que la legislación ha previsto.

Se debe tomar como punto de partida la ponderación acerca de si la práctica médica de reproducción humana asistida ha tenido carácter homólogo –en donde el material genético es aportado por ambos miembros de la pareja- o heterólogo –cuando existe material genético ajeno a uno o a ambos miembros de la pareja-. En los dos casos existe el derecho a la identidad, pero el derecho a la información en el caso homólogo no

presenta mayores dificultades como si en el caso heterólogo, donde se suscitan cuestiones de complejidad vinculadas a la privacidad y anonimato del/los donante/s.

Al respecto Lorenzetti (2015) manifiesta:

Tanto en la filiación por naturaleza como en la adoptiva y la que se deriva de las TRHA, está involucrado el derecho a conocer los orígenes, pero en este último caso, los orígenes se circunscriben al dato genético y no a la “realidad biológica” con la concepción actual que se tiene sobre esta denominación que utiliza el derogado artículo 328 del Código Civil, es decir, como sinónimo de la biografía e historia de una persona (Lorenzetti, 2015); p. 508).

En razón de lo expuesto se debe tener presente que en la gestación por sustitución contiene gran cantidad de cuestiones vinculadas a la privacidad y el anonimato. De común, los donantes de material genético persiguen que sus datos sean reservados a los fines de evitar futuros reclamos filiatorios.

El Código de fondo establece que el nacido mediante estas técnicas tendrá la facultad de obtener datos del donante en casos particulares como los expresamente previstos: cuando sea relevante para su salud o cuando la autoridad judicial así lo requiera lo que demuestra la adopción de una postura intermedia frente al anonimato.

Al respecto, Lorenzetti establece:

La posición que asume el artículo bajo examen es lo que se denomina un anonimato relativo o equilibrado, que garantiza, por un lado, la existencia de donantes (las experiencias en el Derecho Comparado, por ej., en el Reino Unido, demuestran que el levantamiento del anonimato provoca una fuerte disminución en el número de donantes), y, por el otro, el derecho del niño nacido por técnicas de reproducción humana asistida a conocer su origen genético (Lorenzetti, 2015; p. 518).

Finalmente entonces, en el análisis se observa que el legislador ha intentado darle prevalencia a que se propaguen y continúen existiendo las técnicas de reproducción humana asistida y con ello, los donantes, permitiendo el acceso a la información relacionada a las cuestiones de salud o genéticas en todo momento, y a la reservada sólo en los casos en los que los magistrados con específico criterio así lo dispongan.

3.2 Limitaciones impuestas por el ordenamiento a la voluntad procreacional

En este punto surge en la doctrina intenso debate que es menester de ser analizado ya que rozan y se disparan diversos argumentos que tienden –o no- a ponerle un límite en particular a la voluntad procreacional.

El Código Civil de Vélez Sarsfield, se caracterizó principalmente por tratarse de un ordenamiento que contemplaba únicamente la filiación de forma natural, dejando de lado todo tipo de técnicas de reproducción humana asistida. En este punto, la ciencia avanzó considerablemente por lo que surgieron nuevos modos de concepción.

Tal y como se ha mencionado previamente, a nivel internacional y recientemente en el orden nacional, las legislaciones han intentado adaptarse a estos avances respecto a las formas de concepción en resguardo principalmente del derecho a la vida privada y familiar, integridad, libertad personal, igualdad, no discriminación y formar una familia.

En este contexto, existen dos realidades en juego: por un lado, la de los comitentes quienes manifiestan la facultad que les asiste de ser padres; y por otro, la del niño a quien debe preservársele y resguardar sus intereses, cuestiones ambas, que generan el examen de determinar cuál de los dos debe prevalecer.

Diversos doctrinarios se expresan al respecto, estableciendo numerosas limitaciones que invocan un tope a la intención y facultad de ser padres. Así, sostienen que debe prevalecer el interés superior del niño.

En esta arista, se manifiesta la inexistencia del derecho a tener un hijo propio. En el año 1987, el Papa Juan Pablo II, a través de la Instrucción *Donum Vitae*¹³ sostuvo:

Un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad: es más bien un don, el más grande y el más gratuito del matrimonio, y es el testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres. Por este título el hijo tiene derecho... a ser el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres y tiene también el derecho a ser respetado como persona desde el momento de su concepción (Juan Pablo II, 1987).

¹³ Papa San Juan Pablo II (1987). *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación- Instrucción Donum Vitae*. Congregación para la Doctrina de la Fe. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html

Bajo este punto de vista expresado, la procreación sólo tendría fines contractuales, lo que llevaría a que el ser humano pueda ser tomado como un objeto de negocio. Al respecto, Mirta Videla (1999), manifiesta: “es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame” (p.56).

En consonancia con las limitaciones a la voluntad procreacional y en consecuencia a la subrogación de vientres, Sambrizzi (2016) manifiesta en otros términos que no existe normativa de carácter general o convencional que prevea el derecho de una persona a la reproducción. Solamente está previsto que dicha situación sea contemplada y promovida a los fines del resguardo al derecho a crear una familia, no siendo la maternidad por subrogación un mecanismo propicio. Así plantea:

Debemos asimismo destacar nuestro repudio a la práctica de la maternidad subrogada, por la inmoralidad que de la misma resulta -sea que se la practique por dinero o en forma altruista- y por los daños que se le producen al niño. La misma no constituye la única vía para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad y libertad personal, a la igualdad y a conformar una familia, puesto que de no poder la mujer quedar embarazada, puede acceder a la adopción. Tampoco se puede en ese supuesto, afirmar que la no admisión de la maternidad subrogada constituya un acto discriminatorio con relación al derecho a la maternidad, pues la discriminación sólo existe cuando se le niega a una persona lo que se le concede a otra en igualdad de circunstancias (Sambrizzi, 2016; p. 9).

3.3 El artículo 562 en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial

Como bien se mencionó en el abordaje de la investigación, al Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial del año 2012 previó la gestación por sustitución.

En texto extenso -que merece particular análisis-, el artículo iniciaba contemplando la necesidad, -en igual sentido que el texto vigente-, de existencia de consentimiento informado de carácter previo al acto de gestación por sustitución.

Seguidamente, reza: “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”. En este sentido se halla

la primer gran diferencia con lo actualmente estipulado por el ordenamiento y genera el motivo de investigación del presente trabajo: madre es: ¿Quién da a luz o quien tiene la voluntad procreacional de serlo?

Claro está que en texto esbozado contemplaba de forma plena la filiación a través de la voluntad procreacional, en divergencia con lo que el texto expreso del actual artículo 562 hoy estipula.

A continuación enuncia una serie de requisitos bajo los cuales el magistrado deberá hacer hincapié y evaluar su cumplimiento para hacer lugar a quienes procuran, puedan acceder a la técnica de gestación por sustitución. En razón de ello, cabe decir que es de carácter inconstitucional que el Estado persiga establecer cómo y de qué manera deben ser llevados a cabo los derechos humanos, más aún todo lo vinculado a su ejercicio. El órgano estatal por mandato constitucional y adhesión a los Instrumentos Internacionales que hasta aquí se han mencionado es el encargado de observar y fiscalizar que tales facultades existan y se resguarden.

Posteriormente, el texto manifiesta que pueden en lo sucesivo existir requisitos particulares que una ley especial establezca, lo que podría implicar una restricción de las facultades concedidas a la vez de una alteración del espíritu mismo que el legislador le quiso dar a la norma al momento de su esbozo.

Otra situación conflictiva que se estipulaba fue la del requerimiento de que el aporte biológico sea llevado a cabo por uno de los miembros de la pareja, dejando de lado los casos de esterilidad de ambas partes, o de las cada vez más comunes “familias monoparentales”.

A continuación contempla la imposibilidad de que la gestante reciba retribuciones en razón de su intervención en el proceso, transformándolo en una práctica de carácter altruista, lo que si bien ha generado gran debate –ya analizado en el abordaje- debe ser recibido con beneplácito ya que es un medio idóneo para no tornar a la técnica un mecanismo comercial y como principal víctima de tal convenio a la indefensa persona por nacer.

Se añade a continuación la limitación de que la mujer gestante sólo pueda someterse a dicha práctica en dos oportunidades, lo que nuevamente abre el debate sobre las facultades y potestades del Estado en cuanto a la limitación y ejercicio del derecho

reproductivo. Más aun cuando de forma seguida el texto prevé que la gestante ya debe contar con por lo menos un hijo propio.

La última parte del artículo que prevé que ante la ausencia de autorización judicial que valide el consentimiento previo expresado por los comitentes, la filiación será establecida como si hubiese sido producida de forma natural. En este ámbito el texto dejó de lado el sentido completo de la reforma que busca una constitucionalización del derecho privado, actualización a las necesidades actuales y la facultad de la autonomía personal antes tratadas. En definitiva, el Estado continúa proponiendo tomar consideraciones acerca del ejercicio de los derechos humanos.

Finalmente, los legisladores omitieron incorporar este artículo al Código de fondo, lo que actualmente genera que no exista algún pronunciamiento o regulación específica en torno a la práctica de la gestación por sustitución. Tampoco existe al respecto prohibición expresa, lo que ha generado diversos debates que se dirimen en los estrados judiciales, como se expondrá seguidamente.

3.4 Debate sobre la constitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial Vigente. Análisis jurisprudencial

El debate planteado conforme lo hasta aquí detallado se sitúa en este ámbito al analizar la pertinencia del texto vigente en el artículo 562 del Código Civil y Comercial puesto en vigencia a partir del año 2015.

Numerosos fallos expresan la incongruencia normativa de carácter inconstitucional y anticonvencional que expone al aludir que “el recién nacido es hijo de quien lo dio a luz”. Así, en el año 2015 y a poco de la entrada en vigencia de la normativa de fondo reformada, se planteó en Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires el primer caso de gestación por sustitución¹⁴ en el cual se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 por ser, además de lo anteriormente mencionado, contrario a los derechos humanos esenciales tales como son la reproducción, la libertad, la igualdad, la familia, dignidad, entre otros.

¹⁴ Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires- Juzgado de Familia Nro. 7 (30/12/2015) H. M. y Otro/A S/ Medidas Precautorias (art.232 del CPCC) (419). Exp. N° LZ-62420-2015. Disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/04/Fallos2315.pdf>

La regla general es que se busque propulsar y hacer imperar la vigencia de lo normado, así la inconstitucionalidad de la norma debe ser determinada como una última vía a tener en consideración. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho:

Constituye un principio democrático esencial que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que su posible nulificación obliga a ejercer dicha atribución de revisión constitucional con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. La jurisprudencia de la Corte Federal ha señalado que en el ejercicio del elevado control de constitucionalidad debe imponer la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como del respeto que la Carta Magna asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 242:2534; 256:386; 300:1087; vid. C.S.J.S.F., "Marozzi", A. y S., T. 161, pág. 290).

En idéntico sentido otro fallo:

La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la *última ratio* del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica de preferencia de la interpretación que compatibilice normas frente a aquella que las contraponen en colisión. La carga de los actores, en casos como estos, no puede ser ligera: el mero desacuerdo con el contenido de una norma, o la mera mención de su preferencia por alguna otra formulación posible, cualquiera sea su acierto eventual, están fuera del marco del control de constitucionalidad (...)” (Expte. N° 5296, Gil Domínguez Andrés, 27/12/2007, voto del Dr. Maier, considerando 4, párrafo único).

Así, conforme lo expuesto en cuanto a la gestación por sustitución se conocen de forma expresa dos fallos que inicialmente planteaban la inconstitucionalidad del artículo 562: el ya citado “H. M. y Otro/A S/Medidas Precautorias” y recientemente en la provincia de Córdoba “R., L. S. y Otros – S/ Homologación”¹⁵. En ambos textos los actores cuestionan lo dispuesto acerca de la determinación de la maternidad que confronta de forma expresa con el espíritu de la codificación. Además fundan la petición en que la gestación por sustitución se convierte en la única Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y

¹⁵ Juzgado de Familia 2da Nominación. Córdoba (22/11/2017). “R., L. S. Y Otros – S/ Homologación”. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-familia-2da-nominacion-local-cordoba-otros-solicita-homologacion-fa17160015-2017-11-22/123456789-510-0617-1ots-eupmocsollaf?>

familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD. A su vez, en la presentación realizada en los tribunales cordobeses los actores –futuros comitentes de la gestación por sustitución- añaden que recurren a esta técnica como última vía disponible frente a la voluntad de ser padres por la imposibilidad biológica de la mujer de la pareja de cursar un embarazo y ante reiterados intentos de adopción sin éxito alguno.

Existen diversos principios jurídicos –algunos ya tratados- en juego:

3.4.1 Principio de reserva

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. De este precepto se deriva el parámetro de que “todo lo que no está prohibido, está permitido”, por lo que en el caso de la gestación por sustitución al no existir legislación expresa que restrinja o regule la práctica, debe entenderse como una técnica que el ordenamiento no ha prohibido.

En este sentido, uno de los fallos¹⁶ en análisis expresa respecto al vacío legal: “dicha carencia no debe interpretarse como la existencia de una “prohibición” efectiva sobre la práctica, ya que ello importaría una interpretación restrictiva y literal del sistema jurídico, tachando de “prohibidas” o “ilegales” las circunstancias no receptadas expresamente por aquél”(fund. “B” ap. “A”).

También, los fallos en consideración tuvieron en cuenta lo expresado por empinada doctrina¹⁷ al sostener en las XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015), en la Comisión 6 de Familia, sobre “Identidad y filiación”, cuando se trató la cuestión de la Gestación por sustitución que expresaron:

¹⁶ Juzgado de Familia 2da Nominación. Córdoba (22/11/2017). “R., L. S. Y Otros – S/ Homologación”. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/juzgado-familia-2da-nominacion-local-cordoba-otros-solicita-homologacion-fa17160015-2017-11-22/123456789-510-0617-1ots-eupmocsollaf>

¹⁷ Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de H. Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow).

“aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida.”.

Así ante un caso de gestación por sustitución la decisión recaerá en consideración del magistrado interviniente. Se añade que:

La GS es una figura compleja, por lo que es conveniente e imperiosa la necesidad de que se establezcan reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación a favor de los comitentes, de modo que cuando nazca el niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes han querido ser sus padres y/o madres (Lamm, 2013).

3.4.2 Principio de autonomía de la voluntad:

Se impone aquí como en numerosas instituciones reformadas con la codificación de 2015 el imperio de la autonomía de la voluntad. Podría afirmarse, que el concepto de autonomía se vincula con el de libertad. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el fallo “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica” del año 2012:

El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana (Corte IDH, 2012).

En este sentido, la autonomía de la voluntad se plasma en el consentimiento previo que expresa y fundamenta la voluntad procreacional ya tratada en los apartados anteriores. Asimismo los fallos en análisis tienen presente que tal ejercicio de las facultades personales no exceden los límites impuestos por el ordenamiento en el que podrían verse afectadas terceras personas no involucradas.

De lógica también, los fallos indican que al ser la gestación por sustitución una técnica en la que se ven alcanzados diversas series de derechos y obligaciones entre las partes, a la vez de que se trata sobre el acuerdo para el nacimiento de un hijo, no cabría la posibilidad de que dicha técnica sea llevada a cabo de forma ordenada sin la mencionada expresión de voluntad a través de instrumento público.

3.4.3 Principio de la intención

Traducido en la ya tratada voluntad procreacional, por lo que sólo es menester a hacer referencia a lo citado en el fallo cordobés expresado por Rivero Hernández:

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 [...]. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido [...] ni el que demuestra que es padre biológico [...], sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad” (Rivero Hernández, 1991; p.128).

En esta perspectiva, el Código Civil y Comercial vigente en el artículo 562 está desatendiendo este elemento volitivo al considerar madre únicamente a la persona que da a luz. En este aspecto Gil Domínguez (2014) ha expresado: “la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio” (p.13).

3.4.4 Interés superior del niño

En los fallos citados, se sostiene que este principio es una imperiosa regla de carácter ineludible, la cual actúa como guía de carácter garantista y que tiene como finalidad resolver conflictos donde los niños se ven vinculados.

Así se manifiesta la expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño en la cual se establece:

El interés superior del niño ha de ser entendido como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades (CIDH, O.C 17/2002).

Otro precedente citado a tener en cuenta es el del caso “Las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” del año 2005 en el cual se dispuso:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.

Finalmente y a modo de reflexión, cabe a lugar tener presente lo expresado por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2012), que apuntan:

El niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2012; p.1).

Así y en preservación de su interés e integridad, tal y como lo establece la codificación vigente es prudente que la persona nacida a través del método de gestación por sustitución –como de cualquier otro que implique una técnica de reproducción humana asistida-, tiene el correlativo derecho a conocer su origen e identidad, aspectos trascendentales en el desarrollo de la personalidad del individuo.

Conclusiones parciales

Como corolario del presente capítulo es dable verificar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma como bien se ha sostenido es un recurso de última *ratio*, ya que la Carta Magna ha previsto la consecución de derechos fundamentales que no pueden ser declarados inválidos por una situación aislada.

A decir verdad, la vigencia de la norma estipulada en el Código de fondo afecta menos que la omisión legislativa existente en el ordenamiento, que no ha dado tratamiento y especial regulación a la gestación por sustitución, derivando la posibilidad de su existencia a los magistrados intervinientes.

En este contexto, resulta preguntarse hasta dónde el Estado es responsable y facultado para legislar acerca de derechos humanos sin que esto resulte una invasión de

las circunstancias más íntimas de un individuo como lo son su derecho a la procreación, reproducción, autonomía, entre otros.

Se hace norte en este punto la voluntad procreacional, traducida en el deseo más íntimo y sincero de los comitentes en ser padres, sumado a circunstancias de imposibilidades médicas o burocráticas que derivan en la gestación por sustitución como la única alternativa disponible a la consecución del derecho a formar una familia.

Diversos sectores doctrinarios como los citados supra proscriben que la gestación por sustitución es un flagelo que tiene por víctima al “indefenso”: la persona por nacer que se transforma en “objeto” de un contrato entre partes. Frente a esta afirmación surge también la pregunta: en la gestación de carácter natural, ¿No se encuentra también acaso en juego la voluntad de dos sujetos que conciben, sólo que a través de otros medios?

Finalmente, los fallos evidencian que tanto con la gestación en curso, como de forma previa, los magistrados han contemplado que la gestación por sustitución es un avance científico, una realidad que avanza, de la que numerosas naciones se han hecho eco y una alternativa eficaz frente a dificultades subsistentes para formar una familia.

Conclusiones finales

La gestación pro sustitución ha surgido como una técnica de avance científico y social que ha dado solución a numerosos casos de imposibilidad de concebir descendencia.

Gestar en el vientre de una tercera persona si bien como práctica médica es de tiempos relativamente recientes, se ha evidenciado que su existencia ha perdurado desde el Antiguo Testamento a través de los siglos hasta llegar a la actualidad.

La infertilidad que antes era concebida como un castigo de deidades supremas hoy ya no es un límite total que impida la consecución de una familia.

Numerosas son las aristas jurídicas vinculadas a la gestación por sustitución: por un lado se encuentran los derechos familiares, pasando por los contractuales, constitucionales y médicos. Implican numerosas facultades y garantías reconocidas a los individuos tanto por la Carta Magna como por Instrumentos y Convenciones

Internacionales: derecho a la libertad, a la igualdad, a la autonomía de la voluntad, a la privacidad, a la reproducción, formar una familia, entre otros.

El Derecho Privado presenta en este contexto una transformación evidente a partir del año 2015 con la reforma y posterior entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Numerosos paradigmas subsistentes como en ejemplo, la regla “*mater semper certa est*”, son reemplazados, puestos en el tapete para su cuestionamiento y análisis acerca de su amoldamiento a las realidades actuales.

Se observa que en la gestación por sustitución se forman un abanico de circunstancias y facultades que asisten a cada uno de las partes intervinientes: por un lado se debe preservar a la mujer gestante, respetar lo dispuesto por los comitentes quienes manifiestan –como no puede ser de otra forma- su consentimiento expreso y voluntad procreacional a través de un instrumento idóneo con el formato de escritura pública, y el más importante e imperante: los derechos y el interés superior de la persona por nacer.

En la actualidad ante la ausencia de inclusión en el ordenamiento argentino, no queda más que en poder y razón de los magistrados determinar la procedencia o no de que quienes tienen la voluntad de implementar esta técnica tengan acceso a ella. Se cuestiona aquí las limitaciones específicas que el Estado –y como parte de él- las autoridades del Poder Judicial a través de los jueces son capaces de imponer a los derechos humanos como son: derecho a la reproducción, formar una familia, libertad y autonomía –entra los ya mencionados-.

Numerosas naciones han regulado expresamente en sus ordenamientos la técnica de gestación por sustitución, siendo incluso incluida por la Organización Mundial de la Salud como el tercer método integrante de las técnicas de reproducción humana asistida, lo que refleja su existencia y contemplación. Se observa que la mayoría de las legislaciones promueven un modo altruista de llevar a cabo el acto, así como en diversos casos una vía adecuada ante la existencia de imposibilidad biológica de alguno o ambos comitentes.

Esta especial regulación, lleva a que existan menos dudas en torno a cómo y cuáles son las limitaciones que deben imponerse, situación que no sucede y perturba en la República Argentina.

En el orden constitucional, se ha cuestionado el artículo 562, motivo y objeto del presente trabajo que llevaba a reflexionar sobre la premisa alusiva y vigente que atribuye la maternidad a la mujer que da a luz. En este orden, claro está que en concordancia con la jurisprudencia tratada, la declaración de inconstitucionalidad no resulta una vía idónea para los casos de gestación por sustitución, ya que en vista del principio de reserva inserto en el artículo 19 de la Constitución Nacional, el Código no se encuentra prohibiendo la práctica, sino más bien, transfiriendo –ante el vacío legal- la solución al juez competente, quien ante el caso, deberá determinar los vínculos filiatorios del recién nacido.

Finalmente y en conclusión, la realidad muestra que prevalece la voluntad procreacional frente a todo como medio de atribución de la maternidad-paternidad, que va más allá de lo establecido estrictamente en el artículo 562 del Código Civil y Comercial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referencias bibliográficas

I) Doctrina

- Aznar, J. (2017) *Maternidad Subrogada. Visión Actual*. Observatorio de Bioética de la Universidad de Valencia. Online. Disponible en: <http://www.observatoriobioetica.org/2017/04/maternidad-subrogada-vision-actual/18937>
- Beluscio, A. C. (2009). *Manual de derecho de familia*. 9na. ed. Buenos Aires: Depalma.
- Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Familia*. T. I, 10° ed. Buenos Aires: La Ley
- Bueres, C. (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: Lexis Nexis
- Cruz Menéndez, J. M. (2012). *La maternidad subrogada*. Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4832049.pdf>
- Escudero de Quintana, B. (2017) *Análisis jurisprudencial sobre gestación por sustitución: reflexiones en torno a la situación de la madre portadora*. elDial.com: DC2324.
- Gil Domínguez, A. (2014) *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Comentado*. Buenos Aires: Infojus
- Herrera, M., Kemelmajer de Carlucci A. y Lamm, E. (2012). *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. Nro. 1. Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *La autonomía de la voluntad en el nuevo Código Civil y Comercial*. La Ley online AR/DOC/6521/2015
- Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lamm, E. (2012). *Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico*. L. L. 2012-E-1257, AR/DOC/ 5149/2012.

- Krasnow, A. (2017). *La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad*. Revista de Derecho Privado, n.º 32, Enero - Junio de 2017. Universidad Externado de Colombia.
- Lamm E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona
- Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil Comentado y Concordado* T.I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni
- Mendoza Cárdenas, H. A. (2017). *La voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. ISSN: 1575-720-X
- Papa San Juan Pablo II (1987). *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación- Instrucción Donum Vitae*. Congregación para la Doctrina de la Fe. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html
- Puppinck, G. y De la Hougue (2015) *Por una prohibición efectiva sobre la gestación subrogada en Derecho Internacional*. Estrasburgo: European Centre for Law and Justice.
- Quaini, F. (2017). *La gestación por sustitución hoy, Argentina y el mundo*. La Ley online: AR/DOC/300/2017
- Rivero Hernández, F. (1991). *Comentario del Código Civil*. T. I. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones
- Sambrizzi, E. A. (2012). *La maternidad subrogada (gestación por sustitución)* [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>
- Sampieri, R., Collado, C., Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. 4ta Ed. México: Mc Graw – Hill Interamericana
- Taraborrelli, R. A. (2016). Algunas consideraciones sobre el alquiler de vientres y la integridad física. Revista de la Caja de Previsión Social para

Abogados de la Provincia de Bs. As. Edición N° 52. Disponible en:
<https://issuu.com/carlosluchetti/docs/estilocaja52>

- Videla, M. (1999). *Los derechos humanos en la bioética*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L.
- Zannoni, E. (2006). *Manual de Derecho de Familia*. (5°Ed). Buenos Aires: Astrea

- **Legislación**

- **-Nacional**

- Constitución Nacional de la República Argentina (1994)
- Código Civil y Comercial de la Nación (2014)
- Ley de “Protección de Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” 26.061
- Ley de Derechos de los Pacientes 26.529

- **-Internacional**

- Convención Americana de los Derechos Humanos (1978)
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989)
- Comité sobre los Derechos del Niño: Observación General Nro. 12

II) **Jurisprudencia**

- **-Internacional**

- *In Re Baby M*, 537 a.2d 1227 (N.J. 1988)
- *In re Marriage of Buzzanca*. 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (1998).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el fallo “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica” del año 2012

- **Nacional**

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro 102- Capital Federal (18/05/2015) “C., F. A. y otro c/ r. S., m. L. S/impugnación de maternidad”.
- Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires- Juzgado de Familia Nro. 7 (30/12/2015) H. M. y Otro/A S/Medidas Precautorias (art.232 del CPCC) (419). Exp. N° LZ-62420-2015.
- Juzgado De Familia 2da Nominación. Córdoba (22/11/2017). “R., L. S. Y Otros – S/ Homologación”.

III) Páginas de Internet

- Fernández, V. (2017). *Esta tablilla de barro era un contrato prematrimonial de hace 4.000 años*. [online] Quo. Disponible en: <http://www.quo.es/ser-humano/contratos-prematrimoniales-en-la-antiguedad>
- Mestre, C. (2018) *Gestación Subrogada a Nivel Internacional: ¿Dónde Es Legal? Babygest* [online]. Disponible en: www.babygest.es/paises/.