



***LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
EN ARGENTINA***

María Julieta Holzer
ABOGACIA
2019

RESUMEN

Este trabajo tiene por finalidad estudiar el contrato de gestación por sustitución, es decir, aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona, con la intención de entregárselo, pudiendo asumir carácter oneroso o gratuito. Particularmente, se pretende analizar si dicha técnica es legal en nuestro país.

Durante todo el trabajo, se tienen en cuenta los derechos elementales y fundamentales que tiene toda persona: derecho a procrear, dignidad humana y otros derechos igualmente importantes y necesarios en una sociedad. Se analizarán sus contenidos, alcances y límites, determinando si ese marco legal admite la gestación por sustitución.

Palabras claves: Parentesco. Técnicas Humanas de Reproducción Asistida. Gestación por sustitución.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the surrogate motherhood contract, that is to say, that agreement of wills between two subjects through which a fertile woman accepts to get pregnant and carry in her womb a child for a person, with the intention of giving it to her, being able to assume costly or free. In particular, it is intended to analyze if the technique is technically feasible.

Throughout the work, the basic and fundamental rights that every person has are taken into account: the right to procreate, human dignity and other equally important and necessary rights in a society. Their contents, scope and limits will be analyzed, determining if their exercise admits the surrogacy contract.

Keywords: Relationship Human Assisted Reproduction Techniques. Gestation by substitution.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo 1: Nociones Previas: La Filiación	3
1.1.Parentesco.....	4
1.1.1. Concepto.....	4
1.2.Filiación.....	5
1.2.1. Concepto e interpretación de la norma.....	5
1.2.2. Las técnicas de reproducción humana como una tercera fuente filial.....	7
1.3.Gestación por sustitución.....	9
1.3.1. Gestación por sustitución: variantes.....	11
Conclusiones parciales.....	11
Capítulo 2: Análisis legislativo	12
2.1. La Constitución Nacional: principios.....	13
2.2. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.....	14
2.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).....	15
2.2.2. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	15
2.2.3. Convención sobre los Derechos del Niño.....	16
2.2.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	17
2.3. El Código Civil y Comercial de la Nación.....	17
Conclusiones parciales.....	18
Capítulo 3: Análisis doctrinario	19
3.1. Gestación por sustitución desde el punto de vista doctrinario.....	20
3.1.1. Naturaleza jurídica del contrato de gestación por sustitución.....	21
3.1.2. Derecho del recién nacido: la filiación.....	22

3.1.3. Argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución	23
.....	
Conclusiones parciales.....	24
Capítulo 4: Análisis jurisprudencial.....	25
4.1. Juzgado de Primera Instancia del Menor de Edad y la Familia de Mendoza. “A. V. O., A. C. G y J. J. F. s/ Medida Autosatisfactiva- Acción Declarativa de Filiación” (2015).....	26
4.2. Juzgado de Primera Instancia del Menor de Edad y la Familia de Lomas de Zamora. “H. M y otro/a s/ Medidas Precautorias (art. 232 CPCC)”. (2015).....	27
4.3. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil. CABA. “N. N. O. s/ Inscripción de Nacimiento”. (2015).....	31
4.4. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil. CABA. “C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. s/ Impugnación de Maternidad”. (2015).	34
Conclusiones parciales.....	35
Conclusiones Finales.....	37
Bibliografía.....	41

INTRODUCCIÓN

En el presente Trabajo Final de Graduación se abordará la problemática vinculada a la gestación por sustitución. Particularmente, se entabla como pregunta de investigación a la siguiente: ¿cuál es la regulación legal de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento interno?

La gestación por sustitución puede definirse como el acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquella o a aquellos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.

Es menester señalar que en nuestro país se han suscitado diversas controversias doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la legalidad o no del instituto en cuestión. La jurisprudencia, especialmente, será abordada de manera integral para poder ejemplificar las problemáticas de dicho instituto.

Respecto a la hipótesis tentativa de la que se parte, se sostiene que en el ordenamiento interno, precisamente en el Código Civil y Comercial de la Nación, si bien existen normas sobre las técnicas de reproducción humana asistida (género de la especie gestación por sustitución), no existe una legislación específica que regule legalmente dicha técnica.

El objetivo perseguido es analizar la regulación legal existente respecto a la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento interno. Para ello se llevará a cabo un exhaustivo análisis legislativo a nivel nacional y convencional.

En cuanto a los objetivos específicos, se quiere explorar y explicar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el alcance de la gestación por sustitución; comparar las distintas posiciones doctrinarias respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, en particular, sobre la gestación por sustitución; analizar los distintos fallos surgidos respecto a la problemática presentada.

En cuanto a la metodología aplicada, y teniendo en cuenta el tipo de investigación, se adoptará una combinación de clases de investigación: descriptivo y exploratorio. El tipo de estudio descriptivo se utilizará dado que el problema planteado requiere que se indague y confirme si es procedente el consentimiento otorgado para casos de gestación por

sustitución, pero debido a que se observa una carencia de regulación normativa, es necesario hacer un estudio exploratorio.

La investigación cuantitativa y la cualitativa no son excluyentes, sino que hoy se promueve la complementariedad de ambos enfoques, según expresa Ander Egg (2011); sin embargo, en este trabajo se adoptará la investigación de tipo cualitativa. Dicha decisión obedece al tipo de problema planteado, que requiere de un enfoque crítico que permita la comprensión y el análisis acerca de la procedencia del consentimiento informado para casos de gestación por sustitución.

Cabe mencionar que en el presente se adopta el periodo 1994-2017 como límites temporales; esta decisión se fundamenta en la relación directa que tiene con la realidad estudiada, es decir, sanción de diferentes normativas y dictado de fallos que sirven de base para el análisis del problema de esta investigación. Se elige trabajar sobre el periodo en cuestión ya que a partir del mismo se produjeron grandes reformas (partiendo de nuestra propia Constitución), así como la incorporación de varios Tratados con rango superior a las leyes y algunos con presunción de constitucionalidad; la sanción de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación que incorpora como una forma de parentesco a las THRA.

Respecto del nivel de análisis de esta investigación, se centra en un estudio a nivel nacional (República Argentina).

El presente se encuentra estructurado en cuatro capítulos, en los cuales se estudiará la problemática desde lo general a lo particular. A *prima facie* se estudiará a la gestación por sustitución, analizando su etimología e introduciendo el origen del problema. Por último, se llevará a cabo un análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial a los fines de obtener una mirada integral respecto de la situación abordada y llegar a una conclusión que nos permite responder a nuestra problemática de origen.

CAPÍTULO I:
NOCIONES PREVIAS: LA FILIACIÓN

Introducción al capítulo.

En el presente capítulo se abordan los institutos fundamentales que se tratan en este trabajo investigativo. Particularmente se desarrollará lo relativo a parentesco y los tipos del mismo, haciendo especial hincapié en el parentesco por técnicas humanas de reproducción asistida. *A posteriori*, se expondrá sobre filiación, tratando los aspectos más relevantes, interpretando la norma jurídica que trata dicha cuestión. Por último, abordaremos el concepto de gestación por sustitución, su alcance y distintas variantes.

1.1. Parentesco.

1.1.1. Concepto.

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, establece en su artículo 529 el instituto del parentesco, manifestando que el mismo es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad¹.

Si hacemos un análisis de la norma, el parentesco es el vínculo, conexión, nexo o enlace jurídico que liga a unas personas con otras y que, pudiendo proceder de diferentes causas, da origen a distintas clases (Albaladejo, 1982).

En los fundamentos, el Código mejora la definición de parentesco, al disponer que es el vínculo existente entre personas en razón de la naturaleza, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. De este modo, nuclea todas las relaciones jurídicas que son causa fuente del parentesco. Precisamente una de las críticas unánimes al concepto que brindaba el derogado art. 345, era que se aludía al parentesco como el vínculo subsistente cuando es el existente entre las personas que se indican en la norma (Herrera, 2015).

Como se observa, el término parentesco a secas corresponde a los vínculos jurídicos que se derivan de los tres tipos filiales que se regulan: filiación por naturaleza, filiación por técnicas de reproducción humana asistida y filiación adoptiva. Así, se sustituye la noción de parentesco por consanguinidad, pertinente en el marco de un régimen filial que solo receptaba la filiación por naturaleza. Esto último también fue motivo de críticas, ya que solo se daba una definición parcial y nada se decía sobre los

¹ Art. 529 del Código Civil y Comercial de la Nación. HCNA.

parientes por afinidad. De este modo, el doctrinario Zannoni (1998), definió al parentesco como el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción. Esta definición, con otra redacción, es la que recepta el código.

La normativa actual, establece un concepto genérico de parentesco que incluye el catálogo de las relaciones que constituyen sus causas fuentes, a saber: (Herrera, 2015).

a- Naturaleza: alude al lazo jurídico que vincula a los sujetos que por la existencia de un nexo biológico, descienden unos de otros o de un antepasado común.

b- Técnicas de reproducción humana asistida: en la especie el parentesco tiene su causa fuente en la voluntad procreacional de las personas que se someten a aquellas, no siendo en consecuencia, el dato genético el elemento definitivo para la creación del vínculo jurídico de parentesco. Esta es una de las novedades que el código recepta y que tiene incidencia directa en el campo del parentesco. Sucede que la consanguinidad siempre ha estado centrada en el vínculo genético/ biológico; elemento que no es el determinante en la filiación por las técnicas de reproducción humana asistida. Por lo tanto, lo que interesa no es la sangre para generar vínculos de parentesco, sino el vínculo filial en sus tres fuentes como causa del lazo del parentesco.

c- Adopción: es el nexo jurídico familiar parental creado por disposición legal y que tiene su fuente en una sentencia judicial constitutiva.

d- Afinidad: es el vínculo que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge.

Cabe destacar que los tres tipos filiales que se mencionan, tienen diferentes causas fuente: elemento biológico, voluntad procreacional y jurídico. De esta manera se evita cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo filial, por lo cual, cuando en el texto se alude al parentesco sin ninguna noción adicional, se refiere a toda clase de vínculo filial, incluso la adoptiva, sea en línea recta o colateral. (Herrera, 2015).

1.2.Filiación.

1.2.1. Concepto e interpretación de la norma.

Nuestro código no define específicamente al instituto de la filiación, el cual podríamos decir que es el vínculo jurídico que se establece entre padres e hijos (Bossert, 2007), sólo menciona cuales son las fuentes de filiación, las cuales han sido mencionadas y descritas en el apartado anterior: naturaleza, adopción y técnicas humanas de reproducción asistida.

El Código mantiene, básicamente, la estructura general que observaba el artículo 240 del código derogado, con el cual se inauguraba el título referido a la filiación por naturaleza. Se mantiene el principio de igualdad de los hijos matrimoniales extramatrimoniales, y por ello, la adopción plena como la filiación por naturaleza y derivada de las técnicas de reproducción humana asistida genera los mismos efectos. Se mantiene también el máximo de dos vínculos filiales, con una diferencia sustancial: la adecuación al principio de igualdad o la consecuente irrelevancia de la orientación sexual de las personas con quienes se crea el vínculo filial de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.618 que introduce el ordenamiento jurídico la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y que el nuevo Código respeta y, por lo tanto, recepta la compleja tarea de adecuar el régimen filial a esta manda legal y que está en consonancia con el plexo normativo constitucional- internacional (Herrera, 2015).

Es menester recordar que luego de la sanción de la ley 26.618, uno de los problemas más arduos ha girado en torno al campo del derecho filial. Sucede que esta normativa no introducía modificaciones directas en el articulado del CC anterior, sino solo a la ley 26.413 que regula el Registro Civil. Esta situación trajo consigo varios debates jurídicos que el Código sortea mediante una normativa clara y precisa sobre cada uno de los interrogantes que generó la extensión del matrimonio a las parejas del mismo sexo y su impacto en la filiación de los niños nacidos en el marco de estos matrimonios, así como los nacidos fuera de él (ya sea porque nacieron antes de la posibilidad de contraer matrimonio que permite la mencionada ley, o incluso, porque las personas deciden no contraer matrimonio pero sí tener un proyecto parental en común). Aquí tenemos otro escenario: una posible situación de discriminación: los hijos nacidos de matrimonios de mismo sexo o de diverso sexo, como así los hijos nacidos de parejas no casadas de igual o diverso sexo, y el reiterado y consolidado principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero extendiendo a los hijos de parejas heterosexuales y homosexuales (Herrera, 2015).

Todos estos conflictos traídos a consecuencia de la aceptación y ampliación de la noción de familia a la de familia homoparental no fueron previstos en la ley 26.618, ni tampoco podría haberlo sido porque es una ley solo referida a la institución del matrimonio, lo cual obligó a la reforma a adecuar la regulación en materia de derecho filial a esta realidad legal.

1.2.2. Las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial.

Se puede sostener que la doctrina nacional es mayoritaria en defender la necesidad de regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. El interrogante es cómo o de qué manera. Si se trata de un tipo filial diferente que merece un espacio propio dentro de la regulación del derecho filial, es decir, ampliando el panorama filial que hasta ahora lo integra la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva o, por el contrario, si se trata de un supuesto específico dentro de la filiación por naturaleza. Por lo tanto, el debate gira en torno a si las técnicas de reproducción humana asistida son o no una causa fuente autónoma de filiación. El Código entiende que sí por varias razones. Algunos fundamentos se basan en las diferencias con los otros dos tipos filiales y otros argumentos, en las especificidades propias que se derivan del uso de las thra (Famá, 2011).

Respecto a las diferencias con la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva, Herrera (2015) expresa que:

Las TRHA han permitido separar la reproducción humana de la sexualidad; dicho este dato de la realidad incontrastable, se ha sostenido que la legislación civil regula dos tipos filiales: por naturaleza y por adopción. En la primera, se atribuye la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre o de la prueba genética de que alguien es padre biológico. La segunda, supone una filiación social constituida por sentencia judicial. Los problemas que surgen del uso de las TRHA no se identifican con los de ninguna de estas dos situaciones, en particular, cuando se utiliza material genético externo a la pareja, es decir, de un donante, sea o no anónimo. En otras palabras, son tantas las particularidades que se derivan de esta práctica médica que amerita un capítulo especial dentro

del vasto campo del derecho filial. Si bien la voluntad procreacional está también presente en la filiación adoptiva, e incluso en la gran mayoría de los casos de filiación por naturaleza, lo cierto es que en la TRHA este elemento observa particularidades propias que lo diferencian de las dos fuentes filiales restantes. Una de las tantas diferencias con la filiación por naturaleza se observa fácilmente en la impugnación de la filiación: en la filiación por naturaleza la falta del vínculo biológico y su prueba habilita la procedencia de la demanda, en cambio en las TRHA, el legislador no tolera, ni aun en las regulaciones que prohíben las TRHA heterólogas que el marido de la mujer que prestó el consentimiento al sometimiento de estas técnicas con material genético de un donante, impugne la paternidad alegando no ser el padre biológico del niño nacido, en tanto esta filiación no se funda en el vínculo biológico, sino en el elemento volitivo...” (p. 479).

Como se ha mencionado *a priori*, el interrogante central es cuántas diferencias y de qué tenor deben ser para que se considere necesario regular de manera independiente la filiación por naturaleza, la adoptiva y la derivada de técnicas de reproducción humana asistida para que cada una de ellas sea considerada un tipo filial con caracteres y principios propios. Es esencial poder respondernos esto para entender por qué nuestro Código recepta un régimen tripartito en cuanto a los vínculos filiales.

Primeramente, debemos tener en cuenta el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el resonado caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” del 20 de noviembre de 2012, donde se afirmó que cuando se trata de TRHA la noción de concepción acontece cuando el embrión es implantado en la persona, siendo allí el

comienzo de la existencia de la persona humana. Entonces, la filiación por la naturaleza y la derivada de las TRHA observan un punto de partida diferente, a tal punto que el comienzo de la existencia de la persona humana difiere en el caso de filiación por naturaleza que cuando se trata de trha, con total independencia de a quién corresponde el material genético; es decir, que se trate de una fecundación heteróloga u homóloga (Herrera, 2015).

La segunda diferencia que se observa, es respecto a la voluntad procreacional, elemento central, fundante y columna vertebral de la filiación derivada de las trha. Es por esta razón que cuando el niño nace mediante esta práctica médica, quienes hayan prestado el consentimiento informado y libre no pueden después pretender impugnar la filiación determinada alegando que no hay nexo genético entre el niño y la persona de que se trate. Esta diferencia es la más relevante con respecto a la de filiación por naturaleza, donde el dato genético es lo más relevante (Herrera, 2015).

La última cuestión para destacar las trascendentes diferencias entre los tres tipos filiales se refiere al derecho a conocer los orígenes. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 564, el cual tiene connotaciones muy particulares que lo diferencian del mismo derecho pero cuando se trata de la filiación adoptiva y que no se regula de manera expresa en la filiación por naturaleza (Herrera, 2015).

1.3.Gestación por sustitución.

Se alude a gestación por sustitución a aquellos supuestos en que el embrión de la pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a término el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja. Del mismo modo, se conocen casos de mujeres que han consentido ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, se obligan a entregarlo al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa. (Wagmaister, 2000).

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), destinada a parejas de distinto sexo o del mismo sexo, como así también a personas solteras que sufren alguna causa de infertilidad o esterilidad (médica o estructural) que les impide tener hijos propios mediante medios naturales o mediante otras técnicas de reproducción asistida de menor complejidad (Escudero y Minig, 2016).

Dicha pareja (o persona), aporta sus propios gametos (espermatozoides y óvulos) o recurre a donantes de gametos, y mediante fecundación *in vitro* u otra técnica, el médico realiza la fecundación del óvulo, y la consiguiente formación de un embrión. Como ese embrión no puede ser gestado por dicha pareja o dicha persona, se transfiere a una tercera persona (mujer gestante) quien es la que va a gestar al embrión hasta el nacimiento de ese bebé. Nos encontramos ante una situación muy particular: ese niño nacido mediante subrogación, no tiene vínculos genéticos con la mujer que lo gestó, porque ella no aportó sus óvulos. Pero en cambio, sí tiene vinculación genética con la pareja o persona que recurrió al procedimiento cuando ellos aportaron sus gametos (Escudero y Minig, 2016).

Luego del nacimiento, se debe reconocer la verdadera identidad y filiación de ese bebé, como hijo de los padres que realizaron el tratamiento de reproducción. Dicha filiación se encuentra fundada en la identidad genética y/o en la voluntad procreacional (es decir, la voluntad de procrear).

La gestación por sustitución está destinada a parejas heterosexuales, en las cuales la mujer no puede gestar un bebé como consecuencia de numerosas patologías: malformaciones uterinas, histerectomía parcial o total, falta de útero congénita o adquirida, y otras patologías en el útero. También suele utilizarse cuando la mujer sufre alguna insuficiencia renal, cardíaca, hepática, etc. que pondría en riesgo su vida o la del bebé al quedar embarazada. También está destinada a parejas del mismo sexo. En caso de parejas de varones, obviamente no podrán tener hijos en forma natural por ausencia de órganos reproductivos femeninos, y en caso de parejas de mujeres, también puede suceder que ninguna de las dos pueda gestar un bebé. Y por último, también a personas solteras, que no puedan tener hijos en forma natural (Escudero y Minig, 2016).

Como consecuencia de estas situaciones mencionadas, se empezaron a crear Comités Nacionales de Ética, se realizaron congresos, debates y finalmente, algunos Estados empezaron a legislar sobre la cuestión, tendientes a encuadrar legalmente las Técnicas Humanas de Reproducción Asistida y reproductiva.

No obstante, existen varios países donde aún no se ha legislado sobre esta cuestión, tal es el caso de nuestro país. Ello conlleva a que frente a estas situaciones, sea la justicia quien tenga que determinar si es procedente o no el empleo de esta técnica, siendo que una ley es lo más necesario para que la gestación por sustitución quede encuadrada dentro de nuestro sistema jurídico legal.

1.3.1. La gestación por sustitución: variantes.

Existen distintas variantes respecto a la gestación por sustitución, entre ellas tenemos a la gestación con gametos propios de la pareja, la cual sucede cuando la pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con el fin de llevar a cabo la gestación y el nacimiento (fecundación homóloga). En cuanto a la variante de gestación por embrión conformado con un ovulo donado, es aquella que sucede cuando la madre portadora, además aporta su material genético, el cual será inseminado con el espermatozoide de la pareja comitente o con el de un donante anónimo o conocido. Por último, tenemos la gestación por sustitución en su variante de embrión conformado por material genético totalmente ajeno a la pareja comitente, ella es la que sucede cuando quienes aportan el material genético son personas ajenas a la relación sustantiva.

En el primero de los casos apriorísticamente señalado, se da el caso de la gestación por sustitución propiamente dicha, puesto que el niño por nacer es totalmente ajeno genéticamente a la madre gestante.

Conclusiones parciales.

A lo largo de este capítulo se han señalado los conceptos más relevantes que se deben tener en cuenta a la hora de entrar de lleno a nuestra problemática de investigación. Independientemente de la explicación de cada uno de los conceptos reseñados en la introducción al presente acápite, se ha hecho mucho hincapié en las técnicas de reproducción humana asistida. Ello no es pura coincidencia, ya que la gestación por sustitución es también una de estas técnicas, aunque no se encuentre legislado específicamente en la legislación interna de nuestro país.

Las técnicas de reproducción humana asistida son aplicadas hoy de manera muy frecuente. Es por ello que podemos afirmar que las mismas han venido a cumplir un rol social muy importante y, por ende, el Estado debe acompañar y proteger a quienes se someten a ellas, en principio desde el Congreso de la Nación.

CAPÍTULO 2:
ANÁLISIS LEGISLATIVO
RESPECTO DE LA GESTACIÓN
POR SUSTITUCIÓN

Introducción al capítulo.

Debemos partir manifestando que en nuestro país no existe una normativa específica que regule lo relativo a la gestación por sustitución. Sin embargo, han existido diversos proyectos de ley que han tratado la cuestión, tanto a nivel nacional como provincial, aunque luego no han sido aprobados.

No obstante, en este capítulo abordaremos y analizaremos los principales cuerpos normativos que nos permiten aproximarnos a la licitud en la aplicación de estas técnicas, sus requerimientos, etc.

2.1. La Constitución Nacional: principios.

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece una de las garantías fundamentales del individuo: el principio de reserva. El artículo de mención expresa textualmente:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden, la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exenta 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. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 23)

El principio de reserva complementa al principio de legalidad. Estos principios son manifestaciones de la misma garantía de legalidad en el ejercicio del poder, que surge del principio republicano de gobierno. El principio de reserva se refiere a la facultad del hombre dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico) sin que su conducta pueda acarrearle sanción. Es una garantía del individuo frente al Estado. En la primera parte del artículo se protege una zona de libertad para las conductas prohibidas que no pueden ser coartadas ni reducidas por la ley, ni investigada por la justicia, siempre que no ofendan la moral, el orden público ni las buenas costumbres. En definitiva, el Estado no puede entrometerse en la vida privada de las personas (Argento y otros, 2004).

Al decir de Gil Domínguez (2006), el derecho a la salud reproductiva comprende tres contenidos distintos pero complementarios: información, prevención y planificación. Este último responde a una profunda convicción de ser o no ser madre o padre, lo cual forma parte de un proyecto de vida porque modifica sustancialmente cualquier autobiografía, supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto, que modifica esencialmente y para siempre la biografía de una persona.

En el marco del principio de reserva apriorísticamente mencionado, que se desenvuelve la protección del principio de autonomía de las personas que la bioética resguarda a elegir su plan de vida, encontrándose dentro del mismo el deseo de formar una familia y la elección de cómo hacerlo.

La segunda parte del artículo de mención, establece la garantía de que el Estado no puede obligar a nadie a hacer lo que no se exige mediante una ley, ni sancionar conductas que no se encuentran prohibidas. Todo lo que no está prohibido está permitido. Ergo, actualmente no existe una ley que regule la gestación por sustitución, tampoco existe una que la prohíba expresamente; no obstante, debemos tener en cuenta el art. 565 del CCyCN, que establece que madre es quien da a luz, poniendo cierta restricción al empleo de la técnica. Ello es lo que lleva a que quienes se acogen a esta técnica, tengan que petitionar a la justicia el emplazamiento filiatorio correspondiente. Cualquier ciudadano argentino podría realizar este tratamiento de reproducción humana asistida, sin tener que reunir requisito alguno. El Estado no puede imponer recaudo, si la ley no lo pide.

Concorde el art. 16 de la Constitución Nacional, todos somos iguales ante la ley, por lo cual se debería tener acceso a esa técnica de reproducción humana asistida, tanto parejas casadas, convivientes, solteros y cualquiera sea su edad y orientación sexual. El derecho a priori mencionado, también se hace extensivo a los extranjeros que estén dentro del territorio de nuestra nación (art. 20 de la CN).²

2.2. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Con la reforma constitucional acaecida en el año 1994, quedaron incorporados a nuestra Carta Magna, en el art. 75 inc. 22, los Tratados Internacionales de DD.HH., en los cuales se establece como derechos humanos básicos los siguientes: el derecho integral

² Art. 16 y 20 de la Constitución Nacional. HCNA.

de la familia, a la procreación, la promoción de la maternidad y paternidad responsable y el derecho a la salud reproductiva.

En los instrumentos internacionales citados, los cuales se han ratificado, encontramos argumentos trascendentes para sostener la validez del instituto que se analiza en el presente trabajo.

2.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

En el art. 17 de dicho Pacto se profundiza respecto a la tutela familiar. En el mismo se manifiesta lo siguiente: la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.³

Asimismo, el art. 24 del mismo cuerpo normativo establece la igualdad ante la Ley: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de Ley”.⁴

2.2.2. Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución

³ Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴ Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en esta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos.

Entre su articulado, encontramos el art. 16, el cual reza: “los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna con motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.⁵

Respecto al art. 25 del mismo cuerpo legal, podemos extraer que: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonios o fuera de matrimonios, tienen derecho a igual protección social”.⁶

2.2.3. Convención sobre los Derechos del Niño.

La presente Convención, considera a la familia como un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, principalmente de los niños. Por ello, reconoce que el niño, para el pleno e integral desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En la situación donde solo se aportó su útero para la gestación del niño, sin la intención de ser su madre, no puede considerársele familia; quienes si deberían serlo son los que desde un principio quisieron asumir esos roles.

Asimismo, la Convención también pone especial énfasis en resaltar el derecho a la identidad (lo cual es resaltado en diversos artículos), entre ellos: derecho a conocer a sus padres, al nombre, a la nacionalidad, a no ser separado de sus padres sin conformidad de estos y sin revisión judicial previa en casos de maltrato o descuido, así como a mantener relaciones personales con el padre del que esté separado y contacto directo con ambos. También recepta, entre su articulado, los derechos al respeto a las costumbres

⁵ Art. 16 de la Declaración Humana sobre los Derechos Humanos.

⁶ Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

culturales, a la identidad cultural, idioma, religión y valores morales y nacionales, a la identidad étnica, religiosa y lingüística.

2.2.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo sexto que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Agrega que este derecho estará protegido por la ley y nadie podrá ser privado de ella arbitrariamente. Asimismo, en el artículo 23, se manifiesta que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. También se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. Por último, reza que Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.⁷

2.3. El Código Civil y Comercial de la Nación.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que tiene vigencia desde el mes de agosto del año 2015, no regula específicamente a la gestación por sustitución. Tampoco tenemos ninguna ley que trate la misma. No obstante, existen numerosos proyectos de ley que no han sido aprobados hasta la actualidad, tanto en nación como en las provincias.

las provincias.

Cabe destacar que en el proyecto de reforma del Código Velezano, se ha tratado el tema que nos ocupa, e incluso ha existido un artículo (562) que nos hablaba puntualmente de la gestación por sustitución, pero luego de las tratativas en el Congreso de la Nación, se ha dejado de lado su incorporación. El mencionado artículo expresaba que el consentimiento previo, informado y libre de las partes intervinientes tienen que ajustarse a lo que establece el Código y una normativa especial. Por consiguiente, manifestaba que la filiación queda establecida entre el niño o niña nacido/a y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad de estos últimos y el

⁷ Arts. 8 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

consentimiento homologado judicialmente. Para esto último, el juez debe revisar que se den ciertos requisitos, tales como el interés superior del niño, la plena capacidad de la gestante, entre otros. Por último, establecía el anteproyecto que en caso de que no se autorice judicialmente, se determinara la filiación por naturaleza. Nótese la importancia que se le brindaba a la aplicación de esta técnica, así como la atención a los principios constitucionales y convencionales.⁸

Conclusiones parciales.

En el presente acápite, se ha llevado a cabo un análisis de la legislación nacional y los Tratados Internacionales de Derechos humanos pertinentes para esta investigación. No obstante, no podemos alejarnos de la actualidad, donde vemos que la ciencia sigue avanzando a pasos agigantados. Se pierden certezas, ahora la madre no es siempre cierta, disociándose un poco más la maternidad y se construyen de a poco otras, como por ejemplo que el padre cuyos gametos se utilizan adquiere una certeza absoluta.

Debido a todo esto, y teniendo en cuenta el análisis legislativo realizado, considero que es necesaria una mayor celeridad en la elaboración de normas que regulen específicamente la materia, dando respuestas satisfactorias a estos interrogantes jurídicos y atendiendo a la realidad que nos afecta.

⁸ Iprofesional.com. (2012). La maternidad subrogada en el derecho argentino. S.I. Recuperado el 20 de abril de 2018 de: <http://www.iprofesional.com/adjuntos/pdf/2012/03/358316.pdf>.

CAPÍTULO 3:
ANÁLISIS DOCTRINARIO
RESPECTO A LA GESTACIÓN
POR SUSTITUCIÓN

Introducción al capítulo.

En el presente apartado, se llevará a cabo un análisis respecto a lo manifestado por los distintos doctrinarios nacionales e internacionales que han hablado sobre la temática en estudio. Ello a los fines de llevar a cabo una acabada comprensión de la cuestión y reflexionar sobre la misma.

3.1. Gestación por sustitución desde el punto de vista doctrinario.

Para iniciar con el tema de análisis, es primordial referenciar las nociones básicas desde la concepción misma, para definir a la llamada gestación por sustitución, la cual se diferencia de la concepción natural. La única gestación por sustitución era aquella que no derivaba de una realidad biológica, sino por medio de la costumbre. Es decir, una mujer que era estéril, le daba a su marido una esclava para que pueda fecundar. La nueva realidad es que la maternidad se encuentra cuestionada hoy por su falta de certeza, y es por eso que el derecho comparado se encuentra legislando y ocupándose al respecto (Ruíz Martínez, 2013).

Parte de la ciencia médica define a la maternidad como “la relación que se establece por la procedencia del ovulo a partir de la madre”⁹. A través de la evolución histórica, la nueva noción de maternidad presenta una evolución en diversas transformaciones debido a los avances de la ciencia y la tecnología. Dichos avances han provocado un alto impacto en las bases de la institución familiar y específicamente en la procreación.

La madre biológica es aquella en la cual recae la etapa gestacional, lo cual puede coincidir o no con la madre genética o la madre legal. Mientras que la madre genética es aquella que proporciona el material genético que al ser fecundado con el espermatozoide genera un huevo o cigoto del cual se desarrolla el nuevo ser (Zannoni, 2012).

La gestación por sustitución es aquella por la cual una mujer distinta a la madre genética lleva implantado dentro de su útero un embrión hasta el momento del nacimiento para que otra mujer o pareja pueda gozar de todo aquello que conlleva la maternidad. Vulgar o coloquialmente, se lo conoce como “vientre alquilado”, pues es una práctica que

⁹ Fuente: “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”. Revista Persona Recuperado el 23 de octubre de 2017 de: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

consiste en contratar los servicios de una mujer para que esta lleve adelante el embarazo, con la intención de entregar al niño al nacer, a la persona a quien se lo ha encargado.¹⁰

Naranjo Ramírez (1994), define la gestación por sustitución como un contrato de derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria, a dejar que se le implante un óvulo fecundado de otra mujer o, un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante inseminación con el espermatozoides del hombre, con la obligación de entregar la criatura después del nacimiento a las otras partes contratantes. Agrega que el contrato es bilateral o unilateral, dependiendo de que haya contraprestaciones recíprocas, consensual o solemne (según legislación de cada país), oneroso o gratuito, principal e innominado (no está definido).

Con la sanción de diversas normas últimamente en nuestro país, se ha empezado a tratar a la persona más dignamente y como un sujeto de derecho conforme al respecto de los Derechos Humanos consagrados por la Constitución Nacional, reformada por última vez en el año 1994, incorporándose el art. 77 inc. 22 el que otorga una presunción de constitucionalidad a un grupo de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

El derecho se sirve como pilar de tres valores fundamentales para garantizar el derecho a la vida: dignidad, autonomía e inviolabilidad a la persona.

Según Krasnow (2005), el derecho a la vida unido al de dignidad es el derecho que tiene todo hombre de ser considerado y respetado como ser humano en el conjunto de atributos que le corresponde por su condición. Mediante la utilización de estas técnicas (que conllevan a la gestación por sustitución) existen derechos fundamentales del *nasciturus* que se encuentran comprendidos y que pueden llevar a perjudicar al embrión.

3.1.1. Naturaleza jurídica del contrato de gestación por sustitución.

En la gestación por sustitución, nos encontramos con un acto de disposición del propio cuerpo; la madre sustituta brinda su útero para que en él sea implantado el embrión. En nuestro país, esto nunca puede ser tratado como un contrato, ello debido a que estamos hablando de cuerpo humano, lo que está fuera del comercio conforme art. 17 del CCCN.

¹⁰ Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo III. Editorial: Universidad de Buenos Aires.

Por regla general, en estos casos, el consentimiento de la madre sustituta priva de ilicitud el acto, siempre y cuando con su consentimiento no se afecte el orden público ni la moral ni las buenas costumbres.

3.1.2. Derecho del recién nacido: la filiación.

Cuando una pareja arrendataria aporta su material genético se considera que, biológicamente, dicha pareja son los padres del recién nacido y no así la gestante.

No obstante, lo mencionado *ut supra*, no debe considerarse por sí solo la fuente de filiación natural. En el caso de la arrendataria y de su pareja, quienes aportan su óvulo y espermatozoide respectivamente, concurre algo más que el aporte genético y es la voluntad de procrear.

A partir de lo expuesto, tenemos dos alternativas:

- El criterio del origen del material genético.
- El criterio relativo a quien presta el servicio de gestación.

Si nos detenemos en el primer caso, podemos observar que es la alternativa que nos garantiza con mayores probabilidades de éxito que el niño tendrá el ambiente amor y comprensión que le permita lograr su total desarrollo como persona. Estamos hablando de la voluntad de traer una vida al mundo.

En el segundo caso, se busca a cualquier costo que el niño tenga una relación de paternidad como de maternidad conocida y vinculada a lo biológico. Esta alternativa lo único que logra es obtener un vínculo jurídico que permita demandar por alimentos, no así un verdadero vínculo paterno- filial. (Abajo, 2014)

La *possessio filiationis* es la situación jurídica en la que el hijo se encuentra establemente integrado y en la que se ha consolidado continua e ininterrumpidamente el *tractus*, impidiéndose que cualquiera pueda perturbar lesiva y extemporáneamente la efectiva socialización del hijo dentro del grupo familiar, al que no solo jurídica sino afectivamente se encuentra ligado. Este debe ser un antecedente fundamental al momento de decidir las cuestiones de paternidad o maternidad que se deriven de la utilización de técnicas de reproducción asistida (Abajo, 2014).

3.1.3. Argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución.

Frente a esta temática, la cual se encuentra en auge actualmente, la doctrina (como suele decirse) no es pacífica. Existen posiciones encontradas al respecto. Están quienes se encuentran a favor de la misma (quienes pugnan por la libertad de elegir como concebir a sus hijos) y quienes se encuentran en contra, argumentando cuestiones de índole moral.

Quienes están a favor, explican que la gestación por sustitución es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros. Consideran que esta es la razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma.

Como se ha manifestado, la gestación por sustitución es una técnica donde personas adultas ejercen sus derechos sin vulnerar el de otros, por lo que se considera que las críticas realizadas a las personas que se someten a dichas técnicas deberían ser desvirtuadas, ello debido a que es una modalidad más para ejercer la paternidad y se equipara a las otras formas de acceder a la misma sin transmisión del linaje genético (Arteta, 2011).

Con relación a las críticas que se realizan porque consideran que estas prácticas llevan a la explotación de la mujer, debemos decir que al ser un acuerdo voluntario y libre, no se puede hablar de explotación. Todos los participantes se benefician con ella (Arteta, 2011).

Respecto a los que se encuentran en contra de la aplicación de estas técnicas, señalan, entre otras cuestiones, que la maternidad es un proceso natural que no debe ser desnaturalizado a través de la aplicación de diferentes técnicas, asimismo señalan que utilizar el cuerpo de una mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, considerando que es una forma de apropiación y explotación. En cuanto al factor económico, manifiestan que al obtener dicho beneficio se estaría mercantilizando a los seres humanos, y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener esta ventaja patrimonial. En relación a lo psicológico, expresan que el niño nacido bajo estas técnicas sufre en la posteridad consecuencias de índole psicológicas o sociales. Se señala también que es inmoral traer de esa forma a un niño a la vida, siendo que existen tantos en estado de adoptabilidad (Abajo, 2014).

Como visualizamos, se considera que los argumentos en contra son bastante débiles, ya que en estos planteos hay cierta nostalgia con el pasado, el cual tiene una visión idílica de la familia, y toman como los avances que se van sucediendo en los diversos campos como desnaturalizadores y degeneradores de los procesos naturales, cuando sabemos que lo natural no puede ser homologable a lo moralmente bueno.

Hace siglos que la maternidad es un complejo proceso que implica muchas variables: psicológicas, familiares, económicas, sociales, éticas o políticas que exceden la supuesta naturalidad alegada. Cabe mencionar como ejemplos una cesárea, es antinatural y por ello no se considera que es algo malo o inmoral, también tomar ácido fólico es antinatural, o usar tijeras para cortar el cordón umbilical. Creemos que la maternidad es mucho más que parir, por lo que la lista de acciones antinaturales es muy extensa (Abajo, 2014).

Conclusiones parciales.

Como se ha visto a lo largo del presente acápite, existen posturas a favor y en contra de la regulación de la gestación por sustitución. Quienes se encuentra a favor, adoptan la postura de que quienes se someten a dichas técnicas lo hacen disponiendo de su propio cuerpo, con total libertad, así como quienes deciden ser padres a través de dicha técnica, prestando su consentimiento libre e informado previo al sometimiento.

No obstante, están quienes no consideran que debe ser viable la aplicación de esta técnica, meramente por cuestiones de tipo moral disfrazadas con otros argumentos. Considero que estas cuestiones solo deben estar reservadas a Dios y no inmiscuir nuestras creencias en las libres decisiones que debemos tener las personas, siempre y cuando no se afecte al orden y la moral pública, ni se perjudiquen intereses de terceros.

CAPÍTULO 4:
ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL
RESPECTO A LA GESTACIÓN
POR SUSTITUCIÓN

Introducción al capítulo.

En el presente capítulo, se presentarán los fallos más relevantes respecto a la temática en cuestión. Asimismo, se analizarán y expondrán conclusiones parciales respecto a las posturas que siguen los diferentes tribunales de familia al respecto.

4.1. Juzgado de Primera Instancia del Menor de Edad y la Familia de Mendoza. “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación” (2015).

El presente caso sucede cuando una pareja se contactó con una mujer mendocina, mayor de edad, que estaba dispuesta a llevar el embarazo de un embrión fecundado *in vitro* con óvulo y semen del matrimonio. Se suscribe el contrato el 29 de abril 2014. La gestante fue sometida a estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso. La atención psicológica se extendió durante el embarazo. El bebé nace el 9 de enero de 2015, en el Hospital Español de Mendoza, donde el médico extendió certificado de nacido vivo a nombre de la mujer que lo dio a luz. Posteriormente, la pareja inicia una acción judicial para que se le reconozca la filiación del niño nacido y se lo inscriba como hijo propio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. El juez resuelve a su favor, y ordena inscribir al niño como hijo de dicho matrimonio, como podemos observar en el siguiente fragmento del fallo: “...*Es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación... entiendo que debe garantizarse a todas las personas que lo necesiten el poder hacer uso de esta técnica...RESUELVO: NO HACER LUGAR a la nulidad del convenio... DETERMINAR que la filiación materna y paterna del niño, corresponde a los Sres. A.C.G. y J.J.F., DNI xxxx, por lo considerado IMPONER a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional”.*

De la sentencia *ut supra* mencionada, se considera que el juez ha realizado una correcta aplicación del derecho vigente. En casos como el planteado, debe darse prioridad al interés superior del niño venido al mundo como resultado de una gestación por sustitución (Escudero, 2016).

La omisión de tratamiento del tema en el nuevo Código Civil y Comercial no puede privar a los niños que nazcan como resultado de estas prácticas de una filiación, un nombre y una nacionalidad, ni puede condenarlos a vivir en una relación filial con quien no tuvo intenciones de ser su madre.

Además, la sentencia resalta que no existe ningún inconveniente para inscribir a un hijo nacido en el extranjero como propio en nuestro país, y en ese sentido el artículo 2634 del nuevo Código Civil y Comercial, impone la obligación de reconocer en la república todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, de conformidad con los principios de prioritariamente el interés superior del niño. (Escudero, 2016)

Si nuestro ordenamiento está permitiendo inscribir a un niño gestado por sustitución en el extranjero es porque considera que esa filiación (relación del derecho privado constituida en el extranjero) no violenta nuestro Orden Público Interno, por lo tanto, no permitirlo en un caso idéntico, si la gestación hubiera sido en nuestro país, sería vulnerar un principio constitucional básico: la igualdad ante la ley (art. 16 CN).

4.2. Juzgado de Primera Instancia del Menor de Edad y la Familia de Lomas de Zamora. “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias (art.232 del CPCC)” (2015).

Los hechos del fallo son los siguientes: en este caso estamos frente a una pareja heterosexual imposibilitada de procrear, en virtud de la diversidad reproductiva de la mujer que ha sido diagnosticada con una enfermedad congénita que le impide gestar pero no producir óvulos. La hermana de la mujer se encuentra casada, con quien tiene tres hijos menores de edad y está embarazada de una niña con absoluta simetría genética respecto de la pareja que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, informado y libre. Por ello, se peticiona ante el juez la inscripción inmediata del nacimiento de la niña por nacer como hija de M. R. y C., conforme a la voluntad procreacional, expresada en el consentimiento informado y no así como hija de la hermana.

Para resolver el presente caso, la Jueza tuvo en cuenta varias cuestiones que motivaron su decisión, las cuales son: en primer lugar, parte de la doctrina sostiene que aunque no se encuentre regulada en nuestro Código Civil, la maternidad subrogada no ha sido expresamente prohibida, lo cual significa que la cuestión queda sujeta a la discrecionalidad judicial, y a su criterio corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 CN). La filiación, mediante el acceso a las TRHA, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales. Con lo cual la fuente de filiación se configuraría como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional. En la gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. Por eso, en el anteproyecto del CCCN, al tratar sobre la gestación por sustitución, exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso, el cual debía ser homologado por autoridad judicial. (Escudero, 2016)

Gil Domínguez considera que en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, 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. Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. En este sentido, la ley 26.862 constituye un instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser padre o madre como parte del proyecto de vida, desde un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad. La garantía del acceso integral a la TRHA implica un claro cumplimiento del efecto erga omnes de la norma convencional interpretada en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs. Costa Rica” (2012). Los derechos humanos a los que esta ley intenta dotar de virtualidad y eficacia son lo que consagró la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”: derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso

científico y tecnologías – derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación. Por ello se considera que, en Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás. (Escudero, 2016)

Ante la imposibilidad de M. R. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, la gestación por otra mujer (en este caso su hermana M. C. H), se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH) , a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD, todo ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica”. Se entiende que la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, homosexuales y transexuales se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA y a la gestación por sustitución. Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un código civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente, aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y el linaje. (Escudero, 2016).

Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo y producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de los convenios. Ese interés exige contar con un

marco legal de protección, que “brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva”.¹¹

Además, la jueza tuvo en cuenta los informes de las psicólogas del equipo técnico que entrevistaron a toda la familia, en donde concluyeron que la gestante no tenía la voluntad de tener como propio al hijo que llevaba en su vientre, que siempre tuvo en claro que ese hijo era de su hermana, o sea su sobrino. Y que sus hijos también tenían en claro que el niño que gestaba su madre era su primo. Por lo tanto, toda la familia acompañaba la decisión con amor y entusiasmo. Consideró, que era necesario dar una respuesta que proteja jurídicamente a todas las personas involucradas en el presente caso: la gestante, su marido y sus tres hijos menores de edad y por supuesto los progenitores biológicos de la niña por nacer, que conjuntamente recurrieron a la TRHA porque era el único medio que tornaba viable su proyecto familiar, ante la imposibilidad física de gestar de la actora. Así como también, la protección de la niña por nacer, resguardando y garantizando el interés superior de la misma. Este es un principio rector que todos los órganos legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar en todas las medidas que adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños, pero que los afectan.

La acción declarativa constituye una vía admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre acerca de la norma a aplicar para resolver el caso planteado, ya que el CCCN no prevé la gestación por sustitución por haber sido eliminada del texto normativo en vigencia y, además en el art. 562 titulado “Voluntad procreacional”, inserto en el Capítulo sobre “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, estipula que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”¹²

¹¹ Extraído el 14 de abril de 2018 de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-noreconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacionalmedian/>

¹² Art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. HCNA.

La gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás. Por ello, como mandan los tratados de derechos humanos ya mencionados ut supra “en las condiciones de su vigencia”, la misión del Estado, en esta coyuntura, el Poder Judicial, es resolver teniendo en cuenta las características del caso y no en pos de principios abstractos o a la luz de fantasmas tecnológicos, que no se verifican en la especie. Así, la tutela judicial efectiva y la protección preferente de las personas en situación de vulnerabilidad exige a la jurisdicción la adopción de medidas positivas adecuadas para generar las condiciones que maximicen las posibilidades de seguridad y felicidad a todos los integrantes de las dos familias participantes en la gestación por sustitución, adultos y menores de edad, en lugar de establecer desventajas excluyentes o barreras burocráticas estigmatizantes. (Escudero, 2016, p. 28).

4.3. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil. CABA. “N.N.O. s/ inscripción de nacimiento” (2015).

Los hechos del fallo son los siguientes: una pareja imposibilitada de concebir de forma natural realiza junto a una amiga suya un acuerdo de gestación por sustitución y certifican sus firmas ante un escribano público. En dicho acuerdo, las partes convienen implantar un embrión del matrimonio en el útero de su amiga para que ella lleve adelante

el embarazo, y luego de dar a luz les entregue al recién nacido, ya que es biológicamente su hijo.

Las partes involucradas inician una acción judicial solicitando la inscripción de la niña nacida como hija del matrimonio. Presentan como pruebas el acuerdo antes mencionado y un resultado de ADN realizado en la Clínica Fundación Favaloro, que arroja una probabilidad de parentesco de la niña con la pareja mayor a un 99,99 %. En el mismo, se resuelve disponer y ordenar la inscripción de la niña como hija biológica del matrimonio. Entre los fundamentos para llegar a tal resolución, encontramos los siguientes: “La identidad se configura, por un lado, con elementos estáticos, invariables y, por el otro, dinámicos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los primeros pueden ser recónditos como la clave genética o visibles como nuestro sexo o contorno físico; los segundos captan al ser humano en su evolución permanente, como una realidad cambiante, que se modifica, se empobrece o enriquece, pero siempre está en constante movimiento; así, por ejemplo, las ideas religiosas, las concepciones políticas y el perfil psicológico. La Convención de los Derechos del Niño pone especial énfasis en resaltar el derecho a la identidad receptándolo en diversos artículos. Muchos de estos aspectos pueden ser lesionados por el desconocimiento de uno de los elementos estáticos configurativos de la identidad, cual es el origen biológico genético de la persona. La carga genética acompaña al sujeto por toda su vida aún en el caso de atribuírsele una filiación que no coincida con dicha herencia. Las facetas dinámica y estática, “forman un todo indisoluble, que no es posible desmembrar sin vulnerar el derecho de la persona a elegir cómo vivir su vida, dado que ambos aspectos del derecho a la identidad se encuentran interconectados.” (Escudero, 2016: 28 y 29)

Por otra parte, el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres biológicos, se encuentra reglado expresamente en la ley 26.061: “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, que establece en su artículo 11 que los niños “tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres”¹³.

¹³ Art. 11. Ley de Protección Integral de las niñas, niños y adolescentes. HCNA.

La doctrina nos enseña que el individuo como ser único e irrepetible, posee el derecho personalísimo a la identidad que como tal es el elemento más importante de construcción de su personalidad, esto significa, en primer lugar la identificación por el Estado, mediante los documentos, partida de nacimiento e identificación adosada al documento del padre o la madre y luego el propio; en segundo lugar, la pertenencia a una determinada familia, lo que denominamos el estado de familia (Gherzi, 2006).

De las pruebas acompañadas, el Juez tuvo en cuenta el estudio de ADN, que coloca sin duda alguna a la niña nacida en la familia conformada por el matrimonio accionante, así como el acuerdo acompañado como “Acuerdo de Voluntades Gestación por Sustitución” donde la gestante aceptó la implantación del embrión, para su posterior gestación en su cuerpo, pero no asumiendo al niño que fuera a dar a luz como su hijo. En el escrito judicial inicial, ella reitera que es su deseo y el de sus amigos que estos puedan ser padres. (Escudero, 2016). Ello en función de que “gestación por sustitución”; como lo ha dicho la doctrinaria Dra. Eleonora Lamm, quien reconoce que se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano *mater semper certa est*, consagrando que la madre es siempre cierta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio *mater semper certa est* hace crisis, y en estos tiempos deja de ser incuestionablemente un hecho cierto. (Escudero, 2016).

Ante el hecho consumado, el nacimiento de y la falta de legislación vigente, considero que es un “deber” del juzgador, en pos de un adecuado y ajustado ejercicio de la magistratura, permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes. En efecto, planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, y los Ministerios, el estudio de ADN de la niña y los actores, que surgen como padres biológicos será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del Código Civil, ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación. (Escudero, 2016).

Así las cosas, entiendo que ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el interés superior del niño, respecto del derecho a la identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia.

4.4. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil. CABA. “C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. s/ impugnación de maternidad”. (2015).

Las partes F. A. C. y M. C. C. impugnan la maternidad de M. L. R. S. respecto de la menor E. C. nacida en marzo de 2014 y solicitan que se la emplace como hija de la co actora M. C. C. La pareja alega la imposibilidad de C. de quedar embarazada, pese a los médicos consultados, estudios que se llevaron a cabo al efecto y dado el deseo de ambos cónyuges de tener un hijo, hicieron averiguaciones acerca de la gestación por sustitución en los E.E.U.U. y en la India, cuyos costos tan elevados eran imposibles de afrontar. Es así como recibieron el generoso ofrecimiento de M., la niñera del sobrino de F. con quien mantenían un fuerte vínculo afectivo desde hace años y conocía los deseos frustrados del matrimonio. Ella se ofreció a ayudarlos, encontrándose dispuesta a llevar adelante el embarazo, con el material genético que aportaran los accionantes.- Mediante la técnica de fecundación “in vitro” se transfirió a M. el óvulo fecundado. Luego de nacer la hija fue reconocida por F. pero no pudo ser reconocida por C., dado que al momento de su nacimiento fue anotada como hija de M., conforme lo prevé el artículo 242 del Cód. Civil. La acción promovida de impugnación de la maternidad de M. y de reconocimiento de la maternidad por parte de C. tiene por objeto desplazar del estado de madre a aquélla y emplazar a ésta como madre de E. (Escobar, 2016)

En sustento de la procedencia de la pretensión invocan el artículo 261 del CCCN que admite la impugnación de la maternidad “por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo” significado amplio en el que se incluiría el implante del óvulo fecundado de otra mujer conforme los procedimientos de fecundación extracorporal, como en el sub lite. Los actores se encuentran legitimados para peticionar y no existe regulación alguna que prohíba la gestación por sustitución, C. es la madre genética de E. como se comprueba con el estudio de ADN acompañado, es quien tuvo la voluntad procreacional y es privilegiar el interés de la nombrada admitir la maternidad encabeza de la co actora y no mantener la filiación en cabeza de la gestante quien no desea mantener un vínculo materno filial con la recién nacida.-Se presenta M. L. R. S. y se allana lisa y llanamente

a la pretensión de los actores en forma incondicional, oportuna, real y efectiva. Reconoce haber colaborado en forma libre y espontánea en la gestación de la niña y que los padres biológicos y voluntarios son los accionantes. (Escobar, 2016)

Invocan también la legitimación activa que les asiste conforme lo normado por el artículo 262 del CCCN, la voluntad procreacional de ellos que se complementa con la identidad genética señalando la ausencia de prohibición legal que impida el procedimiento médico llevado a cabo. La voluntad procreacional que invocan los actores, es un concepto esbozado en sus inicios por Díaz de Guíjarro, quien sostenía que la procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados: a) la voluntad de la unión sexual b) la voluntad procreacional y c) la responsabilidad procreacional.

Respecto de la segunda, debe entenderse como el deseo o intención de crear una nueva vida y como su consecuencia, nace la responsabilidad derivada del hecho de la procreación³⁸. Se ha dicho que justamente en el campo de la reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es la típica fuente de creación del vínculo.

La gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio advierte que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo y que esa filiación sea reconocida legalmente. Resulta procedente hacer lugar a la demanda entablada valorando principalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, respecto de quien han asumido y ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento, así como la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN. Debe prevalecer en especial el interés superior de la menor, a quien solicito le hagan saber, en cuanto sea oportuno, el contenido de este proceso”. (Escobar, 2016)

Conclusiones parciales.

En el presente capítulo se han reseñado fallos de gran relevancia provenientes del fuero del Menor de Edad y la Familia de distintas provincias. Independientemente del origen de los fallos, se puede observar que los juzgadores tienen criterios coincidentes al

expresarse sobre los casos concretos. Vemos como predomina el derecho a la identidad, pero más aún el interés superior del niño y el derecho a formar una familia.

Se considera que los jueces se encuentran adaptados a las nuevas realidades y no son ajenos a ella. Lo que considero de vital importancia a la hora de dictar sentencia, ya que, en mi humilde opinión, debería prevalecer la voluntad de formar una familia antes que la identidad genética, siempre y cuando no se viole el orden público y se preste el consentimiento libre, previo e informado.

CONCLUSIONES

FINALES

En el presente Trabajo Final de Graduación, se ha llevado a cabo un exhaustivo análisis de la problemática de investigación que ha guiado el mismo: ¿cuál es la regulación legal de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento interno?

Conforme la problemática mencionada *ut supra*, podríamos afirmar que se podría acceder a la utilización de esta técnica a los fines de lograr la maternidad o paternidad. No obstante, y tal como se señaló en el análisis jurisprudencial y legislativo, debemos tener en cuenta que pueden existir ciertos problemas por el hecho de no haber ley concreta sobre subrogación gestacional y puesto que el artículo 565 de nuestro Código vigente establece la filiación por el parto, el niño es considerado hijo legal de la gestante. Por lo tanto, ésta puede decidir en cualquier momento quedarse con el bebé. En este sentido, los padres de intención no tendrían ningún derecho a reclamar, ya que no hay ley que les proteja. Asimismo, al haber un vacío legal, cada caso debe ser valorado por un tribunal, que será el encargado de dictar una sentencia de filiación. Esto conlleva la posibilidad de que se otorgue la maternidad legal a la gestante y no a los padres intencionales. Al no haber tampoco un control sobre si debe aplicarse de forma altruista o comercial, sobre la cuantía de compensación a la gestante ni sobre los organismos o empresas que pueden intervenir en dicho proceso, podría producirse el abuso y vulneración de los derechos de mujer gestante.

Para llegar a esta resolución, se ha realizado un estudio descriptivo de los principales institutos jurídicos que se consideran de vital importancia conocerlos para poder ahondar en la problemática que nos atañe. Todo ello se ha realizado en el capítulo número uno. A posteriori, se ha realizado un importante análisis de la legislación existente, la doctrina y la jurisprudencia. Ello a los fines de poder conocer frente a qué realidad legislativa estamos, qué está regulado y qué no, entre otras cuestiones. Asimismo, se considera importante conocer cuáles son las posturas de los doctrinarios que han referido a la temática. Para ello, hemos dividido entre doctrinarios que tienen posturas favorables respecto al instituto de mención y, por otro lado, quienes están en contra del mismo. Por último, se presentaron fallos para poder conocer cuáles son las posturas de nuestros magistrados y, sobre todo, para corroborar que existen personas que desean someterse a estas técnicas y que se encuentran frente a un estado de incertidumbre e insatisfacción debido a la falta de regulación normativa.

Del estudio realizado, podemos concluir que hay una realidad biológica que está afrontando el mundo y de la cual nuestro país no es ajeno. Es una realidad que los avances científicos en materia de genética han permitido que innumerables parejas cumplan su sueño de ser padres. No obstante, regular las nuevas técnicas de reproducción humana asistida no es tarea sencilla, se amplía con ellas el campo de las formas de organización de una familia conocidas hasta ahora. Como hemos visto en el capítulo primero del presente, podemos asegurar que existen al menos tres fuentes de filiación: por naturaleza, por adopción y la proveniente de las TRHA.

No podemos olvidar de que siempre la realidad va un paso más adelante que la ley. Los avances tecnológicos, los cambios en la cultura, en las costumbres y prácticas sociales, siempre se están un paso adelantado a lo que encontramos plasmado en la legislación de los Estados. Esto siempre genera nuevos retos, nuevos desafíos para el legislador, y también para los jueces que deben interpretar y adaptar sus decisiones a la realidad y al contexto social del momento que se está vivenciado. Lo cual, se reconoce desde ya, que es una tarea compleja. Sin embargo, no debe resultar esto una excusa para no regular sobre determinados temas, o para desconocer su existencia y validez. El derecho, que tiene como principal fin regular conductas, no puede ser una disciplina disociada de la realidad, negador de lo que sucede en la sociedad.

Considero que la maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población. No obstante, existen varias personas que no poseen este privilegio, llevando a un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la gestación por sustitución aparece como alternativa para concretar los anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas. Estas críticas que se explican dadas las características que presenta esta técnica de reproducción humana asistida (gestación por sustitución) en su variante contractual, y que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante.

Es por ello que hemos hecho un recorrido por la legislación vigente para analizar la legalidad de la utilización de esta práctica. Lo cual podemos concluir que no hay ninguna ley que admita dicha práctica, si bien fue tratada en el proyecto de reforma del nuevo código, esta no fue incorporada en la sanción del mismo. Asimismo, cabe destacar que tampoco existe una prohibición expresa en ningún cuerpo normativo, por lo que

atendiendo al artículo 19 de la Constitución Nacional, podemos advertir que todo aquello que no está prohibido, estaría permitido.

Se considera que una posible prohibición de esta técnica, en los tiempos que corren, significaría desperdiciar los avances que ofrecen la ciencia y la tecnología. Asimismo, si el objetivo es la incorporación de la gestación por sustitución como contrato, resultaría necesario el estudio de la legalidad del objeto contractual y los elementos del contrato.

Cabe destacar la necesidad de redactar una ley específica que regule la temática particular, ello a los fines de que no se generen incentivos no deseados en la sociedad. El Estado debería tomar los recaudos necesarios para que se dé menor lugar a vacíos legales y de esa manera proteger los derechos de las personas involucradas, brindando un amplio reconocimiento a la gestación por sustitución, para evitar todo tipo de desgaste procesal y brindar seguridad jurídica a las partes intervinientes. A partir de esto, consideramos que la hipótesis planteada en este trabajo ha sido confirmada totalmente, como así cumplido el objetivo general detallado en la introducción.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Abajo, M. L., (2014). Maternidad Subrogada. Tesis no publicada. Fundación H. A. Barcelo.
- Argento, A. y otros., (2004). Principios de Derecho Penal. Fuentes del Derecho Penal. Buenos Aires: Universidad Argentina John Kennedy.
- Arteta, C. (2011). Maternidad Subrogada. Revista de Ciencias Biomédicas.
- D`Albano Torres, P. I., (2015). Estudio del Nuevo Código. Familia y Sucesiones. CABA: D&D.
- Escudero y Minig, (2016). Maternidad Subrogada. Tesis no publicada. Universidad Nacional de La Pampa.
- Ghersi, C. A. (2006). Pruebas de ADN. Genoma humano. Buenos Aires: Universidad SRL.
- Grosman, C. P., y otros. (2012). Summa de Familia. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y otros (2014). Tratado de Derecho de Familia. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y otros (2009). La familia en el nuevo derecho. Tomo I y II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Krasnow, A. N. (2005). Filiación: determinación de la maternidad y paternidad (1° Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, (2014). Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires: InfoJus.
- Naranjo Ramírez, G. P. (1994). La maternidad sustituta, delegada o por encargo. Tesis no publicada. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Ruíz Martínez, Rocio. (2013). Maternidad Subrogada. Tesis no publicada. Universidad de Cantabria.
- Wagmaister, A. M. (2000). Maternidad Subrogada. Derechos del Niño. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

- Zannoni, E. (2012). Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II. Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N 86, “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento (2015).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro)” (2012) y “Mennesson y Labassee c/ Francia TEDH” (2014).

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ley 26.061. Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.
- Ley N° 26.618. Ley de Matrimonio Igualitario.