



Trabajo Final de Grado de Abogacía

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Argumentos Jurídicos que determinan la Filiación

Elizabeth Villalba

DNI: 23.477.303

Legajo: VABG30123

2019

Agradecimientos

A Julio, por ser el motivador de éste camino.

A Agustina, mi princesa, por ser el aliento diario para llegar a la meta.

Resumen

La presente investigación aborda la gestación por sustitución, una figura que por su trascendencia y actualidad ha despertado grandes expectativas y controversias en el ámbito del derecho y de la sociedad. Se trata de una problemática compleja que está cobrando notoriedad a nivel mundial a partir de un significativo incremento en el número de personas que se someten a estas técnicas para formar sus familias.

Esta tendencia global impacta también en Argentina donde se realizan tratamientos de este tipo desde hace varios años. Sin embargo, no se ha avanzado en una normativa específica a contramano de la tendencia a su legalización observada en distintos países. La persistencia de este silencio legislativo en materia de gestación por sustitución obliga a los interesados a recurrir a la justicia a los fines de reconocer y determinar el vínculo filial resultante.

Este trabajo intenta echar luz sobre algunas de esas discusiones pendientes en la búsqueda de mecanismos jurídicos ajustados a las realidades existentes bajo la convicción de que dar la espalda a problemáticas tan acuciantes como candentes no sólo no brinda solución alguna, sino que acrecienta los conflictos y la judicialización.

Palabras Clave

Bioética - Filiación – Gestación por Sustitución – Reproducción Asistida

Abstract

This research addresses the pregnancy by substitution, a figure that by its transcendence and topicality has aroused great expectations and controversies in the field of the law and of the society. This is a complex problem that is gaining notoriety at the global level from a significant increase in the number of people who undergo these techniques to form their families.

This global trend also impacts Argentina where this type of treatment has been carried out for several years. However, there has been no progress in specific legislation in the direction of the trend towards legalization observed in different countries. The persistence of this legislative silence in terms of pregnancy by substitution obliges the stakeholders to resort to justice for the purpose of recognizing and determining the resulting filial link.

This work tries to put light on some of these pending discussions in the search of legal mechanisms adapted to the realities existing under the conviction that to turn the back to problematics as pressing and burning not only does not provide solution but also increases conflicts and judicialization.

Keywords

Bioethics - Filiation - Pregnancy by Replacement - Assisted Reproduction

Índice	Pág.
Introducción	7
Capítulo I: Gestación por sustitución	
1.1 Construcción conceptual	11
1.2 La renuencia a su regulación en Argentina	14
1.3 Una mirada hacia la evolución del ordenamiento jurídico	16
Capítulo II: Familia y filiación en el marco de la gestación por sustitución	
2.1 Relaciones de familia. Conceptos generales	20
2.2 La regulación de la filiación en la Argentina	22
2.3 Filiación de niños nacidos mediante gestación por sustitución	25
Capítulo III: Aspectos legislativos y doctrinarios	
3.1 Derechos y garantías constitucionales en la gestación por sustitución	28
3.2 Hacia una regulación especial de la Ley de TRHA	30
3.3 Antecedentes en el derecho comparado	34
3.4 Proyectos de regulación en el derecho argentino	35
Capítulo IV: Aspectos jurisprudenciales	
4.1 Gestación por sustitución en la jurisprudencia internacional. Sentencias emblemáticas	39
4.2 Gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Fallos destacados	45

4.2.1 Precedente ejemplar	45
4.2.2 Inscripción de niños nacidos en el exterior	48
4.2.3 Inconstitucionalidad del art. 562 CCCN y voluntad procreacional	50
4.2.4 Autorización para GS y determinación preventiva de la filiación	52
Conclusiones	55
Bibliografía	59
Doctrina	59
Legislación	61
Jurisprudencia	62
Sitios de Internet	62

Introducción

El presente trabajo de investigación aborda la gestación por sustitución, una problemática que no cuenta aún con una regulación expresa en la legislación argentina pero que por su trascendencia y actualidad ha despertado grandes expectativas y controversias en el ámbito del derecho. La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida desarrollada para contrarrestar los problemas de infertilidad y que postula un nuevo modelo de familia.

Puntualmente, una mujer que ejerce el rol de gestante acuerda con otra persona o pareja -denominados comitentes- la gestación de un embrión en su útero. Al nacer, el niño o niña tendría vínculos jurídicos con sus padres procreacionales. Estos avances de la ciencia aplicados a la salud humana despiertan una serie de dilemas desde un abanico muy amplio de perspectivas: éticas, morales, culturales y jurídicas, entre otras. Se trata de una figura compleja que está cobrando cada vez mayor notoriedad a nivel mundial a partir de un significativo incremento en el número de personas que se someten a estas técnicas para formar una familia.

Esta tendencia global impacta también en Argentina donde, paradójicamente, no se ha avanzado en una regulación específica a contramano de la tendencia legalizadora que se observa en distintos países. Es por ello que no resulta descabellado señalar que la falta de tratamiento legislativo en Argentina no acompaña estos progresos en el área de la biotecnología. Mientras que los nuevos paradigmas científicos permiten a las personas generar nuevos vínculos en calidad de progenitores mediante la subrogación de un vientre, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no contempla ésta técnica como una fuente de filiación.

A la postre, esto implica que cada caso concreto quedará sujeto a discrecionalidad del juez interviniente, siendo que a partir de la reforma de la codificación de fondo se reconoce a la voluntad procreacional como una fuente de filiación. Lo concreto es que los niños y niñas nacidos por estas técnicas no quedan al amparo de una filiación a través de un procedimiento reglado a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con la filiación por adopción, supuesto en el que el juez puede dictar sentencia fundada en una arquitectura legal ya establecida para ello.

En esta línea, los planteos y desafíos al ordenamiento legal que arriban a los tribunales de nuestro país apuntan a que se habilite el reconocimiento expreso de los nacimientos producidos mediante esos métodos. Se busca brindar así un necesario resguardo legislativo para garantizar el interés superior del niño, determinar su representación legal, el derecho a la identidad, además de otros derechos constitucionales, entre lo que cabe incluir aquellos que atañen a los padres procreacionales, tales como la libertad, la igualdad ante la ley, el acceso a la salud como también así velar por el cumplimiento de los principios de reserva y legalidad.

En este contexto y dado que la legislación nacional aun conserva en forma excluyente el principio romano “*mater semper certa est*”, a través del cual se reconoce la filiación materna de la mujer que dio a luz, es que cabe preguntarse en el marco del ordenamiento legal argentino ¿Cuáles son los argumentos jurídicos en los que se basa el órgano jurisdiccional a los fines de disponer la filiación de las personas nacidas bajo la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución, en favor de los padres de intención o comitentes?

En la actualidad, la ausencia de una regulación que prevea la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico nacional obliga a los interesados a recurrir a la Justicia a los fines de reconocer y determinar el vínculo filial resultante. En los hechos, existe un creciente número de causas donde se advierten situaciones en que la mujer que ha gestado a una niña o niño y da a luz, renuncia a su calificación jurídica de madre en favor de los padres de intención o comitentes.

La decisión de los legisladores de suprimir la figura de la gestación por sustitución de la codificación de fondo -aunque la misma sí había sido considerada originalmente en el Anteproyecto de Reformas- permite advertir que se trata de una problemática sumamente controversial y que aún resta dar distintos pasos para lograr un debate maduro y transparente respecto a los múltiples intereses que se ponen en juego con su regulación.

El objetivo de este trabajo está orientado a echar luz sobre algunas de las discusiones pendientes en materia de gestación por sustitución en Argentina para la búsqueda de mecanismos jurídicos ajustados a las realidades existentes bajo la convicción que dar la espalda a problemáticas tan acuciantes como candentes no sólo no brinda solución alguna, sino que acrecienta los conflictos y la judicialización. A tal

efecto, el supuesto o hipótesis de partida es que no existen limitaciones jurídicas insalvables que impidan introducir la figura de la gestación por sustitución en el ordenamiento legal argentino.

Respecto a la metodología empleada, en un primer momento se ha emprendido un análisis documental y bibliográfico seguido de un segundo momento en que se procesaron los datos obtenidos para realizar un análisis sobre la problemática planteada a través de un enfoque metodológico cualitativo que toma elementos tanto de la investigación exploratoria como de la descriptiva. Este abordaje intenta imprimirle a este trabajo un dinamismo emparentado con los pasos que debe adoptar el operador jurídico cuando se enfrenta al análisis de problemáticas de suma complejidad.

En cuanto a los contenidos de este trabajo, los puntos abordados en cada capítulo han sido agrupados por su vinculación temática. En el primer capítulo se realiza una aproximación a la gestación por sustitución considerando sus particularidades y las distintas perspectivas desarrolladas a nivel doctrinario acerca de este concepto. La renuencia a establecer una regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico argentino es también motivo de análisis en esta parte del trabajo, al igual que la inclusión de una serie de reflexiones orientadas a desarrollar una mirada hacia el futuro para la proyección de una norma que contemple esta nueva modalidad de filiación.

El capítulo segundo se focaliza en la importancia de la familia como unidad fundante de la sociedad y las nuevas configuraciones familiares consagradas con la sanción del Código Civil y Comercial. Además, se hace especial hincapié en la regulación legal de la filiación y la delicada situación que afecta a los niños y niñas nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución.

En el capítulo tercero se avanza en diversas aristas legislativas, doctrinarias y constitucionales que se plantean ante la introducción de esta figura en el sistema legal de Argentina. Las particularidades que presenta la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida es uno de los puntos que se analizan en detalle. Asimismo, los argumentos que postulan defensores y detractores del instituto también son recuperados en esta parte del trabajo, a la vez que se comentan algunas de las soluciones jurídicas alcanzadas en el derecho comparado. En el último apartado se

recuperan y ponen en valor proyectos legislativos que promueven diferentes estándares de regulación en torno a esta técnica de reproducción humana asistida y las implicancias de adoptar uno u otro modelo para introducir el instituto en análisis en el derecho positivo argentino.

Las principales tendencias jurisprudenciales en la materia observadas en el orden nacional han sido incluidas en el capítulo cuarto. A su vez, estos precedentes son complementados con un panorama de la jurisprudencia internacional que permite dar cuenta de sentencias emblemáticas relacionadas a la gestación por sustitución en el sistema interamericano.

Capítulo I:

La gestación por sustitución

En el primer capítulo de este trabajo se realiza un encuadre general de la gestación por sustitución. El recorrido propuesto en estas páginas parte desde una aproximación a la conceptualización de la figura a través de distintas nociones y puntos de vista para introducirse a continuación en un panorama acerca de las resistencias observadas en el ordenamiento jurídico argentino para establecer una regulación del instituto en análisis, lo que ha llevado a una judicialización de los tratamientos realizados mediante estos procedimientos. Por último, se analizan algunos de los argumentos esgrimidos por los detractores de la gestación por sustitución ponderando riesgos y beneficios de contar con una normativa especial.

1.1 Construcción conceptual

Uno de los institutos más controversiales y debatidos de nuestro tiempo en el ámbito del Derecho de Familia y en el campo de la bioética es la gestación por sustitución (en adelante, GS) a partir de los cambios socioculturales y los avances tecnológicos que permiten nuevas formas de planificar y articular las relaciones familiares. El derecho y la bioética han encontrado en este punto un terreno de encuentro para analizar y dar respuestas a estas nuevas realidades existentes.

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida que genera debates tanto jurídicos como éticos, pero que a pesar de su complejidad y de las diversas aristas que ésta temática abarca, es necesario su abordaje legal. De hecho, se ha transformado en una práctica reproductiva a la que recurren quienes no pueden acceder a su deseo de formar una familia, en virtud de problemas de infertilidad o bien en correspondencia a los nuevos modelos de familia.

Al considerar el impacto de estas transformaciones en la vida moderna se sostiene que asistimos a una ‘revolución reproductiva’ (Lamm, 2013) gracias a la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA), que permiten separar la sexualidad del fenómeno de la reproducción humana. Esto ha

llevado al planteo de numerosos dilemas que superan las implicancias meramente jurídicas y colocan en tela de juicio la idea de la familia tradicional.

En 1982, la jurista estadounidense y docente universitaria Phyllis Coleman, fue una precursora en la materia al ensayar una de las primeras nociones en torno a la GS a partir de considerar la situación hipotética que debía atravesar un matrimonio entre personas de distinto sexo¹. En rigor de verdad, Coleman (1982, p.71) aludió a la maternidad subrogante en los siguientes términos:

[Es]una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte.

Cabe señalar que si en aquellas primeras etapas se trataba de una técnica de baja complejidad porque involucraba a una mujer gestante inseminada en forma artificial, en la actualidad se alude a una práctica de alta complejidad dado que el ovulo que finalmente se implanta en la gestante pertenece a quien resulte donante o comitente. Llegado a este punto es importante aclarar que la GS presenta diferentes alternativas: en la modalidad tradicional, la gestante aporta sus gametos además de la gestación; mientras que en la modalidad gestacional propiamente dicha, no aporta óvulos pero sí la gestación.

El Diccionario del Español Jurídico desarrollado por la Real Academia se refiere a la GS colocando el acento sobre el vínculo contractual que aquél tendría –a tono con la legislación española en la materia-, al tiempo que destaca el reconocimiento filiatorio de los padres de intención o comitentes: “Embarazo mediando un contrato en virtud del cual la madre gestante renuncia a la declaración de maternidad del hijo en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas” (2016, p.327). En cambio, desde una mirada contraria a la figura, Zannoni (1978, p.111) ha expresado que “la fecundación extrauterina con semen del marido de

¹ En aquellos años, las discusiones acerca de las identidades de género diversas estaban ausentes del debate público y jurídico.

un óvulo de la esposa y su implantación en el útero de otra mujer implica un acuerdo o pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres”.

Para aproximarnos a la definición de GS cabe distinguir este concepto de otras acepciones como ‘alquiler de vientre’ o ‘maternidad subrogada’. En el primer caso, se le asigna una impronta patrimonialista al instituto (García de Solavagione, 2012), mientras que en los sistemas jurídicos donde esta figura ha sido regulada se intenta imprimirle un carácter altruista y solidario que no puede subsumirse a una actividad meramente comercial. Este es un punto crítico entre impulsores y detractores de la GS pues la doctrina se debate entre quienes rechazan lo que consideran una modalidad de comercialización de los cuerpos –y en el mejor de los casos, se inclinan por su gratuidad-, y quienes sostienen que se debe considerar el aspecto económico teniendo en cuenta que se contrata a una mujer para la gestación del hijo de los comitentes.

La terminología ‘maternidad subrogada’ tampoco luce ajustada en virtud de que no existe una voluntad de la gestante en tener hijos, sino que gesta para que otros se constituyan en progenitores. Lo que se subroga es la gestación –y no la maternidad-, lo que implica una esfera mucho más acotada. No confundir gestación con maternidad es clave para entender los procesos aludidos, que entran en colisión con el viejo precepto del derecho romano vinculado a la presunción de maternidad de la mujer que da a luz –vgr. *mater semper certa est*-.

En coincidencia con Notrica, Cotado y Curti (2017, p.2) se entiende a la GS como una técnica de reproducción humana asistida “por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con este o estos últimos”. Bajo esta mirada, se apunta hacia un reconocimiento del derecho humano de toda persona a formar una familia en un marco de respeto de las diversidades, y en la consecución de relaciones parentales libres y responsables.

En esta línea, la voluntad procreacional se constituye en un elemento central para la determinación de la filiación en las TRHA pero en el caso de la GS esto asume un carácter diferente ya que son los comitentes quienes tienen el deseo o la intención de ser padres a través de alguien cuya misión será la de gestar a la niña o niño. De este modo, el elemento volitivo determina un nuevo paradigma en el que la paternidad y la

maternidad exhiben un alto contenido socio-afectivo, en contraposición a la idea tradicional de relaciones parentales basadas en un reduccionismo biológico.

1.2 La renuencia a su regulación en Argentina

La figura de la gestación por sustitución (en adelante, GS) ha experimentado un fuerte respaldo en el plano jurisprudencial, con resultados favorables en distintos fallos ventilados en tribunales de Argentina –panorama abordado en el capítulo cuarto del presente trabajo-. A pesar de este significativo apoyo y de que la GS había sido incluida en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación por la Comisión de Reformas, el artículo 562 proyectado² –que establecía el proceso, requisitos y sus efectos- fue eliminado de la versión definitiva.

Los cuestionamientos provenientes de los sectores más conservadores dieron sus frutos y la norma fue suprimida pero lo cierto es que existe un vacío legal que obliga a judicializar cada caso. Esto genera impactos negativos, en especial por la incertidumbre que despiertan estos procesos y porque los plazos judiciales no siempre se condicen con las necesidades de los involucrados. La indefinición resultante viola el derecho a la identidad del niño o niña, atenta contra la salud sexual y reproductiva de los adultos implicados y, en general, obstaculiza la vida familiar (Notrica *et al*, 2017).

Así las cosas, en la medida que no concluya el proceso judicial con una sentencia que determine el vínculo entre las personas nacidas mediante esta técnica y sus progenitores, estos niños carecerán de una debida inscripción con todas las consecuencias que ello genera en relación a la conculcación de derechos básicos – como salud y educación-. Es por ello que urge preguntarse si no cabe cuestionar que

² Art. 562, Anteproyecto CCyCN.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.”

el derecho humano a fundar una familia esté anclado a la voluntad del juez de la causa.

Si bien es innegable la eliminación de la norma que buscaba regular la GS, la estructura que enmarcaba su implementación en el CCCN subsiste. Esta ambigüedad ha llevado a Tietelbaum (2017, p.4) a referirse a la existencia de “una abstención legal y se filtra su aplicación gracias a la integración de otras normas afines[...] queda todo sujeto a la discrecionalidad judicial”.

Ante este panorama, las estrategias judiciales desarrolladas para que se dé curso al reconocimiento filiatorio surgido de la GS han seguido cuatro variantes, a saber: 1) autorización judicial anticipada; 2) impugnación de la maternidad atribuida a la gestante; 3) presentación de una acción declarativa de certeza; o, 4) la inscripción del niño o niña como hijo del o los comitentes mediante requerimiento judicial.

En el primer supuesto, se pretende que el juez convalide la implantación del embrión en la gestante y que la inscripción sea ordenada a favor de los comitentes previo al nacimiento de la niña o niño. Otra alternativa utilizada consistió en impugnar la maternidad de la gestante, y emplazar a la comitente en el estado de madre, con el argumento de que la primera no sería la madre biológica. Los primeros planteos judiciales -impulsados durante la vigencia del Código de Vélez- siguieron este último camino.

Las acciones declarativas de certezas fueron presentadas en casos dónde la niña o niño ya estaba inscripto como primogénito de la gestante. La situación se remediaba inmovilizando las actas de nacimiento originales y ordenando una nueva inscripción como hijos de los comitentes. En tanto que la inscripción directa del niño se llevó a cabo en aquellas causas donde el nacimiento ya era un hecho -*ex post facto*-.

En líneas generales, las mociones que se inclinan hacia la aprobación de una regulación en torno a la GS fueron plasmadas durante las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Específicamente, la Comisión dedicada a abordar las problemáticas relacionadas con ‘Identidad y Filiación’ alcanzó un acuerdo por unanimidad en el que se sostiene la necesidad de “regular la GS en una Ley Especial conforme el criterio del artículo 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”. Asimismo, el dictamen de dicha Comisión indicaba también –con voto afirmativo de

la mayoría- que la normativa de GS resultante “debe hacer hincapié en la protección de todas las personas intervinientes”.

Otros elementos comunes que es posible reconocer en las propuestas planteadas para contar con una ley de GS es que se promueve una intervención judicial previa a la implantación del embrión en la gestante (Herrera, Kemelmajer y Lamm, 2011). Es decir, que el órgano judicial se encargue de velar por el cumplimiento de ciertos requisitos en forma anticipada, entre los que se destacan: que la gestante exprese su consentimiento pleno, que se le informe respecto de las implicancias del uso de esta técnica de reproducción humana, que haya tenido un hijo propio previamente, que no reciba retribución económica.

A su vez, se alude a la necesidad de intervención de un equipo interdisciplinario, encargado de emitir un dictamen respecto de la idoneidad y capacidad de los intervinientes en el proceso. Otra pieza fundamental es que se reclama la instrumentación de los procesos necesarios para que inmediatamente se establezca la filiación en favor de los padres procreacionales y se inscriba al menor en el Registro correspondiente, evitando la vulneración de derechos a los que se lo somete en la actualidad, como la necesidad de recurrir al arbitrio judicial para que se determine su filiación.

1.3 Una mirada hacia la evolución del ordenamiento jurídico

Al fijar la mirada sobre las resistencias que subsisten a esta figura conviene detenerse en algunos de los argumentos más recurrentemente utilizados para descalificar cualquier atisbo de regulación. Entre esas máximas, se destacan las siguientes:

-Pesa sobre los acuerdos de GS una acusación insanable: su nulidad absoluta como resultado de que apuntan a un objeto ilícito y avanzan sobre áreas que están vedadas al comercio. De allí que la GS sea tachada de una práctica inmoral, contraria a las buenas costumbres y atentatoria de la dignidad de la persona (Borda, 2016).

-Se cargan las tintas sobre la gestante y el niño o niña como víctimas de una situación que los trasciende. Según esta interpretación, en el caso del nacido por GS debido a que se violaría su derecho a ser declarado hijo de la mujer que lo gestó y

formar parte de esa familia. Asimismo, se configuraría un estado de explotación si la GS se enmarca en un convenio oneroso entre los comitentes y la gestante.

-Entre otros efectos indeseados se daría un ambiente propicio para el desarrollo en Argentina de un mercado negro de alquiler de vientres, propiciando así una cosificación de la mujer gestante (Sambrizzi, 2012). Todo ello, además, con el agravante de que se ignoran las resonancias emocionales y psicológicas que podría generar el sometimiento a este tipo de tratamientos por parte de las portadoras.

-El impedimento para ser padres de quienes desean ocupar ese rol pero no pueden lograrlo sin recurrir a una GS, sería utilizado por redes de asociación ilícitas para alentar el tráfico de menores e incentivar el “turismo reproductivo”.

Expuestas estas consideraciones, cabe señalar que es indispensable encontrar canales de diálogo entre detractores e impulsores de la figura para superar la intolerancia hacia una u otra posición teniendo como norte el interés superior del niño, principio rector reconocido por todos los actores implicados en la discusión. Consecuentemente, es posible neutralizar los postulados mencionados más arriba con distintos fundamentos.

En primer lugar, es importante remarcar que no se degrada la dignidad de quien nace mediante GS si una persona desarrolla su niñez y adolescencia con alguien que no lo gestó. Acaso no cabe interrogarse acerca de cuántas niñas y niños son abandonados afectivamente por sus progenitores biológicos y deben ser criados por parientes, abuelos, padrinos y/o madrinan, referentes afectivos, vecinos, entre otros.

Por otra parte, no hay estudios concluyentes que indiquen daños colaterales ni en los niños nacidos mediante GS, como tampoco entre las mujeres gestantes. En cambio, no hay dudas de que la estabilidad emocional de los hijos está relacionada con su personalidad e historia personal. En esto tiene una fuerte influencia quienes llevan adelante el rol de progenitores del niño y le brindan su amor y afecto en pos de lograr su desarrollo integral.

Además, la libertad de las personas en el marco de la autonomía de la voluntad habilita que mientras nadie se produzca daños contra sí mismo o hacia terceros el Estado no debiera intervenir –art. 19, CN-. A lo que cabe agregar que ante cualquier decisión judicial que involucre a personas menores de edad, la Justicia a través del

Ministerio Público de Menores efectúa controles específicos, especialmente para analizar el contexto en el que se planifica la vida familiar.

En otro orden de cosas, la clandestinidad y el mercado negro que se promoverían al legislar la GS son, en realidad, la contracara necesaria de la ausencia de regulación. El vacío legal es el marco ideal para que las mafias operen en las sombras, y el “negocio” resulta mucho más lucrativo en la medida que las prácticas maliciosas y abusivas queden al margen de todo control estatal (Tietelbaum, 2017).

Finalmente, la capacidad de las mujeres para adoptar decisiones no debiera subestimarse con el argumento de que son arrastradas a someterse a una GS a consecuencia de su situación de vulnerabilidad o por medio de explotación económica. Si una mujer acepta voluntariamente gestar un bebé para ayudar a otros a conformar una familia, sólo cabe interpretar como pre-juicioso y discriminatorio a tal razonamiento.

El principio de primacía de la realidad impone al legislador la urgencia de dar respuesta a esta demanda social en virtud de que el número de personas que opta por este tipo de intervenciones se encuentra en continuo ascenso en Argentina. La situación existente en el ordenamiento jurídico nacional implica una sobrecarga desmedida sobre la Justicia ante la necesidad de judicializar la GS en cada caso concreto.

La otra alternativa a la que deben recurrir quienes desean formar una familia por esta vía es tramitarla en aquellos países que regulan la figura, pero a la postre se generan complejos escenarios desde el derecho privado internacional al momento de determinar la nacionalidad y filiación del niño o niña nacido mediante GS. Además, ello provoca una desigualdad de acceso, ya que estas soluciones están al alcance de un puñado de personas que cuenta con medios económicos suficientes para costear tratamientos médicos extremadamente costosos en el extranjero.

Conclusiones parciales

A modo de cierre de este primer capítulo es importante subrayar que la GS ha evolucionado a lo largo de las últimas décadas hacia una mayor complejidad en los

tratamientos desarrollados y las posibilidades que ello abre para las y los interesados. Estos avances de la ciencia médica plantean dilemas bioéticos y jurídicos de tal magnitud que conmueven las bases estructurales de la idea fundacional de la familia. En este contexto, la aceptación social de la GS en Argentina parece ir en aumento pero su rechazo en distintos ámbitos se mantiene, con su correlato en la ausencia de una norma que la regule. Es por ello que entendemos necesario profundizar las instancias de debate legislativo a los fines de encontrar acuerdos programáticos que permitan arribar a una solución de fondo que contemple a quienes desean ser progenitores pero que de otro modo no podrían procrear.

La GS es un tema de debate muy profundo al que se debe dar solución. La falta de legislación que provea un marco legal que contenga la figura, desencadena una vulneración de derechos fundamentales de los niños nacidos por esa técnica reproductiva como ser el de identidad, de conocer sus orígenes, y el acceso a la salud. Un derecho de vanguardia no puede dejar de lado las técnicas de reproducción, ya que constituyen un nuevo tipo filial con sus propios principios y reglas. Las leyes deben estar en sintonía con lo que sucede en la sociedad y no tratar temas abstractos sino en vinculación con las realidades contemporáneas.

Capítulo II:

Familia y filiación en el marco de la gestación por sustitución

El segundo capítulo de este trabajo se introduce en el Derecho de Familia de acuerdo a las características definidas en el Código Civil y Comercial que marcan la consagración de novedosos paradigmas muchos de ellos receptados con anterioridad por la doctrina y la jurisprudencia argentina. En particular, se focaliza en la regulación de la filiación que presenta cambios sustanciales en relación al Código de Vélez al reconocer una nueva fuente: las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Este capítulo se completa con un abordaje de la delicada situación en la que se ven envueltos los nacidos mediante gestación por sustitución en Argentina al momento de establecer su filiación.

2.1 Relaciones de Familia. Conceptos generales

La familia es una institución social de gran relevancia, que se adapta con el transcurso del tiempo y en función de distintos factores sociales, culturales o afectivos. En la actualidad existen distintas visiones sobre ésta institución, ya que las formas de vida familiar son muy diversas, puede conformarse por los progenitores y sus descendientes, ser monoparental o bien ensamblada.

Según Borda (1990) la familia históricamente ha progresado en tres diferentes etapas, a saber: se inicia con “el clan”, conformado por un grupo de familias unidas bajo una autoridad o jefe en común. Luego este clan evoluciona hacia la “gran familia” constituida como la típica familia romana bajo la autoridad del paterfamilias, quién tenía poderes amplios para someter a sus integrantes: los descendientes del pater, sus esposas, esclavos y clientes. Finalmente, se llega a la “pequeña familia” de núcleo paterno-filial, dónde la función primordial se centra en la procreación, educación y asistencia tanto espiritual como moral.

El derecho de Familia es el derecho en el que la voluntad de las partes tiene injerencia generalmente, en la formación de la relación entre los distintos sujetos, pero no en cuanto a las normas que lo regulan, sino en virtud de la autonomía de la voluntad, entendida como la concurrencia de una decisión conjunta entre dos o más

personas. El derecho familiar es clasificado como extrapatrimonial, regulando aquellos deberes que no constituyen obligaciones porque no tienen contenido patrimonial. A pesar de ello, muchas veces y a consecuencia de sus normas, su comportamiento y vinculaciones refieren a un contenido patrimonial.

El Derecho argentino de Familia comienza con el Código Civil de Vélez, que data de 1871. Su evolución comienza a partir de 1984, en virtud de que los juristas receptan el comportamiento social, otorgando igualdad a las distintas relaciones jurídicas. La norma que marca un hito es la Ley 23.264 de Patria Potestad, de contenido amplio, que rige a partir de 1985, y logra equiparar a la mujer en el ejercicio de sus derechos en una jerarquía que hasta el momento sólo se les reconocía a los hombres. También iguala a los hijos matrimoniales de los extramaritales, en pos de que no sufran una vulneración en sus derechos.

En 1987, los cónyuges divorciados adquieren aptitud nupcial. Los avances en la normativa se profundizan con posterioridad, cuando se protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los derechos de las mujeres, y se combate la violencia de género, la ley de matrimonio igualitario, hasta que finalmente se llega a la sanción del Código Civil y Comercial que entra en vigencia el primero de agosto del año 2015.

En esta línea, se produce un fuerte impacto en el derecho de familia con la ‘constitucionalización’ del derecho civil y la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad federal. Todos estos progresos fueron posibles gracias a que el legislador otorga a determinados deberes protecciones reconocidas en la ley, que si bien son deberes jurídicos, también constituyen deberes naturales, morales y éticos.

En el nuevo Código, las relaciones de familia se encuentran reguladas en el Título V del Libro Segundo. Las fuentes de filiación se contemplan en el art. 558, y se dividen en: por naturaleza, por adopción, o mediante técnicas de reproducción humana asistida -en adelante, T.R.H.A.-. Las tres fuentes de filiación mencionadas surten los mismos efectos legales.

A la hora de regular la filiación, el Código unificado ha introducido profundos cambios conceptuales y en la terminología. Por ejemplo, ya no se habla de padre o madre sino de progenitores, a la luz de la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, en la

que se reconoce el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo. Otro punto significativo se relaciona con las T.R.H.A, en la medida que una persona puede poseer hasta dos vínculos filiales, lo que excluye la figura del donante de gametos, al momento de determinar la filiación de un menor nacido bajo esa técnica.

2.2 La regulación de la filiación en la Argentina

La filiación por naturaleza –matrimonial o extramarital- o la filiación por adopción eran las variantes admitidas en el Código velezano. Pero las fuentes de filiación se ampliaron en el Código unificado al incluir una nueva alternativa en su art. 558. Por lo tanto, resulta oportuno referirse a la filiación obtenida mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida –en adelante TRHA-.

No cabe detenerse en las normas que legislan la filiación por adopción y por naturaleza dado que son similares a las incorporadas en el Código derogado y no son objeto de este trabajo. Por otro carril debe encausarse lo que respecta a la filiación derivada de TRHA, pues una de las innovaciones sustantivas de la codificación de fondo en esta materia se relaciona con el establecimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria. Sin embargo, vale la pena resaltar que la gestante ha quedado fuera de este reconocimiento, al indicar la norma que no se puede contar con más de dos vínculos filiales.

Fuera del caso de adopción simple, se establecen iguales efectos para las filiaciones derivadas de de diferentes fuentes. De este modo, la segunda parte del art. 558 CCyCN reafirma la igualdad de efectos consagrada en el art. 240 del Código velezano. En concreto, la norma dispone que tanto los hijos nacidos por naturaleza o mediante la intervención de TRHA –sin distinción en cuanto sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales- y en la adopción plena –que implica la extinción del vínculo biológico con la familia de origen-, se goza de iguales derechos y obligaciones (Sambrizzi, 2015).

Ahora bien, sin margen a dudas la parte final del art. 558 CCyCN limita los vínculos filiales a un máximo de dos, cualquiera sea la fuente de filiación. Esta disposición ha sido el centro de distintas discusiones en la doctrina nacional dado que los avances en las técnicas de procreación asistida plantean cada vez mayores desafíos

en este sentido. Puntualmente, las prácticas heterólogas –aquellas que involucran material genético de un tercero que no es parte del proyecto parental- han concitado la atención de prestigiosos juristas en la medida de que abren las puertas a la creación a más de dos vínculos filiales (González Magaña, 2015).

Si bien el nuevo Código conserva el sistema binario de filiación –medida que, en líneas generales, ha sido respaldada en el ámbito del derecho de familia-, lo cierto es que los progresos científicos en la aplicación de TRHA generan nuevos debates y encuentran limitaciones jurídicas para obtener reconocimiento, al considerar que en su génesis se advierte una confluencia de material genético y aspectos volitivos. No obstante, cabe aclarar que el CCyCN prevé dos excepciones a dicha regla: la primera se localiza en la segunda parte del art. 621 y alude a los casos de filiación por adopción; en tanto que la segunda puede hallarse en el inc. b) del art. 631³ cuando se hace referencia a la filiación de integración.

Por otra parte, determinar la filiación de una persona no es otra cosa que definir jurídicamente quién o quiénes son sus progenitores (Bossert y Zanonni, 2000). El nuevo Código segmenta los modos de filiación de acuerdo a la siguiente clasificación:

- 1) filiación legal: se fija por ley a partir de ciertos supuestos, como el parto;
- 2) filiación voluntaria: surge ante el reconocimiento como acto volitivo, y en casos de TRHA proviene de la voluntad procreacional;
- 3) filiación judicial: a partir de una demanda articulada a tal efecto se dicta una sentencia que así lo determina.

A su vez, es importante subrayar que el CCyCN ha incorporado pautas relativas al uso de terminología jurídica adaptada a la legislación vigente sobre matrimonio igualitario en materia de filiación. En efecto, las fórmulas jurídicas empleadas tradicionalmente relativas a la “determinación de la maternidad o paternidad” comienzan a ser reemplazadas ante términos que eliminan o reducen los sesgos de género. Por ello, se alude en la actualidad a la “determinación de la

³ En apretada síntesis, la norma mencionada establece que el adoptado puede mantener vínculo filiatorio con el progenitor separado del cónyuge o conviviente de su adoptante, siempre que así lo disponga el juez que intervenga en la causa.

filiación”, que en el caso de parejas del mismo sexo se define a partir de la voluntad procreacional y el consentimiento informado de los contrayentes (Chechile, 2015).

En lo que respecta a la determinación de la maternidad en las TRHA, a través del art. 562 del CCyCN se dispone que se tome en cuenta la prueba del nacimiento a través del parto –al igual que en la maternidad por naturaleza- junto con la identificación del nacido. La persona instituida como progenitora deberá ser notificada de la inscripción en el Registro de las Personas si otra persona que no sea ella o su cónyuge han solicitado dicho trámite. Esto permite que la involucrada pueda impugnar la filiación al ser anoticiada de una incorrecta inscripción de un niño como su hijo.

Asimismo, la voluntad procreacional basada en el consentimiento informado permite determinar la filiación matrimonial en nacimientos derivados de TRHA, de acuerdo al art. 569 inc. c) CCyCN. En la misma línea se ubica el art. 570 referido a la filiación extramatrimonial, que alude al “consentimiento previo, informado y libre” que se presta en casos de TRHA. Es decir que, a diferencia de la filiación por naturaleza, dónde se prevé el reconocimiento⁴ voluntario –si el progenitor concurre al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a tal efecto-, o forzado –si se determina por juicio de filiación-, ninguno de estos escenarios puede plantearse con TRHA pues la voluntad procreacional es la única regla aplicable.

Otro aspecto significativo para esta modalidad de filiación está contenido en el art. 575 del Código unificado, que niega vinculación jurídica alguna ante la utilización de gametos de terceros. La única excepción prevista es si se usa esa información como argumento para plantear un impedimento matrimonial. Por lo tanto, puede afirmarse que el régimen fijado por el CCyCN para la filiación mediante TRHA es más sencillo al no estar sujeto a las vicisitudes que pueden generarse para la filiación matrimonial o extramatrimonial en casos de filiación por naturaleza.

⁴ Siguiendo a Belluscio (2011) puede señalarse que el reconocimiento constituye un acto jurídico a través del cual una persona declara que otra es su hija o hijo. Este emplazamiento filiatorio efectiviza los derechos y obligaciones derivados de dicho vínculo.

2.3 Filiación de niños nacidos mediante gestación por sustitución

Los dilemas jurídicos y controversias legales que se plantean en torno a la Gestación por Sustitución –en adelante, GS-, plantean tres escenarios posibles. La primera de estas opciones es la total prohibición de la GS y, por extensión, de los efectos jurídicos sobre la filiación de los y las niñas nacidas mediante esta técnica. Esta medida puede ser tildada de discriminatoria desde variadas esferas, a saber: por razones económicas, como una respuesta arbitraria ante impedimentos físicos y por cuestiones de género. Esta situación es la que se presenta en países que prohíben expresamente la GS como China, Suiza o Francia⁵.

Desde un punto de vista económico, la negativa a la GS lleva a la exclusión de aquellas personas que no cuenta con recursos económicos suficientes para efectuar este tipo de prácticas en países extranjeros donde sí está regulada la figura. Los altos costos que demandan estos complejos tratamientos sólo están al alcance de un puñado de personas y ello puede encuadrarse como discriminación económica.

En lo que atañe a la salud, las mujeres que no pueden concebir o llevar a término un embarazo tienen vedada la capacidad de gestación. En este caso, la vía prohibicionista no hace más que conculcar la posibilidad de fundar una familia por sufrir una incapacidad física. Cabe añadir que si se adopta una perspectiva de género la GS constituye la única alternativa a la que puede recurrir un hombre solo, o una pareja compuesta por dos hombres. Dado que las limitaciones de la biología humana impiden que los hombres puedan concebir o gestar un hijo propio, el impedimento de recurrir a la GS es otro elemento significativo que debiera obligar a revisar este tipo de legislaciones.

Otra alternativa que se presenta con relativa –y peligrosa- frecuencia es el silencio de la ley. En tales circunstancias, el nivel de incertidumbre es sumamente elevado y los avances o retrocesos en la materia dependen de los pronunciamientos de los distintos tribunales en cada caso concreto. La ausencia de una regulación específica en el marco de un desarrollo de las TRHA que se ha visto potenciado en las últimas décadas no hace más que generar tensiones en el sistema jurídico (Famá, 2011). De hecho, el silencio legal aumenta la discrecionalidad a la hora de fallar en

⁵ “Países prohibidos gestación subrogada”, *LifeBridge Agency* [en línea]. Consultado el 01/06/2018 de: <http://lifebridgeagency.es/gestacion-subrogada/legalidad/paises-prohibidos/>

causas de esta naturaleza y la posibilidad de obtener sentencias contradictorias también se incrementa, lo que atenta contra la seguridad jurídica de los ciudadanos. En la actualidad, este escenario es el que se observa en Argentina.

El tercer camino que se puede emprender –y el más adecuado para evitar las inequidades anteriormente descritas- consiste en establecer una regulación sobre estas prácticas y sus implicancias en materia de filiación. Tal como señala Notrica *et al* (2017, p.5) la fijación de un marco normativo tiende paulatinamente a la reducción de conflictos en virtud de que permite “controlar y establecer criterios para llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas: la persona gestante, la o las personas comitentes y el niño o niña, fruto de este procedimiento”. Los estados de Nevada y California, en los Estados Unidos, son ejemplos representativos de esta última tendencia.

De las tres respuestas posibles que pueden brindar los sistemas jurídicos, la regulación de la GS es la solución que mejor se ajusta a un enfoque desde los derechos humanos que permita -tanto a personas solas como a parejas- emprender un proyecto vital tan importante como la formación de una familia, en pie de igualdad con el resto de los ciudadanos. Y si la mirada se centra sobre las niñas y niños nacidos bajo estas técnicas no cabe más que reafirmar que la creación de un marco regulatorio se incardina con el interés superior del niño (Lamm, 2015).

La posibilidad de fijar reglas precisas que delimiten las facultades de las partes en este tipo de convenios puede coadyuvar a proteger a los nacidos mediante estos procedimientos. De esta forma, no sólo se garantiza una filiación de acuerdo a la realidad volitiva de estos niños y niñas sino que también se les otorga seguridad jurídica dando cabal respuesta al interés superior del niño.

Conclusiones parciales

En el cierre de este segundo capítulo vale la pena resaltar que las significativas transformaciones que se vienen sucediendo en el derecho de familia en los últimos años dan cuenta de una serie de avances que ya estaban siendo receptados por la jurisprudencia y la doctrina argentina. En tal sentido, las normas permitieron

consagrar situaciones que ya habían comenzado a ser reconocidas por tribunales argentinos.

La incorporación de las TRHA como nueva fuente de filiación a partir de la codificación de fondo vigente desde 2015 es reflejo de estos cambios sustanciales que la sociedad reclamaba. En la actualidad, los debates no se han acallado sino que se han re-direccionado hacia otras demandas que aún esperan respuesta. La gestación por sustitución es una de esas realidades en que la legislación mantiene un llamativo mutismo, si bien la figura estuvo en el centro de las discusiones que precedieron a la sanción del nuevo Código hasta que fue retirada del texto definitivo.

El silencio de la ley es una señal contradictoria cuando se declama desde el Estado que uno de los objetivos principales es brindar seguridad jurídica a los ciudadanos. Si bien nada indica que esta problemática esté presente en la agenda pública de los legisladores, la proliferación de sentencias que dan curso a acciones de filiación derivadas de procedimientos mediante GS son indicios firmes de que, como en otras esferas, la realidad avanza más rápido que las normas.

Capítulo III:

Aspectos legislativos y doctrinarios

La existencia de derechos y garantías constitucionales que consagran aspectos primordiales en orden a brindar una respuesta legal ante los nacimientos ocurridos bajo las técnicas derivadas de la gestación por sustitución forman parte del primer punto abordado en este capítulo. Seguidamente, se consideran los principales elementos presentes en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su relación con la figura analizada, considerando la viabilidad de modificar esta norma o de prever un tratamiento diferenciado mediante una ley especial. A continuación, se compendian los debates y controversias de la doctrina argentina en torno a la gestación por sustitución para repasar luego distintas regulaciones de este instituto en el derecho comparado. El último apartado está dedicado a poner en valor proyectos legislativos que promueven diferentes estándares de regulación en torno a esta técnica de reproducción humana asistida y las implicancias de adoptar uno u otro modelo para introducir la figura en análisis en el derecho positivo argentino.

3.1 Derechos y garantías constitucionales en la gestación por sustitución

En Argentina, algunas personas optan por acudir a terceros países que sí receptan la figura de la gestación por sustitución (en adelante, GS), mientras hay quienes utilizan otras estrategias. Una de estas fisuras que ofrece el actual sistema tiene que ver con explorar el camino judicial. Una alternativa consiste en aguardar el nacimiento del niño e impugnar la maternidad de la gestante, ya que puede darse el caso de que el material genético no pertenezca a aquélla, y a posteriori se reclama la filiación en favor de la comitente.

Otra estrategia implica acudir a la Justicia habiendo nacido el niño y con el correspondiente certificado de nacimiento junto al ADN y el contrato de gestación - que al no estar prohibido, en la práctica se suscribe-. Se efectúa una sumaria de información y se solicita la inscripción del niño en favor de los comitentes.

Sin embargo, este trámite judicial demora aproximadamente un año, tiempo en el que el niño permanece sin su documento nacional de identidad. Todo lo cual

implica una clara vulneración a los derechos de registración de la identidad del niño y de conocer sus orígenes, y a la salud, ya que al no definirse su filiación, se lo priva de la cobertura médico asistencial que los ampara por intermedio la obra social de los comitentes.

La falta de marco legal, provoca una vulneración de derechos, como también la creación de “agencias de gestación”, las que deberían investigarse para confirmar que no incurran en delito como la trata de personas. Es que si bien existe un consentimiento, la ausencia de regulación legal puede desencadenar en el quebrantamiento de derechos.

A consecuencia del silencio legislativo y la incertidumbre que viven quiénes desean conformar una familia, se buscan respuestas en países como Ucrania e India, dónde se ha dado curso legal a la GS. Además, en estos países el principio de nacionalidad no está basado en el *ius soli*, por lo tanto los niños nacidos adoptan la nacionalidad del país de sus padres. Ahora bien, como la legislación argentina instituye como madre a quién dio a luz al niño, el Consulado argentino no reconoce la filiación y nacionalidad pretendida y los comitentes quedan “varados” en el país dónde recurrieron para gestar al niño.

Más allá de estas consideraciones, el Estado es responsable de velar por el derecho a la salud, que se le atribuye a toda persona como tal, tanto en el orden nacional como en el internacional. El Estado tiene la obligación de dar efectividad al mismo mediante las distintas políticas presupuestarias, legislativas, administrativas y jurisprudenciales con la finalidad de brindar un acceso pleno a la salud. La Constitución Nacional Argentina, lo garantiza en su art. 42 y en el art. 75 inc.23.

En virtud de la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad federal, se ha otorgado seguridad jurídica al derecho de acceso a la salud a la luz de las distintas Convenciones y Pactos. En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 los artículos 3 y 25 consagran el derecho a la vida y la salud. A su turno, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, incluye la defensa del derecho a la salud pública en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales.

El derecho a la salud, en sus distintas formas, también ha sido abordado en la Convención de los Derechos del Niño, de 1989, a través del artículo 24. En cuanto a normas de orden interno, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, destaca la obligación de velar por el Interés Superior del Niño -art. 3-, en el ejercicio de sus derechos. Esta norma propone un enfoque que debe reflejarse en los tres poderes del Estado, otorgando un sistema integral de protección, requiriendo que accionen en función de la garantía de cumplimiento de los derechos y garantías de sus titulares, como sujetos de derechos, siendo ellos prioridades tanto de sus padres como del Estado.

La normativa exige en su artículo 4, fortalecer el rol de la familia, en el artículo 5 la necesidad del Estado de actuar cuando los derechos de los titulares se oponen a los de los adultos.

Por último, es requisito fundamental garantizar el estricto cumplimiento del Derecho a la Identificación e inmediata Registración del niño o niña. Actualmente, los parámetros establecidos en la Ley 24.540 Régimen de Identificación de Recién Nacidos no rigen para aquellos niños nacidos por gestación por sustitución.

3.2 Hacia una regulación especial de la Ley de TRHA

Para tener una noción contextualizada de la situación en que se encuentra la figura de la gestación por sustitución (GS) en Argentina, cabe referirse a los avances y retrocesos observados en los últimos años. De hecho, la Ley N° 26.862 que recepta la cobertura integral de tratamientos vinculados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida ha cumplido poco más de un lustro desde su aprobación el 5 de junio de 2013.

En paralelo, la Comisión de Reformas encargada de redactar el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial había atendido al vacío legal estableciendo el reconocimiento y regulación de las TRHA, incluida la gestación por sustitución. No obstante ello, y a pesar de la media sanción dada al Proyecto en la Cámara de Diputados de la Nación, el Senado eliminó la norma vinculada con la GS dejando de lado una posibilidad clave para torcer el silencio normativo existente.

Tal como indican Gil Domínguez, Famá y Herrera (2010) la relevancia social de esta temática demanda una especial atención por parte de los legisladores, por lo que la supresión del Proyecto de codificación fondal genera un cono de sombras sobre la práctica de la GS, sobre sus alcances –por ejemplo, el carácter gratuito u oneroso de los convenios-, y la forma en que se determina la filiación en este tipo de TRHA.

La contradicción legislativa se hace aún más evidente porque a pesar de estar en vigencia una norma regulatoria de TRHA, no se prevén alternativas para casos tan concretos como una mujer sola que no puede llevar a término un embarazo o tiene problemas de fertilidad. En una línea similar, un hombre solo o una pareja de hombres -en unión convivencial o en matrimonio- no pueden tener un hijo con aporte genético y/o biológico propio si no se someten a un proceso de gestación por sustitución.

Cierta doctrina ha reflejado esta inequidad al colocar el acento en el principio de pluralidad que estas intervenciones médicas buscan atender. En este sentido, las TRHA están “destinadas a colaborar en el proceso reproductivo [...] abiertas para las parejas de igual o distinto sexo casadas o en convivencia de hecho y también para hombres o mujeres que no conforman pareja”, explica Krasnow (2013, p.1636).

Asimismo, cabe consignar que al establecer el art. 562 del nuevo Código que los niños nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz, otra corriente doctrinaria considera inviable la GS en el ordenamiento actual (Kammerath y García Delfino, 2015). En este contexto se asiste a un doble retroceso: no sólo se eliminó del Proyecto la norma regulatoria específica de la GS, sino que incluyendo este único criterio para determinar la maternidad se dificultaría su futura incorporación.

Ahora bien, la posibilidad de brindar seguridad jurídica a las personas que se someten a la GS y, en particular, a los niños nacidos bajo esta técnica era uno de los pilares por los que bregaba el Anteproyecto. Este se basaba en el diseño de un proceso judicial con reglas propias -que debía concluir con una autorización otorgada por un juez- tras cumplimentar una serie de requisitos y condiciones que no puede tacharse de laxa, a saber:

- a) plena capacidad de la mujer;
- b) debida preparación y consentimiento informado de todas las partes intervinientes:

- c) el material genético portado por la gestante no debe ser propio sino de uno o ambos miembros de los comitentes;
- d) Se debe acreditar la imposibilidad de los comitentes de concebir o llevar a término un embarazo;
- e) No debe existir aporte de material genético –gametos- por parte de la gestante;
- f) Se impide la retribución económica hacia la gestante;
- g) Se fija un tope máximo de dos procesos de GS para cada gestante;
- h) La gestante tiene que haber parido, como mínimo, un hijo propio.

A su vez, el Anteproyecto abría la puerta a una regulación especial que permitiera delinear aquellos aspectos que escapan a la normativa de fondo. Cabe entonces plantearse como interrogante si la GS puede ser introducida en la Ley N° 26.862, o si debe optarse por un tratamiento diferenciado mediante una ley especial. Tanto en un caso como en otro resultará de interés recuperar los lineamientos conferidos a la GS en el Anteproyecto de Código unificado para realizar las modificaciones que los legisladores estimen conveniente pero teniendo en la mira su definitiva introducción al sistema jurídico argentino.

Ante la disyuntiva planteada en el párrafo anterior, la posición adoptada en este trabajo sostiene que la alternativa jurídicamente más viable consiste en proyectar una norma especial que atienda a la GS en su totalidad. Esta iniciativa no cabría incluirla dentro de la Ley N° 26.862 en virtud de que esta última regula un aspecto específico de las TRHA: garantiza la accesibilidad a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales que permiten llevarlas a cabo.

La existencia de una regulación especial que permita monitorear la práctica y evitar el uso de estrategias que pueden ocasionar violación de derechos reafirma la necesidad de ir más allá del silencio normativo o la prohibición expresa de la GS. La explotación de la mujer o la formación de un “mercado negro de vientres” por parte de quienes desean tener hijos a cualquier precio pueden combatirse de modo eficaz mediante una norma que limite y controle esta práctica (Lamm, 2012).

Otro argumento que cabe atender es que el interés superior del niño encuentra un mejor cauce si se cuenta con una solución normativa. En efecto, la dignidad de la persona nacida bajo GS no está en juego ni se verá afectada “por el hecho de haber

sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño”, refiere Lamm (2012, p.32). Por el contrario, la posibilidad de producir un daño sustancial al nacido puede incrementarse si se criminaliza o prohíbe la utilización de esta técnica.

En esta línea, cabe preguntarse si anular o considerar ineficaz un acuerdo de GS no coloca en escena que pesa una impugnación en cuanto al rol que desempeña la voluntad en materia de toma de decisiones reproductivas. El imperativo biológico en torno a las experiencias de gestar y parir parece así reforzar los estereotipos sobre las mujeres y colocarse por encima de la posibilidad de decidir sobre los modos posibles de ejercer la maternidad.

Las objeciones a la GS tanto desde el ámbito del derecho como por parte de distintos actores sociales deben enmarcarse a su vez dentro de las dificultades para asimilar los avances en el campo de la reproducción humana asistida. En su oportunidad, la fertilización in vitro fue rechazada de plano, posición que comenzaría a revisarse con el paso del tiempo y el aumento del consenso social en torno a su aceptación. Es importante recordar que la propia Corte IDH se refirió sin eufemismos a este significativo debate en el caso “Artavia Murillo”:

“Hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”⁶

Todos los elementos enunciados hasta aquí dan cuenta de la necesidad de proyectar una ley especial sobre GS basada en principios jurídicos sólidos y que se aleje de preconceptos morales, metafísicos o religiosos. Cabe observar en apoyo a estos argumentos que detrás de las marchas y contramarchas legislativas en torno a la GS se vislumbra un horizonte de ampliación de derechos para que toda persona pueda

⁶ Corte I.D.H., *Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') v/ Costa Rica – Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 28 de noviembre de 2012, Serie C, N° 257. (párrafo 185).

formar su familia a través del auxilio de la ciencia médica y en base a los avances que brindan las TRHA (Kemelmajer, Herrera y Lamm; 2014).

La posibilidad de consolidar la senda adoptada por el ordenamiento jurídico argentino en materia de derechos sexuales y reproductivos está estrechamente relacionada a la incorporación de esta problemática en la agenda legislativa.

3.3 Antecedentes en el derecho comparado

En el marco internacional existe dos perspectivas fácilmente reconocibles en torno a la gestación por sustitución –en adelante, GS-: una amplia y otra estrecha de acuerdo al país de que se trate, aunque también hay posiciones intermedias y otras prescindentes. La postura “amplia”, que permite inclusive el vientre sustituto con fines comerciales, convive con otra postura denominada “altruista” -porque no implica contraprestación económica entre comitentes y gestante-; también forman parte de este panorama las visiones “prohibicionistas” de esta práctica, por considerarla contraria a los lineamientos sociales y éticos. Un cuarto escenario, similar al caso argentino, se plantea cuando la GS no se la prohíbe ni se la regula, ya que si bien existe una ley de cobertura de las T.R.H.A. que es de concepción amplia, la misma no se expresa específicamente sobre la gestación solidaria.

Estados Unidos y España son dos ejemplos representativos de una y otra tendencia. El mapa de la GS en el territorio de Estados Unidos es muy variado, hay estados que la prohíben, otros que la aprueban pero con ciertas restricciones y un número inferior de jurisdicciones que la permiten y regulan otorgando garantías legales a los comitentes que acceden a ésta técnica reproductiva, como ocurre en los estados de California y Nevada.

El estado de California, a través de su Corte, es el que ofrece la garantía legal que permite que los comitentes sean considerados como padres del niño de su sustituta gestacional. Sea cual fuere la conformación familiar -heterosexual, homosexual o monoparental-, se otorga una “orden prenatal” que establece una relación filial con los padres de intención, que junto con la documentación pertinente queda luego en la Corte hasta que nace el menor.

Ésta “orden prenatal” permite a los comitentes acoger al niño que la gestante ha dado a luz inmediatamente después del nacimiento, habilita al otorgamiento del seguro médico y la toma de decisiones médicas en caso de ser requerido. Inmediatamente se registra la filiación en favor de los comitentes y se extiende el pasaporte estadounidense del menor a los fines de su eventual salida del país.

Por su parte, en España la GS no está permitida pero si se prevé que los menores nacidos en otros países bajo esa técnica puedan ser registrados como hijos de los comitentes, e inscriptos como tales en las respectivas Libretas de Familia.

3.4 Proyectos de regulación en el derecho argentino

La temática de la gestación por sustitución ha cobrado visibilidad en la justicia y los medios de comunicación en años recientes pero en materia legislativa se han registrado numerosos antecedentes desde hace casi dos décadas. Tal es así que entre los años 2000 y 2019 se han presentado una docena de proyectos de ley en el Congreso de la Nación relacionados con la gestación por sustitución o maternidad subrogada, de acuerdo a la denominación escogida por sus impulsores.

En su mayoría, los proyectos se han orientado hacia la creación de la figura de la gestación por sustitución y el establecimiento de un régimen regulatorio en el marco de la legislación argentina. Sin embargo, cabe señalar que en el año 2007 fue presentado el único proyecto que buscaba prohibir expresamente cualquier clase de acuerdo de maternidad subrogada mediante la incorporación del art. 63 bis en la entonces vigente codificación velezana.

Si bien algunos proyectos fueron reingresados en más de una oportunidad para evitar su caducidad, lo cierto es que la mayoría ha perdido estado parlamentario, con la excepción de los dos últimos que han sido presentados durante el calendario legislativo 2018. Estos proyectos presentan diferencias entre sí que ameritan un tratamiento diferenciado.

El primero de los proyectos propone la modificación de distintos artículos del CCCN –arts. 560, 561, 562, 563, 565, 575 y 577- además de incorporar la gestación por sustitución a la codificación de fondo a través de los arts. 575 bis y 575 ter. Entre

sus principales promotores se encuentran los diputados Rach, Mercado, Álvarez Rodríguez, Carmona, Filmus, Rossi, Mendoza, Macha, Masin y Carol⁷. El segundo proyecto fue presentado en la Cámara Alta a través del senador Cobos. En este caso la propuesta pretende regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución⁸.

En el primer caso, se trata de una propuesta legislativa elaborada por la Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (CATRHA) y reconoce como antecedente directo al proyecto 5759-D-2016, del que ya participaron algunos de los diputados mencionados anteriormente. Sucintamente, este proyecto busca “garantizar el pleno ejercicio de los derechos y otorgar seguridad jurídica, proteger a todos los sujetos intervinientes, gestante y comitentes, y garantizar el interés superior del niño o niña que pueda nacer de un procedimiento de gestación”, según se detalla en los fundamentos.

En esta línea, postula una regulación de la GS en tanto técnica de reproducción humana asistida con reglas propias. A diferencia de proyectos anteriores donde se receptaban acuerdos privados de GS o se instaba a su homologación judicial, este proyecto prevé un procedimiento judicial en el que las partes –gestante y comitentes– deberán solicitar autorización judicial previa a la realización del procedimiento de GS.

A su vez, incorpora mayores recaudos que el art. 562 del Anteproyecto de Reforma del CCCN para reforzar el carácter no lucrativo de la GS. Además, introduce como novedad la figura de la compensación económica a favor de la persona gestante “teniendo en miras los gastos ocasionados por traslados, asesoramiento legal, psicológico y todos aquellos que sean consecuencia directa de la GS”.

En el segundo caso, el proyecto del senador Cobos recupera, en términos generales, el proyecto presentado en el año 2015 por la senadora Montero. Esta nueva versión plantea la necesidad de regular la GS dada su trascendencia social a fin de garantizar tanto el interés superior del niño nacido bajo esta técnica como los derechos

⁷ Proyecto de Ley de *Incorporación de la gestación por sustitución al Código Civil y Comercial de la Nación*. Expediente 0084-D-2018, 02/03/2018. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

⁸ Proyecto de Ley para *Regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución*. Expediente 0825-S-2018, 28/03/2018. Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

de todas las personas intervinientes y, en general, el otorgamiento de seguridad jurídica al procedimiento de GS.

Entre otras disposiciones, se establece que la intervención judicial deba desarrollarse con anterioridad al embarazo para así verificar el consentimiento pleno de la persona gestante, que la decisión se ajusta al interés superior del niño y también a los fines de garantizar la filiación entre los comitentes y el niño. Asimismo, se insta a la creación de dos tipos penales destinados a sancionar “a quien facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere la correspondiente autorización judicial”.

Se sanciona la intermediación entre quien o quienes desean ser padre/s o madre/s de un niño y otra persona que lleve la gestación a término con el objeto de entregárselo a los primeros, y las penas se duplican si estas prácticas se realizan con fines lucrativos o en forma habitual. Otro punto destacado es que se propone incorporar la protección de la persona gestante y del o los comitentes en la Ley de Contrato de Trabajo en lo que refiere a las licencias por nacimiento y cuidado del niño, en consonancia con la Ley 26.743 de Identidad de Género.

Conclusiones parciales

A modo de epílogo de este capítulo es importante señalar que la GS apunta a que las personas que quieren formar una familia pero se ven impedidos de hacerlo por problemas de infertilidad o por el tipo de vínculos construidos –si se trata de una pareja de varones, por ejemplo- no vean quebrantado ese y otros derechos como los relacionados con la salud y el derecho a beneficiarse de los progresos científicos.

Estos derechos han sido reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad federal –art. 75, inc.22 CN-. Tal es así que pueden invocarse en torno al derecho a la paternidad/maternidad derechos fundamentales como a la integridad personal –art. 5.1, CADH-, a la libertad personal –art. 7.1, CADH-, a la vida privada y familiar –art. 11, CADH-, a la igualdad y no discriminación –art. 24, CADH-, entre otros.

Ahora bien, si como se sostiene en páginas anteriores correspondería establecer una regulación especial para la GS y no modificar la Ley N° 26.862 -cuyo objeto consiste en garantizar la accesibilidad a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales relacionadas con las TRHA-, resulta significativo para ello no solo tomar en cuenta las regulaciones previstas en el derecho comparado sino también los abundantes antecedentes en materia de proyectos legislativos que se han presentando en las dos últimas décadas ante el Poder Legislativo de la Nación.

Sumado a lo anterior, cabe considerar que si bien ha primado el silencio legislativo sobre la GS, la figura tampoco no ha sido expresamente prohibida por lo que podría encuadrarse dentro del aforismo jurídico *“todo lo que no está prohibido, está permitido”*. Si se tiene en cuenta, además, que desde 2013 al presente cerca de una treintena de sentencias en distintas jurisdicciones del país han reconocido procedimientos de GS, se advierte un cúmulo de situaciones que debieran llevar a rever la postura abstencionista asumida por los legisladores. En relación a esto, en el capítulo siguiente se realiza un análisis jurisprudencial que incluye fallos del ámbito nacional y de la Corte IDH.

Capítulo IV:

Aspectos jurisprudenciales

El capítulo cuarto está dedicado a recorrer pronunciamientos judiciales emblemáticos del orden nacional e internacional que ponen de relieve una tendencia favorable a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), en general, y hacia la Gestación por Sustitución (GS), en particular. La selección de los fallos ha sido realizada tomando como criterio rector la trascendencia de las decisiones alcanzadas, ya sea que se trate de una resolución sin precedentes en el orden jurídico de que se trate, o cuando la novedad y particularidad del caso amerita una respuesta innovadora por parte de la justicia. A tales efectos, se han recopilado sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de distintos tribunales argentinos.

4.1 Gestación por sustitución en la jurisprudencia internacional. Sentencias emblemáticas

Si se toma en consideración que el ordenamiento jurídico argentino establece en el marco del bloque de constitucionalidad federal la preeminencia de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y las opiniones consultivas y pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al momento de abordar sentencias emblemáticas cabe reconocer precedentes significativos dictados por la CIDH. Es por ello que a continuación se presentan los fallos “Artavia Murillo”, “Fornerón” y “Atala Riffo”.

La causa “Artavia Murillo”⁹ se origina a partir de un fallo emitido por la Corte Suprema de Costa Rica el 15 de marzo del año 2000, que declaraba la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S. El decreto en cuestión tenía por objeto regular la técnica de Fertilización In Vitro (FIV) en el país centroamericano. El efecto de la sentencia no fue otro que la prohibición del uso de esta técnica y la consiguiente interrupción de los tratamientos médicos de fecundación

⁹ Corte I.D.H., *Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) v/ Costa Rica – Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 28 de noviembre de 2012, Serie C, N° 257.

iniciados por ciudadanos costarricenses. En el mejor de los casos, algunas de estas personas lograron viajar a otros países para continuar su tratamiento.

En su pronunciamiento, la Corte IDH desestima las excepciones interpuestas por Costa Rica y declara responsable internacionalmente al Estado por vulnerar el derecho a la vida privada y familiar, en tanto derecho humano básico. En igual sentido, la sentencia establece relaciones entre la integridad personal y la autonomía de las personas y su salud sexual y reproductiva. Además, se tuvo en cuenta el principio de no discriminación y el derecho al goce de los beneficios derivados del progreso científico y tecnológico. Un pasaje destacado del fallo permite ilustrar algunos de estos puntos neurálgicos:

“El principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. [...] Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. [...] Es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.”

En este andarivel, el Alto Tribunal solicita al Estado costarricense que arbitre con la mayor celeridad posible las medidas necesarias para la aplicación de prácticas de fertilización in vitro. Asimismo, insta a la adopción de otras iniciativas vinculadas, tales como: la regulación del uso de FIV, el desarrollo de programas de atención a la salud, incluir instancias de capacitación y educación, garantizar la no discriminación y promover la consagración de los derechos reproductivos de los ciudadanos de ese país centroamericano.

Más allá de las particularidades del caso, la resolución de la Corte IDH en “Artavia Murillo” resulta de relevancia para vincular a la problemática de la GS en Argentina porque el cuestionamiento al Estado se orienta a la necesidad de garantizar

la accesibilidad de los ciudadanos a las TRHA en sus diversas variantes basándose en el derecho a formar una familia y en el derecho a la salud de las personas con limitaciones para la fertilidad. Los principios y derechos humanos vulnerados permiten dar cuenta de que aún quedan muchos pasos por dar para que los Estados de la región garanticen el acceso universal a este tipo de tratamientos.

Por otra parte, la Corte IDH se expidió en el denominado caso “Fornerón”¹⁰, declarando por unanimidad al Estado argentino internacionalmente responsable por violar derechos y garantías judiciales, vulnerar la protección de la familia involucrada en la causa, además de incumplir su obligación de incorporar disposiciones de derecho interno que no resulten perjudiciales para niños y niñas.

El caso involucra al señor Aníbal Javier Fornerón y a su hija biológica M. a partir de distintos procesos judiciales que derivaron en la guarda judicial y posterior adopción de la menor por parte del matrimonio conformado por B. y Z. Estas medidas fueron realizadas sin el consentimiento de Fornerón, a quien nunca se le estableció un régimen de visitas. A ello debe añadirse que aquél había denunciado a la madre biológica de M. por la supuesta venta de la niña al matrimonio de guarda, pero la investigación penal nunca fue desarrollada por la justicia de Entre Ríos –sede judicial donde se ventilaron las actuaciones-.

Entre otros cuestionamientos, la Corte IDH concluyó que resultaron excesivos los plazos de resolución de los procedimientos de guarda judicial de la niña –tres años- y de régimen de visitas con su padre –diez años-. Asimismo, se efectuó un señalamiento respecto a la ausencia de debida diligencia en cuanto al proceso de guarda que precedió al otorgamiento de la adopción simple de M. al matrimonio adoptante B-Z. En igual sentido, el Alto Tribunal entendió violado el derecho de Fornerón a un recurso efectivo a raíz de la falta de respuestas efectiva e idónea para resguardar su derecho y el de M. a la protección familiar.

Adicionalmente, se determinó que al momento de los hechos el Estado argentino no había cumplido con su obligación de adoptar normas de derecho interno para impedir la “venta” de niños en cualquiera de sus formas. La normativa argentina sancionaba otros supuestos, como el ocultamiento o supresión de identidad, pero no

¹⁰ Corte I.D.H., *Fornerón e hija v/ Argentina – Fondo, reparaciones y costas*, del 27 de abril de 2012, Serie C, N° 242.

existía un impedimento o prohibición para la entrega de un niño o niña a cambio de dinero, a pesar de que la Convención de los Derechos del Niño en su art. 35 establece que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para prohibir la “venta” de niños¹¹.

Entre otras medidas de reparación, la Corte IDH ordenó al Estado argentino arbitrar de manera inmediata un procedimiento destinado a una efectiva vinculación entre Fornerón y su hija M., y revisar si fue ajustada a derecho la conducta de funcionarios judiciales que intervinieron en los procesos judiciales estableciendo las responsabilidades que correspondan en cada caso. Además, instó a la adopción de medidas conducentes a la tipificación en la venta de niños y niñas, y a la implementación de un curso obligatorio o programa de capacitación destinado a los operadores judiciales de la provincia de Entre Ríos cuya temática gire en torno a la administración de justicia respecto de niños y niñas; con especial énfasis en los derechos que asisten a estos últimos, y en los principios de interés superior y no discriminación.

Lo significativo de esta sentencia es que la Corte IDH avanza hacia un concepto amplio de familia. Al respecto, recuerda que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ha señalado que las familias monoparentales están en condiciones de ofrecer cuidado, amor y sustento a los niños y niñas, y promover su bienestar y desarrollo en el más amplio sentido del término, más allá de la existencia de una figura paterna o materna.

Es en este punto donde cabe trazar una vinculación entre el fallo “Fornerón” y la posibilidad de que una mujer u hombre sólo pueda constituir una familia mediante la técnica de GS. En no pocos casos, este tipo de tratamientos resulta la única alternativa a la que pueden recurrir quienes abrazan el deseo de tener hijos más allá de si cuentan o no con una pareja. Esto exige un trato no discriminatorio que coloque en pie de igualdad a las distintas configuraciones familiares.

¹¹ Art. 35, CDN: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

Por último, cabe referirse al caso “Atala Riffo”¹². En este dictamen, la Corte IDH amplió los lineamientos seguidos en “Fornerón” al sostener que no resulta apropiado para garantizar el interés superior del niño basarse en estereotipos y presunciones para determinar la capacidad e idoneidad en la crianza de niños y niñas.

Los hechos que dieron sustento a la causa se vinculan con un proceso de tuición o custodia –vgr. cuidado personal en la legislación argentina- que fue presentado ante un Juzgado de Menores de Villarrica, en Chile, por el progenitor de las niñas M., V. y R. en contra de la progenitora Karen Atala Riffo. La interposición del padre aducía que se producía un daño a las tres hijas debido a la orientación sexual de la señora Atala Riffo y la convivencia con una pareja del mismo sexo. Entre otros elementos en juego, la Corte IDH debió expedirse sobre el trato discriminatorio dispensado a la señora Atala y la interferencia en su vida privada y familiar en la disputa judicial que culminó con el retiro del cuidado y custodia de las niñas M., V. y R..

En primer lugar, el Tribunal interamericano dejó aclarado que su intervención no estaba destinada a oficiarse de tribunal de “cuarta instancia”, por lo que no se pronunció respecto a cuál de los progenitores ofrecía un mejor hogar para las niñas. En idéntico sentido, tampoco se refirió al modo en que debía resolverse la tuición de M., V. y R.. Por contrapartida, realizó un minucioso registro de las vulneraciones de derechos en que habían incurrido el Juzgado de Menores de Villarrica y la Corte Suprema chilena al emitir sus respectivas sentencias.

Si bien no se comprobó que la convivencia entre Atala y su pareja impactaran negativamente en el interés superior del niño, ese argumento fue esgrimido por los tribunales chilenos para alcanzar una solución al conflicto de intereses planteado. La Corte IDH fustigó el desempeño de la justicia trasandina al indicar que se “utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala”.

El Alto Tribunal fue incluso más allá al subrayar que no se puede discriminar a niños y niñas por su condición, haciendo extensiva esta prohibición a la condición de

¹² Corte I.D.H., *Atala Riffo y niñas v/ Chile – Fondo, reparaciones y costas*, del 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239.

sus progenitores o familiares. La orientación sexual de la madre no puede ser utilizada como fundamento de peso para decidir acerca del proceso de tuición de las tres menores de edad, pues ello vulnera el interés superior del niño.

Durante el proceso de tuición, y a partir de una visión estereotipada acerca de la señora Atala y de su orientación sexual “se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad”, señala la sentencia. La Corte IDH aduce que se trató de una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar cuyo resultado fue el desmembramiento del núcleo familiar constituido por la madre, su pareja y las tres niñas.

En cuanto a la violación de garantías judiciales, no se hallaron elementos probatorios específicos que pusieran en duda la independencia e imparcialidad de la Corte Suprema de Chile. Sin embargo, sí se constató violación al derecho de las niñas a ser oídas en la decisión del máximo tribunal trasandino:

“[...]la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, teniendo en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño.”

En orden a fijar reparaciones, la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado Chileno por la conculcación de derechos a la señora Atala y a sus hijas. Ordenó para ello brindar inmediata asistencia médica y psicológica o psiquiátrica gratuita a través de instituciones públicas especializadas a las víctimas que así lo requieran, y realizar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional por los acontecimientos de la presente causa. Algunas medidas relevantes solicitadas fueron la implementación de cursos y programas de capacitación orientados a funcionarios públicos y judiciales de todos los niveles, y el pago de indemnización a las víctimas por daño material e inmaterial, reintegro de costas y gastos, entre otras.

El caso “Atala Riffo” cobra relevancia porque muestra las miradas sesgadas y estereotipos que aún subsisten en ciertos ámbitos del poder judicial en lo que respecta al reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia con hijos a cargo. Ahora bien, en relación al tema de este trabajo cabe plantearse el hipotético caso de un matrimonio de hombres que no se inclina por la adopción pero sí desea tener hijos con aporte de material genético de al menos uno de sus integrantes. La regulación de la GS podría evitar que la orientación sexual se constituya –en este y otros supuestos- en una limitación para formar una familia.

4.2 Gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Fallos destacados

Este recorrido por sentencias destacadas dictadas en tribunales argentinos se inicia en un fallo considerado el primero en su tipo al dar curso a la inscripción como hija de los comitentes de una niña nacida bajo la técnica de la GS. Seguidamente, se da cuenta de las particularidades de un caso de inscripción de niños nacidos en el exterior, para abordar luego una sentencia donde se declara la inconstitucionalidad del art. 562 CCCN por obstaculizar el reconocimiento como progenitores de los actores. Finalmente, se presenta una reciente resolución de la justicia cordobesa en la que se solicita autorización para iniciar un tratamiento de GS y la determinación preventiva de la filiación basada en la voluntad procreacional de un matrimonio con imposibilidad de gestar por vía natural. Los antecedentes seleccionados ofrecen un panorama global de las tendencias jurisprudenciales seguida en nuestro país en materia de GS.

4.2.1 Precedente ejemplar

La sentencia emitida a mediados del año 2013 por el Juzgado Nacional de 1ª Instancia Civil N° 86 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires marca un antes y un después en lo que refiere a la GS¹³. Hasta aquel momento, solo habían trascendido casos similares ocurridos en países que cuentan con un marco regulatorio específico.

¹³ Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. N° 86, Bs. As., “N N O D.G.M.B.M.S. s/ Inscripción de nacimiento”, 18/6/2013.

Los hechos que dieron origen al fallo pueden compendiarse del siguiente modo: a partir del aporte genético de un matrimonio heterosexual con imposibilidad de procrear pero con voluntad de hacerlo, se implantó en el útero de una mujer un cigoto mediante una intervención denominada fecundación artificial homóloga. El embrión fecundado contenía una carga genética diferente al de la persona gestante y una vez producido el alumbramiento la niña fue entregada a los progenitores genéticos.

Los actores habían contraído matrimonio en 2006 y desde entonces buscaron concebir hijos. Durante los siguientes cuatro años, la mujer cursaría dos embarazos que no llegaron a término. El segundo embarazo implicó complicaciones severas que derivaron en la extirpación del útero de la gestante, lo que a la postre significó la imposibilidad en lo sucesivo de acceder a cualquier embarazo. La fertilización in vitro con subrogación uterina se convirtió en la única alternativa para la pareja.

Ante este panorama, una amiga de la mujer se ofreció en forma desinteresada para el proceso de gestación. El primer intento de implantación del embrión con material genético del matrimonio resultó exitoso. La señora C.R.C. cursó el embarazo hasta el nacimiento de la niña, el 19 de abril de 2012. La presentación judicial –que fue suscripta también por la señora C. en prueba de conformidad–, detallaba que la gestante tenía dos hijos de 18 y 21 años, a quienes les manifestó su deseo de ayudar al matrimonio.

Los actores solicitaron la inscripción judicial de la de la niña como hija de la pareja, en franca oposición al principio de que el recién nacido debe ser anotado como hijo de la mujer que lo ha dado a luz, según lo estipula el art 242 del Código Civil de Vélez –entonces en vigencia–, y lo prescripto por la Ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La magistrada interviniente dio curso a la petición articulada por los padres genéticos y para ello se basó en la situación de hecho planteada, en la voluntad procreacional del matrimonio, en el –hasta entonces– art. 562 del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, a lo que cabe agregar los dictámenes emitidos en la causa por la Dirección del Registro Civil y el Ministerio Público.

Entre los elementos novedosos introducidos en el fallo comentado se encuentra el concepto de voluntad procreacional. El componente volitivo aparece así como una exteriorización libre, formal e informada de quienes desean ser padres – hayan aportado o no su material genético- que permite determinar la filiación de los niños nacidos mediante TRHA. En tal sentido, uno de los pasajes más destacados de la sentencia indica: “La llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo”.

El interés superior del niño fue también invocado en la sentencia para dar curso a la inscripción de la niña e imponer a los solicitantes la obligación de hacer conocer a la niña su realidad gestacional cuando alcance edad y capacidad progresiva para ello. En la práctica, el certificado de nacimiento convalidó el nacimiento de la niña pero la confección de la partida de nacimiento y el otorgamiento del DNI se concretó recién tras el examen de ADN, la confirmación de la filiación biológica con sus progenitores, al sustanciarse la orden emanada del fallo por el juzgado interviniente.

En definitiva, la acción entablada por los actores estuvo dirigida a acreditar la realidad biológica de la niña y desvirtuar la presunción de maternidad, situación a la que se arribó sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de norma alguna. Tal como se admite en el texto del fallo: “[...] se trata de una realidad que [...] merece una respuesta de la jurisprudencia en ausencia de una ley que la legisle y contemplando, sin dudas, la inexistencia de ley que la prohíba”.

Lo indicado en el párrafo anterior permite dar cuenta de la trascendencia de este pronunciamiento. Es que si bien hasta la fecha del fallo se habían registrado requisitorias para la inscripción de nacimientos acontecidos en países extranjeros mediante el empleo de GS, nunca antes se había convalidado judicialmente un procedimiento de estas características desarrollado por completo en territorio nacional. Esta sentencia pone de relieve que ante la ausencia de regulación específica en la normativa fonal y/o en una ley especial, la jurisprudencia ha tomado la delantera convalidando un proceso de GS que procura el respeto de los derechos de todos los sujetos intervinientes: de los comitentes, de la mujer gestante y de la niña nacida bajo esta técnica.

4.2.2 Inscripción de niños nacidos en el exterior

Un significativo caso que involucraba a un matrimonio del mismo sexo y dos niños gestados mediante un tratamiento de GS en México se ventiló en los tribunales porteños a fines del año 2014¹⁴. Los peticionantes reclamaban a la Cancillería Argentina la expedición de pasaportes transitorios a nombre de los niños para así poder ingresar a la República Argentina. Cabe aclarar que si bien numerosas causas de este tipo han arribado a tribunales argentinos en los últimos años, la aquí seleccionada ilustra acabadamente los desafíos que enfrenta el ordenamiento jurídico nacional ante la multiplicación de nacimientos por GS en otras latitudes del mundo.

La primera cuestión a resolver era la competencia del fuero interviniente. Esto había sido cuestionado por el Ministerio Público Fiscal ante lo que consideró “una cuestión de familia, que debería tramitar[se] en el fuero correspondiente de la justicia nacional”. El apoderado de la parte actora esgrimió que ante este tipo de planteos en los que está en juego la inscripción de la co-partenidad en un matrimonio igualitario “[...]la Corte determinó que el fuero competente es el CAyT y que el art. 2 de la ley 189 resolvió otorgar la competencia al fuero local en razón del sujeto y no del objeto”.

La parte demandada, en cabeza del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, no manifestó objeción alguna y se allanó a lo que resuelva el tribunal. El magistrado rechazó el planteo de incompetencia al sostener que se trata de cuestión meramente registral: “En el presente no se discute ni cuestiona la filiación sino que la pretensión tiene como exclusivo objeto la emisión de un acto administrativo emanado de la autoridad competente”.

En este estado, la Directora del Registro Civil compareció a la audiencia para explicar que la modalidad supletoria en la inscripción de los niños permite ejecutar esa acción en forma “[...]inmediata sin perjudicar a los menores y si se hiciera una inscripción en extraña jurisdicción se debería dejar literalidad en la partida del extranjero, no sería la correcta para garantizar en forma igualitaria la inscripción registral de la copaternidad”. Estas disposiciones hallarían respaldo normativo en el

¹⁴ Juzg. Cont. Admin. y Trib. N° 17, CABA, “B.F.M. y otros c/ GCBA s/ Amparo”, 18/12/2014.

art. 42 de la Ley 26.618 y en el derecho a la no discriminación incorporado en los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad federal.

A su turno, la Dirección General de Asuntos Consulares si se constata la existencia de partida de nacimiento extranjera que vincule a los niños con estos ciudadanos argentinos -y siempre que se libre el oficio correspondiente-, tampoco se opone a la solicitud. El organismo dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores aceptó la competencia del tribunal y renunció al fuero federal bajo el argumento de la vulnerabilidad de los niños en México, la garantía de su interés superior y la protección de los derechos que les asisten a las personas menores de edad. Así, autorizó al Consulado argentino en México a conceder pasaporte provisorio con alcance transitorio.

El acuerdo suscripto por todas las partes intervinientes reconoce el derecho a la co-paternidad y co-maternidad registral en igualdad de condiciones e invoca el principio del interés superior del niño. Además, se efectúa una referencia específica al caso ‘Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’ resuelto por la Corte IDH¹⁵ como respaldo a la “protección integral de la familia sobre la base de la voluntad procreacional fundada en el amor filial y derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y del instituto de la gestación por sustitución”.

Dada la urgencia del caso, en su parte resolutive el fallo ordena “expedir los pertinentes pasaportes con carácter transitorio de los niños L.M.B.F y T.E.B.F a fin de que los mismos puedan ingresar a la Argentina”. Si bien el Ministerio Público apeló la resolución de grado, la Sala III de la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires rechazó el recurso articulado por dicho organismo.

En síntesis, esta sentencia coloca en pie de igualdad a un matrimonio del mismo sexo que de otro modo no podría tener hijos. Ante la imposibilidad física para cualquiera de los integrantes varones de esta pareja de gestar un niño, la GS aparece como una solución para hacer realidad su derecho a formar una familia.

¹⁵ Para profundizar en los conceptos vertidos en dicha sentencia, se sugiere consultar la página 34 del presente trabajo.

4.2.3 Inconstitucionalidad del art. 562 CCCN y voluntad procreacional

Los antecedentes del presente caso exhiben la difícil realidad de una pareja en unión convivencial que se encuentra imposibilitada de llevar adelante un proceso de gestación por naturaleza y ha debido recurrir a la GS para ver plasmado su deseo de formar una familia¹⁶. En concreto, la señora M.H. sufre una enfermedad congénita llamada Síndrome de Rokitansky. Las particularidades del cuadro impiden la concreción de embarazos dado que la mujer cuenta con ovarios funcionales pero carece de vagina y útero.

La hermana de la actora –que está casada y tiene tres hijos- se ofreció en forma solidaria a gestar un bebé con material genético de la pareja formada por M.H. y C.A. Finalmente, uno de los dos embriones transferidos se anidó en mayo de 2015 y en enero de 2016 se realizó el alumbramiento. Entre ambas fechas, la actora y su hermana protocolizaron ante escribano público el consentimiento brindado para el tratamiento de TRHA. Además, acudieron a la justicia para solicitar autorización para que al momento del nacimiento, la niña pueda ser inscripta en el Registro Nacional de las Personas como hija de la pareja, bajo el nombre M.S..

Una de las particularidades de este caso es el momento en el que se impulsó el proceso judicial. Hasta entonces, las causas anteriores de GS se habían presentado antes de la implantación embrionaria, o bien, después del nacimiento del niño o niña. La simultaneidad entre el embarazo en curso y la acción judicial es una de las claves para entender que una resolución favorable era el único camino posible para no incurrir en una violación de derechos personalísimos. Ello a tenor de que ni la gestante que dará a luz ni su marido están alcanzados por el componente volitivo: la voluntad procreacional se encontraba en cabeza de M.H. y C.A., quienes pretendían ejercer el rol de progenitores de la niña.

En la resolución, la magistrada interviniente declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación por obstaculizar el reconocimiento de la maternidad de M.H. a pesar de haber dejado constancia de su voluntad procreacional mediante consentimiento informado. A su vez, la jueza Valverde

¹⁶ Juzg. Flia. N° 7, Lomas de Zamora, “H. M. y otro s/medidas precautorias (art. 232 CPCC)”, 30/12/2015. Microjuris online, MJ-JU-M-97208-AR.

emplazó a la niña M.S. como hija de M.H. y de C.A., y ordenó su inmediata inscripción en el Registro de las Personas.

Los argumentos vertidos en la sentencia para respaldar la decisión estuvieron centrados en distintos puntos. Sin desconocer que la GS fue suprimida del Proyecto de Reformas al Código unificado, la magistrada apreció también que no existe norma alguna que prohíba aquella práctica aludiendo al art. 19 de la Constitución Nacional: “[...]como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 CN)”, refiere el fallo.

En otro pasaje destacado, se alude a la voluntad procreacional de los comitentes, situación no controvertida por la gestante, que ha reconocido a su hermana y la pareja de aquella como progenitores de la niña. En apoyo a esto, el fallo agrega: “[...]el acceso a las TRHA[...] es un derecho fundamental, ya que constituyen 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”.

Otros motivos de peso esgrimidos en la sentencia se relacionan con la autonomía personal y la libre determinación para definir el plan de vida por parte de cada sujeto. La libertad reproductiva, junto a otros elementos, está contenida dentro de las decisiones que componen el plan de vida de las personas. En la misma línea, se destacó la protección de la que goza la gestante en cuanto a su libertad y libre determinación para llevar a cabo el proyecto en un marco de amplia autonomía.

Una saludable novedad contemplada en el dictamen es el otorgamiento de la licencia por maternidad y paternidad a los comitentes, pues serán ellos quienes dispensarán las atenciones y cuidados necesarios a la niña desde su primer día de vida. Asimismo, se emplazó a M.H. y C.A. para que en cumplimiento del derecho a la identidad de la menor, estos informen a la niña su origen gestacional cuando M.S. adquiere edad y madurez suficiente.

Por último, cabe destacar que la nota distintiva de este fallo es el desplazamiento de la gestante como progenitora de la niña mediante la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 CCCN que recepta el principio romano de que madre es quien ha dado a luz. La previsión en el acceso a la licencia por nacimiento para los

actores también marca una singularidad que vale la pena destacar dado que ha sido un aspecto no considerado en casos donde el tratamiento de GS estaba en sus inicios o aún no había comenzado.

4.2.4 Autorización para GS y determinación preventiva de la filiación

La última sentencia abordada en este capítulo está relacionada con un reciente fallo dictado en la provincia de Córdoba en la que una pareja unida en matrimonio solicitó autorización para iniciar un tratamiento de GS¹⁷. En el caso, esta TRHA se presenta como la única alternativa médica posible para procrear y formar una familia. Tras un exhaustivo análisis de la causa, el juez interviniente resolvió hacer lugar a la pretensión formulada por los actores.

Los antecedentes en que el matrimonio conformado por la señora M. S. G. y el señor J. L. D. basan su acción exhibe un cuadro de situación complejo. Tres pérdidas de embarazos en forma natural -entre 2005 y 2006- y un tratamiento de fertilidad, en 2010, en una clínica especializada que arrojó resultados negativos. A ello cabe agregar que a M.S. se le extrajo el útero en 2014, y si bien conservó sus ovarios, la posibilidad de gestar un bebé se redujo a cero. Su médico de cabecera le confirmó que tras esa intervención la única opción era recurrir a la GS.

En un acto de amor, la mejor amiga de la pareja, R.A.R., ofreció su ayuda como persona gestante. Atento lo dispuesto en el art. 566 primera parte del CCCN en cuanto a la presunción de paternidad del marido, se labró un acta ante el tribunal donde R.S.B. manifestó su conformidad a la GS como cónyuge de R. y expresó que su hijo J. estaba al tanto de todo y prestaba también su conformidad. Además, la mujer gestante y su marido se comprometieron a explicar a la otra hija de ambos, F. de apenas dos años, cuando alcance edad y madurez suficiente.

En el marco del pedido de autorización para el tratamiento de GS, el matrimonio G. y D. solicitó la determinación preventiva de la filiación del hijo a su nombre en virtud de ser quienes poseen la voluntad procreacional de dar nacimiento a

¹⁷ Juzg. Civ., Com. y Flia. 2º Nom., Villa María, Cba., “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES”, 8/6/2018.

una nueva vida. En consecuencia, pretendían que no se emplace a la gestante en calidad de progenitora.

A su turno, el juez se planteó como interrogante cómo interpretar el abstencionismo –falta de regulación- del Código unificado sobre la práctica de la GS. Al respecto, señaló en la sentencia: “[E]sta carencia de legislación 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”. De esta manera, se toma en cuenta el principio de legalidad dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional que reza todo aquello que no está prohibido está permitido.

En cuanto a la viabilidad y procedencia de la práctica de GS, y la determinación de la filiación del niño/niña que pudiera nacer, se puso de resalto que las TRHA contribuyen a la concreción de la igualdad normativa. El acceso a este tipo de técnicas “es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional”, destaca el fallo. Casos como el analizado “pone[n] en jaque la célebre frase del derecho romano ‘mater semper certa est’ que consagra la atribución de maternidad por el hecho del parto”, agrega.

Al dar curso a la autorización para la GS, el juez fue enfático respecto a que el nacido bajo esta técnica deba ser anotado como hijo del matrimonio integrado por G. y D. Así, al determinar que el niño/niña que naciere de esa práctica no tendrá vínculo jurídico con la gestante, señora R.A.R, el fallo concluye: “La inscripción como hijo/a de quienes quieren ser su progenitores conforme el elemento volitivo expresado responde al interés superior del niño, premisa insoslayable bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia”.

En esta sentencia se advierte una búsqueda encaminada a encontrar una salida al dilema jurídico planteado que responda razonablemente a la necesidad de brindar una tutela sustancial efectiva respecto de los derechos constitucionales que están en juego. En tal sentido, dicho pronunciamiento judicial ha tomado en cuenta normas vinculantes, leyes análogas y distintas disposiciones surgidas de los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por Argentina para que el tratamiento de GS pueda llevarse adelante a pesar del silencio normativo existente.

Conclusiones parciales

A modo de cierre del presente capítulo cabe destacar que la política legislativa abstencionista que impera en Argentina en relación a la gestación por sustitución exhibe como contrapartida un significativo despliegue jurisprudencial en torno a la búsqueda de reconocimiento de la legalidad de la práctica y la determinación de la filiación de los niños y niñas nacidos bajo esta técnica. Si bien se ha detectado un mayor número de casos en que el nacimiento ya se ha consumado al momento de sustanciarse la causa, también se advierte que más recientemente se ha comenzado a solicitar autorización judicial para emprender el tratamiento de gestación por sustitución, anticipando el debate respecto a si cabe desplazar a la gestante del rol de progenitora.

La prudencia judicial que se observa al analizar las resoluciones a los planteos formulados en estos casos permite señalar que se ha dado curso a situaciones en que han primado principios humanitarios y de solidaridad, desplazando cualquier intención de aprovechamiento económico o de otra índole. Además, puede subrayarse como dato de interés que las presentaciones judiciales se han encarrilado de modos diversos, en un abanico que abarca desde la impugnación de la maternidad, pasando por el dictado de medida autosatisfactiva, información sumaria, acción declarativa de certeza, inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, hasta la solicitud de autorización judicial para iniciar o completar los tratamientos.

Estos avances sumado a la diversidad de las distintas configuraciones familiares -particularmente, en relación a la persona sin pareja que desea constituir una familia monoparental o en el caso de parejas del mismo sexo que necesitan recurrir a la gestación por sustitución para contar con aporte de material genético de al menos uno de sus integrantes- muestran un paulatino reconocimiento del derecho a formar una familia para todas las personas, más allá de su orientación sexual o de cualquier estereotipo.

Conclusiones

La labor analítica desarrollada a lo largo de este trabajo ha estado orientada a reconocer y poner en valor los aspectos jurídicos que atraviesan la discusión en torno a la figura de la gestación por sustitución. En este recorrido se han considerado un sinnúmero de elementos que marcan el nivel de complejidad de esta problemática y los posicionamientos adoptados tanto por parte de los defensores como de los detractores de dicha figura.

En primer lugar, el empleo de la expresión “gestación por sustitución” encuentra respaldo en empinada doctrina y resulta más abarcativa y neutra que otras denominaciones poco felices como “alquiler de vientres” o el más difundido “maternidad subrogada”. Es por ello que consideramos acertado que se mantenga la expresión “gestación por sustitución” cualquiera sea el marco normativo que finalmente se otorgue a esta figura en el ordenamiento jurídico argentino.

En este contexto, cabe señalar que ha pasado más de un lustro de la fallida introducción de la GS en el Anteproyecto de reforma del CCCN y esta supresión - lejos de significar un freno a los procedimientos e intervenciones que ya habían comenzado a realizarse en el territorio nacional- contrasta con un panorama jurisprudencial en ascenso. Amén de ello, la doctrina nacional también ha asumido la tarea de dar profundidad a la figura a partir de un debate franco y abierto en el que pierden fuerza las posturas radicalizadas –tanto a favor como en contra- y se abre paso hacia una discusión que contemple los intereses en juego de todos los actores.

De los tres escenarios posibles en torno a la GS, Argentina viene adoptando una posición intermedia que si bien no implica una prohibición expresa tampoco se condice con un marco regulatorio específico. Así, se ha sacrificado la posibilidad de otorgar seguridad jurídica a los procedimientos de GS realizados en el país eludiendo un debate que más temprano que tarde verá la luz por imperio de la realidad.

Fruto del despliegue jurisprudencial acontecido en los últimos años, numerosos ejemplos dan cuenta de la diversidad de supuestos fácticos que han recaído en sede judicial: desde casos en que la gestante es familiar de los comitentes, pasando por el reconocimiento de procesos de GS a favor de parejas formadas por dos varones, como también la petición de autorización judicial previa a la realización del

tratamiento de GS, entre otros. Estas situaciones tan disímiles entre sí son la contracara más visible del silencio legislativo existente en la materia.

Llegado a este punto resulta pertinente corroborar el supuesto o hipótesis de partida en cuanto a que no existen limitaciones jurídicas insalvables que impidan introducir la figura de la gestación por sustitución en el ordenamiento legal argentino. Paralelamente, tampoco se advierten elementos que permitan avizorar que la GS pueda ser prohibida en Argentina. Es que su denegación por vía judicial dejaría en evidencia distintas facetas discriminatorias, sea que se tratase de una mujer imposibilitada de gestar o de una pareja de varones que desean ser padres, para mencionar dos de las configuraciones familiares que con mayor frecuencia recurren a la GS.

Al argumento señalado en el párrafo anterior debe añadirse la discriminación social y económica que se deriva de no poder sortear los altísimos costos que insume la realización de esta práctica en el exterior. Vale recordar en apoyo a lo indicado que no se ha negado la inscripción registral de la paternidad/maternidad a ninguna persona que haya logrado llevar a cabo el procedimiento de GS en el extranjero gracias a su capacidad económica.

El número creciente de sentencias judiciales que reconocen este procedimiento sumado a la proliferación de proyectos de ley tanto en el orden nacional como en las provincias y la profundización del debate en el ámbito doctrinario permiten advertir que se vislumbran tiempos de cambios. La aplicación del principio de primacía de la realidad demanda una revisión de la posición del abstencionismo legislativo. En tal sentido, la GS puede erigirse en la excepción a la determinación de la filiación materna a través del parto mediante un proceso judicial previo que resguarde los derechos de todos los involucrados.

Ahora bien, es menester resaltar que hay algunas zonas difusas que pueden generar situaciones dilemáticas y que, en general, no han sido contempladas en las regulaciones proyectadas, a saber: ¿Qué ocurre en caso de muerte de los comitentes? ¿Cómo actuar si la persona gestante se arrepiente o está dispuesta a revocar su consentimiento? Estos y otros interrogantes no han sido abordados debidamente y sería importante no dejarlos de lado si se persigue lograr una normativa integral.

En base a los principios de igualdad y no discriminación y amparándose en una perspectiva constitucional-convencional respecto del derecho humano a formar una familia se torna necesario establecer una regulación de la GS que permita completar el abanico de posibilidades que ofrecen las TRHA en relación a la ampliación del goce de los derechos reproductivos. En tal sentido, la regulación expresa de la GS facilita el ejercicio de derechos consagrados de los Tratados Internacionales ratificados por Argentina.

Otro argumento de peso a considerar es que la Constitución Nacional a través de su art. 75 inc. 23 exige la adopción de medidas de acción positiva con el objeto de garantizar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella y el cumplimiento de aquellos derechos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. En este andarivel argumentativo, los derechos fundamentales que aparecen involucrados en la GS pueden delimitarse tanto para el niño o niña por nacer como para la persona gestante y el o los comitentes.

En cuanto al niño o niña, su interés superior requiere que se garantice su derecho a contar con personalidad jurídica; se resguarde su derecho a la identidad –en particular, en lo que refiere a saber sobre su realidad gestacional-; a ser identificado y documentado asegurando su inscripción registral después del alumbramiento. Estos y otros elementos apuntan a su reconocimiento como ciudadano y se conjugan con otros derechos no menos relevantes como el derecho a la dignidad, a gozar de una nacionalidad, a desarrollarse en el seno de una familia a partir de que se determine su filiación en concurso con la voluntad procreacional del o los comitentes.

En relación a la persona gestante, la labor legislativa debe encaminarse a la búsqueda de un justo equilibrio que evite caer en su subestimación pero ofrezca mecanismos concretos para su protección. De lo que se trata es que la persona gestante no deba atravesar un emplazamiento filiatorio ante la ausencia del elemento volitivo y menos aún considerando que no hay aporte de material genético propio. Entre otros derechos fundamentales de la persona gestante debe garantizarse su derecho a la salud, a la dignidad, a su integridad psicofísica, a la información y su autodeterminación.

Por el lado de los comitentes es necesario que, independientemente del tipo de formato familiar, se arbitren los medios para que el derecho a conformar una

familia no quede sólo en un anhelo por ausencia de una norma regulatoria. El acceso a los avances médicos, tecnológicos y científicos no puede estar sujeto a ninguna clase de discriminación. Asimismo, la proliferación de problemas de fertilidad debe ser también un llamado de atención para los legisladores.

En este orden de ideas, la discusión en torno a la regulación de la GS en Argentina no debe desentenderse de considerar la cuestión del otorgamiento de licencia por maternidad/paternidad para los comitentes. Es que quien o quienes ejerzan el cuidado del niño o niña nacido bajo esta técnica no pueden ser objeto de situaciones discriminatorias. Consecuentemente, el Estado debe articular medidas de acción positiva para brindar iguales derechos y obligaciones que a las demás familias.

Ya no resulta ajustado a la realidad pensar en modelos familiares arquetípicos como único modo de construir vínculos trascendentes. En parte porque la diversidad de configuraciones familiares torna impensable ceñirse sólo a las categorías tradicionales; pero también porque el dinamismo de la vida actual permite que una misma persona pueda ser parte o constituir distintos núcleos familiares a lo largo de su existencia. Estos cambios sociales y culturales abren nuevos horizontes relacionales y encuentran formas de resolución impensadas hasta hace tan sólo algunos años de la mano de los avances en biomedicina. En este sentido, la GS emerge como una oportunidad para que el deseo de formar una familia esté al alcance de todos.

Los numerosos casos de GS que arriban a los tribunales argentinos son un signo inequívoco de la urgencia de discutir una regulación específica. El debate legislativo debe asumir este protagonismo en el marco de un diálogo plural, tolerante de las diferencias y basada en enfoques multidisciplinarios en procura de la mentada seguridad jurídica y a los fines de garantizar los derechos fundamentales de todas las personas que intervienen en un procedimiento de estas características.

Bibliografía

Doctrina

Belluscio, A. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Décima edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Borda, G. (1990). *Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Bossert, G. y Zannoni, E. (2000). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

Chechile, A. –dir.- (2015). *Derecho de familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. 1ra. edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Coleman, P. (1982). “Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions”. *Tennessee Law Review*, Nro. 50.

Famá, M. (2011). “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”. Revista jurídica *La Ley*, julio 2011. Buenos Aires: La Ley.

Gil Domínguez, A. Famá, M., Herrera, M. (2010). *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires: Ediar.

Gil Domínguez, A. (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Buenos Aires: Ediar.

González Magaña, I. (2015), en Rivera, J. y Medina G. –dirs.- *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.

Herrera, M.; Kemelmajer de Carlucci, A. y Lamm, E. (2011). “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”. Revista jurídica *La Ley*, 8/8/2011. Tomo 2011-D. Buenos Aires: La Ley.

Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de Familias*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Herrera, M. (2015, septiembre). Consolidando conquistas. Evitando Retrocesos. Ponencia presentada en la *Jornada de Debate* organizada por el Senado de la Nación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Kammerath, V. y García Delfino, M. (2015). “Síntesis del Libro Segundo – Relaciones de Familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”. *Revista Notarial*, Nro. 92, enero de 2015. Córdoba: Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.

Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lamm, E. (2014). “Hacia una ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima”, en revista jurídica *La Ley*, 27/11/2014. Año LXXVIII, nro. 224. Tomo 2014-F. Buenos Aires: La Ley.

Krasnow, A. (2013). “Técnicas de Reproducción Humana Asistida, La Ley 26.862 y el proyecto de Código”. *Revista jurídica La Ley*. Tomo 2013-E. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

Lamm, E. (2013). *Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni Alquiler de Vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona.

Lamm, E. (2015, septiembre). “Un marco legal para proteger los Derechos Humanos”. Ponencia presentada en la *Jornada de Debate* organizada por el Senado de la Nación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Roberti, R. (2011). “Alquiler de Vientre: El debate que falta. Hijos sin Ley” en *Revista Veintitrés*. Buenos Aires: Editorial Veintitrés.

Sambrizzi, E. (2001). *La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sambrizzi, E. (2012). “La maternidad subrogada (Gestación por sustitución)”, en AAVV, *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina-El Derecho.

Zannoni, E. (1978). *Inseminación artificial y fecundación extrauterina (Proyecciones Jurídicas)*. Buenos Aires: Astrea.

Legislación

Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incorporados a nuestra Constitución Nacional por la reforma de 1994.

Ley 23.0544.-“Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José.”

Ley 23.849.- “Convención sobre los Derechos del Niño”.

Ley 23.179.-“Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Ley 26.618.- “Matrimonio Civil”

Ley 23.264.- “Filiación. Patria Potestad”

Ley 24.540.- “Régimen de Identificación de Recién Nacidos”

Ley 26.862.- “Reproducción Médicamente Asistida”

Ley 26.061/05.- “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”

Proyecto de Ley de Incorporación de la gestación por sustitución al Código Civil y Comercial de la Nación. Expediente 0084-D-2018, 02/03/2018. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Ley para Regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución. Expediente 0825-S-2018, 28/03/2018. Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

Sabsay, D. y Onaindia, J. (2009). *La Constitución de los Argentinos: Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. (7ª edición). Buenos Aires: Ed. Errepar S.A.

Zannoni, E., Mariani de Vidal, M. y Zunino, J. (2015). *Código Civil y Comercial* (1ra. edición, 1ra. reimpresión). Buenos Aires: Editorial Astrea.

Jurisprudencia

Corte I.D.H., *Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') v/ Costa Rica – Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 28 de noviembre de 2012, Serie C, N° 257. Recuperado el 20/6/2018 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

Corte I.D.H., *Atala Riffo y niñas v/ Chile – Fondo, reparaciones y costas*, del 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239. Recuperado el 20/6/2018 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf

Corte I.D.H., *Fornerón e hija v/ Argentina – Fondo, reparaciones y costas*, del 27 de abril de 2012, Serie C, N° 242. Recuperado el 20/6/2018 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf

Juzg. Nac. de 1ª inst. Civ. N°81, “B.B.M. y otro c. G.Y.A s/ impugnación de filiación” (2016) cita online: AR/JUR/70743/2016

Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. N° 86, Bs. As., “NN O DGMBMS s/ Inscripción de nacimiento”. (2013). Cita online:AR/JUR/23081/2013

Juzg. Flia. N° 7, Lomas de Zamora, “H. M. y otro s/medidas precautorias (art. 232 CPCC)”, 30/12/2015. *Microjuris online*, MJ-JU-M-97208-AR.

Juzg. Fam. N° 1 de Mendoza “C.M.E. y J.R.M. s/ Inscripción de nacimiento” (2015), cita online: AR/JUR/58729/2015

Juzg. Cont. Admin. y Trib. N° 17, CABA, “B.F.M. y otros c/ GCBA s/ Amparo”, 18/12/2014. Recuperado de: http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/b.f.m._y_otros_c_gcba_s_amparo.pdf

Sitios de Internet

Borda, G. (2016). “La realidad y la transgresión de la ley: A propósito de un caso de legalización jurisprudencial de maternidad subrogada”. [Versión electrónica]. *Revista*

Pensamiento Penal. Sección Doctrina. URL disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3010-realidad-y-transgresion-ley-proposito-un-caso-legalizacion>

Diccionario del Español Jurídico (2016). Real Academia Española. [Versión electrónica]. Consultado el 12/04/2018 de: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E130510>

Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Revista In Dret, revista para el análisis del derecho. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

Notrica, F.; Cotado, F. y Curti, P. (2017). “La figura de la gestación por sustitución”. *Revista IUS*, v. 11, Nro. 39, jun. 2017. Puebla, México. Recuperado el 09 de abril de 2018, de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008&lng=es&tlng=es

Sambrizzi, E. (2015). “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”. *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley. Cita online: AR/DOC/1566/2015.

Scotti, L. (2012). “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. [Versión electrónica] *Revista Pensar en Derecho*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. URL disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

Tietelbaum, H. (2017). “La fractura del axioma “madre siempre cierta es” frente a la voluntad procreacional” [Versión electrónica]. *Revista del Notariado*. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. URL disponible en: <http://www.revista-notariado.org.ar/2017/01/la-fractura-del-axioma-madre-siempre-cierta-es-frente-a-la-voluntad-procreacional/>