



Trabajo Final de Graduación - PIA

**GESTACIÓN SUBROGADA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

**Problemas de filiación**

**GALERA LOPEZ, María Eugenia**

D.N.I. N° 35.475.009 – VABG41004

ABOGACÍA

-2019 -

## **RESUMEN**

El presente trabajo final de grado tiene por objeto el análisis de la acción de determinación de filiación en aquellos nacimientos fruto del acceso a la gestación subrogada, técnica de reproducción humana asistida, comúnmente conocida como “alquiler de vientre”.

Partiendo de conceptos doctrinarios de la subrogación, se realiza un análisis de los orígenes de este instituto y de las diferentes regulaciones existentes en el derecho comparado, examinándose además, la normativa legal en la República Argentina, su aplicabilidad a la gestación por sustitución, la regulación atinente a determinar la filiación, para concluir finalmente en la presencia de una tensión jurisdiccional como consecuencia de la acción de determinación de filiación por subrogación.

Palabras claves: gestación subrogada, filiación, TRHA, maternidad sustituta.

## **ABSTRACT**

The purpose of this final grade project is to analyze the action to determine parentage in those births that are the result of access to surrogacy, a technique of assisted human reproduction, commonly known as “belly rental”.

Based on the doctrinal concepts of subrogation, an analysis of the origins of this institute and the different regulations in comparative law is performed, also examining the legal regulations in the Argentine Republic, their applicability to pregnancy by replacement, regulation to determine the affiliation, to finally conclude in the presence of a jurisdictional tension as a result of the determination of filiation by subrogation.

Key words: surrogate pregnancy, filiation, TRHA, surrogate motherhood.

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN AL INSTITUTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU PROBLEMÁTICA</b> .....	9
Introducción .....	9
1.1 Maternidad .....	9
1.1.1 Origen y concepto de gestación por subrogación.....	14
1.1.2 El artículo 19 de la Carta Magna y la Gestación por Sustitución.....	16
1.2 Posiciones reconocidas por el derecho comparado frente a la gestación por sustitución.	20
1.2.1 Regulación. Fundamentos. ....	20
1.2.2. Prohibición. Fundamentos. ....	23
1.2.3. Abstención. Fundamentos.....	27
Conclusiones parciales.....	28
<b>CAPÍTULO II: MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA</b>	29
Introducción .....	29
2.1. Principios de Igualdad, Legalidad y Reserva en la Constitución Nacional .....	30
2.2. Tratados de Derechos Humanos .....	32
2.3. Leyes Nacionales .....	35
2.4. Recepción del instituto de la maternidad subrogada en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.....	37
2.5. Legalidad del contrato de alquiler de vientres conforme nuestro ordenamiento jurídico.	39

Conclusiones parciales.....	42
<b>CAPÍTULO III: FILIACIÓN POR TRHA.....</b>	<b>45</b>
Introducción.....	45
3.1. Recepción de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	45
3.1.1 Legislación y Jurisprudencia de TRHA en Argentina. ....	47
3.2. La voluntad procreacional vs. El principio mater Semper certa est .....	53
3.3. Filiación por subrogación .....	56
3.3.1. Proceso para acceder a la maternidad por subrogación y obtener la filiación. ....	56
3.3.2. Análisis de la tensión jurisdiccional. ....	61
Conclusiones parciales.....	64
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>65</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>68</b>
Doctrina.....	68
Legislación.....	72
Jurisprudencia .....	76

## INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada es un método de procreación asistida que según la Organización Mundial de la Salud (OMS), implica que una mujer lleve un embarazo acordando previamente que ella entregará la criatura a la o las personas comitentes (OMS, 2009).

“Maternidad subrogada”, “gestación subrogada”, “gestación por sustitución”, “subrogación” son diferentes maneras de referir este procedimiento que, inapropiada e inexactamente se conoce comúnmente como “alquiler de vientres”.

La maternidad subrogada, constituye un instituto que ha tomado una relevancia fundamental en los últimos años, gracias a los nuevos avances de la ciencia y la tecnología. A pesar de ello, esta nueva técnica no fue incluida y regulada por el nuevo Código Civil y Comercial Argentino.

Son innumerables los debates que han surgido alrededor de este tema, entre ellos, el análisis de si se estaría vulnerando con su aplicación, derechos humanos fundamentales, o en qué casos la gestación por sustitución podría considerarse ilícita.

Ahora bien, aproximándonos a un concepto, se podría afirmar que la maternidad subrogada es una opción para aquellas parejas que no pueden concebir hijos por cuenta propia y que por ello, recurren a la prestación de un vientre de una madre subrogada, quien gesta el niño en su vientre, trayendo así una solución novedosa a una problemática social real.

A pesar de resultar evidente la importancia de una regulación de un tema crucial como el presente instituto, en la Argentina la ausencia de reglamentación legislativa específica respecto a la materia, obliga a quienes recurren a esta TRHA a interponer ante la justicia acciones de filiación tendientes a la correcta registración del estado del hijo, lo que nos lleva

a cuestionar a través del presente trabajo, la existencia de una tensión en el sistema judicial generada por el vacío legal existente.

El presente TFG investiga la regulación actual de esta TRHA en nuestro país y se analiza si las acciones de filiación por subrogación tensionan el sistema judicial argentino.

La investigación es abordada desde un doble interrogante: ¿De qué manera se encuentra regulada la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino? ¿Contribuye esto a la denominada “tensión jurisdiccional”?

La hipótesis del presente TFG sostiene que además de vulnerar los derechos de la gestante y del niño, la carencia de legislación en la República Argentina, obliga a la justicia a expedirse acerca del vínculo filial de cada uno de los niños y niñas nacidos a través de este método, produciendo una tensión jurisdiccional evitable si se hubiera querido regular la situación de hecho.

Primeramente es dable destacar que dentro del plexo normativo argentino, el art. 19 de la CN consagra que ningún habitante será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe<sup>1</sup>.

En consecuencia, no existiendo prohibición expresa de la gestación por subrogación, podemos entender que en nuestro país está permitida y consecuentemente, debería estar regulada.

Es dable recordar que el anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación había previsto la regulación de la maternidad subrogada, sin embargo fue excluida en la redacción final del código vigente.

---

<sup>1</sup>Constitución Nacional. Art. 19 (Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.)

El CCCN recepta en su art. 562<sup>2</sup> la voluntad procreacional como fuente de filiación y sostiene que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, en concordancia con el principio “mater semper certa est”, y en clara contraposición de las implicancias del proceso de subrogación que analizo en el presente trabajo.

Debido a esto, el instituto analizado, se encuentra en un limbo jurídico que obliga a quienes recurren a esta técnica a dirigirse ante los tribunales e iniciar la acción de filiación a fin de solicitar la determinación del vínculo filial correspondiente.

Luego del brevísimo repaso de la temática que abordaré en este trabajo, adelanto que el mismo se va dividir en los siguientes capítulos.

El primero, abordará el instituto de la maternidad subrogada y su problemática, a través del origen y concepto de TRHA, las diferentes posiciones del derecho comparado y los fundamentos que las motivan.

En el segundo capítulo, nos referiremos a la estructura legal existente en nuestro país, en relación a las TRHA a la luz de los principios constitucionales, tratados internacionales de rango constitucional y las leyes nacionales concernientes, indagándose además la recepción del instituto tratado en el Anteproyecto del CCCN el cual fue finalmente excluido.

En el tercer capítulo, se abordará la filiación por TRHA, su recepción en el CCCN, la voluntad procreacional, el estudio de las acciones de filiación por subrogación, el proceso para acceder a la maternidad subrogada, las acciones tendientes al correcto emplazamiento

---

<sup>2</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 562 (Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.)

filial, y si éstas producen el desgaste del sistema judicial argentino que motivara esta investigación.

# CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN AL INSTITUTO DE LA MATERNIDAD

## SUBROGADA Y SU PROBLEMÁTICA

### Introducción

La infertilidad, la esterilidad, los avances científicos y las técnicas médico asistenciales de reproducción humana, junto a las novedosas dinámicas sociales y culturales que incluyen diversos tipos de familia, han coadyuvado a extender la práctica de métodos de procreación, innovadores y peculiares, como resulta el de la “gestación subrogada”.

“Maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “subrogación” son diferentes maneras de referir este instituto conocido como “alquiler de vientres”, que implica encomendar a una mujer que geste por cuenta de otro, aportando óvulo propio o no, para entregar a la criatura alumbrada a quien hubiera requerido el servicio de gestación.

Esta técnica de reproducción humana asistida, suele ser buscada por personas solteras, parejas homosexuales y heterosexuales en las cuales la mujer, ya sea por diversas patologías no puede gestar a un niño o cuando su embarazo significaría un riesgo para su vida o la del feto.

### 1.1 Maternidad

La palabra madre proviene del latín “*mater-matris*”, que a su vez deriva del griego “*matér/matrós*”, cuyo significado es madre.

En Roma se denominó con el término *materfamilias* a la esposa del *paterfamilias*, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser cónyuge de aquél.

La maternidad, en el axioma tomado por Paulo del Digesto “*Mater Semper certa est etiam si vulgo conceperit*”, reafirma ese vínculo biológico entre la madre y el recién nacido

al decir que “la madre es siempre cierta y que por lo tanto la maternidad era siempre indubitable, y que su prueba era sencilla” (Bossert y Zannoni, 1998, p.442). La maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de gestación (Bossert y Zannoni, 1998).

La filiación, expresa Méndez Costa, es la que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico) y más limitadamente, la que vincula los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto) (Méndez Costa, 1996, p.13).

Según el ordenamiento jurídico tradicional, que aún constituye la base del Código Civil Argentino Velezano<sup>3</sup> (actualmente derogado), la filiación se centra en un dato empírico: el vínculo biológico.

Es así que se concebía a la filiación como aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero.

De allí que la filiación en el Código de Dalmacio Vélez Sarsfield, sólo estaba determinada por la paternidad y la maternidad a manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación.

Hasta hace unos años, los doctrinarios planteaban que incluso ante la impugnación de la maternidad, las únicas pruebas para demostrar la misma eran el hecho del parto y la identidad del hijo.

Actualmente, el nuevo Código Civil y Comercial argentino estableció en su art. 562 que:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del

---

<sup>3</sup> Código Civil. Ley N°340. R.N. 1863/69.

Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos<sup>4</sup>.

Esta incorporación a la derecho positivo Argentino supone un término absolutamente innovador para el universo jurídico.

En este orden de ideas, se debe señalar que el principio de la voluntad procreacional radica centralmente en una expresión de voluntad, libre y plena, mediante la cual, una persona o una pareja de distinto o del mismo sexo, se comprometen a asumir los roles parentales respecto de un niño, con independencia de quién haya aportado los gametos para su concepción.

Esta nueva regulación permite, a aquellos que por alguna razón no puede tener hijos de manera natural, satisfacer su derecho a fundar una familia, basado en el principio de igualdad y no discriminación que surge de la Constitución Nacional<sup>5</sup> y que se encuentra reflejado en las leyes N° 26.618<sup>6</sup> y 26.862<sup>7</sup>.

Conforme surge del texto legal, la voluntad procreacional posee los siguientes caracteres, que la diferencian de la filiación determinada por naturaleza y por adopción:

➤ El vínculo filial deriva de un acto voluntario y lícito: el consentimiento del o los comitentes para someterse a las TRHA debe ser prestado en forma libre, informada y plena, rigiendo al respecto por analogía el principio general establecido en los arts. 259<sup>8</sup>, 260<sup>9</sup> y 285<sup>10</sup> de este Código.

---

<sup>4</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 562. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014.

<sup>5</sup> Constitución Nacional. Art. 16 (La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...))

<sup>6</sup> Ley de matrimonio civil. Ley 26.618. B.O. 21/07/2010.

<sup>7</sup> Ley de reproducción médicamente asistida. Ley 26.862. B.O. 23/07/2013.

<sup>8</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 259 (Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.)

<sup>9</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 260 (Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.)

➤ Propone idénticos efectos que los derivados de la filiación por naturaleza:

El texto prevé en forma acertada que los vínculos filiales derivados de la aplicación de las TRHA generarán idénticos efectos que aquellos que sean determinados por naturaleza o por adopción.

Si bien dicha prerrogativa no se encuentra expresa, se desprende del análisis integral de la norma, en las que las personas nacidas por TRHA no podrán impugnar el vínculo filial que posean, hecho que sí podrá ser atacado por los hijos nacidos por naturaleza (conforme art. 577<sup>11</sup>) lo que lleva a concluir que la equiparación filiatoria que establece el art. 558<sup>12</sup>, no resultaría tan evidente ante estas situaciones que aparentan reconocer dos categorías filiales distintas.

Aunque resulta entendible su incorporación como forma de dotar de seguridad jurídica a los nuevos vínculos generados a partir de la expresión de la voluntad del o de los comitentes.

➤ El vínculo filial determinado por las TRHA posee como fuente la voluntad procreacional y no el hecho del nacimiento: a diferencia del criterio rector de la ley 23.264<sup>13</sup>, cuyo centro para determinar vínculos filiales era el hijo.

---

<sup>10</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 285 (Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.)

<sup>11</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 577 (Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.)

<sup>12</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 558 (Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.)

<sup>13</sup> Código Civil y de Comercio. Ley 23.264. B.O. 23/10/1985.

El nuevo texto impone un criterio adulto céntrico, con arraigo en el derecho integral a fundar una familia; sustentado en el principio de igualdad y no discriminación, pues será su consentimiento libre y pleno, expresado en los términos del art. 560<sup>14</sup>, lo que determinará la filiación del hijo, cuya concreción quedará determinada, no sólo antes de su nacimiento, sino antes de su concepción, a la luz del precepto contenido en el art. 19 de la CN<sup>15</sup>.

En el caso de los vínculos filiales adoptivos, los mismos se generan a partir de la sentencia de adopción que así lo determine. A diferencia del supuesto analizado precedentemente en cuanto el hijo a adoptar, este ha nacido con anterioridad al inicio de las actuaciones judiciales pertinentes.

➤ Es un vínculo filial indestructible e irrevocable: la ley otorga valor supremo a los vínculos filiales derivados de la voluntad procreacional y determinados por TRHA.

En efecto, si bien permite en forma extraordinaria y excepcional que el hijo requiera y conozca los datos relativos a los donantes de material genético, la ley no admite bajo ningún supuesto acciones de emplazamiento o desplazamiento filial a fin de adecuar su realidad biológica al vínculo filial que le corresponda.

Ello es regulado en estos términos, a fin de preservar la eficacia del sistema, ya que de existir posibilidad de que el hijo pueda reclamar la paternidad al donante de semen, se acotaría en forma drástica el nivel de donantes, cuyo aporte resulta necesario para poder llevar adelante este tipo de procedimientos. Este método ha sido receptado por la normativa

---

<sup>14</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 560 (Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.)

<sup>15</sup> Constitución Nacional. Art. 19 (Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.)

argentina, del mismo modo que por la ley 32/2006 de Portugal<sup>16</sup> sobre “Procreación médicamente asistida”.

➤ Conforme los supuestos previstos en este Código, siempre habrá una mujer que alumbró y ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Independientemente de los conflictos expuestos, es la voluntad procreacional el elemento central para la determinación del emplazamiento filial, prescindiéndose de que el material genético pertenezca o no a la persona que efectivamente tiene la voluntad de ser padre o madre.

### **1.1.1 Origen y concepto de gestación por subrogación.**

Cuando se habla de “gestación por sustitución”, se hace referencia a una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), destinada a aquellas parejas y/o personas solteras, que sufren alguna causa de infertilidad o esterilidad (médica o estructural) que les impide tener hijos propios mediante medios naturales u otras técnicas de reproducción asistida de menor complejidad (Wagmaister, 2015).

Así también, es utilizado en parejas homosexuales y heterosexuales, en las cuales la mujer no puede gestar por padecer diversas patologías que lo impidan: malformaciones uterinas, histerectomía parcial o total, falta de útero congénita o adquirida, y otras patologías en el útero.

Esta técnica además es indicada cuando la mujer sufre alguna insuficiencia renal, cardíaca, hepática, etc., que pondría en riesgo su vida o la del niño, al quedar embarazada.

---

<sup>16</sup> Portugal. Ley 32/2006.

Wagmaister (2015), expresa que la pareja o la persona, que expresa su voluntad procreacional, aporta sus propios gametos (espermatozoides y óvulos) o recurre a donantes de gametos, y mediante fecundación in vitro u otra técnica.

El médico realiza la fecundación del óvulo, y la consiguiente formación de un embrión. Como ese embrión no puede ser gestado por dicha pareja o dicha persona, se transfiere a una tercera persona (mujer gestante) quien gestará al embrión hasta el nacimiento de ese niño.

Ese niño nacido mediante subrogación, no tiene vínculos genéticos con la mujer que lo gestó (mujer gestante), porque ella no aporta sus óvulos.

Por el contrario, sí tiene vinculación genética con la pareja o persona que recurrió al procedimiento (padre/s genético/s), cuando ellos aportaron sus gametos.

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

Existen distintas conceptualizaciones para este procedimiento, la denominación más extendida es “Maternidad Subrogada”. Pero la correcta denominación jurídica es “Gestación por Sustitución”, “Gestación Subrogada” o simplemente “Subrogación” (Wagmaister, 2015).

En cuanto a las categorías de “maternidad subrogada” se puede categorizar en función de la composición genética del embrión (es decir, las personas que aportan tanto el óvulo como el espermatozoide). De esta forma, la propia maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

Tradicional: La madre gestacional aporta su propio óvulo, pero el padre proviene de la subrogación o de un donante. En este caso, el embrión se suele concebir por inseminación artificial o fecundación in vitro.

Gestacional: Cuando tanto el óvulo como el espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. La mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el niño por nacer. ¿Con qué nombre se conoce a esta madre? Normalmente se suele llamar madre gestacional o madre portadora. En este caso el embarazo se produce mediante fecundación in vitro.

Por otro lado, también se puede hacer otra diferenciación, teniendo en cuenta el factor económico que pueda existir de por medio, pudiendo ser:

Gestación subrogada altruista: En este caso la mujer que se va a quedar embarazada lo hace sin ánimo de lucro (no obtiene dinero). No obstante los propios padres biológicos se responsabilizan de los gastos tanto médicos como legales.

Gestación subrogada lucrativa: En este caso, la madre gestacional acepta quedarse embarazada a cambio de una suma de dinero.

### **1.1.2 El artículo 19 de la Carta Magna<sup>17</sup> y la Gestación por Sustitución.**

El Dr. Rojas Pascual (2015), expresa que la gestación por sustitución “es absolutamente legal en Argentina”, igualmente debe aclararse que no existe una Ley Nacional específica que permita la maternidad subrogada en Argentina. Su legalidad, por otro lado presenta un debate doctrinario relevante en el universo del derecho.

---

<sup>17</sup> Constitución Nacional. Art. 19 (Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.)

Rojas Pascual (2015) esboza los siguientes fundamentos jurídicos, para sostener su legalidad y legitimidad:

- Los principios de Igualdad<sup>18</sup>, Reserva y Legalidad<sup>19</sup> de la Constitución Argentina, aplicable a todos los habitantes y a extranjeros<sup>20</sup>.
- Los tratados de Derechos Humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica<sup>21</sup>, y la Declaración Universal de DDHH<sup>22</sup>.
- La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Técnicas de Reproducción Asistidas.
- La voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRHA, incorporada desde el 01/08/2015 por el nuevo Código Civil Argentino<sup>23</sup>.
- La Constitución de la Organización Mundial de la Salud<sup>24</sup>.
- Leyes Nacionales, como la 26.862<sup>25</sup> de acceso integral a las TRHA; la ley 23.592<sup>26</sup> contra actos discriminatorios; la legislación sobre matrimonio igualitario y unión convivencial igualitaria (reguladas por ley anteriormente, e incorporadas al nuevo Código Civil Argentino)<sup>27</sup>.

---

<sup>18</sup> Constitución Nacional. Art. 16 (La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...))

<sup>19</sup> Constitución Nacional. Art. 19 (Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.)

<sup>20</sup> Constitución Nacional. Art. 20 (Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano (...))

<sup>21</sup> Pacto de San José de Costa Rica. Ley N° 23.054. B.O. 27/03/1984.

<sup>22</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 75 inc. 22 C.N. Ley N° 24.430. B.O. 10/01/1995.

<sup>23</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 562 (Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.)

<sup>24</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud. O-0312 (Antes Ley 13211).

<sup>25</sup> Ley N° 26.862. Reproducción medicamente asistida. Procedimientos y técnicas médico-asistenciales. B.O. 26/06/2013.

<sup>26</sup> Ley 23.592. Ejercicio de derechos y garantías constitucionales. Medidas contra actos discriminatorios. B.O. 23/08/1988.

<sup>27</sup> Ley 26.618. Matrimonio civil. Código Civil, leyes 26.413 y 18.248 – Modificación. B.O. 22/07/2010 y Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014.

➤ La Jurisprudencia existente sobre maternidad subrogada en Argentina, en donde los jueces siempre han reconocido la legalidad y legitimidad de la misma, y han reconocido sus efectos jurídicos (Sentencia Maternidad Subrogada en Mendoza<sup>28</sup>).

Si bien como se ha mencionado no existe una legislación específica que regule la maternidad subrogada, así como tampoco una legislación que la prohíba. Debe analizarse en base al Principio de Reserva consagrado en el artículo 19 de la CN que expresa textualmente:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe<sup>29</sup>.

El principio de Reserva complementa al principio de Legalidad (Artículo 19 Constitución Argentina). Ambos principios constituyen manifestaciones de la misma garantía de legalidad en el ejercicio del poder, que surge del principio republicano de gobierno.

El principio de Legalidad y el principio de Reserva son, prácticamente, el anverso y el reverso de una misma moneda, ambos son un freno al poder que ejerce el Estado sobre los individuos. Sin embargo, no son lo mismo.

El principio de Reserva se refiere a la facultad del hombre dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico), sin que su conducta pueda acarrearle sanción. Es una garantía del individuo frente al Estado.

---

<sup>28</sup> “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva”. Juzgado N° 1 de Familia de la Ciudad de Mendoza. 29/07/2015.

<sup>29</sup> Constitución Nacional. Art. 19.

Dentro del artículo 19 de la Constitución, se pueden observar dos aspectos que le dan contenido al principio de reserva<sup>30</sup>:

1) La primera parte del artículo “Las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados”. Esta es una garantía que protege una zona de libertad que no puede ser coartada ni reducida por la ley. Las conductas privadas de los hombres, no están sujetas a regulación legal, ni pueden someterse a investigación de la justicia. Ni los Tribunales ni el Congreso tienen jurisdicción ni poder sobre las conductas privadas (siempre que no ofendan al orden público, ni a la moral pública, ni dañen a un tercero).

2) La segunda parte del artículo “Ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”<sup>31</sup>. Aquí se establece la garantía de que el Estado no puede obligar a nadie a hacer lo que no se exige mediante una ley. Y viceversa, el Estado no puede prohibir lo que la ley no prohíbe. No puede sancionar conductas que no se encuentran prohibidas.

Ahora corresponde interrogarse: ¿Qué relación existe entre el artículo 19 de la Constitución Nacional con la gestación por sustitución (maternidad subrogada)? La relación es clara, sobre todo teniendo presente que no existe una ley que la regule o restrinja.

Primera Conclusión: No existe ley que la prohíba, eso significa que la maternidad subrogada está permitida. Se permite por imperio del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.

Segunda Conclusión: No existe ley que la regule en la actualidad, eso significa que cualquier ciudadano/a argentino/a puede realizar este tratamiento de reproducción asistida en

---

<sup>30</sup> Constitución Nacional. Art. 19

Argentina, y que no existen requisitos que haya que cumplir para recurrir a la maternidad subrogada.

Podrán realizarlo parejas casadas, parejas convivientes, solteros, solteras, cualquiera sea su edad y su orientación sexual. Justamente porque el estado no puede impedir, lo que la ley no impide.

Tercera Conclusión: En virtud del artículo 20 de la Constitución Nacional Argentina<sup>32</sup>, los extranjeros, dentro del territorio de la Nación, gozan de los mismos derechos civiles que los ciudadanos argentinos. De modo que tanto argentinos como extranjeros podrán realizar este tratamiento de gestación por sustitución en Argentina, por imperio de la Constitución Argentina.

## **1.2 Posiciones reconocidas por el derecho comparado frente a la gestación por sustitución**

Desde la perspectiva jurídica el derecho comparado reconoce tres posiciones respecto a la subrogación de vientres: regulación, prohibición y abstención.

Para ejemplificar podemos hablar de países como Estados Unidos en donde, en la mayoría de sus estados, se encuentra el método regulado, España donde está prohibido<sup>33</sup> y Argentina que aún se abstiene de regular este supuesto de hecho.

### **1.2.1 Regulación. Fundamentos.**

En Canadá, la mayoría de los estados de EEUU, Rusia, Portugal, Ucrania, Georgia, Grecia, el Reino Unido, Australia e India, se encuentra permitida y regulada la gestación por sustitución.

---

<sup>32</sup> Constitución Nacional. Art. 20 (Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano (...))

<sup>33</sup> España. Ley 14/2006.

Los fundamentos de la regulación de esta técnica se asientan en otorgarle a la mujer la posibilidad de que alquile su vientre por razones altruistas o no, dando a luz al hijo de otra pareja.

Las leyes reguladoras buscan, en su mayoría, proteger el altruismo de la subrogación vetando intercambios económicos y permitiendo solo la compensación de los costos del embarazo a fin de evitar la idea de “alquilar el vientre” y proteger la de la “gestación subrogada” como técnica en donde una mujer se presta libremente al embarazo, equiparando las desigualdades entre los solicitantes mediante la imposición de condiciones a fin de evitar abusos y que mujeres desesperadas debido a su condición económica pongan sus cuerpos a servicio.

Mediante la regulación se iguala el acceso a la práctica, poniéndole fin al mercado negro y al “turismo reproductivo” que conlleva costos elevadísimos, evitando que esta técnica sea solo un privilegio para familias adineradas que cuenten con los recursos para ello y se desplace por razones monetarias a otras familias con problemas reproductivos pero sin demasiados recursos económicos.

Priorizan la libertad de elección como valor humano, sosteniendo que las mujeres que libre y altruistamente (o no) desean prestarse a la gestación subrogada pueden hacerlo dentro de un marco regulador, seguro, protegidas y no expuestas al mercado negro. Fundamentan que las mujeres deciden libremente que hacer con su cuerpo dentro de una legislación garantista.

En los Países Bajos se permite la subrogación con la condición de que los padres comitentes acuerden de manera privada con alguien que conozcan, por ejemplo, un pariente o conocido pero no tienen permitido anunciar públicamente que están buscando una madre sustituta. La subrogación comercial es ilegal allí, encontrándose la promoción de la misma

prohibida en virtud de los artículos 151b y 151c del Código Penal<sup>34</sup> (la ley no permite sitios web para anunciar la subrogación, ni anuncios públicos de búsqueda u ofrecimiento de madres).

En Grecia, el artículo 1458 del Código civil griego introducido con el artículo 8 de la Ley 3089/2002<sup>35</sup> incorporó especificaciones para permitir la subrogación, dándole un marco legal y regulando la transferencia de filiación; posteriormente se promulgó la ley 3305/2005<sup>36</sup> reglamentando el supuesto de hecho con mayor profundidad.

Allí, es legal la subrogación gestacional altruista después de un permiso especial del tribunal siempre que no haya ningún vínculo genético entre la gestante y el embrión, pudiendo acceder a la subrogación, solo aquellas mujeres imposibilitadas de gestar por sí mismas. No se permite el acceso a esta técnica a parejas homosexuales y una vez autorizado el acuerdo y producida la implantación en la gestante, esta pierde su derecho a retractarse (Lamm, 2013).

En el Reino Unido esta institución se encuentra regulada por la Ley de Acuerdos de Subrogación<sup>37</sup>, Ley de Fertilización Humana y Embriología<sup>38</sup> y Ley de Fertilización Humana y Embriología<sup>39</sup>. De acuerdo a lo normado, ningún acuerdo de subrogación es ejecutable por o contra cualquiera de las personas que lo hacen.

Se encuentra prohibida la sustitución comercial y toda actividad de intermediación con ese propósito. Mediante una solicitud presentada por los comitentes, el tribunal puede dictar una orden que estipule la filiación como hijo de los solicitantes.

Para la emisión de la “orden parental” el tribunal debe estar convencido de que la mujer que gestó al niño ha aceptado libremente, y con plena comprensión de lo que implica,

---

<sup>34</sup> Países Bajos. Código Penal. Arts. 151b y 151c.

<sup>35</sup> Grecia. Ley 3089/2002.

<sup>36</sup> Grecia. Ley 3305/2005.

<sup>37</sup> Reino Unido. Ley de Acuerdos de Subrogación. 1985.

<sup>38</sup> Reino Unido. Ley de Fertilización Humana y Embriología. 1990.

<sup>39</sup> Reino Unido. Ley de Fertilización Humana y Embriología. 2008.

la realización de la orden. Además, debe demostrarse que no ha habido ningún intercambio de dinero o beneficio que exceda los gastos razonables del proceso.

En Portugal, la ley regula el acceso a la gestación por sustitución, con carácter excepcional y gratuito, solo para casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo. Entendiendo por "gestación por sustitución" cualquier situación en que la mujer se disponga a soportar un embarazo por cuenta ajena y entregar al niño después del parto, renunciando a los derechos y deberes propios de la maternidad<sup>40</sup>. La subrogación sólo se autoriza cuando al menos uno de los beneficiarios aporte sus gametos y no sea la gestante quien aporta su ovocito para el procedimiento.

El Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, es la entidad encargada de supervisar todo el proceso y el asiento de nacimiento no puede, en ningún caso, incluso en las situaciones de gestación de sustitución, contener indicación de que el niño nació de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida<sup>41</sup>.

En la India, con el objetivo de terminar con el negocio de los vientres de alquiler, la explotación de la mujer y la mala praxis respecto a la maternidad subrogada, en el año 2016 se aprobó el *Surrogacy (Regulation) Bill*<sup>42</sup>.

Conforme a la nueva regulación, se requiere para acceder a esta práctica ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con un ciudadano de la India, ser matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad y estar casados por un mínimo de cinco años. Además, la gestación subrogada deberá hacerse de forma altruista y la gestante deberá ser un familiar cercano.

### **1.2.2. Prohibición. Fundamentos.**

---

<sup>40</sup> Portugal. Ley 25/2016.

<sup>41</sup> Portugal. Ley 25/16. Art. 14

<sup>42</sup> India. *Surrogacy (Regulation) Bill (257/16)*.

En países como España, China, Francia, Holanda, Alemania, Suiza, Italia y Austria la maternidad por subrogación se encuentra prohibida.

Ante la esterilidad o imposibilidad biológica para concebir a un hijo, proponen la adopción como una alternativa natural.

La prohibición de la técnica encuentra fundamento en considerar la misma una “mercantilización” del embarazo y del cuerpo de la mujer. Sosteniendo que la gestante pierde control sobre su cuerpo ya que se firma un contrato en donde se desvincula a futuro del bebe que porta, durante el embarazo y después del parto su cuerpo sufrirá transformaciones como resultado de la gestación, pero su capacidad de decisión queda anulada.

La oposición a la gestación subrogada se basa en la idea de que implica ello una manera de mercantilizar la reproducción afirmando además que los “vientres de alquiler” representan otra forma de control reproductivo y sexual de las mujeres en el siglo XXI.

Esta postura alega que el embarazo no es igual a técnica reproductiva, y que mediante esta técnica las mujeres no son madres sino meras incubadoras.

Consideran el embarazo como un proceso vital en el que la gestante pone cuerpo, mente y vida al servicio de la maternidad, socavando la gestación por sustitución la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y funciones reproductivas se utilizan como mercancía mientras que el niño se convierte en objeto, se lo mercantiliza, tiene un precio.

Ciertas iniciativas ciudadanas alzan su voz en oposición a la subrogación considerándola una explotación de las mujeres más desfavorecidas.

Entre ellas, una declaración conjunta de la Asamblea General del Lobby de Mujeres Suecas (Aström, 2011) y sus organizaciones miembro proclamaron su apoyo a la Resolución del Parlamento Europeo 2010/2209<sup>43</sup> (INI).

---

<sup>43</sup>Resolución del Parlamento Europeo 2010/2209.

En el año 2015, acerca del Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) el Parlamento Europeo dijo que:

(...) Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos (...)<sup>44</sup>

Posteriormente en su resolución de fecha 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión (2015/2340(INI)):

(...) Condena la trata de seres humanos para la maternidad subrogada forzosa en la medida en que constituye una violación de los derechos de la mujer y de los menores; señala que la demanda se ve impulsada por los países desarrollados a expensas de personas pobres y vulnerables procedentes, y pide a los Estados miembros que analicen las implicaciones de sus políticas reproductivas restrictivas (...)<sup>45</sup>

El gobierno francés ha legislado con la intención de evitar otorgar la nacionalidad a los niños concebidos por esta técnica para desanimar esta práctica entre los ciudadanos franceses.

En España conforme a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por sustitución, con o sin precio, es nulo de pleno derecho, la filiación es determinada por el parto y es posible la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre<sup>46</sup>; sin perjuicio de esto, es posible la filiación de los menores nacidos a través de esta técnica en el extranjero a favor de los padres intencionales si se cumplen determinados

---

<sup>44</sup> Resolución del Parlamento Europeo 2010/2209

<sup>45</sup> Resolución del Parlamento Europeo 2015/2340(INI)

<sup>46</sup> España. Ley N° 14/2006. Art. 10.

requisitos tendientes a garantizar la protección de los intereses del menor, de la madre gestante y verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores<sup>47</sup>.

En el año 2017, el informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada<sup>48</sup>, concluye en que el deseo de una persona de tener un hijo, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas, entendiendo que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse.

El informe español rechaza la práctica de esta TRHA por razones éticas y asentándose en sentencias del Tribunal Supremo contra la inscripción de niños nacidos mediante subrogación, sosteniendo que la subrogación de vientres atenta contra la dignidad de la mujer permitiendo que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros (ya sea de forma comercial o altruista); conllevando el parto a la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir, como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo.

En dicho informe también se establece que éstas prácticas atentan contra el interés superior del niño ya que quebranta su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación.

Por último, defiende la nulidad del contrato de gestación por sustitución establecida en el art. 10 de la ley 14/2006<sup>49</sup>, por ser el mismo contrario a la dignidad de la mujer y al interés superior del niño, al mismo tiempo que deja en evidencia que la normativa vigente no

---

<sup>47</sup> España. BOE. Nº 243, 7/10/2010.

<sup>48</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Mayo 2017.

<sup>49</sup> España. Ley Nº 14/2006. Art. 10.

es lo suficientemente efectiva por cuanto se siguen aprovechando las leyes permisivas de algunos países.

Sin embargo ciudadanos españoles celebran este tipo de contratos en el extranjero y, a continuación, logran inscribir la filiación de los niños obtenidos por esta vía en el Registro Civil de España.

En Alemania, la Embryonenschutzgesetz-ES-HG<sup>50</sup> establece multas o penas privativas de la libertad de hasta tres años para quienes transfieran un óvulo de una mujer a otra, fecunden artificialmente un óvulo con objetivo distinto que los de implantarlo en una la mujer de la que proviniera el óvulo, extraigan de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero a fin de transferirlo a otra mujer o utilizarlo con fin distinto a su protección, fecunden artificialmente o transfirieran un embrión a una mujer dispuesta a entregar al niño tras su nacimiento.

Son sanciones claramente dirigidas a los profesionales intervinientes, ya que gestante y comitentes no son alcanzados por las mismas.

### **1.2.3. Abstención. Fundamentos.**

Debido a las posiciones religiosas, políticas y a las presiones de diversos sectores sociales, existen países que en la actualidad se abstienen de regular esta cuestión. Ejemplo de ello son Bélgica, Brasil, Chipre, Dinamarca, Japón, México e Irlanda.

En igual situación se encuentra la República Argentina por cuanto pese a haberse receptado primeramente el instituto de la gestación subrogada en el Anteproyecto de Código

---

<sup>50</sup> ALEMANIA. Ley de protección al embrión. 1990.

Civil y Comercial de la Nación<sup>51</sup>, fue finalmente suprimida por la Comisión Bicameral creada a tal efecto.

### **Conclusiones parciales**

Analizando los fundamentos sobre los que se asientan las posturas encontradas en el derecho comparado, ya sea para la regulación o prohibición de la gestación por sustitución, podemos concluir en que ambas poseen sustento suficiente donde respaldar la postura adoptada.

Sin embargo, aún hay países en donde directamente este instituto no ha sido reglado, existiendo actualmente un vacío legal respecto al supuesto de hecho que, amén de vulnerar los derechos y garantías de los comitentes, la gestante y los menores, obligan a los tribunales a fallar en cada caso concreto a fin de proceder, a la determinación, de derechos tan fundamentales como el de la identidad.

Esto ocurre actualmente en nuestro país, y a la fecha existen aproximadamente treinta fallos consecuencia de la abstención de reglar la cuestión.

---

<sup>51</sup> Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ.

## CAPÍTULO II: MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

### Introducción

El primer proyecto de regulación de esta técnica, estaba contemplado en el anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación había pero fue finalmente excluida del Código vigente, como se refirió con anterioridad, por un dictamen de la Comisión Bicameral que expuso:

La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre “Relaciones de Familia” que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma.<sup>52</sup>

De allí surge que la gestación por sustitución fue suprimida del proyecto de reforma del CCCN por la significancia de sus dilemas éticos, jurídicos y la necesidad de un debate interdisciplinario profundo.

A la luz del principio de legalidad<sup>53</sup> y no encontrándose el procedimiento de subrogación prohibido, debe receptarse al mismo como permitido en nuestro país. En este

---

<sup>52</sup>Honorable Congreso de la Nación, 2012.

<sup>53</sup> Constitución Nacional. Art. 19 (Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los

sentido, la Comisión 6, Familia: “Identidad y filiación”<sup>54</sup> en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015 resolvió unánimemente que “Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida” (AAVV, 2015).

Dentro de este marco, pese a la eliminación del texto del Código Civil y Comercial de la Nación, la gestación sustituta no ha sido prohibida, sigue practicándose y debido a la ausencia de reglamentación legislativa específica respecto a la materia, es decir, un vacío legal, los casos deben resolverse en sede judicial.

## **2.1. Principios de Igualdad, Legalidad y Reserva en la Constitución Nacional**

El principio de reserva complementa al principio de legalidad que surge del art. 19 de la Constitución Nacional que reza textualmente:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.<sup>55</sup>

Ambos principios garantizan la legalidad en el ejercicio del poder que emerge del principio republicano de gobierno. El principio de reserva, garantiza la facultad de los hombres dentro de lo permitido, es decir lo no prohibido por el ordenamiento jurídico, de actuar sin que su conducta pueda importarle sanción.

La primer parte de este artículo garantiza la no intromisión del Estado en la vida privada de las personas protegiendo la libertad para las conductas privadas de los hombres, libertad que no puede ser reducida ni coartada por la ley, ni investigada por la justicia mientras no ofendan la moral y el orden público.

---

magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.)

<sup>54</sup> XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Bahía Blanca. 2015.

<sup>55</sup> Constitución Nacional. Ley 24.430. B.O. 15/12/1994. Art. 19.

Basándose en este principio consagrado constitucionalmente adquiere relevancia el principio de autonomía de las personas a elegir su plan de vida, el formar una familia y como llevarlo a cabo.

Dentro del denominado derecho constitucional de familia, el derecho a la salud reproductiva comprende tres contenidos distintos pero complementarios al decir de Andrés Gil Domínguez: información, prevención y planificación (Gil Domínguez, et al., 2006, p. 593).

Este último responde a una profunda convicción de ser o no ser madre/padre, lo cual "forma parte de un proyecto de vida porque modifica sustancialmente cualquier autobiografía (...) supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas" (autores y obra recién citados).

Precisamente en el marco del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la CN se desenvuelve la protección del principio de autonomía de las personas que la bioética resguarda, a elegir su plan de vida.

La segunda parte del artículo garantiza que el Estado no puede obligar a nadie a hacer algo que no esté exigido por ley ni sancionar conductas que no se encuentren prohibidas. De este modo, todo lo que no está prohibido se encuentra permitido por cuanto, si bien no existe ley reguladora de la gestación por sustitución, tampoco existe ley que la prohíba y se encuentra entonces permitida en nuestro país en consonancia al art. 19 de nuestra Constitución Nacional<sup>56</sup>.

El principio de igualdad ante la ley se encuentra consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional<sup>57</sup> y el art. 20<sup>58</sup> del mismo cuerpo normativo garantiza a los extranjeros gozar en el territorio de nuestra nación todos los derechos civiles, por ende y a la luz de estos

---

<sup>56</sup> Constitución Nacional. Ley 24.430. B.O. 15/12/1994. Art. 19.

<sup>57</sup> Constitución Nacional. Ley 24.430. B.O. 15/12/1994. Art. 16.

<sup>58</sup> Constitución Nacional. Ley 24.430. B.O. 15/12/1994. Art. 20.

principios, parejas casadas, convivientes, personas solteras, argentinos y extranjeros independientemente de su edad y orientación sexual deberían tener acceso a esta TRHA.

En nuestro ordenamiento jurídico ya han sido receptadas, desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>59</sup>, las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de filiación por cuanto, igual sentido amerita analizar si no admitir la filiación por gestación subrogada contrariaría el principio de igualdad ante otras TRHA.

## **2.2. Tratados de Derechos Humanos**

La reforma constitucional de 1994 incorporó con jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc.22)<sup>60</sup>, que recepta el derecho a la protección integral de la familia, a la promoción de maternidad y paternidad responsable, a la procreación y a la salud reproductiva, como derechos humanos básicos.

### **➤ Declaración Universal de Derechos Humanos:**

---

<sup>59</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. B.O. 08/10/2014.

<sup>60</sup> Constitución Nacional. Ley N° 24.430. B.O. 10/01/1995. Art. 75 inc. 22 ((...) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional (...))

Determina el derecho de hombres y mujeres a fundar una familia, reconociendo a esta última como elemento natural y fundamental de la sociedad, digno de protección social y estatal<sup>61</sup>.

En igual sentido, manifiesta que toda persona debe gozar de un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y que la maternidad y la infancia deben ser especialmente cuidados<sup>62</sup>.

➤ **Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969):**

Versa sobre la protección a la familia, refiriéndola en idéntico sentido que la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio y a fundar una familia. Habla del deber de reconocer iguales derechos a los hijos, sean estos matrimoniales o no<sup>63</sup>. Afirma la igualdad de todas las personas ante la ley, reconociendo en consecuencia, el derecho sin discriminación a la protección legal referida.<sup>64</sup>

➤ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:**

---

<sup>61</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 16 (Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio(...)) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.)

<sup>62</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 25 (Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios(...))La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.)

<sup>63</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 23054. B.O. 27/03/1984. Art. 17 (Protección a la Familia. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención(...)) Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.)

<sup>64</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 23054. B.O. 27/03/1984. Art. 24 (Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.)

Hace referencia a la familia y los derechos de hombres y mujeres a fundarla en igual sentido que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, además, compromete a los Estados Parte del pacto a tomar medidas tendientes a asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante y en caso de disolverse el mismo, y disposiciones que aseguren la protección de los hijos.<sup>65</sup>

➤ **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:**

Los Estados Parte reconocen que se debe conceder a la familia la amplia protección y asistencia, especialmente para su constitución. Al mismo tiempo, manifiesta el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia que favorezcan a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razones de filiación o cualquier otra condición<sup>66</sup>.

➤ **Convención sobre los Derechos del Niño:**

Considera que la libertad, la justicia y la paz mundial se basan en el reconocimiento de la dignidad y de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana, promoviendo el progreso social y elevando el nivel de vida dentro de un concepto amplio de libertad. Reconoce a todos derechos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

---

<sup>65</sup>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ley 23.313. B.O. 13/05/1986. Art. 23 (La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. (...)Los Estados Partes en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.)

<sup>66</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 23.313. B.O. 13/05/1986. Art. 10 (Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que: Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.)

Reconoce además que, la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de sus niños, debe recibir protección y asistencia. Entendiendo, que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de libertad, amor y comprensión.

Compromete a los Estados Parte a atender, primordialmente, el interés superior del niño<sup>67</sup> y enfáticamente resalta el derecho a la identidad de este, receptándolo en diversos artículos al referir el derecho del niño a conocer a sus padres y en lo posible ser cuidado por ellos, a no ser separado de sus padres sin conformidad de estos y sin previa resolución judicial en caso de maltrato o descuido, a mantener contacto directo con ambos padres, a la identidad familiar, cultural y étnica, al nombre y nacionalidad<sup>68</sup>.

### **2.3. Leyes Nacionales**

➤ **Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida<sup>69</sup>:**

El objeto de esta ley es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida para la culminación de un embarazo, abarcando a tal fin, técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. En su art. 2<sup>70</sup> deja abierta la posibilidad de inclusión de

---

<sup>67</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849. B.O. 22/10/1990. Art. 3 Inc. 1 (En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.)

<sup>68</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849. B.O. 22/10/1990.

<sup>69</sup> Ley N° 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Reglamentación. B.O. 23/07/2013.

<sup>70</sup> Ley N° 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Reglamentación. B.O. 23/07/2013. Art. 2 (Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción medicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.)

nuevos procedimientos y técnicas desarrolladas con los avances científicos cuando fueran autorizadas por el Ministerio de Salud de la Nación.

Toda persona capaz, mayor de edad que haya prestado su consentimiento informado conforme a las disposiciones de la Ley 26.529<sup>71</sup>, tiene derecho a acceder a estas técnicas. Encontrándose obligado el sector público y privado de salud a brindar la cobertura integral e interdisciplinaria de la totalidad de las técnicas y procedimientos que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción medicamente asistida.

En concordancia con el principio de igualdad receptado constitucionalmente en la República Argentina<sup>72</sup>, no podrán alegarse para la cobertura requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión en razón del estado civil la orientación sexual de los destinatarios.

➤ **Ley 23.592 contra actos discriminatorios<sup>73</sup>:**

Mediante esta normativa se adoptan medidas contra aquellos que impidan, obstruyan, restrinjan o de cualquier modo menoscaben el ejercicio pleno de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional como son el derecho a la igualdad, a formar una familia, los principios de reserva y legalidad; considerando particularmente a los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

➤ **Ley 26.618 sobre matrimonio civil y unión convivencial igualitaria:**

En el año 2010 fue modificado el Código Civil mediante la sanción de la ley 26.618<sup>74</sup>, brindándole al matrimonio los mismos requisitos y efectos para contrayentes de igual o distinto sexo (art. 2). Posteriormente, se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación

---

<sup>71</sup> Ley N° 26.529. Salud Pública. Derechos del paciente. B.O. 20/11/2009.

<sup>72</sup> Constitución Nacional. Art. 16 (La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...))

<sup>73</sup> Ley N° 23.592. Ejercicio de derechos y garantías constitucionales. Medidas contra actos discriminatorios. B.O. 05/09/1988.

<sup>74</sup> Ley 26.618. Matrimonio civil. Código Civil, leyes 26.413 y 18.248 – Modificación. B.O. 22/07/2010.

mediante la Ley 26.994<sup>75</sup>, incluyendo la novedosa figura de la unión convivencial entendida como la unión pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo.

➤ **Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes**<sup>76</sup>:

Esta ley tiene objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes para garantizar el disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos tanto por el ordenamiento jurídico nacional como en aquellos tratados internacionales en los que la nación sea parte.

Refiere el interés superior del niño entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías receptados constitucionalmente, entre los que se encuentran: conocer la identidad de sus padres biológicos, crecer y desarrollarse en su familia de origen y el vínculo regular con ella, la dignidad, el no ser objeto de tráfico sea cual sea el fin y la forma; debiendo prevalecer los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes en caso de conflicto frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos.

#### **2.4. Recepción del instituto de la maternidad subrogada en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación**

Los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación afirman seguir la postura de la regulación manifestando:

El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación, El proyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que

---

<sup>75</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014.

<sup>76</sup> Ley 26.061. Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. B.O. 26/10/2005.

cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como “turismo reproductivo”); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado.

Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellos tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de técnicas de reproducción humana asistida.

Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidas de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición (Lorenzetti et al., 2011, p.15).

En el proyecto de reforma del código velezano, expresamente fue incorporado el tema que aquí se analiza, existiendo un artículo que especialmente regulaba la maternidad subrogada, pero luego fue desestimada su incorporación en las tratativas en el Congreso. El artículo en cuestión (art. 562 CCCN) se encontraba redactado de la siguiente manera:

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 de nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo 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. (Lorenzetti et al., 2011, p.16)

Como se mencionara, la supresión del artículo referido se debió a la complejidad de esta técnica de reproducción humana derivada del propio texto legal proyectado.

## **2.5. Legalidad del contrato de alquiler de vientres conforme nuestro ordenamiento jurídico**

La pluralidad de sucesos que revela la práctica de la subrogación de vientre presupone la celebración de un convenio a que regule las conductas de aquellos que intervengan en el proceso, que como mínimo son tres, pudiendo existir la afluencia de diversos sujetos, a saber: mujer gestante y su marido si tuviere, comitentes, hombre y/o mujer donantes de los gametos y sus respectivos cónyuges si existieran; todos con diversos intereses y pretensiones contractuales, maternas y/o paternas.

Por otra parte, este contrato puede ser destinado a la prestación de óvulo y vientre o a la mera aportación de la matriz para la incubación del embrión o embriones fruto de material genético ajeno.

Asimismo, puede tratarse de una operación de carácter onerosa o gratuita, siendo necesario en este último caso delimitar los límites de la retribución efectuada por los comitentes de los gastos de cuidado durante el proceso gestacional a fin de no atentar contra el carácter altruista de la prestación.

Es necesario resaltar, que la contratación, además, debe efectuarse sin desatender el interés superior del niño que se encuentra receptado constitucionalmente como se mencionara con anterioridad.

Conforme lo dispone el Código Civil y Comercial de la Nación, el objeto de los actos jurídicos no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana<sup>77</sup>, estas disposiciones se aplican al objeto del contrato, debiendo además, ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes aunque no sea patrimonial<sup>78</sup>.

Por otra parte, reconoce a los derechos sobre el cuerpo humano como carentes de valor comercial, reconociéndoles valores afectivo, terapéutico, científico y solo disponibles por su titular cuando se respete alguno de esos valores y conforme disposición legal especial<sup>79</sup>.

En consonancia, están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto cuando sean requeridos para el mejoramiento de la salud de

---

<sup>77</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 279 (Objeto. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.)

<sup>78</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 1003 (Disposiciones generales. Se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1a, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero de este Código. Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.)

<sup>79</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 17 (Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.)

la persona y excepcionalmente de otra persona y de conformidad al ordenamiento jurídico. Refiere además la libre revocabilidad del consentimiento para aquellos actos que no se encontraran comprendidos en la prohibición<sup>80</sup>.

Para Chiapero (2012) el contrato de subrogación debe considerarse nulo por cuanto viola el orden público, su objeto se encuentra fuera del comercio y su contenido es inmoral, porque desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas; contrariando la indisponibilidad del propio cuerpo y del estado civil de las personas.

Sostiene esta autora la indisponibilidad, intransferibilidad y el carácter personalísimo de la capacidad generativa, excediendo el contrato celebrado entre quien encarga al hijo y la madre portadora la autonomía de la voluntad y atentando contra los principios de orden público de conformidad a lo normado en la Argentina.

Contrario sensu, un reciente fallo del Juzgado Familia N °1 de la provincia de Mendoza<sup>81</sup> reconoce a la maternidad subrogada gestacional, es decir, la mera prestación del útero, como un servicio de gestación pasible de retribución al considerar, que es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional.

En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción.

Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se

---

<sup>80</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 56 (Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.)

<sup>81</sup> “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva” Juzgado Familia N °1 de la provincia de Mendoza. 29/07/15.

está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación, entendiendo que debe garantizarse a todas las personas que necesiten el poder hacer uso de esta técnica.<sup>82</sup>

Afirmando en la misma sentencia, y ante la pretensión de nulidad del contrato, que la subrogación es un acto mediante el cual madre sustituta “da” su útero para que en él sea implantado el embrión, no pudiendo esto ser calificado como contrato por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio. Consecuentemente, el acto extrapatrimonial que importa la “dación” del útero, debe encuadrarse como acto de disposición del propio cuerpo, en donde el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que este no vulnere la ley o la moral.

En el año 2015, el Juez Carlos Neirotti, no hizo lugar al dictamen de la asesora de menores que solicitaba la nulidad del convenio suscripto por las partes, en un fallo inédito sostuvo que la voluntad procreacional fue manifestada por los padres y que no va en contra de la moral y los derechos del niño. Recomendando, además, la remuneración al servicio de servicio de gestación.<sup>83</sup>

### **Conclusiones parciales**

Del análisis normativo de la Argentina, surge que, a la luz de nuestra Constitución Nacional, el procedimiento de gestación subrogada se encuentra permitido, debiendo garantizarse la autonomía en la elección a un plan de vida, el formar una familia y el modo de llevarlo a cabo, a todos por igual.

Consecuentemente, se ha legislado en materia de acceso a las TRHA, matrimonio civil, uniones convivenciales y contra actos discriminatorios.

---

<sup>82</sup>“A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva” Juzgado Familia N °1 de la provincia de Mendoza. 29/07/15.

<sup>83</sup>“A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva” Juzgado Familia N °1 de la provincia de Mendoza. 29/07/15.

Que existen tratados de jerarquía constitucional en pos de promover la maternidad y paternidad responsable, el derecho a la procreación, a la salud reproductiva, reconociendo la necesidad de cuidados especiales a la maternidad e infancia y el deber de los Estados parte de adoptar medidas que protejan y asistan a niños y adolescentes, sin discriminación de filiación u otro tipo.

Aunado a esto, la Convención de los Derechos del Niño refiere como fundamental el reconocimiento de la dignidad, identidad e igualdad de derechos sin distinción en razón del nacimiento u otros motivos, receptando el interés superior del niño. En consonancia, la ley 26.061<sup>84</sup> reconoce el derecho a niños, niñas y adolescentes de conocer a sus padres biológicos, a crecer con estos, a la dignidad y a no ser objeto de tráfico sea cual sea el fin y la forma.

Es menester la reflexión acerca de la práctica de la subrogación, en pos de un análisis fundado que permita analizar si no importa la misma, una suerte de tráfico de menores y si es factible garantizar la dignidad humana y salvaguardar el interés superior del gestado en este proceso.

En nuestro país nacen niños fruto de esta técnica, niños a quienes el Estado debe garantizar derechos fundamentalísimos como resulta el de identidad, debe garantizar la igualdad que se vulnera cuando quien dispone de los medios económicos accede a la gestación por sustitución mediante el “turismo reproductivo” mientras que otros que no tienen el dinero se ven imposibilitados de hacerlo, debe brindar seguridad a la gestante, al gestado y a los comitentes; fundamentos que llevaron a incluir este instituto en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación y que posteriormente se ignoraron por dilemas éticos y jurídicos.

---

<sup>84</sup> Ley 26.061. Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. B.O. 26/10/2005.

Es por esta razón que, resulta vital el planteamiento de un análisis interdisciplinario del instituto de estudio en el presente trabajo de grado, a fin de legislar en miras de proteger a todos los usuarios de esta técnica y el interés superior del concebido.

## **CAPÍTULO III: FILIACIÓN POR TRHA**

### **Introducción**

Como se señaló anteriormente, existe distinción entre la maternidad subrogada tradicional y la gestacional.

Entendiendo a esta última, como la real subrogación por cuanto supone la implantación de un embrión ajeno en la mujer que no aporta su ovulo para la procreación, solo su útero.

La peculiaridad de esta situación radica en que el niño nacido mediante esta técnica de subrogación no comparte vínculo genético alguno con la mujer que lo gestó ya que no fue ella quien aportó sus óvulos, pudiendo existir o no, vinculación genética con la pareja o persona que recurrió a este procedimiento, dependiendo de si aportaran o no sus gametos.

Con posterioridad al nacimiento, debe admitirse la verdadera identidad del nacido y la filiación como hijo de los padres que realizaron el tratamiento mediante esta TRHA.

Esta filiación puede encontrar sus fundamentos en la identidad genética o la voluntad procreacional.

### **3.1. Recepción de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación**

En primer lugar los principios constitucionales consagrados en nuestra Carta Magna y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al sistema legal argentino<sup>85</sup>, impactan directamente en el derecho filial.

Gracias a ellos tenemos los principios del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>86</sup> y artículo 3 de la ley 26.061<sup>87</sup>); de igualdad de

---

<sup>85</sup> Constitución Nacional. Art. 75 inc. 22.

todos los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; el derecho a la identidad y a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); a la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; el derecho a la reparación del daño por la identidad del hijo; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella (Lorenzetti et al., 2011).

El nuevo CCCN<sup>88</sup> introdujo grandes modificaciones en el capítulo I del título V, "Filiación", del libro segundo, "Relaciones de familia", al ampliar la regulación del derecho filial, incorporando la filiación derivada del uso de las TRHA y con la finalidad de eliminar los debates doctrinales y jurisprudenciales generados con la incorporación del matrimonio igualitario, se introdujeron modificaciones sustanciales a fin de hacer coincidir el sistema filial con la nueva conceptualización del matrimonio.

Por otra parte, consecuente al desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, el Título sobre la filiación recepta su determinación cuando ésta se debe o es consecuencia de la reproducción humana medicamente asistida, sin perjuicio de necesitar una mayor regulación (Lorenzetti et al., 2011).

Con estas nuevas modificaciones introducidas a nuestro sistema legal, a la filiación por naturaleza y por adopción, se suma una tercera fuente filial específica y autónoma, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, conforme surge del art. 558 del CCCN que dice textualmente:

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

---

<sup>86</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849. B.O. 22/10/1990.

<sup>87</sup> Ley 26.061. Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. B.O. 26/10/2005.

<sup>88</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. B.O. 08/10/2014.

plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación<sup>89</sup>.

### **3.1.1 Legislación y Jurisprudencia de TRHA en Argentina.**

La ley de reproducción humana asistida y la aprobación del matrimonio igualitario han modificado la concepción tradicionalista de los núcleos familiares en el país, esta evolución ha traído repercusiones en doctrinarios y diversos tribunales del país materia de filiación.

Así planteado el tema, considero que las decisiones judiciales en torno a este tema no deben atentar contra los derechos fundamentales de las personas intervinientes ni mucho menos ir en contra del interés superior del niño.

Actualmente, la gestación por sustitución ha generado inconvenientes en cuanto a la fijación de filiación de los niños nacidos bajo técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) (Rodotá, 2010).

Pese a que su práctica es legal, se han suscitado contradicciones en torno a la identidad de los niños, la voluntad procreacional y del derecho de reproducción de los padres comitentes, por lo que queda demostrado que colisionan derechos fundamentales para todas las personas que participan en dicho proceso.

Las discrepancias generadas a raíz de éste tema son resultado de las diversas posiciones existentes en la materia, en la que algunos doctrinarios manifiestan que la gestación por sustitución conlleva la vulneración de derechos fundamentales de la mujer (gestante), reduciéndola en su cosificación.

---

<sup>89</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 558.

Por otro lado, se argumenta que dicha práctica atenta contra la dignidad humana.

En palabras de Ales (2016) puede definirse la dignidad como

(...) un valor espiritual y moral inherente a todas las personas, un mínimo que debe preservarse de las vulneraciones por parte de los poderes públicos y los particulares. Se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, en la autonomía individual y constituye el punto de partida para la existencia y especificidad de los demás derechos (p.2).

La dignidad humana representa un pilar fundamental para el desarrollo de diversos derechos y resalta su importancia en múltiples ordenamientos jurídicos y tratados, esto a partir de la Declaración Universal de Derechos del Hombre que además la contempla como límite en el libre desarrollo de la personalidad a través de la disposición sobre el propio cuerpo.

Este instrumento además configura a la Dignidad como piedra angular de su sistema y fundamento de todos los derechos.

La dignidad humana representa entonces una base fundamental para el desarrollo de los derechos del individuo y en virtud de este mencionado valor inherente le son reconocidos al hombre y a la mujer derechos inviolables y en pro del libre desarrollo de su personalidad.

Estas posturas, de cosificación y de que atentaría contra la dignidad humana, son contrariadas por autores que protegen el derecho de reproducción de la mujer comitente por medio de estas técnicas de reproducción asistida.

En el año 2013 se promulga la ley 26.862<sup>90</sup> sobre las técnicas de reproducción humana asistida, la cual es el primer mecanismo jurídico de carácter nacional que regula lo referente a esta materia.

Dicha ley, protege los derechos de las personas y se encuentra en consonancia con lo establecido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que garantiza la práctica de las mencionadas técnicas de forma libre y sin discriminación, a toda persona mayor de edad que, con consentimiento previo, busque procrear.

A partir de 2013 se generó la primera decisión judicial referente a este tema que marcó un precedente a seguir en las posteriores decisiones. La resolución fue emitida por el Juzgado Nacional N° 86 de la ciudad de Buenos Aires a cargo de la Dra. María del Carmen Bacigalupo, en fecha 19 de junio del 2013<sup>91</sup>.

El mencionado fallo hizo hincapié en la voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación y la libre manifestación de la intención de querer engendrar un hijo con material biológico a través de la portación del embrión en un tercero.

Se reconoció además que este problema era una realidad del momento, y si bien carecía de regulación adecuada, merecía una respuesta de la jurisprudencia en ausencia de ley.

Consecutivamente, se generaron una serie de casos de esta índole entre los que se puede mencionar “C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. por impugnación de maternidad” del Juzgado Nacional Civil 102 con fallo del 18 de mayo del 2015.<sup>92</sup>

Allí se realizó un proceso ordinario de impugnación de maternidad de la mujer que llevó adelante el embarazo, con el material genético que aportaron los accionantes.

---

<sup>90</sup> Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. B.O. 05/06/2013.

<sup>91</sup> “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”. Juzgado Nacional en lo Civil. Capital Federal, CABA. 18/06/2013.

<sup>92</sup> “C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. por impugnación de maternidad”. Juzgado Nacional Civil 102 18/05/2015.

El mentado caso se trataba de un matrimonio heterosexual que ya tenía un hijo biológico pero la madre no podía llevar a cabo otro embarazo y la mujer gestante era una amiga de la familia.

Ante esta situación el juez consideró un deber del juzgador permitir su realización por el interés social en establecer la verdadera filiación de los niños, que concierne a su vez la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes.

De este modo al no existir conflictos entre las partes intervinientes, se otorgó preeminencia a los principios del interés superior del niño, el derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia.

Asimismo, el juez afirmó que, en un nacimiento mediante la técnica de maternidad subrogada, cuando existe consentimiento de todos los involucrados, y los Ministerios Fiscales, el estudio de ADN de la niña y los actores, que surgen como padres biológicos es el elemento fundamental para determinar la maternidad.

Este caso marcó un hito importante en el tema ya que se dictaminó la puesta en marcha de asistencia psicológica para los hijos de la mujer gestante para que comprendan que su mamá dará a luz un niño que no será un hermano más.

En el año 2015 el Juzgado de Familia n°7 de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires declaró inconstitucional y anticonvencional el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>93</sup>.

Este fallo se produce a raíz del no reconocimiento de maternidad de la mujer comitente, la cual había expresado su voluntad procreacional con consentimiento libre e informado.

En concreto la mujer se encontraba imposibilitada de procrear como resultado de una afectación (Síndrome de Rokitansky<sup>94</sup>) sin embargo su cuerpo lograba producir óvulos

---

<sup>93</sup>Juzg. de Familia n° 7, Lomas de Zamora. 2015. LZ-62420-2015.

fecundables, de tal manera que la misma junto a su pareja se someten a una fecundación in vitro homóloga en la que se implantó un óvulo fecundado en el útero de su hermana casada.

Progresivamente, la pareja comitente solicita al Juzgado que se les adjudicara el vínculo filiatorio de la niña nacida bajo la mencionada técnica. A esto, el Juzgado ordenó a todos los profesionales del sector de salud y dependencias públicas intervinientes en este proceso el despacho de la documentación concerniente al esclarecimiento de la filiación de conformidad con la voluntad procreacional manifestada por la pareja comitente.

Esta decisión se desvincula de lo establecido en el del artículo 566 del Código Civil y Comercial sobre la presunción de filiación en donde dice:

Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título<sup>95</sup>.

De conformidad con lo anterior, la mujer gestante era casada, por lo que lo indicado en el artículo precedente no aplicaba para el referido caso.

Además, dicha resolución referente al vínculo filiatorio de la niña nacida bajo fecundación in vitro se basó en obligaciones que los adultos intervinientes en el proceso se comprometieron a cumplir, como acudir a terapia psicológica y dotar de información a la niña sobre su origen gestacional conforme a su madurez.

La juez encargada del caso, apegó su decisión al derecho de reproducción de los comitentes, entendiendo a la maternidad subrogada como un permiso implícito establecido en

---

<sup>94</sup>Enfermedad congénita cuya característica primordial que las mujeres que la padecen carecen de útero.

<sup>95</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 566.

el ordenamiento civil, ya que aunque no se encuentre tipificada, la misma no está prohibida y se aboca al principio de legalidad establecido en la Constitución Nacional por lo que clasificó de inconstitucional y anticonvencional el precepto “mater semper certa” establecido en el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos<sup>96</sup>.

De tal modo que la decisión tomada por la Juez encargada se inclinó al derecho de reproducción de la pareja comitente y sostuvo su argumento en el caso de “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>97</sup>.

La mencionada sentencia se abocó a considerar el derecho a la reproducción como cualquier medio que tiene una persona para tener un hijo acorde a su voluntad. De esta forma, la decisión tomada demostró una protección al bienestar psicológico, emocional y material de la niña (Ales, 2016).

Se ha evidenciado a través del estudio de la jurisprudencia nacional que la voluntad procreacional ha sido tomada por los numerosos tribunales como el elemento determinante para el establecimiento del nexa filiatorio con el niño engendrado bajo las técnicas de reproducción humana asistida.

La falta de regulación sobre la problemática estudiada ha generado en consecuencia una serie de decisiones que además de buscar solventar los pedimentos de las partes se produzca el mayor favorecimiento del niño que es parte de estos procesos.

---

<sup>96</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 562.

<sup>97</sup> Corte I.D.H. Sentencia "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica", del 28 de noviembre de 2012. Petición 12.361, Caso N° 257.

Por otro lado, es importante destacar el rol fundamental que juega el principio del “interés superior del niño” ya que en el ordenamiento jurídico argentino el interés del menor es el elemento de mayor importancia que se considera en el dictamen de cualquier decisión de diversos ámbitos sea administrativa, judicial o privada.

Debe entenderse que en cada situación a resolver debe considerarse el derecho del menor a estar con sus padres, el derecho a la salvaguarda de su integridad física y moral, el derecho a la educación, etc., que al momento de cobrar vigencia efectiva deberán concretarse en una única decisión destinada a optimizar este principio.

Bajo este criterio argumentativo se considera que admitir las consecuencias de la paternidad y maternidad basándose únicamente en el factor de la derivación biológica dejando de lado las relaciones que dieron origen a la generación, no se relaciona con un régimen de filiación guiado por los principios de interés superior del niño e igualdad.

El principio del interés superior del niño es aplicado comúnmente en situaciones donde existe una situación afectiva familiar consolidada.

El magistrado interviniente deberá decidir durante una gestación en curso condicionado a determinar en un lapso limitado de tiempo el emplazamiento filial.

Tal determinación debe realizarse existiendo también la voluntad expresa de la embarazada de no querer asumir su rol materno y de una pareja que reclama derechos parentales sobre un niño por nacer.

### **3.2. La voluntad procreacional vs. El principio mater Semper certa est**

De lo expuesto anteriormente surge que la voluntad procreacional entendida como el deseo de engendrar a un hijo, brindarle afecto y asumir la responsabilidad de su formación íntegramente, es el cimiento de la filiación derivada de las TRHA, voluntad que se exterioriza a través del consentimiento previo, informado y libre de quienes se sometan al

procedimiento, que debe ser renovado cada vez que se proceda a la utilización de estas técnicas<sup>98</sup>.

El art. 562 del CCCN refiere que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento, independientemente de quien aportara el material genético<sup>99</sup>.

De la primera parte de este artículo surge la ratificación del principio “mater semper certa est”, expresión latina, que puede ser traducida como “la madre es siempre conocida”, que entiende comprobada la maternidad por el hecho del parto y da lugar a la presunción de la filiación debido a que antiguamente, era impensado, en razón del hecho biológico del embarazo y el consecuente alumbramiento, que la madre de un niño pudiera ser otra que quien había gestado.

El artículo 242 del Código Civil velezano, disponía la determinación legal de la maternidad por el hecho del parto (*partum sequitur ventrum*), es decir, constatado el hecho objetivo del nacimiento y la identificación del hijo, quedaba establecida la maternidad, aún contra la voluntad de la madre<sup>100</sup>.

Si bien este artículo no se encuentra actualmente vigente en nuestro país, estos principios se siguen receptando la República Argentina y se aprecian con claridad en la ley 26.413 que requiere la declaración de dos testigos que acrediten el estado de gravidez de la madre para los nacimientos ocurridos fuera de un establecimiento médico y la obligación de

---

<sup>98</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 560 (Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.)

<sup>99</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 562 (Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.)

<sup>100</sup> Código Civil. Ley N°340. B.O. 25/09/1989. Art. 242 (La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.)

los establecimientos médicos de notificar el nacimiento inmediatamente a través de la remisión de un certificado que contiene requisitos como la impresión del pulgar derecho de quien dio a luz y tipo de parto<sup>101</sup>.

En el sistema legal argentino la filiación a madre puede tener lugar por dos vías: por la comprobación del hecho del parto, conforme el artículo 565 del Código Civil y Comercial (que incluye a los hijos nacidos mediante TRHA a través de la disposición especial del artículo 562)<sup>102</sup>, o bien mediante la adopción.

Atendiendo la peculiaridad del procedimiento de subrogación, en una causa judicial, la Dra. Brunetti autorizó una transferencia embrionaria al útero de la gestante de conformidad al consentimiento otorgado y ordenó la inscripción del menor que naciera fruto del procedimiento a favor de los comitentes.

En su sentencia refirió:

(...)Se trata de una figura compleja, que en palabras de Lamm, “genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos, y que rompe con arraigadas reglas, tales

---

<sup>101</sup> Ley N°26.413. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas. B.O. 06/10/2008. Art. 32 (El hecho del nacimiento se probará: a) Los nacimientos ocurridos en establecimientos médicos asistenciales de gestión pública o privada, con certificado médico con las características de los artículos 33 y 34 de la presente ley, suscripto por el médico, obstétrica o agente sanitario habilitado al efecto que hubiere atendido el parto; b) Los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, con atención médica, del mismo modo que el anterior; c) Los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, sin atención médica, con certificado médico emitido por establecimiento médico asistencial público con determinación de edad presunta y sexo, y en su caso un certificado médico del estado puerperal de la madre y los elementos probatorios que la autoridad local determine. Se requerirá además, la declaración de DOS (2) testigos que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trate, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido, los que suscribirán el acta de nacimiento.) Art. 33 (A los efectos de completar la identificación descripta en el artículo anterior las direcciones generales deben implementar un formulario, prenumerado, denominado "Certificado Médico de Nacimiento" en el que constará: a) De la madre: nombre; apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio, la impresión dígito pulgar derecha; b) Del recién nacido: nombre con el que se lo inscribirá, sexo, edad gestacional, peso al nacer e impresión plantal derecha si el nacimiento ha sido con vida; c) Tipo de parto: simple, doble o múltiple; d) Nombre, apellido, firma, sello y matrícula del profesional médico u obstétrica o el agente sanitario habilitado que atendió el parto; e) Fecha, hora y lugar del nacimiento y de la confección del formulario; f) Datos del establecimiento médico asistencial: nombre y domicilio completos; g) Observaciones.)

<sup>102</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 565 (Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.)

como la máxima del derecho romano “mater semper certa est”, que reconoce la maternidad a quien da a luz, poniéndola en crisis, toda vez que el avance de la tecnología y las ciencias han quebrado la mentada certeza, por ende, quien lleva adelante el embarazo no es la misma persona que posee la voluntad procreacional (Lamm, 2013, p.13).

A todas luces, en el proceso de gestación subrogada, el principio mater semper certa est, colisiona con la recepción de la voluntad procreacional como fuente de filiación.

Esto se debe por que quien da a luz, ha llevado adelante el proceso gestacional con la finalidad de entregar el recién nacido a quien tiene la voluntad de maternar o paternar.

Debido a esto, el artículo referido ha sido declarado anticonvencional e inconstitucional por cuanto obstaculiza el ejercicio de derechos humanos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales, considerando que su aplicación aislada puede constituir una discriminación hacia la mujer que por carecer de capacidad gestacional no es reconocida como madre a pesar del vínculo biológico y de la voluntad de conformar su familia.<sup>103</sup>

### **3.3. Filiación por subrogación**

#### **3.3.1. Proceso para acceder a la maternidad por subrogación y obtener la filiación.**

En la República Argentina no se encuentra regulado el instituto de la gestación por subrogación, menos aún un procedimiento para acceder a ella.

A la luz de la garantía constitucional de que ningún habitante de nuestra nación puede ser privado de lo que la ley no prohíbe<sup>104</sup>, y no encontrándose expresamente prohibida la gestación por subrogación, puede entenderse permitida en nuestro país.

---

<sup>103</sup>Juzg. de 1º Inst. Fam. N°7 Lomas de Zamora, “H. M. y otro”, 2015.

<sup>104</sup> Constitución Nacional. Ley N° 24.430. B.O. 10/01/1995.

Es en consecuencia esta presunción la que faculta a los comitentes a iniciar acciones judiciales tendientes al correcto emplazamiento filial de sus hijos, ya que quien alumbra (*principio mater semper certa est*) no coincide con quien tuvo la efectiva voluntad de procrear.

Los procesos judiciales referidos pueden iniciarse antes de la implantación del embrión, durante el proceso gestacional o cuando se ha producido el alumbramiento.

En nuestro país, se han promovido las siguientes acciones:

➤ Impugnación de la maternidad: mediante este instrumento jurisdiccional se persigue dejar sin efecto la falsa filiación materna, contemplando la impugnación de la misma cuando haya sido establecida por presunción.

En el caso de la maternidad subrogada tiene como finalidad desplazar del estado de madre a la gestante y emplazar a la madre genética. Una sentencia<sup>105</sup> hizo lugar a esta acción en un caso donde una mujer, libre y espontáneamente, aceptó que un óvulo fecundado con el material genético de un matrimonio de su confianza sea implantado en su cuerpo.

Nacida la niña, fue inscripta como hija del padre biológico y de la mujer gestante, aunque conforme lo convenido, convivió desde su nacimiento con el matrimonio mencionado.

Los actores impugnaron la maternidad de la gestante y solicitaron que se la desplace del estado de madre de la menor y que se emplace a la comitente en esa calidad, fundando su pretensión en el nexo biológico que los une con la menor, acreditado con un estudio de ADN, por haber tenido lugar la fecundación extracorporal y el implante del embrión en el cuerpo de la demandada, quien libre y espontáneamente colaboró en la gestación por sustitución de la recién nacida y se allanó a la pretensión de los accionantes.

---

<sup>105</sup>Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 en fecha 18/05/2015.

Invocaron la voluntad procreacional de ellos que se complementa con la identidad genética y señalaron la ausencia de prohibición legal que impida el procedimiento médico que practicaron.

➤ Solicitud de la inscripción registral: Mediante esta acción fue sentado el primer precedente judicial decisivo acerca de la maternidad subrogada.

El fallo de fecha 18/06/2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, dictado en autos “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento”<sup>106</sup>, apunta a la voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación para esta TRHA.

En el caso, se hizo lugar a la demanda y se ordenó la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores, quienes recurrieron a la técnica denominada gestación por sustitución ante la imposibilidad biológica de concebir.

La sentencia advierte que

(...) la gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental. Si bien en virtud del principio 'Mater certa est' correspondería en el caso derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido (...)<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento”. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86. 18/06/2013.

<sup>107</sup> “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento”. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86. 18/06/2013.

➤ Medida autosatisfactiva: es un procedimiento urgente y excepcional que se agota con el dictado de sentencia favorable. Es una medida urgente, autónoma y se prescinde de la audiencia de contraparte.

En la provincia de Mendoza<sup>108</sup>, a fin de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la identidad de un niño nacido mediante el procedimiento de gestación subrogada, el Juez hizo lugar a una medida autosatisfactiva que perseguía la filiación del menor como hijo de la comitente, justificando que prescindir de la bilateralidad, garantizaba la oportunidad del ejercicio efectivo del derecho del niño a su verdadera filiación, que el procedimiento común tornaría ineficaz.

➤ Acción declarativa de certeza: tiene por objeto la obtención de un pronunciamiento que elimine la falta de certeza de la existencia de un derecho. Resulta admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre acerca de la norma a aplicar en el caso planteado.

Así lo manifestó el Juez Carlos Neirotti, a cargo del Primer Juzgado de Familia de la Ciudad de Mendoza, en su sentencia de fecha 29/07/2015, al sostener que esta acción constituía una vía admisible por cuanto la figura jurídica de la maternidad por sustitución no está legislada, requiriendo entonces los peticionantes de una respuesta jurisdiccional que se adecuara a su realidad familiar y la del recién nacido.<sup>109</sup>

➤ Autorización judicial previa al alumbramiento con el embarazo en curso: En autos “H.M. y otro s/medidas precautorias”<sup>110</sup> el Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora falló el 30 de diciembre de 2015 a favor de la petición iniciada conjuntamente por comitentes y gestantes, y con anterioridad al nacimiento de la niña.

---

<sup>108</sup> “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva”. Juzgado N° 1 de Familia de la Ciudad de Mendoza. 29/07/2015.

<sup>109</sup>“A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva”. Juzgado N° 1 de Familia de la Ciudad de Mendoza. 29/07/2015.

<sup>110</sup>“H.M. y otro s/medidas precautorias”. Juzgado de Familia n° 7 de Lomas de Zamora. 30/12/2015.

El Juzgado ordenó que la menor, en caso de nacer con vida, debería ser emplazada como hija de los comitentes.

Consecuentemente, los profesionales obstétricos intervinientes y las dependencias públicas involucradas debían proceder a la expedición de la documentación pertinente con aclaración de la filiación conforme la voluntad procreacional manifestada.

Esto significó no sólo el apartamiento de la regla mater semper, sino también la inaplicabilidad de la presunción de filiación del artículo 566<sup>111</sup> del Código Civil y Comercial dado que la gestante era una mujer casada (Ales Uría, 2016).

➤ Autorización judicial previa a la implantación del embrión: Un matrimonio y una mujer con capacidad gestacional recurrieron ante el juez explicando que la esposa padecía de una afección que obstaculizaba la gestación normal de un bebé, y que junto con su esposo fueron sometidos a diversas terapias de reproducción sin éxito.

Manifestaron en la demanda que cónyuges conocieron a una mujer que se ofreció a colaborar con ellos en forma desinteresada, prestando su útero a para que pudieran concretar el derecho de formar una familia.

Teniendo en cuenta el consentimiento de someterse a la técnica de reproducción humana asistida heteróloga, la plena capacidad y buena salud psicofísica de la gestante, el compromiso de al menos uno de los comitentes a aportar sus gametos, la imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término de la comitente y que la gestante no aportaría sus gametos, no había recibido retribución, no se había sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces y tiene tres hijos propios, el fallo de fecha 15/02/2018 del Juzgado de Familia Nro. 2 de la Provincia de Mendoza en autos: “M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/

---

<sup>111</sup> Código Civil y Comercial. Ley N° 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 566 (Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.)

medidas autosatisfactivas”<sup>112</sup> resolvió autorizar lo requerido en la demanda considerando reunidos los recaudos necesarios para disponer la autorización para proceder a la transferencia embrionaria en la gestante.

Asimismo, la sentencia vuelve a referirse a la voluntad procreacional como la columna vertebral para la determinación filial cuando sea de aplicación las técnicas de reproducción humana asistida.

Así también aclara que no resulta procedente determinar la maternidad a una mujer que ha prestado su consentimiento en someterse.

Observándose una vez más el alejamiento del principio romano *mater semper certa est*, tornando inaplicable el art. 562<sup>113</sup> del CCCN para el caso planteado, ordenándose en consecuencia, la inscripción del/los nacimientos como hijo/s de los comitentes en atención al “interés superior del niño por gestar”.<sup>114</sup>

Como puede advertirse, en todos los casos, los argumentos esgrimidos para fallar haciendo lugar a la determinación de la filiación a favor de los comitentes, fueron el derecho a la identidad del niño nacido/por nacer/“por gestar”, la voluntad procreacional como recurso fundamental para emplazar a un niño como hijo de sus progenitores y el interés superior del niño como principio rector de todo proceso en donde se encuentren sus derechos entrometidos.

### **3.3.2. Análisis de la tensión jurisdiccional.**

---

<sup>112</sup> “M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas”. Juzgado de Familia Nro. 2 de la Provincia de Mendoza. 15/02/2018.

<sup>113</sup> Código Civil y Comercial. Ley N° 26.994. B.O. 08/10/2014. Art. 562 (Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.)

<sup>114</sup> “M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas”. Juzgado de Familia Nro. 2 de la Provincia de Mendoza. 15/02/2018.

Hasta marzo del 2018, se ha tenido conocimiento por su publicación en diferentes revistas jurídicas de un total de 23 resoluciones en diversas jurisdicciones del país, que a continuación se detallan:

JUZGADO	FECHA	AUTOS
1) Juzgado de Familia de Gualeguay	19 de noviembre de 2013	“B., M. A. v. F. C., C. R. – ordinario”
2) Juzgado Nacional en lo Civil N° 86	18 de junio de 2013	“N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento”
3) Tribunal de Familia de Rosario N° 7	2 de diciembre de 2014	“F. M. L. y otras s/Autorización judicial”
4) Juzgado Nacional en lo Civil N° 102	18 de mayo de 2015	“C., F. A. y otro c/R. S., M. L. s/Impugnación de maternidad”
5) Juzgado Nacional en lo Civil N° 83	30 de junio de 2015	“N. N. O. s/Inscripción de nacimiento”
6) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	29 de julio de 2015	“O. A. V. p/Medida Autosatisfactiva”
7) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	15 de diciembre de 2015	“C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento”
8) Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche	29 de diciembre de 2015	“Dato reservado Expte. N° 10.178 14”
9) Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora	30 de diciembre de 2015	“H. M. y otro/a s/Medidas precautorias”
10) Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario	27 de mayo de 2016	“S. G. G. y otros s/Filiación”
11) Juzgado Nacional en lo Civil N° 7	23 de mayo de 2016	“A. R., C y otros c/ C., M. J. s/Impugnación de filiación”
12) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4	30 de junio de 2016	“S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento” (sentencia no firme)
13) Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno	4 de julio de 2016	““S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar”
14) Juzgado Nacional en lo Civil N° 8	20 de septiembre de 2016	“B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación”
15) Juzgado de Familia N° 3 de Gral. San Martín	22 de agosto de 2016	“M., I. M. y otros s/autorización judicial”
16) Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora	3 de octubre de 2016	“G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida”
17) Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora	30 de noviembre de 2016	“B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar”
18) Juzgado Nacional en lo Civil N° 81	14 de junio de 2017	“S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación”
19) Juzgado de Familia N° 7 de Viedma	6 de julio de 2017	“Reservado s/ Autorización Judicial”

20) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	6 de septiembre de 2017	“M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por Medidas Autosatisfacías”
21) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4	20 de octubre de 2017	“S. T., V. s/inscripción de nacimiento” (sentencia no firme)
22) Juzgado de Familia N° 3 Córdoba	22 de noviembre de 2017	“R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION” (EXPTE. N° 3447358)
23) Tribunal Colegiado de Familia N° 7 Rosario	5 de diciembre de 2017	“H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS”

Fuente: Proyecto de ley 0084-D-2018.

Es preciso destacar que, dentro del grupo de estas 23 sentencias de GS, surgen algunas particularidades que hacen al reconocimiento de variedad de supuestos fácticos encerrados en este tipo de procedimientos, a saber:

a) En dos de estos casos (N° 9 y 12 de la Tabla 1) la persona gestante era familiar de los comitentes -hermana y cuñada de la madre comitente. Y en el de lomas también es familiar, es su hermana.

b) En el caso N° 10 en la Tabla 1 el embrión transferido a la persona gestante se conformó, parcialmente, con material genético del matrimonio comitente, en tanto los gametos masculinos los aportó el cónyuge comitente y los gametos femeninos una persona ovo donante.

c) En dos casos (N° 11 y 13 de la Tabla 1) la GS se reconoció a favor de parejas de dos hombres.

d) En dos casos (N° 9 y 13 de la Tabla 1) se declaró la inconstitucionalidad del artículo 562 del C.C. y C.N. actualmente vigente y e) en seis casos (N° 3, 8, 15, 19, 22 y 23 de la Tabla 1) el/los comitentes requirieron autorización judicial previa a la realización del procedimiento de la gestación por sustitución.

## **Conclusiones parciales**

En este capítulo se ha podido conocer que, con la entrada en vigencia de numerosas leyes que buscan la protección de derechos fundamentales del ser humano, se reconoce la existencia de otros tipos de núcleos familiares, distintos al tradicional.

Por esta razón, en lo concerniente al derecho de la familia se ha observado una evolución en materia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial.

Dichas variaciones han traído consigo múltiples consecuencias referentes al establecimiento de la identidad del niño proveniente de una gestación por sustitución, producto de la falta de regulación o prohibición del mencionado tema en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El anteproyecto de Reforma del Código Civil instauraba una reglamentación sobre la gestación por sustitución, estableciendo normas que previeran lo relativo a los mencionados procedimientos y los derechos de los niños gestados bajo técnicas de reproducción humana asistida. De esta forma, las prácticas relativas a la técnica de gestación por sustitución hubiesen tenido una regulación con preceptos claros.

Sin embargo, aunque la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación no reguló la figura de las mencionadas técnicas tampoco hubo una prohibición explícita dentro del mentado Código. Por esta razón, y abocándose al principio de legalidad establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional sobre lo que no está prohibido está permitido, las prácticas de estos procedimientos se consideran de índole legal.

## CONCLUSIONES

El interés en realizar la presente investigación, partió del siguiente interrogante: ¿De qué manera se encuentra comprendida la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino? ¿Contribuye esto a la denominada “tensión jurisdiccional”?

A fin de responder dicha pregunta, se ha realizado aproximación al tema de estudio explicando en qué consiste la gestación por subrogación, determinando si se encuentra legislada en nuestro país, su legalidad conforme nuestro ordenamiento jurídico y comparando la legislación internacional.

La hipótesis del presente TFG planteó que además de vulnerar los derechos de la gestante y del niño, la carencia de legislación en la República Argentina respecto a esta materia, obliga a la justicia a expedirse acerca del vínculo filial de cada uno de los niños y niñas nacidos a través de este método, produciendo una tensión jurisdiccional evitable si hubiera existido voluntad en los legisladores de regularlo.

Dicha hipótesis se ha podido corroborar, por ello urge que exista una pronta solución a esta problemática jurídica debido a que esta tensión jurisdiccional produce un menoscabo en los derechos de la gestante, en el niño y en todos los justiciables que sufren el colapso de los tribunales.

Esta situación ha obligado al poder judicial a fallar en cada caso concreto para garantizar derechos fundamentales y personalísimos, el aparato judicial se ha visto movilizado a fin de suplir la falta de legislación adecuada a estos casos, subrogándose quizá funciones propias del poder legislativo que tibiamente desestimó incluir estos supuestos existentes en la sociedad moderna, desaprovechando una oportunidad histórica con la sanción del nuevo código, pese a ser una realidad que ya se vislumbraba.

Personalmente considero que los vertiginosos avances de la ciencia y tecnología muchas veces atentan contra principios naturales, primitivos, propios de la humanidad; como en el supuesto de hecho aquí estudiado, en donde una mujer, madre, gestante, es cosificada y reducida a funcionar como mera incubadora.

El embarazo y la maternidad acrecientan, comúnmente la vulnerabilidad de las mujeres a sufrir trastornos físicos y psicológicos, dolencias que se naturalizan y atribuyen a cambios temperamentales o fisiológicos propios del proceso gestacional o consecuentes a él.

Como en muchos países ocurre, generalmente las mujeres que gestan por otro lo hacen buscando rédito económico por encontrarse en situaciones económicas de vulnerabilidad.

También, está el niño por nacer, una criatura a quien se le arrebató todo aquello que le resultaba familiar en cuanto llega al mundo (hasta el sonido de aquel corazón que escucho durante nueve meses). El interés superior del niño ha sido receptado universalmente como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías entre los que se encuentran: conocer la identidad de sus padres biológicos, crecer y desarrollarse en su familia de origen y el vínculo regular con ella, la dignidad, el no ser objeto de tráfico sea cual sea el fin y la forma; que a mi entender la subrogación vulnera vilmente al quebrantar su vínculo materno tras el parto y exponerlo a la cosificación.

Por otro lado considero que la prohibición de esta TRHA generaría desigualdad, y quienes cuenten con los recursos económicos acudirían al mercado informal de estas prácticas (turismo reproductivo) y quienes no pudieran encarar estos tratamientos en el exterior no tendrían acceso al proceso de subrogación.

Finalmente, una vez nacidos los niños fruto de este método, volverían al país e iniciarían las acciones tendientes al correcto emplazamiento filial. Acciones que prosperarían en atención al interés superior del niño.

Para que una prohibición tal prospere, debería consensuarse mundialmente, en atención a que el deseo de una persona de tener un hijo, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas, entendiéndose que esta práctica implica una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del niño por gestar / niño por nacer / menor de edad; y dirigir las sanciones a aquellos profesionales de la salud que faciliten el acceso a la subrogación como sucede en Alemania.

Por ello, se concluye que resulta menester el dictado de una Ley Nacional, que incluya en el Código Civil y Comercial Nacional, una reglamentación de la gestación por subrogación atendiendo especialmente el resguardo de los derechos de la gestante y el niño, en clara sintonía con los tratados Internacionales y principios constitucionales.

Que no exista una retribución económica por ello, debiendo ser planamente altruista. Asimismo, debería incluirse la cobertura del tratamiento psicológico si se requiriera, por cuanto es una técnica de la que por ser aun novedosa, se desconocen sus consecuencias en las personas intervinientes y en su grupo familiar.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- AAVV. (2015). Conclusiones de la Comisión Nro. 6. Derecho de Familia de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf> en fecha 23/02/2019.
- Ales, M. (2016). “Maternidad por acuerdo de partes ¿legalidad o equidad?” Publicado en: DFyP 2016 (DOC/1593/2016).
- Andorno, R (2007). El derecho frente a la procreación artificial. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires.
- Åström, G (2011) The Swedish Women’s Lobby. Surrogacy motherhood –a global trade with women’s bodies. Suecia. (El lobby de las mujeres suecas - Maternidad de la subrogación - un comercio global con los cuerpos de las mujeres). Recuperado de: <http://sverigeskvinnolobby.se/wp-content/uploads/2013/08/POLICY-PAPER-SURROGACY-MOTHERHOOD.pdf> en fecha 23/02/2019. En fecha 23/02/2019.
- Bossert, G; Zannoni, E (1998). Manual de Derecho de Familia. Quinta. Astrea. Argentina.
- Briozzo, S. (2016). “Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial” Publicado en DFyP 2017 (DOC/3656/2016).
- Chiapero, S. M. (2012). Maternidad Subrogada. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- Coleman, P. (1982). Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions. 50 Tennessee Law. Review 50 (1): 71-119 Fall.
- Comité de Bioética de España. (2017) Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recuperado de: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.002.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf) en fecha 23/02/2019.
- Durán Ayago, A. (2015). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson c. France (Nº 65192/11) y caso Labassee c. France (nº 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución. AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 2(2), 280-282. Recuperado de [http://campus.usal.es/~revistas\\_trabajo/index.php/ais/article/view/12785/13156](http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12785/13156) en fecha 23/02/2019.
- Fundamentos del Proyecto de Ley de Anticoncepción de emergencia: obligación de proveer información sobre su uso en los servicios de salud sexual y reproductiva de establecimientos médicos asistenciales públicos y privados, 4837-D-2008 (2008). Honorable Cámara de la Nación. 17/09/2018.
- Gil Gómez Andrés, Famá María y Herrera Marisa. (2016). Derecho Constitucional de Familia. Editorial Ediar, Bs. As.
- González, I. (2014). “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule” Publicado en DFyP 2014 (DOC/3853/2014).

- Honorable Congreso de la Nación (2012) Dictamen de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación. Recuperado de: <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf> en fecha: 23/02/2019.
- Keane, N. y Breo, D., (1981). “The surrogate mother”, en Everest House Publishers, New York.
- Krasnow, A (2015). Filiación. Editorial La Ley, 1ra Edición. Buenos Aires.
- Lamm E. (2013) Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. UNESCO.
- Lorenzetti, Highton de Nolasco & Kemelmajer de Carlucci (2011) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, Decreto Presidencial 191/11 recuperado en fecha 07/06/2018 de <http://www.iprofesional.com/adjuntos/pdf/2012/03/358316.pdf>
- Méndez Costa, M (1996). La filiación. Rubizal – Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina.
- Messina de Estrella Gutiérrez, G (2008). Bioderecho. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- Quaini, F. (2017). “*La gestación por sustitución hoy, Argentina y el mundo*” Revista de derecho de familia y de las personas. La Ley. marzo 2017.
- Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=subrogar> en fecha 10/07/2019.
- Reuter, M. (2009). Archive forthe ‘Maternidad subrogada: definición procedimiento y leyes. Más allá de la ciencia Pondremos en tela de juicio lo que concierne a las madres de alquiler y la biotecnología. Recuperado de:

<https://biotech09.wordpress.com/2009/06/09/maternidad-subrogada-malaika-reuter/>

- Rodotá, S (2010). La vida y sus reglas: entre el derecho y el no derecho, Madrid, Trotta.
- Rojas Pascual, J. Maternidad Subrogada. 08/10/2015. Revista 3, Número 10.
- Roveda, E; Medina, G (2016). Manual de Derecho de Familia. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Sambrizzi, E (2004). La filiación en la procreación asistida. Editorial El Derecho, 1ra Edición. Buenos Aires.
- Thomson Reuters (2016). “Doctrina del día: Maternidad por acuerdo de partes ¿Legalidad o equidad?”. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2016/06/doctrina-del-dia-maternidad-por-acuerdo-de-partes-legalidad-o-equidad/> en fecha 16/07/2019.
- Vidal Martínez, J. (1988). Las nuevas formas de reproducción humana. Madrid, España: Cuadernos Civitas.
- Wagmaister, A. (2015). “Reproducción humana asistida”. Enciclopedia de derecho de familia, T. III, Editorial Universidad, Buenos Aires.
- Warnock, D. M. (1984). Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, United Kingdom (P.42) – Recuperado de: [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2016/05/Warnock\\_Report\\_of\\_the\\_Committee\\_of\\_Inquiry\\_into\\_Human\\_Fertilisation\\_and\\_Embryology\\_1984.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2016/05/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf)
- Zegers-Hochschild, G. D. Adamson, J. de Mouzon, O. Ishihara, R. Mansour, K. Nygren, E. Sullivan, S. van der Poel on behalf of ICMART and WHO (2009). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida

(TRA). Versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010. Recuperado de: [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminolog\\_y\\_es.pdf?ua=1](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminolog_y_es.pdf?ua=1) en fecha 11/07/2019.

### **Legislación**

- Código Civil y Comercial de la Nación, Art. Art. 17, 56, 562, 575 y 1004.
- Constitución Nacional.
- Ley contra actos discriminatorios N°23.592.
- Ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida N° 26.862.
- Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes N° 26.061.
- Ley española de Reproducción Asistida N°14/2006.
- Art. 10 Ley N° 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 13 de mayo de 1986.
- Art. 10 Ley N°14/2006. Boletín Oficial del Estado núm. 126, España, 27 de mayo de 2006.
- Art. 10 Ley N°14/2006. Boletín Oficial del Estado núm. 126, España, 27 de mayo de 2006. Recuperado de: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292) en fecha 23/02/2019.

- Art. 1003 Ley N° 26994. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014
- Art. 14 Inc. 5 Ley 25/2016 del 22/08/2016 vigente a partir del 01/08/2017. Portugal. Recuperado de: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so_miolo=) en fecha 28/02/2019
- Art. 17 Ley N° 23.054. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 27 de marzo de 1984.
- Art. 17 Ley N° 26994. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014
- Art. 19 Ley N°24.430. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 15 de diciembre de 1994.
- Art. 19 Ley N°24.430. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 15 de diciembre de 1994.
- Art. 2 Ley 26.618. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 22 de julio de 2010.
- Art. 23 Ley N° 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 13 de mayo de 1986.
- Art. 242 Ley N° 340. Departamento de Justicia, Buenos Aires, Argentina, 29 de setiembre de 1869.
- Art. 279 Ley N° 26994. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014
- Art. 3 inc. 1 Ley 23849/90. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 22 de octubre de 1990. Ley 26.862. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 26 de junio de 2013.

- Art. 509 Ley N° 26994. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014
- Art. 558 Ley N° 26994. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014
- Art. 56 Ley N° 26994. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014
- Art. 560 Ley N° 26994. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014
- Art. 59 Ley N° 26994. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014
- Art. 75 inc.22 Ley N°24.430. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 15 de diciembre de 1994.
- Art.16 - Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), París, Francia, 10 de diciembre de 1948.
- Art.25 - Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), París, Francia, 10 de diciembre de 1948).
- Embryonenschutzgesetz-ES-HG. 1990. Alemania. (Ley de protección al embrión). Recuperado de: <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html> en fecha 23/02/2019.
- Government of the Netherlands. Legal and illegal aspects of surrogacy. Recuperado de: <https://www.government.nl/topics/surrogate-mothers/surrogacy-legal-aspects> en fecha 23/02/2019.

- Human Fertilisation and Embryology Act 1990. Reino Unido. (Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990) Recuperado de: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents> en fecha 27/02/2019.
- Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Reino Unido. (Ley de Fertilización Humana y Embriología de 2008) Recuperado de: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/54> en fecha 27/02/2019.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Boletín Oficial del Estado núm. 243, España, 7 de octubre de 2010. Recuperado de: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317) en fecha 23/02/2019.
- Ley 23592. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 5 de septiembre de 1988.
- Ley 26.061. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 26 de octubre de 2005.
- Ley nº 25/2016, de fecha 22/08/2016. Portugal. Recuperada de: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so_miolo=) en fecha 27/02/2019.
- Surrogacy Arrangements Act 1985. Reino Unido. (Ley de acuerdos de subrogación de 1985). Recuperado de: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> en fecha 27/02/2019.
- The surrogacy (regulation) bill. 11-11-2016. Bill No. 257 of 2016. India. (La ley de surrogacia (reglamento) - Recuperado de:

[http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/257\\_LS\\_2016\\_Eng.pdf](http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/257_LS_2016_Eng.pdf) en fecha 07/03/2019

- Wetboek van Strafrecht. Wet van 3 maart 1881. Código criminal. Ley del 3 de marzo de 1881. Recuperado de: [https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2019-04-01/#BoekTweede\\_TiteldeelIV\\_Artikel151b](https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2019-04-01/#BoekTweede_TiteldeelIV_Artikel151b) en fecha 23/02/2019.

### **Jurisprudencia**

- Juzgado Familia N°1. Mendoza. “A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación” FA15190015.
- P.J.N. Juzgado Civil 7 - "A. R., C. Y OTROS c/ C., M. J. s/IMPUGNACION DE FILIACION”
- T.C.Fam. Rosario. Sala 7. “H. M. E. y otros s/ venias y dispensas” MJ-JU-M-108324-AR
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, 14/04/2010, cita La Ley online: AR/JUR/75333/2010. Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”, 19/11/2013. Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.
- Juzgado nacional en lo Civil N° 86, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, 18/06/2013, cita Microjuris: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.
- Tribunal de Familia N° 7 de Rosario, "F.M. L y otra s/autorización judicial", 2/12/2014, Cita online AR/JUR/90178/2014.
- Juzgado Nacional en lo Civil N° 102, 18/05/2015, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, en ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/12711/2015.

- Juz. Nac. Civ. N° 83, “NN O, s/inscripción de nacimiento”, 30/06/2015, en <http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/>, compulsado el 7/2/2017.
- Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F", 29/7/2015, Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “C.M. E. Y J. R. M. POR INSCRIP. NACIMIENTO.”, 15/12/2015, en <http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-porsustitucion/> Compulsada el 7/02/2017.
- Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos De Bariloche. 29 -12- 2015. “Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14.” Infojus: NV13851. <http://www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferenciaembrion-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpssedadevon>. Compulsada el 22/03/2016.
- Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora, “H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC)”, 30/12/2015, en Microjuris online, MJ-JU-M-97208-AR.
- Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, “S G G. y OTROS S/ FILIACION”, 27/05/2016, <http://maestrosdelderecho.com.ar/jurisprudencia-gestacion-por-sustitucion/> compulsado el 8/02/2017.
- Juzgado Nacional Civil Nro. 7, “A. R., C y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación”, 23/05/2016, Inédito. Este fallo está a estudio ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de la redacción del presente capítulo.
- Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno, “S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar”, 4/07/2016, inédito.

- Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, “B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación”, 20/09/2016, <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-porsustitucion/>, compulsado el día 8/02/2017.
- Juzgado de Familia N°3 de Gral. San Martín, 22/08/2016, “M., I. M. y otro s/autorización judicial, inédito.
- Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora, “G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida”, 3/10/2016, inédito.
- Juzgado Familia N° 7, Lomas de Zamora, “B. J. D. y otros s/materia a categorizar”, 30/11/2016, Inédito.
- Juzgado Nacional en lo Civil N° 81, “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación”, 14/06/2017, Inédito.
- Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)", 7/07/2017, LA LEY 22/08/2017, 7.
- Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “M.M.C y M.G.J. y R.F.N. por medidas autosatisfactivas”, 6/09/2017, inédito.
- Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”, 20/10/2017, inédito.
- Juzgado de Familia N° 3, Córdoba, “R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION” (EXPTE. N ° 3447358), 22/11/2017, disponible en [www.colectivoderechodefamilia.com](http://www.colectivoderechodefamilia.com), compulsado el 10/02/2018.
- Tribunal Colegiado de Familia N° 7 Rosario, 2, “H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS”, 5/12/2017, disponible en [https://amja.org.ar/wp-content/.../H.-M.E.-Y-OTROS-S-VENIAS-Y-DISPENSAS\\_.pdf](https://amja.org.ar/wp-content/.../H.-M.E.-Y-OTROS-S-VENIAS-Y-DISPENSAS_.pdf), compulsado el 09/02/2018.

- Juzg. Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86. Fecha: 18-jun-2013.  
Cita: MJ-JU-M-79552-AR.
- Juzg. Nacional de Primera Instancia en lo Civil F. A. y otro c/ R. S. M. L. s/  
impugnación de maternidad Sala/Juzgado: N° 102 Fecha: 18-may-2015 Cita:  
MJ-JU-M-96182-AR | MJJ9.
- Juzg. de Familia n° 7, Lomas de Zamora. 2015. LZ-62420-2015
- Corte I.D.H. Sentencia "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs.  
Costa Rica", del 28 de noviembre de 2012. Petición 12.361, Caso N° 257.