

Trabajo Final de Graduación.

Abogacía.



**Gestación por sustitución.**

**Propuesta de contrato en el ordenamiento jurídico  
argentino.**

Emiliano Italo Coria.

2018.

## **Resumen:**

En el pasado siglo, los avances de la ciencia avanzaron a pasos agigantados dejando una brecha muy grande, en donde queda claro que como sociedad no podemos unificar nuestras ideas para así crear legislación que vaya en concordancia permanentemente con el avance científico.

Teniendo en cuenta esto, en el presente trabajo, se examinó lo que es y lo que engloba la gestación por sustitución. Incluyendo a su vez el comportamiento del derecho mundial sobre la temática y su aplicabilidad. Lo cual permitió posteriormente, centrarnos en nuestro país describiendo su actualidad en la práctica y de esta forma, focalizarnos en lo que implicaría la realización de un contrato, como mecanismo sujeto a generar seguridad jurídica.

Por ello en esta investigación, se destaca la importancia de crear una base sólida contractual en donde se dejen claros los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, para así evitar posibles abusos y delimitar las responsabilidades y obligaciones de quienes formen parte de dicho proceso. Permitiendo que la gestación por sustitución más que una problemática, sea una llave de esperanza para las personas vinculadas a este procedimiento.

Palabras clave: Gestación por sustitución, maternidad subrogada, contrato de gestación por sustitución.

## **Abstract:**

In the past century, advances in science have advanced by leaps and bounds, leaving a very large gap, where it is clear that as a society we cannot unify our ideas in order to create legislation that is in constant accordance with scientific progress.

Considering this, in the present work, we examined what is and what encompasses gestation by substitution. Including in turn the behavior of the world law on the subject and its applicability. Which subsequently allowed us to focus on our country, describing its actuality in practice and, in this way; focus on what would imply the realization of a contract, as a mechanism subject to generate legal security.

For this reason, in this research, the importance of creating a solid contractual basis where the rights and obligations of the parties involved are clear, in order to avoid possible abuses and delimit the responsibilities and obligations of those who are part of that process. Allowing pregnancy by substitution rather than a problem is a key to hope for people linked to this procedure.

Keywords: Pregnancy by substitution, surrogate motherhood, contract of gestation by substitution.

## Índice

Resumen.....	2
Abstract.....	3
Índice.....	4
Agradecimientos.....	6
Abreviaturas Utilizadas.....	7
Introducción.....	8
CAPÍTULO 1: Gestación por sustitución: Aspectos generales.....	11
1.1. Definición.....	12
1.2. Reseña histórica de la gestación por sustitución.....	13
1.3. Procedimiento: Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	15
1.4. Clases:.....	16
1.4.1. Subrogación tradicional.....	16
1.4.2. Subrogación gestacional.....	16
1.5. Conclusiones parciales.....	17
CAPÍTULO 2: Derecho Comparado.....	18
2.1. Países que admiten y legislan la gestación por sustitución.....	19
2.2. Países que prohíben la gestación por sustitución.....	21
2.3. Países que no legislan la gestación por sustitución.....	22
2.4. Conclusiones parciales.....	24
CAPÍTULO 3: La gestación por sustitución en Argentina.....	26
3.1. Distintas opiniones doctrinarias en relación a la gestación por sustitución y su aplicabilidad en nuestro país.....	27

3.2.	Antecedentes jurisprudenciales.....	30
3.3.	La situación actual del procedimiento en nuestro país.....	31
3.4.	Conclusiones parciales.....	33
CAPÍTULO 4: El contrato.....		34
4.1.	Definición.....	35
4.2.	Características del contrato.....	36
4.3.	Elementos del contrato.....	38
	4.3.1. Elementos de existencia.....	38
	4.3.2. Elementos de validez.....	40
4.4.	Modalidad: altruista y con fines de lucro.....	41
4.5.	Partes intervinientes.....	42
4.6.	Los derechos y obligaciones que surgen del contrato de gestación por sustitución.....	44
	4.6.1. Respecto de los padres de intención.....	46
	4.6.2. Respecto de la madre gestante.....	47
	4.6.3. Respecto del hijo por nacer.....	50
4.7.	Conclusiones parciales.....	52
•	Conclusión Final.....	53
•	Anexos.....	56
Anexo A: Contrato gestación por sustitución.....		57
Anexo B: Contrato de conservación y almacenamiento de gametos.....		62
•	Bibliografía.....	65

## **Agradecimientos**

Agradezco en esta instancia, a todas las personas que fueron parte en este proceso y están junto a mí brindándome todo su cariño cotidianamente.

Un especial agradecimiento a mis padres, por todo el apoyo incondicional en mi carrera universitaria, a mis abuelos que siempre desean verme llegar a este sueño de ser un profesional.

A su vez a mi novia, quién es una actora principal en el desarrollo de mis sueños y me acompaña día a día a transitarlos.

No quiero dejar de nombrar a esta universidad, la cual me permitió llegar a estas instancias en mi vida académica, a sus profesores y en especial a mis tutores en este proceso.

## **Abreviaturas Utilizadas**

C.C.C.N.= Código Civil y Comercial de la Nación

G.S. = Gestación por Sustitución.

M.S=Maternidad Subrogada.

T.R.H.A.= Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

C.I.D.N.=Convención Internacional de los Derechos del Niño.

C.N.=Constitución Nacional.

## **Introducción:**

La realización del presente trabajo de investigación se focaliza en poder distinguir de que se trata el tema de la gestación por sustitución en primer lugar, para posteriormente el lector se interiorice de la actualidad que vive el país sobre esta modalidad de contratación y la viabilidad de la misma en el derecho jurídico de Argentina.

Luego, tras un análisis, se busca brindar una opinión, clara y precisa, lo cual hace cuestionarse sobre ¿cuáles son las responsabilidades, obligaciones, derechos de contratantes y terceros vinculados al proceso, que deberían contemplarse al momento de la realización de un contrato de gestación por sustitución en el país?

Es de gran relevancia destacar que en el cuerpo normativo argentino si bien aun no hay normativa pertinente sobre el tema, no esta ajeno a este tipo de negocios y en la actualidad posee una gran sensibilidad social al respecto. Es por esto que muchas familias esperan de los legisladores nacionales una pronta y justa solución que les brinde seguridad jurídica en la instrumentación de esta modalidad contractual.

Este trabajo tiene como objetivo general enumerar, establecer, describir las responsabilidades, obligaciones y derechos de las partes contratantes conjuntamente a los terceros implicados en el proceso de la G.S., para de esta forma evitar que las personas vinculadas a esto, sufran diferentes tipos de abusos cuando contraten.

Además, posee objetivos específicos, fundados en el tema de investigación y los cuales permitirán guiar el trabajo. Los mismos tienen que ver con establecer la fundamentación teórica de procesos y clases existentes de G.S.; determinar delimitaciones a nivel contractual, brindando un marco base para la realización de estos tipos contractuales, a la luz de evitar abusos en el procedimiento de contratación; se recolectan y analizan las consideraciones de profesionales del derecho a nivel nacional como internacional; se investigan, tienen en cuenta los antecedentes jurisprudenciales en el derecho argentino sobre G.S. y se realiza una descripción sobre el sistema contractual en el derecho comparado internacional, haciendo mención de los principales países que adhieren y países que no.

En concordancia a todo lo referido con anterioridad se puede inferir como hipótesis de trabajo que, teniendo un contrato bien delimitado y específico para el tema en cuestión, delimitando las cualidades del mismo, respetando todo lo que hace a la estructura contractual, consentimiento; requisitos de lugar tiempo y forma, lineamientos que siguen las corrientes doctrinarias y las leyes vigentes del país entre otros, podría ser viable o aceptable su aplicabilidad.

Por lo mencionado anteriormente es que el marco teórico del proyecto de investigación aplicada (PIA), se divide en cuatro capítulos, en los cuales se desarrollarán las temáticas necesarias para poder ir abordando los criterios que permitan llegar a una conclusión que pueda corroborar o refutar la hipótesis planteada y, por consiguiente, responder a la pregunta que dio origen a esta investigación.

Dentro del primer capítulo en lo referido a la historia de lo que es la G.S., se pone en evidencia que la práctica de la modalidad, existe desde tiempos remotos donde el ser humano recaía en ella en casos de no poder procrear, para así, poder formar su familia, ya que en esos tiempos era algo muy importante y el legado que se deja en la tierra eran sus hijos. Se destaca que existen antecedentes que datan aun del antiguo testamento. También se abordan los aspectos generales, teniendo en cuenta el origen, procedimiento de reproducción humana asistida TRHA, que se tienen en cuenta para llegar al proceso de G.S. y las clases.

A su vez, en el próximo capítulo se investiga como en el mundo se ha adaptado a esta práctica reproductiva y como las principales potencias del mundo se han manifestado en torno a la aceptación o no de la misma.

En el capítulo tercero, se destacan las opiniones de doctrinarios a fin de dar claridad a las formas de ver la G.S. y la aplicabilidad de lo contractual, para la regulación de la misma en un futuro y evitar conflictos de índole judicial. Se observan los antecedentes principales jurisprudenciales que existen en el país y se analiza la situación actual del mismo, punto clave para poder reafirmar el objetivo general de este trabajo investigativo.

Posteriormente en el capítulo cuarto, se analiza lo que es el contrato en sí, a la par de las características que poseen para desentrañar el verdadero sentido del contrato en sí mismo. Se destacan los elementos que deben tener para que puedan existir.

Se analiza el modelo de contrato altruista y con fines de lucro en G.S. Las partes que intervienen en él, sumado a los derechos y obligaciones de los intervinientes en el negocio jurídico. Por lo cual, como estrategia metodológica, el trabajo se ha desarrollado de forma descriptiva cualitativa; debido a que el análisis llevado a cabo es de forma interpretativa de los datos recolectados e investigados.

Para finalizar el presente trabajo se brinda la conclusión general del mismo con una visión actual sobre la temática desarrollada. Teniendo presente y exponiendo si el procedimiento contractual de la Gestación por Sustitución, sería o no posible de llevar a cabo, es decir si sería o no viable en nuestro ordenamiento jurídico actual.

Por otra parte, también se realiza la propuesta de contrato en gestación por sustitución vinculando el mismo al sistema jurídico argentino.

# CAPÍTULO 1

*Gestación por sustitución:  
aspectos generales.*

En el presente capítulo se realiza una descripción de las definiciones que existen sobre gestación por sustitución, dando una detallada sintaxis de lo que significa, para una mayor comprensión de este trabajo. Además, se muestra y se destaca la importancia de esta práctica en la historia de la vida humana, brindando una breve reseña histórica mostrando como se ha dado en la antigüedad, donde ya era común este tipo de posibilidad reproductiva, en concordancia con la actualidad.

Luego, se fundamenta teóricamente las definiciones sobre el proceso y clases de gestación por sustitución que existen en la actualidad para tener un amplio panorama de existencia actual en la materia teniendo en cuenta jurisprudencia argentina e internacional al respecto.

### **1.1. Definición:**

La gestación por sustitución tiene lugar cuando una mujer lleva adelante un embarazo y posteriormente da a luz un niño, éste genéticamente y legalmente pertenece a otro/s padre/s denominado/s padre/s de intención. Aunque puede darse el caso en que la madre gestante también aporte sus óvulos, lo cual implica cierta carga genética compartida. Es así que, la madre gestante tras la celebración de un contrato con una persona y/o pareja (homosexual o heterosexual) acepta llevar adelante un embarazo; donde luego de dar a luz obtendrá una recompensa pactada contractualmente. Cabe destacar que también puede darse sin carácter de base económico, sino más bien de forma altruista, es decir de forma gratuita.

La OMS (Organización Mundial de la Salud, 2016), sostiene que para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso:

- Fecundación in vitro: consiste en la unión del espermatozoide y el óvulo en un laboratorio para formar un embrión que luego es transferido al útero de la mujer gestante.
- Inseminación artificial: técnica de reproducción asistida en la que el espermatozoide es introducido directamente en el útero de la mujer.

## **1.2. Reseña histórica de la gestación por sustitución:**

Si bien se cree que la gestación por sustitución, viene a dar a la luz a una nueva especie de contratos, legislaciones y corrientes ideológicas de diferentes países, quienes pujan por ser pioneros en materia legislativa, la realidad es muy distinta, ya que la práctica se remonta a cientos de años de antigüedad.

En nuestras generaciones anteriores ya había vestigios de que esta práctica se desarrollaba con habitualidad, dándonos una perspectiva de la importancia que tenía y aun tiene el poder crear una familia.

En el antiguo testamento, la Biblia hace mención a esta práctica. En Génesis 16:1-16 aquí se comenta un caso de infertilidad ente la pareja del patriarca Abram y su esposa Sarai. La misma propone a su marido que pruebe con otra mujer, Agar su esclava; diciendo “Ya que Dios me impide ser madre, tal vez por medio de ella podré tener hijos...” (Escobar, 2011; p 14). El fruto de esta relación fue un niño llamado Ismael, dando cuenta así de que en la antigüedad esto era una práctica habitual, dando lugar a la primera gestación tradicional.

En Mesopotamia en el año 1948 se hallaron unas tablillas cuneiformes en el yacimiento de Kültepe-Kanesh en Turquía, frente a lo cual investigadores descifraron contrato matrimonial; éste decía que el marido podía recurrir a una prostituta sagrada (hieródula) o una esclava, en caso de que su esposa fuese infértil. La mujer gestante recibiría una importante donación o la libertad. Por otro lado, en el código de Hamurabí (1750 a.C), se estipulaba poder recurrir a una esclava con fines reproductivos (Escobar, 2011). De esta forma se reconoce la existencia de la G.S. antes de la era cristiana.

En los últimos 30 años del siglo XX, han existido numerosos avances en las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida); paralelamente también ha surgido en la práctica numerosas problemáticas, las cuales han sido en algunos casos, judicializadas y de esta forma han ido dejando a su paso jurisprudencia y doctrina en la materia. Brindando así un poco de claridad al asunto en la actualidad.

Un país pionero en la realización de G.S. es EE.UU. en el cual, por nombrar alguna de sus famosas clínicas, se encontraba en el año 1976 en Michigan la clínica del doctor Noel Keane,

fundador de la primera agencia en alquiler de vientres, donde hasta el año 1980 llevaba adelante la suma de más de 300 casos de maternidad subrogada tradicional.

En la década del '80 se realiza el primer acuerdo de G.S. donde la madre gestante Elizabeth Kane recibió 10.000 dólares por la contratación. En 1985 por primera vez en EE.UU. se realiza el primer contrato de G.S el cual se realiza mediante Técnicas de fecundación in vitro (FIV). Es decir, se insertó en el útero de una mujer un embrión creado con los gametos de los padres de intención.

Un año más tarde, en 1986 aparece el caso que marcó jurisprudencia, denominado “Baby Me”<sup>2</sup>, el cual marcaría un antes y un después en la G.S. Este caso es en donde se reconoce como hijo de sus padres de intención a un bebe, independientemente de su origen genético. Cabe destacar que la madre gestante había aportado sus óvulos, y un juez sentencio que pese a ese vinculo, no podía quedarse con el niño (Escobar, 2011).

En 1994 el matrimonio Buzzanca<sup>3</sup> decidió por problemas de fertilidad realizar un contrato de G.S. A un mes de dar a luz la madre gestante, se disuelve el matrimonio Buzzanca, y el padre de intención quiso desentenderse de la situación ya que el ovulo y gametos donados eran de terceros desconocidos, para así no pagar los 35.000 dólares acordados y desligarse de responsabilidades en cuanto al niño. La madre de intención Luanne, se hizo cargo, pero su marido no. Es allí donde actuó la justicia y primó los derechos del niño y el padre tuvo que asumir las responsabilidades pactadas por escrito, dejando así nueva jurisprudencia a nivel contractual, pero esta vez cuidando los derechos del niño por nacer. (Gutton, 2017)

Existe aún más jurisprudencia internacional tanto europea como Iberoamericana, entre otras. Centrándonos puntualmente en la República Argentina, se puede decir que dicha práctica es realizada desde hace años, aunque no se encuentre regulada, es decir sin seguridad jurídica para las partes, dejándolas así vulnerables ante posibles abusos, tras no tener un sistema fuerte de contratación, mas una ley que la ampare.

---

<sup>2</sup>Caso “Baby Me” Disponible en: [https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008_850215.html)

<sup>3</sup>Caso “Buzzanca” Disponible en: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>

Sin embargo, en nuestro país la justicia avaló el primer caso formal, antes de que se regule la G.S. en el Código Civil y Comercial de la Nación. Esto sucedió en junio del año 2013 en el “Caso NN O DGMB M S/Inscripción de Nacimiento”<sup>4</sup> juzgado nacional civil N°86 en Buenos Aires. En dicho caso se dictó el primer fallo que ordena inscribir como hija a una niña concebida bajo la modalidad de G.S. Entre otros fallos<sup>5</sup> que respaldan dicha práctica, lo cual demuestra que como sociedad estamos buscando tener amparo en cuanto a este procedimiento, abriendo así un abanico de posibilidades para el legislador para la creación de una futura ley que regule la contratación para la realización reglada de la G.S.

### **1.3. Procedimiento: Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.**

Los procedimientos de la gestación por sustitución se realizan a través de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Es importante destacar que ésta, al igual que las demás TRHA, nace como consecuencia de avances médico-científicos impulsados por una creciente problemática de la sociedad mundial. Es así que de esta forma se da la posibilidad de permitir la maternidad y/o paternidad a personas que hasta el momento no podían tener hijos por diversas causas.

Esto fue a partir de los años 1980, donde los avances tecnológicos de la fecundación in vitro permitieron un nuevo tipo de subrogación; la subrogación gestacional y la gestación tradicional. A grandes rasgos, estas hacen que los procesos se caractericen por dividir de alguna manera los roles de la madre biológica en dos: la madre genética y la madre gestante. La subrogación gestacional fue ganando popularidad, ya que la falta de relación genética de la madre gestante reduce de alguna manera los problemas legales en la filiación, dichos conceptos son desarrollados en el siguiente punto del presente capítulo con más claridad.

---

<sup>4</sup> Caso NN O DGMB M S/Inscripción de Nacimiento”<sup>4</sup> juzgado nacional civil N°86 en Buenos Aires. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>

<sup>5</sup> I) Juzgado de Flia. N°1 de la Ciudad de Mendoza. A cargo del Juez Dr. Carlos Emilio Neirotti // II) Juzgado de Flia. N°2 de la Ciudad de Mendoza.. A cargo de Juez Dr. Rodolfo Gabriel Díaz. // III) Juzgado de Flia N°4 de la Ciudad de Mendoza.. A cargo de la Jueza Dra. María Delicia Ruggeri.

## **1.4. Clases.**

### **1.4.1. Subrogación Tradicional.**

La subrogación tradicional también es mencionada como subrogación total. En este tipo de G.S. quien viene a ser la madre gestante, lo hace conjuntamente con sus gametos para de esta forma llevar a cabo el proceso. Puede entenderse entonces, que es cuando la madre de alquiler es simultáneamente la madre biológica del niño que está gestando, es decir, existe carga genética con el mismo. Esto último trae aparejadas a nivel judicial, mayores dificultades<sup>6</sup>.

Antes de la década de los '80 debido a la carencia a nivel científica que existía en TRHA, la subrogación tradicional era una de las más utilizadas para llevar a cabo procedimientos de G.S. Esta forma tradicional, si bien aún existe en la actualidad, fue la precursora y la que le dio impulso a la forma siguiente, la cual se denomina subrogación gestacional propiamente dicha.

Se destaca que trata en la mayoría de los casos de G.S. que la fecundación de la madre gestante se realice a través de THRA, con materiales genéticos aportados por comitentes, terceros, usando así el cuerpo de la madre gestante solamente para que el niño pueda crecer para posteriormente nacer de ese seno materno. De esta forma evitando a posteriori problemas legales respecto de la carga genética que tenga ese niño, aunque la jurisprudencia internacional ya se haya expedido sobre esto, siempre a favor de los padres de intención.

### **1.4.2. Subrogación Gestacional.**

También denominada subrogación parcial. En este procedimiento, la madre quien gestará al niño, es decir la madre gestante, es quien se responsabilizará de llevar adelante el embarazo hasta el alumbramiento, pero no aportará sus óvulos, los mismos serán brindados por la parte denominada de intención. Si la parte de intención no tiene la capacidad para aportar los óvulos y/o los espermias, puede también realizarse con un tercero (donante), para que se ejecute el procedimiento.

---

<sup>6</sup>Caso "Baby me" como ejemplo. Disponible en: [https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008_850215.html)

En esta circunstancia se entiende que el niño será engendrado por medio de lo que llamamos fecundación in vitro, con la intervención médica especializada al respecto para el proceso en el cuerpo de la madre gestante.

### **1.5. Conclusiones parciales.**

De acuerdo a lo descripto en el presente capítulo, se torna relevante ver como existen antecedentes en nuestra historia mundial sobre la práctica de la G.S. como vía alternativa para quienes no podían formar una familia de forma tradicional, siendo algo común en las antiguas sociedades que se alquilen vientres, a cambios de diferentes tipos de beneficios como la libertad, o beneficios de índole económica. Esto hace notar que si bien se pensaba esta modalidad contractual era nueva, propia de la evolución de los negocios jurídicos, pero no es así, ya que hay suficientes vestigios en la antigüedad que prueban todo lo contrario, es una antigua modalidad de negocios jurídicos contractuales.

Se podría decir que se destaca en el siglo XX, la notoriedad de que la evolución de la ciencia en el campo reproductivo ha permitido a través de las técnicas de reproducción humano asistida se pueda llegar a la posibilidad de ser padres a personas que por diferentes circunstancias de la vida no pueden llegar a serlo por las vías biológicas naturales.

Tras el alumbramiento de estas técnicas se abre el camino a la G.S., la cual ya es una realidad en la sociedad que vivimos, nos lleva a preguntar ante un inminente tratamiento legislativo en Argentina, ¿cuáles deben ser las responsabilidades, obligaciones, derechos de las partes contratantes y de los terceros implicados en el proceso de maternidad subrogada?, para que de esta forma, sea afrontada esta práctica reproductiva de forma clara, sana y precisa para las miles de personas que esperan una ley que los ampare para poder someterse a esta.

En la opinión personal de este tesista se cree y confía en la viabilidad de una ley nacional que ampare esta modalidad contractual de negocios jurídicos entre particulares, así evitando futuros inconvenientes a quienes se someten a la G.S.

# **CAPÍTULO 2**

*Derecho Comparado.*

Se abordará en este capítulo la descripción legal de los principales países que adhieren a la regulación legal de la maternidad subrogada en la actualidad, con los matices de sus diferentes tipos de ordenamientos jurídicos. A su vez se realiza una descripción de los países que admiten la práctica de contrataciones de maternidad subrogada, con limitaciones algunos, y los demás que la prohíben, para finalizar con los países que no tienen legislaciones que regulen esta modalidad contractual como es Argentina.

## **2.1. Países que admiten y legislan la gestación por sustitución.**

La figura de la G.S. existe en diversas partes del mundo, tanto en países del primer mundo o bien países en vía de industrialización. Es importante destacar que esta práctica si bien viene a generar una especie de bien común a una parte de la sociedad, significa para los diferentes estados un gran polo de atracción turístico/económico, en lo que en algunos países denominan turismo gestacional. Este ejercicio genera una gran atracción de divisas tanto para privados de diferentes países como para particulares que se prestan para esta modalidad. Pero no todo es positivo, ya que genera innumerables controversias jurídico institucionales, abarcando desde lo religioso, institucional-privado entre otras, en las diferentes naciones que se prestan para esta práctica, o bien aún no la realizan, pero quieren o buscan legislar sobre el tema.

Metiéndonos de lleno en algunos de los principales países que admiten y legislan la G.S. en la investigación realizada por Pérez & Cols. (2016) a nivel mundial, enumeran los países en donde la práctica está expresamente regulada bajo leyes internas de cada país:

En Rusia la G.S. es legal, pero con ciertas limitaciones, ya que no pueden realizarla personas solteras ni gays. Ley N°5487-1 Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la federación rusa. Ley federal N°143-12 Sobre actas de estado civil.

Por otra parte, en Ucrania, se rige con limitaciones similares a Rusia, contemplado en el Código de familia de mencionado país. Así puede decirse entonces, que si bien en estos países la práctica se encuentra legislada, no lo hacen de forma abierta y con posibilidades a todos los

ciudadanos indiscriminadamente. Es decir que sus sistemas constitucionales son muy rígidos y cerrados.

En cambio, en países como Grecia, el cual fue el último país europeo que legalizó la práctica de la G.S. bajo la modalidad altruista, ésta tiene requisitos, como tener residencia en el país, entre otros. Contemplados en la Ley 3089/2002. Y en Canadá, donde también es legal de forma altruista, se admite que se abonen todos los costes relacionados al embarazo. Ley C-6 “Ley de reproducción asistida”. Se destaca aquí que se focaliza, por una parte, el derecho a formar una familia, dejando de lado los intereses económicos de instituciones jurídicas privadas, dándole mayor relevancia al valor familia. Y por otro lado no se descuida a la madre gestante frente al sistema de salud.

En EE. UU, muy diferente lo que se da en los demás países, cada estado tiene legislación propia sobre el tema. Es por ello que no tiene un modelo único que lo regule. Algunos estados que la regulan son: California y Oregón. California es el estado más permisivo y quien lleva más tiempo realizándolo. Aquí los derechos de los compradores prevalecen sobre los de la madre gestante, los padres de intención son inscriptos como padres por los jueces.

Por su parte en Australia, algunos estados ya regulan los acuerdos no comerciales de maternidad subrogada. Victoria (Ley de Tratamiento de Reproducción Asistida), Queensland (Ley de Subrogación 2010) y Nueva Gales y Sídney (Ley de Subrogación 2010, N° 102 y Ley de Paternidad de 2004). Australia Occidental (Ley de Subrogación 2008). Australia Sur (Ley de Relaciones Familiares 1975). Tasmania (Ley de Subrogación N° 34).

En Inglaterra, la legislación fue aprobada en el año 1985 y revisada en 2008 (Ley Surrogacy Arrangements Act 1985). Es restrictiva y tiene aspectos interesantes como, por ejemplo; sólo se admite en carácter altruista, prohibición de publicar anuncios en donde se ofrezcan o se busque madre de alquiler y está permitida para parejas heterosexuales y homosexuales, pero se encuentran prohibidas personas solteras. Luego de dar a luz, los padres de intención tienen 6 meses para pedir paternidad.

En Latinoamérica, en Brasil, existe la Resolución CFM n 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, que estableció en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) donde, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. Dando la posibilidad de acceder a la

G.S. a las personas que tienen problemas de salud reproductiva.

Portugal por su lado, garantiza el acceso a todas las mujeres a la cría con ayuda médica y se regula el uso de la sustitución de maternidad. Un año después de su aprobación, en el año 2017 se realizaron reformas a la ley (Ley N. 32/2006, modificada por la Ley N. 59/2007) tales como: la posibilidad de que la gestante se arrepienta de la entrega del niño, atenuación de la indeterminación excesiva de los montos que establecen los contratos y que no exista anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides y gestante.

Georgia, en su legislación, cuenta con una ley desde 1997 que hace legal la G.S. En la misma se expresa que solo pueden acceder a la maternidad subrogada parejas heterosexuales, se excluyen homosexuales y personas solitarias. En el Art. 143 sección b se determina que no solamente la ausencia de útero es condición para llevar a cabo el proceso, sino que también puede serlo cualquier malformación o impedimento médico.

En Sudáfrica, solo se permite el modelo altruista con compensación, solamente para residentes del país. Permitida si el óvulo o el espermatozoides pertenecen a los padres de intención, es decir que debe haber material genético de alguno de los padres de intención para que en un futuro, entienden los juristas, no se perjudiquen ciertos derechos del niño. Todo lo cual está expresado en el Capítulo 19 del “Children’s Act”, vigente desde el año 2010.

## **2.2. Países que prohíben la gestación por sustitución.**

Según lo expuesto por Martín (2017), se puede decir que existe una gran disparidad en el tratamiento normativo de la Gestación por Sustitución a lo largo de los diferentes estados. Mencionado autor refiere que existen cuatro grandes grupos al respecto: aquellos que prohíben la modalidad comercial, los que la permiten ampliamente, aquellos que no la regulan y los que expresamente prohíben toda posibilidad de tratamiento. De este último grupo se hablará a continuación.

En diversos estudios, Pérez & Cols (2016) y Martín (2017), se enumeran algunos de los países cuya legislación prohíbe expresamente la G.S.:

Uno ellos es España, donde mediante la ley 14/2006 Art. 10, se establece que será nulo de

pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

En Francia la situación en cuanto a G.S. es de ilegalidad, pero se han dado casos en la práctica. El artículo 16-7 del Código Civil francés establece la nulidad de cualquier contrato de subrogación establecido entre los padres de intención y la gestante, sosteniendo que todo convenio referente a la procreación o la maternidad subrogada es nulo.

Por otro lado, en Alemania está expresamente prohibido por la Ley Alemana de Protección del Embrión N. 743/90. Donde se considera que la madre solo puede ser la que da a luz al bebé y que tener más madres o progenitores no es beneficioso para el mismo. Además, se teme que se convierta en un negocio a cambio de grandes cifras de dinero y se empiece a dar una explotación de la mujer.

En Italia, se da la ilegalidad de toda la gestación tanto comercial como altruista, incluso se encuentra penado, regulado en la Ley N°40, sobre normas en materia de procreación médicamente asistida.

### **2.3. Países que no legislan la gestación por sustitución.**

Existen países que se encuentran sin una legislación interna en lo que refiere a gestación por sustitución. Lo cual trae como consecuencia que los individuos realicen la práctica fuera de sus países de origen, quedando expuestos a una diversa cantidad de problemáticas relacionadas al tema, como por ejemplo estafas, chantajes, procedimientos médicos mal realizados etc. Sumado a esto, el sinfín de situaciones jurídicas negativas que conlleva la filiación del niño una vez que llegan a su país de origen, todo esto impulsado por el afán del o los padres de intención de poder conformar una familia por esta vía. Cabe destacar que dicho procedimiento también en muchos casos se realiza en estos países sin la regulación pertinente y consecuentemente quedan vulnerables por no existir un modelo de contrato junto con una legislación que acompañe al mismo, para realizar dicha intervención de una forma clara, precisa y legal.

En el estudio realizado por Pérez & Cols (2016), se enumeran algunos países en los que no existe legislación que prohíba o permita la gestación por sustitución.

Por ejemplo, en Colombia, si bien no existe regulación, en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, se establece igualdad entre hijos nacidos por medios naturales y los nacidos por métodos de reproducción asistida.

En Chile, los residentes aquí optan por practicarlo en otros países. De esta forma se observa que en la legislación de este país no se encuentra ni permitida ni prohibida la práctica.

En Irlanda, el 21 de febrero de 2012 el Ministerio Irlandés de Justicia e Interior publicó una guía que proporciona información a aquellos padres irlandeses que realicen procedimiento de maternidad subrogada para que el bebé pueda entrar y residir en el Estado (The Department of Justice and Equality, 2012). Se destaca en esta legislación, que si bien no existe ley de G.S., no dejan sin amparo a las personas que se someten a esta actividad.

Por otra parte, en Hungría, la anterior Ley de Atención a la Salud la contemplaba con fines altruistas. Hasta la fecha no hay ley que prohíba o permita.

En Guatemala, se practica mediante compensación económica o altruista. Si bien no existe una regulación específica, se defiende que no es prohibida en base al art 17 de la Constitución guatemalteca al establecer que no hay delito sin ley anterior.

Para finalizar, en Argentina, existen varios fallos judiciales sobre G.S. Uno de los cuales se dio en 2013 otorgándole a un matrimonio heterosexual el derecho de ser asentados como padres en la partida de nacimiento de una menor mediante maternidad subrogada altruista.<sup>7</sup>

Existe mayor número de jurisprudencia en Argentina, de lo cual se hablará más puntualmente en el próximo capítulo de este trabajo.

---

<sup>7</sup>Caso NN O DGMB M S/Inscripción de Nacimiento<sup>74</sup> juzgado nacional civil N°86 en Buenos Aires. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>

#### **2.4. Conclusiones parciales.**

De acuerdo a lo expresado en este capítulo, se puede destacar como relevante que existe una gran reticencia en varios países europeos desarrollados, a legalizar la práctica de G.S. ya que temen que por las elevadas cifras de dinero que se cobran por realizarla, se convierta en un negocio donde se trata a la mujer y al niño como un objeto, sumado al temor a que empiece a existir un tráfico habitual en donde deje de perder el espíritu la actividad, para convertirse en una gran captación de divisas sin importar la vida humana.

Por otro lado, en cuanto a los países en donde ya existe una legislación que regula dicha actividad, se tiene que destacar que estos países tienen una base en donde prima el desarrollo económico, la captación de divisas y sobre todo la libertad de las partes a nivel jurídico privado contractual, en donde el estado si bien es un factor actuante siempre sigue su premisa de respetar los intereses particulares y la acumulación de riquezas. En estos países se prioriza darles la oportunidad a las personas de llevar a cabo su deseo de ser padres ya sea que estén atravesando algún problema de infertilidad o de otro tipo, o que simplemente quieran acceder a tener un hijo por esta vía.

En función de los países en donde no existe ningún tipo de legislación no encontrándose ni permitido ni prohibido, se podría inferir que la falta de legislación en estos Estados que practican ésta técnica representa un alto índice de inseguridad en el procedimiento para la madre gestante, el bebé o los padres contratantes, que va desde fraude, problemas de filiación del niño o que la gestante decida quedarse con el recién nacido. Un tema cuya regulación debe estar prevista o regulada en ley por el interés superior del menor, no puede quedar al arbitrio o voluntad de los particulares que intervienen en un procedimiento de tal naturaleza, ya que el producto de la concepción es una persona que debe ser tratada como tal y no como una mercancía o cualquier objeto de cambio, por eso las leyes deben tomar en cuenta que al infante concebido se le tiene por nacido para todo aquello que le beneficie o favorezca, hay que recordar que el producto de la concepción es un bebé que necesariamente requiere toda la protección de la ley (interés superior del menor) aun por encima del consentimiento como elemento de existencia del negocio contractual.

Tras lo referido *ut supra*, se desarrollará a continuación la temática vigente que circunda en la República Argentina, en función de que es un país en el cual no existe legislación en cuanto a gestación por sustitución y sistema de contrataciones en esta actividad. Dejando vulnerable al sistema argentino, ante un tema de sensibilidad social que está ganando adeptos que abogan una pronta y justa solución para dar claridad a esta práctica en nuestro país.

# CAPÍTULO 3

## *Gestación por sustitución en Argentina.*

En el presente capítulo se exponen las apreciaciones de distinguidos exponentes doctrinarios del derecho, analizando y describiendo las consideraciones y criterios que dichos profesionales creen que subyacen a la aplicabilidad del contrato, teniendo en cuenta su postura en cuanto a la temática.

También se desarrollarán y explicarán distintos fallos de relevancia en nuestro país que han sentado precedentes y han ido encaminando así la postura judicial sobre la gestación por sustitución en el derecho argentino, todo lo cual a su vez permitirá hacer un análisis de la situación actual a nivel nacional.

### **3.1. Distintas opiniones doctrinarias en relación a la gestación por sustitución y su aplicabilidad en nuestro país.**

Analizando las diferentes lecturas sobre las opiniones de diferentes autores, se divisa que, a través del avance de la ciencia acompañada con el derecho, empieza a jugar un papel importante la necesidad de las personas. Nuestro ciclo biológico nos lleva en algún momento de nuestras vidas a querer formar una familia, para poder preservar nuestra identidad en el futuro. Frente a esto, un gran número de personas se ve imposibilitada por diferentes circunstancias, a concretar este deseo por medios naturales. Por consecuente aparecen en el mundo y por consiguiente en nuestro país la posibilidad de acceder a TRHA, generando así una índole de diversos conflictos jurídicos, siendo en concordancia para los autores, uno de los mayores a resolver el derecho a la vida del niño y el derecho a la filiación para poder tener una identidad propia. A continuación, se hablará puntualmente de la gestación por sustitución, teniendo presente que la misma aún no se encuentra regulada en nuestro país.

Herrera M. (2014) afirma que las TRHA se han convertido en un modo o fuente generadora para que muchas personas- parejas de igual o de diverso sexo, como mujeres inclusive hombres solos, accedan a la maternidad/paternidad y, así, que varios niños puedan nacer, crecer y desarrollarse en este mundo. Es de aquí que se desprende la necesidad de regular dichos procedimientos y esto es posible en el mundo, a través de los contratos. En el caso particular de la G.S., los mismos se transforman en un pilar fundamental de control para dichos casos, siendo uno de los temas principales a incluirse en ellos, por ejemplo, la filiación del niño por nacer.

Por lo cual, en el trabajo anteriormente mencionado, se destaca la importancia de la existencia de un tercer tipo de filiación, ya que las normas que regulan la filiación biológica o por naturaleza no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Y tampoco lo serían las reglas de la adopción, ya que los niños nacidos por estas técnicas no han pasado por situaciones de vulnerabilidad, razón por la cual deban ser criados por una familia distinta a la de origen; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central.

Las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio, aún más la G.S. De aquí se desprende el anhelo de que exista regulación en el ordenamiento jurídico argentino, ya que la falta de regulación produce un manto de incertidumbre que termina por generar más conflictos y contradicciones que se evitarían mediante una regulación precisa. Este contexto es proclive a los abusos de todas los intervinientes y, en especial, al niño que nace de un vientre de una persona diferente a quienes tienen la voluntad de ser padres; situación que puede verse disminuida considerablemente, si se cuenta con una normativa que brinde reglas claras y previsibles, determinando aspectos relevantes en este tipo de prácticas, que cada vez son llevadas a cabo con mayor frecuencia en la sociedad actual.

Otra autora que hace aportes similares de acuerdo a esto último es Scotti (2014), quien por su parte afirma que las consultas respecto a la G.S., tanto de parejas homosexuales como heterosexuales aumentan día a día y se mediatizan casos que demuestran la importancia de la reglamentación de la misma, adecuando contratos tipo para nuestro país. Ya que la inexistencia de la institución hasta nuestros días, aunque no se encuentre prohibida expresamente, podría estar motivando recurrir a llevarla a cabo en ordenes públicos internacionales.

Cabe destacar que, para algunos autores, estos procedimientos tienen aspectos considerados negativos. Como en la investigación de Lamm (2012), donde se sostiene lo siguiente:

Entre los argumentos en contra, la doctrina ha mencionado que son contratos inmorales, de objeto prohibido, y en consecuencia nulos; que supone la explotación y la cosificación de la mujer gestante, a quien se le dispensa el trato de una *incubadora humana*; que estos acuerdos implican la manipulación del cuerpo femenino; que puede atentar contra la salud física y psíquica de la gestante; que esta práctica puede convertirse en un gran negocio económico; que puede importar un

fraude a las normas legales sobre la adopción. Principalmente, en relación con el niño, se ha indicado que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que “es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto. (p.6.)

Asimismo, se encuentran otros tantos fundamentos que favorecen la admisión de la G.S., los cuales son mencionados en el trabajo de Scotti (2012), donde se destaca que son acuerdos voluntarios y libres por lo cual no se puede hablar de explotación en términos genéricos; también se remarca el hecho de que su aceptación apunta a la defensa de principios básicos de igualdad y no discriminación, especialmente teniendo en cuenta las parejas de dos varones, ya que la G.S. es la única técnica que les permitiría tener un hijo genéticamente propio; ya que el recurso de la adopción no siempre resulta ser una alternativa viable por el proceso y trámite tan largo y estresante por la espera indefinida que esto implica, considerando así que es una manifestación del derecho a procrear y poder acceder a formar una familia, de esta manera se apela a la libertad reproductiva y autodeterminación . Es muy importante resaltar también que la G.S. no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante, tampoco hay daño alguno para el niño gestado que fue deseado por los padres de intención y lo que corresponde es la regulación de esta figura para poder proteger y garantizar los derechos de los niños.

Para concluir podría sostenerse que la G.S. es una realidad de la sociedad en la que vivimos y de la que debemos hacernos parte como miembros de ella.

Es necesario que a través de nuestros legisladores se creen mecanismos claros, específicos, competentes e ideales para que de esta manera se conciban articulaciones legales para proteger los intereses de las partes intervinientes. Así de esta forma se brindaría seguridad, amparo y resguardo jurídico a los derechos individuales del niño como lo son el derecho a la vida, a la identidad; como así también a los padres de intención, madre gestante y los terceros involucrados en el proceso de G.S.

En síntesis, ninguna norma ya sea nacional o internacional a la que se adhiera, puede vulnerar o traspasar toda injerencia que haga a la vida del niño en sí vulnerando sus derechos más puros consagrados por esta constitución.

### 3.2. Antecedentes jurisprudenciales

En la República Argentina en la actualidad no se encuentran leyes que regulen la práctica de la gestación por sustitución, no obstante, se destaca en los casos que se han suscitado en el país los magistrados intervinientes siempre se han pronunciado a favor de la G.S. en los litigios que se presentaron en sede judicial. De este modo hay diversos casos que han sentado precedente en la jurisprudencia argentina frente a posibles casos que vayan surgiendo, a continuación, se mencionan algunos de los más relevantes.

Uno de los mismos, se dio en el Juzgado Nacional de Primera instancia en lo Civil, en la Provincia de Bs. As. El 18 de junio del 2013; donde se ordena la inscripción de una niña como hija de los actores, cuyo nacimiento era producto de la técnica llamada “gestación por sustitución”, ya que ellos recurren y aceptan tras no poder concebir por métodos naturales, el ofrecimiento de vientre de una amiga que había vivido de cerca la pérdida de dos embarazos de la pareja. En este caso la Representante del Ministerio Fiscal, postura a la que se adhiere desde la defensoría de menores y con conformidad de la Dirección del registro civil y capacidad de las personas, se acepta la filiación de la niña como hija de los padres de intención.<sup>8</sup>

Por otra parte, la resolución dictada por el Dr. Carlos Emilio Neirotti, Juez del Primer Juzgado de Familia de la Ciudad de Mendoza, con fecha 29 de Julio de 2015. El Dr. Neirotti dictó una sentencia muy importante que sienta bases en el ordenamiento jurídico de la provincia de Mendoza y de la República Argentina, ordenando inscribir a un bebé concebido y gestado mediante maternidad subrogada a nombre de sus padres pro creacionales. De esta forma se determina que el hijo es de la pareja que hizo el tratamiento y no de los gestantes.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> J.N.C N°86. Buenos Aires “NN O DGMB M S/Inscripción de nacimiento” (2013). Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>

<sup>9</sup> J.N.FLIA N°1.Mendoza. A cargo del Juez Dr. Carlos Emilio Neirotti. Disponible en: <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/93-maternidad-subrogada-en-mendoza>

Otro caso de importante trascendencia se dio a cargo del Juez Dr. Rodolfo Gabriel Díaz, en el juzgado de familia N°2 de la Provincia de Mendoza. En cuya sentencia se autoriza la realización de un proceso de gestación por sustitución, determinando que la filiación materna y paterna del futuro menor correspondería a los progenitores (es decir, autorizó a la pareja a realizar el tratamiento reproductivo, determinando que el futuro bebé será inscripto como su hijo, no de la mujer gestante).<sup>10</sup>

Por otro lado, también la Provincia de Mendoza se da otro caso, esta vez a cargo de la Jueza Dra. María Delicia Ruggeri, en donde similar a los casos mencionados anteriormente, llevados a cabo mediante la técnica de Gestación por Sustitución, se ordena la inscripción de la filiación del menor gestado en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a nombre de los padres comitentes.<sup>11</sup>

Se podría considerar entonces como importante, que pese a que no exista legislación que en el país, hay casos de jurisprudencia referidos a la G.S., por lo cual resulta relevante resaltar que en todos los casos se ha tenido en cuenta el interés superior del niño, a la vez con el interés de los padres de intención que se someten a esta realidad contractual valorizando el acuerdo de voluntad entre las partes que da nacimiento al contrato. Destacando que ante la falta de legislación en nuestro país, se tuvo que recurrir a la litigiosidad judicial.

### **3.3 La situación actual del procedimiento en nuestro país.**

En el mundo posmoderno donde vivimos todo evoluciona constantemente y el concepto de familia no es la excepción, es por ello que la mirada de esta institución ha cambiado radicalmente, una mención y un importante logro que trae aparejado la evolución es las TRHA, las cuales abrieron las puertas a que los núcleos familiares ya no sean solo por familias heterosexuales sino también homosexuales, o individuos solos.

---

<sup>10</sup>J.N. FLIA N°2 Mendoza. A cargo del Juez Dr. Rodolfo Gabriel Díaz. Disponible en: <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/93-maternidad-subrogada-en-mendoza>

<sup>11</sup> J. N. FLIA. N°4, Mendoza. A cargo de la Jueza Dra. María Delicia Ruggeri. Disponible en: <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/93-maternidad-subrogada-en-mendoza>

Es por ello que en el mundo se empieza a ver a la procreación tras la aparición de las TRHA como un negocio jurídico, donde se realizan contrataciones, acuerdos legales para llegar a tal fin, creando en algunos lugares, espacios de turismo reproductivo haciendo de esto un verdadero negocio jurídico internacional privado.

Nuestro país no es una excepción a este fenómeno a nivel mundial y si bien no tiene legislación explícita sobre el tema ya se empiezan a ver cada vez más casos y todos con aceptación favorable por parte de los magistrados, de esta forma a través de cada caso sentando precedentes jurisprudenciales a nivel nacional.

Para entrar en el trasfondo de este punto, se considera importante comprender y observar cómo se han ido dando los fallos en Argentina desde un punto de vista interno, con los argumentos de los mismos y por otro lado observar la situación en cuanto a los fallos en torno al orden internacional del país, analizando así el aspecto del valor de las contrataciones que realizan argentinos en el orden internacional privado del país.

De lleno en lo que sucede en la práctica del proceso jurídico interno en el país, podemos hablar sobre que los abogados optan por llevar los procesos jurídicos de la siguiente forma; en primer lugar, ante la falta de regulación legal en nuestro ordenamiento los comitentes, padres de intención, deben asistir ante el tribunal que corresponda para que de este modo presenten la filiación del niño nacido a nombre de ellos y de esta forma tener la plena calidad de padres sobre el niño gestado.

Las estrategias judiciales de los particulares son muy claras y tras el análisis de los casos judicializados se puede divisar que se dividen en tres facetas.

En primer lugar, cuando el niño ya ha nacido los comitentes se dirigen a impugnar la maternidad, luego realizan la solicitud de inscripción registral con miras de obtener una medida judicial autosatisfactiva para que posteriormente el juez interviniente realice una acción declarativa de certeza sobre el asunto y así puedan posteriormente fijar la filiación del niño en cuestión.

En segundo lugar, los comitentes buscar una medida de autorización previa para la realización de la implantación del embrión en la mujer gestante. De esta manera el proceso de G.S. gozaría en la totalidad de su proceso de una legalidad.

Finalizando, en tercer lugar, recurrir ante un juez y realizar un pedido de autorización previa a que el niño nazca, y de esta forma ahorrándose un desgaste judicial, la filiación del niño se haría directamente a los comitentes.

### **3.4. Conclusiones parciales.**

Es muy importante destacar que tanto en el Código Civil de Vélez Sarsfield y el actual Código Civil y Comercial de Argentina, se tiene en cuenta que la madre del niño es la mujer que lo da a luz, de esta manera siendo este uno de los principales problemas que se dan a la hora de la realización de esta técnica GS.

En tanto a la realidad actual en la República Argentina es notoria la falta de medida por parte de los legisladores actuales para tratar el tema, la sociedad ha quedado a merced de pagar cifras exorbitantes en países que han hecho de la maternidad subrogada un verdadero turismo reproductivo, llevándose grandes divisas a sus economías.

Esto debe reglamentarse, tener contratos básicos que sirvan de lineamientos generales y brinden seguridad jurídica a las minorías que deseen acceder a este tratamiento, tanto comitentes como gestantes voluntarias. Brindando un panorama claro de los derechos y obligaciones de los intervinientes en esta modalidad contractual.

# CAPÍTULO 4

*El Contrato.*

En el último capítulo del trabajo de investigación, se tratan temas en lo relativo a el contrato de G.S. facilitando comprender y analizar la viabilidad de la aplicación de este, para luego ahondar en lo que hace al contrato en sí; por eso, se analizan los elementos de existencia y de validez del mismo, para posteriormente corroborar su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico argentino.

También se explica las diferentes modalidades de contratación de G.S., la altruista y con fines de lucro con los respectivos deberes y obligaciones de las partes intervinientes frente a la buena fe contractual.

Arribando al final del capítulo, se describen más claramente los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el proceso, para brindar una guía de las limitaciones y responsabilidades contractuales a tenerse en cuenta de estos entre sí y frente a terceros. Teniendo en cuenta que se persigue como objetivo fundamental, poder delimitar dichos aspectos desde el sistema jurídico argentino, proponiendo así un modelo de contrato del procedimiento de G.S. en nuestro país.

#### **4.1. Definición.**

López de Zavalía (1995) define a los contratos considerando que son todos aquellos actos jurídicos bilaterales patrimoniales, cualquiera sea el efecto que persigan crear, modificar, transferir, extinguir y cualquiera sea la clase de derechos patrimoniales sobre los que incidan (personales, reales, intelectuales).

Por otra parte, el contrato desde el Código Civil y Comercial de la Nación, es considerado como “un acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. (Parada y Errecaborde, 2015, p.284).

Teniendo en cuenta la temática que trata dicho trabajo, se puede decir que ciertos autores definen el contrato de G.S. como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue los padres de intención, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla

general, al pago de una compensación o a modo altruista. (Rodríguez Yong & Martínez Muñoz, 2012).

Por lo tanto, a partir de las anteriores definiciones de contrato, se podría entonces inferir que el contrato de G.S., es el instrumento legal por el que los comitentes y la mujer gestante se comprometen mutuamente a llevar a cabo conjuntamente el proceso de gestación por sustitución. Dentro del mismo se tipificará las condiciones, modo y lugar; y cualquier eventualidad que pueda surgir antes, durante y después del proceso. Teniendo presente que posteriormente al nacimiento del niño en cuestión, la madre gestante renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el mismo.

#### **4.2. Características del contrato.**

Para comenzar a hablar de los caracteres, es importante destacar que en el cuerpo de los contratos siempre estos se encontrarán en un conjunto, en un todo y se presentarán en forma variable de acuerdo a cada tipo de contrato. Es decir, no siempre se encontrarán todas las características en la realización del mismo.

Rodríguez & Vodanovic (1998), enumeran las características de los contratos y las describen de la siguiente manera:

- **Bilateralidad:** debe existir entre ambas partes un vínculo de reciprocidad donde las partes no están obligadas a su prestación sin que la otra realice una debida prestación, una es presupuesto de la otra. La obligación que conlleva una parte es causa de la obligación de la contraparte. Lo fundamental es la co-relación e interdependencia de las obligaciones contractuales.
- **Unilateralidad:** se da cuando existe una celebración del contrato donde solo existen obligaciones para una de las partes. Esta nace del contrato mismo y no por efectos jurídicos posteriores. Una declaración de voluntad jurídica individual.
- **Gratuidad:** cuando solamente una de las partes obtiene algún tipo de utilidad al contratar. No existen elementos onerosos en el cuerpo del contrato.

- Onerosidad: en este tipo de contratos, una parte tiene una obligación a favor de otra. Esta parte obtiene algún tipo de ventaja, compensación a cargo de la otra ya sea bajo promesa de una dación inmediata o bien hacia el futuro.
- Atipicidad: se da ante la realización de un contrato, el cual no se encuentra tipificado en ningún cuerpo normativo. En estos contratos innominados se rigen por el principio de libertad contractual, es importante destacar que su objeto debe ser lícito y su causa también. Generalmente se recurre a disposiciones supletorias de la ley o bien a las normas del contrato típico más parecido.
- Tipicidad: cuando un contrato está regulado en algún cuerpo normativo. Sus características esenciales de nacimiento y ejecución se encuentran regulados por ley.
- Consensual: se da cuando es suficiente el consentimiento de las partes para la celebración del contrato. Su fuente principal es la voluntad, libertad que las partes poseen para la realización del contrato, para que exista y para que sea válido jurídicamente en tiempo y forma.
- Reales: es cuando media un acuerdo de voluntades de las partes sobre la entrega de la cosa. Se perfeccionan con la entrega de la cosa, para validar este consentimiento debe entregarse lo prometido. Es necesario el consentimiento de ambas partes.
- Solemnidad: para que un contrato sea valido es necesario hacer uso de solemnidades que la ley establece para ello.
- Principalidad: estos contratos existen por sí solos y no necesitan de otro que le preceda para existir, por lo tanto, tienen vida propia.
- Accesoriedad: necesitan de una obligación preexistente para poder darse, tiene como objetivo asegurar el cumplimiento de una obligación principal. No pueden darse por sí mismas.

- **Conmutatividad:** las prestaciones son equivalentes entre las partes, al momento de la celebración del contrato se conocen las ventajas o pérdidas que pueden tener los contratantes.

Dichas características, teniendo en consideración que se apliquen a un contrato de G.S., se observarán dentro del cuerpo contractual preestablecido.

### **4.3. Elementos de los contratos.**

Los elementos de los contratos según Ghersi (2002) se pueden dividir en: elementos de existencia y elementos de validez. Dentro de los primeros están: el consentimiento, objeto materia del contrato y causa. En los segundos; la capacidad, el consentimiento libre de vicios, objeto lícito y la causa lícita.

A continuación, en los siguientes puntos de este capítulo, se realiza dicha clasificación con su respectiva explicación.

#### **4.3.1. Elementos de existencia.**

El cuerpo del contrato está compuesto por una serie de elementos llamados de existencia o esenciales, que son muy importantes en lo que hace a su estructura y que ante la carencia de estos resultaría inviable la existencia del contrato. Es decir que el efecto directo de no satisfacer alguno de los elementos de existencia es que no surja el contrato, sería imposible que genere consecuencia jurídica alguna como acto jurídico.

Los elementos esenciales o de existencia son:

- ✓ **Consentimiento:** Es la base fundamental del contrato. Todo contrato, supone el consentimiento de las partes que han concurrido. Son ellas, las que expresan su voluntad, y las que se benefician o se obligan, considerándose aquí muy importante la voluntad de las personas, donde se tiene en cuenta que es la facultad con la que cuentan para decidir y hacer lo que deseen.

El consentimiento, ha sido considerado de acuerdo a la concepción tradicional, sin lugar a duda el requisito más importante para la existencia y validez del acto jurídico, pues en

definitiva los demás requisitos afectan directa o indirectamente tal elemento, sin el cual no podría nacer a la vida un acto jurídico.

Por otro lado, en el CCCN en el artículo 971 se define al consentimiento como: “Formación del consentimiento. Los contratos concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo.”<sup>12</sup>

- ✓ Objeto material del contrato: el objeto inmediato del suministro está constituido por las prestaciones de dar y hacer necesarias para la entrega de la cosa y el pago del precio. El objeto del contrato puede ser proporcionado directamente por la naturaleza jurídica o fabricado por el hombre.

El CCCN en el artículo 1003, define al objeto como “El objeto debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando este no sea patrimonial.”<sup>13</sup>

- ✓ Causa: Es lo que impulsa a celebrar el contrato.

Por otra parte, Borja Soriano (1959) parte del criterio de considerar a la causa como el móvil o motivo que induce a las partes a contratar. La causa es el motivo del contrato.

Desde este punto de vista, se puede mencionar que es imprescindible este elemento, tal como se le hace referencia en el CCCN en el artículo 1013, donde se define a la causa de la siguiente manera: “Necesidad. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.”<sup>14</sup>

---

<sup>12-13</sup> Parada, Ricardo A. y Errecaborde, José D. (2015) “Codigo Civil y Comercial de la Nación”. (1° Ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar.

<sup>14</sup>Parada, Ricardo A. y Errecaborde, José D. (2015) “Codigo Civil y Comercial de la Nación”. (1° Ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar.

### 4.3.2. Elementos de validez.

Existe una diferencia radical entre los elementos de validez y los de existencia la cual consiste en que, si un contrato no contiene los elementos esenciales o de existencia, éste no puede existir. En cambio, los de validez no son de naturaleza esencial, y ante la carencia de estos se puede presentar una nulidad de tipo absoluta o relativa.

Dichos elementos de validez son los siguientes:

- ✓ Capacidad: debe entenderse como aquella actitud para ser sujeto de derecho y hacerlo valer. Desde el CCCN<sup>15</sup> en los artículos 22 y 23, se dispone que la capacidad se divide en dos partes:

Capacidad de derecho: “toda persona humana goza de aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.”

Capacidad de ejercicio: “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este código y en una sentencia judicial.”

- ✓ Objeto como validez del contrato: este debe ser idóneo y jurídicamente posible, debe acarrear una capacidad paralelamente a la capacidad de los sujetos para llevar a cabo la celebración del contrato jurídico. La idoneidad hace referencia a que el objeto que manifiesta el contrato debe estar expuesto con manifiesta existencia, posibilidad, determinación y licitud.

---

<sup>15</sup>Parada, Ricardo A. y Errecaborde, José D. (2015) “Codigo Civil y Comercial de la Nación”. (1° Ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar.

- ✓ Causa Lícita: debe ser aquella que no esté prohibida por la ley o sea contraria a las buenas costumbres o al orden público. Es decir que el CCCN<sup>16</sup> en el artículo 1014 dispone que en “la causa ilícita. El contrato va a ser nulo cuando:
  - a) Su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.
  - b) Cuando ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si solo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.”

#### **4.4. Modalidad: altruista y con fines de lucro.**

El contrato de modalidad altruista se manifiesta cuando la madre gestora acepta llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita. En este caso sólo lleva a buen término el embarazo, ya que no aporta material genético propio, sino que este es aportado por los padres de intención.

En la sociedad actual hay aceptación en que el proceso de contratación se haga de manera altruista. De esta forma se ayuda desinteresadamente a personas de igual o diferente sexo a poder cumplir su deseo de ser padres. Esto puede ser porque existan lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante o simplemente porque así decida llevar a cabo el procedimiento.

---

<sup>16</sup>Parada, Ricardo A. y Errecaborde, José D. (2015) “Código Civil y Comercial de la Nación”. (1° Ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar.

En el contrato de arrendamiento de vientre con fines de lucro, la madre gestora se obliga a prestar su útero a cambio de una prestación económica, prestación que será pactada entre las partes. La madre subrogada tiene un fin lucrativo, por lo que se ve reflejada la característica de la onerosidad de los contratos en esta clase de maternidad subrogada.

Por su parte Gómez (2016) define este tipo de contrato de la siguiente manera:

El arrendamiento del vientre de la mujer, o maternidad subrogada, llamada así por la doctrina, consiste en el acuerdo al que llegan una pareja, interesados en procrear, y un tercero (que para el caso se requiere que tenga el aparato reproductor femenino) por medio del cual expresan su consentimiento encaminado a la gestación del ovulo ya fecundado en el vientre de esa mujer ajena a la relación de afinidad, y esta a su vez exige una remuneración por haber dado en arrendamiento su vientre durante los nueve meses que dura la gestación del feto, de ahí nacen las obligaciones reciprocas, para la pareja solicitante de pagar el precio, y para la mujer gestante, gestar y entregar al niño.(p.693)

La característica de oneroso impuesta a este tipo de contratos, significa que tiene utilidad de ambas partes, aunque sea solo un beneficio económico. Es decir, tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre.

#### **4.5. Partes intervinientes.**

En la contratación de gestación por sustitución, es importante destacar que no todos los contratos son iguales, ya que existe una diversificación por parte de los elementos constitutivos del mismo, y esto implica y comprende una gran variedad de elementos e involucra a varias personas en el proceso las cuales dependerán de la clase de maternidad que se lleve a cabo.

Desde cierta perspectiva, la doctrina hace referencia a los terceros vinculados al proceso; algunos de estos son: la entidad que lleva a cabo la contratación y las formalidades para realizarla, testigos si es que fuesen necesarios, la clínica o entidad de salud involucrada en el proceso, conjuntamente con los profesionales que asisten a la madre gestante, funcionarios, jueces si fuesen necesarios, que presten la habilitación del proceso. Para la doctrina internacional,

éstos también cumplen de alguna u otra forma un rol fundamental en el proceso de gestación por sustitución.

Sin embargo, los principales actores de dicho contrato, como común denominador, son el o los padres de intención/comitentes, conjuntamente a la madre gestante. Cabe aclarar que en algunos casos son conformados por padres de intención que mantienen relaciones afectivas heterosexuales, homosexuales o bien de forma individual.

La madre de intención o madre comitente, es aquella mujer que por variadas circunstancias contrata con otra mujer, para que esta le alquile su útero para la gestación de un bebe a cambio de una prestación económica o no. En los casos donde la madre de intención aporta su material genético para la gestación, esta puede adquirir el rol de: madre portadora o madre biológica; o madre social.

La madre portadora es aquella que genera los óvulos y como consecuencia los aporta para llevar a cabo la gestación, si la pareja de la solicitante aporta el semen, entonces se estaría frente la maternidad total. Por otro lado, la madre social es aquella que ni genera óvulos ni puede gestar, y decide buscar una mujer que alquile su útero y otra que done su óvulo para cumplir con ambas funciones.

También la doctrina, destaca la figura de la madre uterina o madre gestante, que es la mujer que recibe el embrión para posteriormente llevar a cabo la gestación; a quien le corresponderán los derechos derivados de la condición biológica de mujer embarazada hasta la conclusión de dicho estado o el nacimiento.

Es decir que es aquella mujer con capacidad de goce y ejercicio, que a título altruista u oneroso, se compromete a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja heterosexual u homosexual, que puede o no aportar su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el fin del embarazo o el nacimiento, o bien lleva a cabo la fecundación de quien de manera individual sin necesidad de estar en pareja, decide acudir a este procedimiento; sea hombre o mujer.

Con respecto al padre, éste puede ser padre de intención o un donante. Es aquella persona que, en pleno uso de sus capacidades de goce y ejercicio, se somete a donar su material genético para que se pueda llevar a cabo el proceso de fecundación. Esta persona a través de un instrumento público, contrato, se vinculará a este tratamiento con un fin propio ya sea ser padre o

bien donante. Cabe destacar que, en caso de ser donante, el individuo puede realizarlo de forma altruista u de forma onerosa.

Es muy importante tener en cuenta que, apegándose a los derechos y deberes superiores del niño, esta última persona queda sujeta, de acuerdo a las legislaciones de cada país, a prestar colaboración en casos de pedido judicial en donde se encuentre comprometida la salud del menor gestado.

Por otro lado, los padres comitentes suelen denominarse padres sociales, cuando a estos padres legales, les resulta imposible un proceso de gestación, ya sea por impedimentos biológicos o por infertilidad de ambos. También puede darse en los casos de parejas del mismo sexo, donde ambas partes cuenten también con algún impedimento.

#### **4.6. Los derechos y obligaciones del contrato de gestación por sustitución.**

En el Código Civil y Comercial en el artículo 724 se define a las obligaciones “Como una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.”<sup>17</sup>

Resulta de importancia resaltar, que la base de todos los contratos es la autonomía de la voluntad de las partes al momento de contratar. De esta forma, se van a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Toda contratación que se realice, siempre que sea lícita, no contraria a la voluntad de las partes, a la moral y a las buenas costumbres del lugar donde se realice será válida, salvo disposición en contrario.

En los contratos de gestación por sustitución, una vez receptado el compromiso por las partes intervinientes, éstas quedan sujetas al mismo, ya que existe tácitamente un reconocimiento de la obligación conjuntamente con el cumplimiento de la misma.

---

<sup>17</sup>Parada, Ricardo A. y Errecaborde, José D. (2015) “Código Civil y Comercial de la Nación”. (1° Ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar.

Además, se puede agregar que frente a lo referido ut supra previo al reconocimiento y promesa de la validez del contrato que efectuaron las partes, existe una promesa autónoma de deuda, la cual debe ser extinguida con el pago y/o entrega de lo pactado contractualmente. Tanto como en materia contractual rigen los principios de autonomía de voluntad de las partes, también rige el principio de buena fe contractual.

Nuestro Código Civil lo respalda en los artículos 729, 733 y 734; donde se manifiesta y reconoce la buena fe, la relevancia de la obligación, reconocimiento y promesa autónoma contractual:

Código Civil y Comercial de la Nación Artículo 729 “Buena fe. Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe.”<sup>18</sup>

Código Civil y Comercial de la Nación Artículo 733 “Reconocimiento de la obligación. El reconocimiento consiste en una manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la que el deudor admite estar obligado al cumplimiento de una prestación.”<sup>19</sup>

Código Civil y Comercial de la Nación Artículo 734 “Reconocimiento y promesa autónoma. El reconocimiento puede referirse a un título y causa anterior; también puede constituir una promesa autónoma de deuda.”<sup>20</sup>

Tras lo mencionado anteriormente, centrándose en el contrato de gestación por sustitución, se puede decir que, si bien no existe legislación sobre el tema en nuestro país y tampoco existe un modelo tipificado de contrato base para esta práctica, se infiere que, de acuerdo a nuestra actual normativa vigente, ésta podría, cumpliría y se ajustaría a los principios contractuales que tienen vigencia en el ordenamiento argentino que rigen la materia tratada.

---

<sup>18-19-20</sup>Parada, Ricardo A. y Errecaborde, José D. (2015) “Código Civil y Comercial de la Nación”. (1° Ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar.

#### **4.6.1. Respeto de los padres de intención.**

La regulación sobre estas prácticas debe contemplar una garantía de que los solicitantes se harán responsables por los daños o perjuicios que pudiera sufrir la gestante a causa del embarazo o alumbramiento, dichas garantías se ven reflejadas en las obligaciones que tiene que asumir la pareja solicitante. Dentro de las cuales se incluyen las siguientes:

Todos los gastos, relacionados con la realización de los protocolos del tratamiento, incluido el pago de los servicios de la clínica, gastos para la adquisición de los medicamentos, realización de las consultas médicas, exámenes y análisis, se pagan por parte de la pareja solicitante.

En el período de embarazo la pareja solicitante se compromete a pagar los gastos de alimentación y manutención de la madre subrogada en la cuantía y fecha que acuerden, desde el momento desde el momento de haberse llevado a cabo el procedimiento de fecundación. Este importe debe gastarse por la madre subrogada según sus razonamientos, pero exclusivamente para los objetivos correspondientes al objeto del presente Contrato y para cumplir sus condiciones.

En el caso de la no conservación del embarazo, no siendo la culpa de la madre subrogada, que requiera la intervención médica o quirúrgica, en el plazo temprano del embarazo desde las 5 semanas hasta las 8 semanas inclusive, la pareja solicitante debe pagar a la madre subrogada la compensación en la cuantía acordada.

Y por último la pareja solicitante se compromete a pagar la compensación a la madre subrogada restablecimiento de la salud, pérdida de la capacidad laboral, pérdida de ingresos, que hayan surgido como resultado del cumplimiento por la madre subrogada de sus obligaciones. La entrega del dinero se produce después del nacimiento del niño y la firma del consentimiento de la madre subrogada para registrar a la pareja solicitante en calidad de los padres, pero no más tarde del momento del alta de la madre subrogada del hospital de donde se realizó el tratamiento.

Básicamente esas son las obligaciones que se crean al momento de celebrar este contrato cada una de las partes se obliga al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones resultando de tal celebración, lo que debe ser regulado por un cuerpo normativo que garantice el cumplimiento de estas obligaciones y así evitar que se generen vacíos legales que perjudiquen la seguridad jurídica de las personas.

#### **4.6.2. Respecto a la madre gestante.**

Es importante destacar que las personas que se someten a maternidad subrogada son aquellos que ven frustrados sus sueños de ser padres y que no pueden por diferentes causas, por ello privándose de su derechos a tener una familia, lo cual goza de garantía constitucional y supraconstitucional, ya que en el derecho privado internacional la temática esta arduamente desarrollada y aceptada en muchos países, incluso aun muchos de estos no teniendo jurisprudencia ni modelos contractuales tipificados para dicha práctica.

Es por lo referido, que para que se garantice este derecho es sumamente necesaria la madre gestante quien toma el papel principal en esto, ya que es la persona que hace sea posible en toda su plenitud esta garantía constitucional. La madre gestante es la mujer capaz de procrear, prestar su vientre para que nazca un niño de otras personas que han deposito y confiado en ella toda su buena fe y esperanzas para poder llegar finalmente a formar su familia.

De esta forma van a nacer una serie de obligaciones sobre la persona de la madre gestante las cuales se describirán a continuación.

La madre gestante debe ponerse a disposición para que se realice todos los estudios médicos se estimen pertinentes en el periodo preparatorio que indique que la clínica encargada del proceso fecundativo, los exámenes médicos serán pagados en su totalidad por parte de los padres comitentes, así como otros tratamientos sean indicados para llegar en condiciones óptimas al tratamiento la gestante.

La misma queda en la obligación de dar a conocer a los padres comitentes, médicos encargados del proceso y cualquier otra persona necesaria que se lo requiera toda la información verídica y detallada sobre enfermedades que haya padecido, cualquier tipo de enfermedad psíquica, hereditaria, venérea, cirugías que tenga, conjuntamente con todos los certificados que corroboren tenga o haya tenido problemas de estupefacientes, psico neurológicos, etc.

Conjuntamente a lo referido la gestante en caso de poseer vínculo de matrimonio, certificado en el registro único de capacidad de las personas, debe realizar una certificación y formalizar frente a un notario público su aceptación para someterse a el proceso de maternidad subrogada en donde queda vinculada contractualmente frente a los comitentes y se obliga a

realizar el tratamiento que se indique, en los plazos que se establezcan los profesionales a cargo para luego finalizar el mismo con la entrega pactada para ambas partes, gestante y comitentes.

La mujer gestante consiente en llevar el proceso sin trabas, con suma precisión, en los tiempos establecidos por los especialistas que estarán a cargo del proceso de fecundación y desarrollo del embarazo, estos procedimientos quedan establecidos en el contrato al que se someten las partes en cuestión.

La persona que se somete al proceso de fecundación en su útero, debe estar atenta a cualquier anomalía o sintomatología que sienta y posteriormente en el lapso mas breve informar de inmediato a los médicos responsables que lleven adelante su proceso, para así salvaguardar su vida y garantizar el éxito del tratamiento. Además, debe notificar a los comitentes sobre lo sucedido.

Una vez que tras lo estudios correspondientes la gestante haya quedado embarazada tras confirmación de estos la paciente asistirá a controles médicos establecidos por los médicos que llevan el proceso.

La mujer embarazada ya a término debe concurrir a la clínica asistencial para someterse a estudios que chequeen el normal desarrollo ya de la fecundación que se le realizó. De esta forma evitar posibles problemas del período inicial del embarazo, como abortos espontáneos, perdidas, desprendimientos y demás situaciones médicas no deseadas.

A posteriori la gestante se compromete a asistir a controles en el tiempo sea indicado para corroborar su estado de salud física y en normal crecimiento del niño para garantizar el éxito del proceso de fecundación in vitro al que se sometió con anterioridad y conjuntamente el éxito del contrato pactado con los padres de intención, sin desvincular la clínica intermedia o quien corresponda.

La misma debe tener la obligación sin contrariado en respetar las indicaciones médicas sobre los tipos de alimentación, nutrición, los tipo y horarios para alimentarse y tomar las medicaciones que se le suministren sumado a que si existen las posibilidades de mantener relaciones sexuales o no de acuerdo a lo estipulado contractualmente. En la mayoría de los casos se les prohíbe a las gestantes mantener relaciones sexuales durante el embarazo ya que tienen un

riego de contraer enfermedades de transmisión sexual que puede dañar al feto o bien el desarrollo del mismo, hasta incluso provocar su desprendimiento.

En caso que durante el periodo de gestación aparezcan imprevistos que hagan un deterioro de la salud de la gestante por más mínimo que sean, debe ponerlos en conocimientos de los doctores especialistas que llevan el proceso a su cargo y además comunicarlo a los comitentes.

Es importante destacar que la gestante durante el período de embarazo debe someterse a niveles bajos de estrés y llevar una alimentación sana, clara y precisa de los alimentos que le indiquen los médicos de la clínica donde esta llevando el tratamiento. También debe renunciar a vicios como el del tabaquismo, estupefacientes, bebidas alcohólicas, divertimentos desmedidos, etc., con el fin de no someter a niveles de peligro alto y riesgoso al niño que esta llevando en su cuerpo.

Se destaca la gestante se responsabiliza en tomar todos los recaudos necesarios para no tener situaciones donde influencias externas hagan se torne peligroso para el desarrollo del veto que lleva consigo.

Cabe mencionar la gestante debe tomar todos los recaudo y medidas necesarias ante situaciones externas que puedan poner en riesgo su vida y la del feto, dando aviso inmediatamente a sus médicos correspondientes y los comitentes de la misma, así tomando todos los recaudos para evitar el incumplimiento o la frustración de sus responsabilidades del contrato al que se encuentra sometida.

Los profesionales del área de parto decidirán el método de parto más conveniente para llevar a cabo el nacimiento del niño en cuestión. Esta decisión solamente la tomará el medico a cargo del mencionado procedimiento y la gestante debe estar sujeta a ese dictamen sin oponerse a ello. El método que se usa generalmente es el de cesárea.

Para dar finalización a todo el proceso de maternidad subrogada, tras el nacimiento del niño la madre gestante, luego de dar a luz al niño se compromete a brindar su consentimiento de forma escrita para que luego el o los comitentes puedan registrarse como padres del niño. Así, de esta forma se pueda realizar la partida de nacimiento del niño en el registro civil y de capacidad de las personas.

#### **4.6.3. Respeto del hijo por nacer.**

Es importante para entrar en este punto destacar que la vida del niño y su interés superior tiene primacía sobre las diferentes políticas internas que se puedan llevar o existir en cada país, nuestro país adhiere a tratados internaciones que tienen jerarquía constitucional, dentro de lo que es el derecho internacional privado al estar ligado el país a estas normativas internacionales pasa a ser un elemento constitutivo principal de nuestro derecho jurídico se respete la vida y el principio de igualdad del niño.

Por esto que siempre debe tenerse en miras que ante cualquier conflicto jurídico al respecto ya sea por no tener legislación sobre la maternidad subrogada o por falta de un correcto sistema de contratos tipificados, siempre ante cualquier duda se debe tener en cuenta en primer lugar y sobre todo lo demás, los intereses superiores del niño y la dignidad humana de los niños que han nacido mediante los procesos de gestación por sustitución, conjuntamente con todos los derechos internacionales que respaldan al niño.

La Convención Internacional sobre Derechos del niño (C.I.D.N.), en el año 1989, comenta tras el fruto de un proceso a lo largo del tiempo de reconocimientos y protección sobre los derechos del niño en el siglo 21, se llega a ver que existe una vinculación entre lo que hace a la evolución de los instrumentos de protección de los derechos del niño, las garantías para que esto se efectúe y la protección de los derechos humanos en general.

Como un directo consecuente de lo anteriormente referido se realiza la figura del principio del interés superior del niño o niña, o interés superior del menor que fue elaborado por la C.I.D.N.

El principio del interés superior del niño o niña está integrado por un conjunto de acciones y procesos que tienen como finalidad garantizar el desarrollo integral y de una vida digna del menor.

Es considerable que el principio referido anteriormente vaya de la mano de los niños que han nacido mediante maternidad subrogada, ya que este asegura para el futuro el máximo de bienestar posible para los niños y niñas que han nacido bajo estas nuevas técnicas de reproducción humano asistida. Así garantizando que los estados tomen todas las medidas

necesarias posibles para evitar posibles discriminaciones y que se les brinde todo el proteccionismo necesario para garantizar su dignidad humana y el igual desarrollo social de los mismos.

Entrando en la práctica de la maternidad subrogada, Díaz (2014) sostiene que los niños que nazcan de esta técnica, deben gozar de los siguientes derechos, algunos de estos son:

- ✓ Poseer una identidad.
- ✓ Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- ✓ Pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.
- ✓ Equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.
- ✓ Ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta en un futuro.
- ✓ Hacer uso de centro de vida, el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. En materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.
- ✓ Los derechos y las garantías de los sujetos a las leyes vigentes son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Básicamente, los niños que nazcan bajo la técnica de GS sean en el país o traídos desde el extranjero gozan de los mismos derechos que cualquier niño que nazca en el territorio de la República Argentina, bajo los derechos y las normativas vigentes contempladas en este país. Cada persona que nazca en el territorio lo hace de forma libre, al igual de quienes deseen habitar el mismo. Todas las personas gozan de los derechos que la constitución de Argentina ampare, ya que todos los ciudadanos son iguales ante la ley en este país (Bruñol, 1999).

#### **4.7. Conclusiones parciales.**

Cerrando este capítulo se observa y concluye que todas las personas que se sometan a la G.S., sean en el país o en el extranjero, si deciden habitar en la República Argentina con sus hijos, gozarán de todos los derechos que brinda la constitución de este país, siempre y cuando no exista una ilegalidad manifiesta en el proceso realizado o bien recaiga una sentencia en sede judicial nacional o extranjera que impida la filiación del niño ya nacido.

El niño por nacer goza de todos los derechos y garantías contempladas por la constitución nacional y todos los tratados nacionales con jerarquía constitucional a los que el país ha adherido, teniendo así los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro niño habitante de este país.

Se podría decir tras todo lo expuesto en este capítulo, que es sumamente viable la hipótesis de aplicabilidad de un modelo contractual de rigor para que queden establecidos los derechos y obligaciones de los interesados que intervienen en el proceso de G.S.

Es de destacar que, ante la falta de legislación, se creó un vacío jurídico donde muchas personas que se someten a este proceso quedan expuestas a diferentes tipos de abusos o modalidades delictivas, de diferente índole.

Se da énfasis a que existe por parte de los magistrados judiciales argentinos una amplia aceptación de la operatividad de la G.S. en los casos que han ido sucediendo en este país, y posteriormente sentando precedentes jurisprudenciales en el derecho jurídico argentino. Es por lo mencionado que es sumamente necesario e imprescindible trabajar en una correcta legislación al respecto.

# **CONCLUSIÓN FINAL**

A partir de mediados del siglo XX los avances en la ciencia fueron cambiando nuestras concepciones del derecho de manera abrupta; por ello en el mundo actual que vivimos sino se actualiza a nivel legislativo el derecho constantemente empiezan a surgir problemáticas judiciales. La no regulación de la maternidad subrogada ha sido una de estas, debido a que en nuestro país no se encuentra regulada y existen en la actualidad numerosos casos con grado de litigiosidad.

En cuanto a la situación actual nacional, es notorio que la no legislación deja vulnerables ante la ley a un gran número de ciudadanos, cabe preguntarse cuáles serían las responsabilidades, obligaciones, derechos de las partes contratantes y de los terceros implicados en el proceso de gestación por sustitución para evitar posibles abusos. Todo esto se vería reflejado en la eventual sanción de una compacta ley que fije lo mencionado, sumado la modalidad contractual que se emplearía a la hora de realizar un proceso de G.S. Esta es la cuestión que da fuente al presente trabajo final de grado.

Tras analizar lo sucedido a nivel nacional como internacional se llega a dilucidar que la aplicación de este instituto, la maternidad subrogada desde un enfoque contractual, es muy viable en nuestro ordenamiento jurídico. Es por lo que el legislador debe actuar en la temática y proyectar la elaboración de una ley acorde, conjuntamente con una modalidad de tipos contractuales formalizada, para que de este modo pueda realizarse de una manera transparente a los ojos del estado, la sociedad y de las personas que se involucran en este proceso, quienes están a merced de delitos de índole de incumpliendo contractual.

Está demostrado en el presente trabajo con todo lo expuesto, que las bases jurídicas, conjuntamente con la calidad de magistrados; legisladores que tiene el país están a la altura de sentar una discusión acorde a la temática, nuestros representantes deben innovar, brindando una ley a nuestra población a la altura del sistema jurídico nacional/internacional vigente.

Es entendible que existan voces a favor y en contra, pero el poder legislativo debe hacerse eco de que es más que un deseo, es una necesidad de una minoría la cual es parte de nuestra sociedad y goza del amparo de los derechos constitucionales e internacionales vigentes como es el derecho a la familia, vida, dignidad, entre otros.

Se debe fomentar la creación de un instituto que regule para la maternidad subrogada, donde se pueda acceder de forma libre, clara y precisa, evitando posibles abusos hacia quienes se involucran, además de negocios ilegales que fomenten un mercado negro.

Además, se destaca que existe un gran número de familias, individuos que desean ser padres y por diversas circunstancias no logran llegar a tan anhelado deseo en nuestro país y se someten a realizar este proceso en el exterior, donde es legal el proceso pagando cifras exorbitantes lo cual se podría realizar en el país, dejando estas divisas en el mercado financiero local.

Es relevante mencionar que en la ley N°27077, la cual hace referencia al proceso de reforma del código civil y comercial de la nación, se presentaron proyectos sobre G.S., pero estos no fueron tratados, debido a que requerían un mayor tiempo para su elaboración y posterior promulgación de una ley. Al día de hoy existen varios proyectos que esperan ser tratados por las cámaras en nuestro país

Es por lo mencionado anteriormente que se reafirma la hipótesis planteada en este trabajo de investigación, donde se plantea que es viable en el ordenamiento jurídico argentino la aplicabilidad un contrato marco, base de G.S. que regle la actividad para evitar posibles daños a quienes participan de esta modalidad de contratación. Es decir que teniendo un contrato bien delimitado y preciso para el tema en cuestión, formulando las cualidades del mismo, respetando todo lo que hace a la estructura contractual, consentimiento; requisitos de lugar tiempo y forma, lineamientos que siguen las corrientes doctrinarias y las leyes vigentes del país entre otros, es viable, aceptable su aplicabilidad.

Por todo lo expuesto es que se deja en manos de los legisladores una discusión a la altura de la temática con una pronta y justa solución para esta problemática que afecta a un gran número integrantes de nuestra comunidad argentina.

# **ANEXOS**

## CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En la República Argentina a los ..... del mes de ..... Del año 20... se hacen presentes ante mí, el Sr/a ..... D.N.I. N° ....., nacionalidad ..... con domicilio en .....en carácter de padre/madre de intención (comitente), en compañía de la Sra/r ..... D.N.I. N° ....., nacionalidad ..... con domicilio en .....en carácter de padre/madre de intención (comitente); en conjunto con la Sra. .... D.N.I. N° ....., nacionalidad ..... con domicilio en .....en carácter de madre (subrogada/gestante). Con la libre intención de comprometerse en lo expresado en la siguientes clausulas:

PRIMERA: La gestante Sra....., se hace responsable y capaz de llevar a delante todo el proceso de maternidad subrogada, a su vez se declara apta para poder procrear y dar nacimiento al niño fecundado. Esta en total acuerdo de proteger los intereses superiores de niño en conjunto con el interés de los padres comitentes. Esta en total acuerdo que no forjará, tampoco intentará establecer una relación madre he hijo con el o los niños pueda llegar a concebir mediante este proceso.

SEGUNDA: Los padres de intención, parejas/padre/madre aceptan estar en una relación de ..... Desde el día .....de ..... de 20...., O bien en condición de soltero. A su vez se describe la problemática o no por la cual acceden a este contrato de maternidad subrogada....., es por todo lo expuesto que se recurre a la Sra. ...., quien es su sano juicio; bajo todas las normativas de aceptación y capacidad de las personas del Código Civil y Comercial de la Nación vigente, se somete con total voluntad al proceso de fecundación in vitro que designe el profesional medico interviniente, para implantar en ella el ovulo fecundado de el/o los comitentes; con gametos aportados por estos o bien donados, o de acuerdo a lo que establezca pertinente el profesional médico encargado para llevar con la mayor probabilidad de éxito posible el proceso de fecundación en la gestante.

TERCERA: El proceso de fecundación se realizará mediante la técnica de fecundación in vitro, donde la madre gestante esta dispuesta en recibir material genético de el/los comitentes.

Más tarde si la fecundación se lleva a cabo con éxito la gestante se responsabiliza y compromete en llevar adelante el embarazo con todas las previsiones que los profesionales de la salud a cargo establezcan, sumado a una comunicación fluida con el/los comitentes manteniéndolos informados sobre las etapas de proceso, complicaciones o cualquier otra situación pueda ser relevante para el normal desarrollo del embarazo

CUARTA: Este contrato es de índole comercial/altruista.

Comercial: Los/el comitente se compromete a entregar la suma de pesos \$.....(en moneda nacional) a los fines a abonar a la Sr....., la suma pactada en dinero por llevar a delante el proceso de maternidad subrogada bajo la modalidad y las pautas pactadas en este contrato. Se destaca bajo pena de nulidad por el incumplimiento contractual, la gestante ante falta grave, previsible o descuido desmesurado del tratamiento, no recibirá compensación económica alguna por parte de el/los comitentes, siendo ella responsable de prejuicios ocasionados al respecto.

Altruista: La madre gestante se compromete a llevar a delante el proceso de maternidad subrogada bajo la modalidad y las pautas pactadas en este contrato. Lo hace de manera gratuita todo el proceso y su único fin es ayudar a él/los comitentes a poder llevar a delante su deseo de ser padres. Los/el comitente se hace responsable por todos los gastos que lleve el proceso en su totalidad, siendo responsable por la vida de la gestante y los daños o riesgos que se deriven de este tratamiento para ella.

En ambas modalidades, se comprometen el/los padres comitentes a hacerse cargo de todos los gastos ocasionados por el proceso de maternidad subrogada desde el principio hasta el final del mismo; incluyendo tratamiento psicológico un año después de haber terminado el proceso. A su vez cualquier otro tipo de tratamiento, secuela, o lo que designe el médico como consecuencia del embarazo.

QUINTA: La gestante asume los riesgos que llevan asumir un proceso de fecundación y consecuentemente un embarazo, además de la entrega posterior del niño que llevo en su vientre. Asume personalmente los riesgos de complicaciones venideras producto del embarazo, antes, durante y después del proceso de gestación. Incluso daño psicológico o moral. El/los comitentes

deben abonar durante este proceso un seguro de vida a la gestante. El cual la compañía aseguradora fijará los montos establecidos de este seguro.

SEXTA: La mujer gestante consiente en llevar el proceso sin trabas, con suma precisión, en los tiempos establecidos por los especialistas que estarán a cargo del proceso de fecundación y desarrollo del embarazo, estos procedimientos quedan establecidos en el contrato al que se someten las partes en cuestión.

SEPTIMA: La madre gestante presta consentimiento para otorgar derechos exclusivos a el/los comitentes para nombrar al niño, para realizar las actas de nacimientos correspondiente; registro del niño en el registro civil y de capacidad de las personas y demás establecimientos gubernamentales y privados donde sea necesario. Y cualquier otra tramitación que haga a la filiación del menor en sí

OCTAVA: La gestante en caso de poseer vínculo de matrimonio, certificado en el registro único de capacidad de las personas, debe realizar una certificación y formalizar frente a un notario público su aceptación para someterse a el proceso de maternidad subrogada en donde queda vinculada contractualmente frente a los comitentes y se obliga a realizar el tratamiento que se indique, en los plazos que se establezcan los profesionales a cargo para luego finalizar el mismo con la entrega pactada para ambas partes, gestante y comitentes.

NOVENA: El término que hace referencia a (niño), incluye a todos los géneros, masculinos, femeninos, que nazcan por el procedimiento dispuesto en este contrato.

DÉCIMO: En la situación que existan complicaciones en el embarazo, incluso poniéndolo en riesgo, ocasionando daños inminentes y comprobables en el niño engendrado, no tendrán otro remedio que reembolsar a el/ los comitentes el dinero aportado a este proceso. Se destaca esto se da en los (90 días) de transcurrido el proceso de gestación.

DÉCIMO PRIMERO: La gestante queda en la obligación de dar a conocer a los padres comitentes, médicos encargados del proceso y cualquier otra persona necesaria que se lo requiera toda la información verídica y detallada sobre enfermedades que haya padecido, cualquier tipo de enfermedad psíquica, hereditaria, venérea, cirugías que tenga, conjuntamente con todos los

certificados que corroboren tenga o haya tenido problemas de estupefacientes, psico neurológicos, etc.

DÉCIMO SEGUNDO: La persona que se somete al proceso de fecundación en su útero, debe estar atenta a cualquier anomalía o sintomatología que sienta y posteriormente en el lapso más breve informar de inmediato a los médicos responsables que lleven adelante su proceso, para así salvaguardar su vida y garantizar el éxito del tratamiento. Además, debe notificar a los comitentes sobre lo sucedido.

DÉCIMO TERCERO: Todas las partes involucradas en el proceso de gestación. Deben realizarse estudios médicos de rigor. Estos estudios serán físicos, genéticos y serán supervisados por los médicos a cargo de la asistencia en el proceso de maternidad subrogada. Estos exámenes deben incluir enfermedades de transmisión sexual.

DÉCIMO CUARTO: Es importante destacar que la gestante durante el período de embarazo debe someterse a niveles bajos de estrés y llevar una alimentación sana, clara y precisa de los alimentos que le indiquen los médicos de la clínica donde está llevando el tratamiento. También debe renunciar a vicios como el del tabaquismo, estupefacientes, bebidas alcohólicas, divertimentos desmedidos, etc., con el fin de no someter a niveles de peligro alto y riesgoso al niño que está llevando en su cuerpo.

DÉCIMO QUINTO: Los profesionales del área de parto decidirán el método de parto más conveniente para llevar a cabo el nacimiento del niño en cuestión. Esta decisión solamente la tomará el medico a cargo del mencionado procedimiento y la gestante debe estar sujeta a ese dictamen sin oponerse a ello. El método que se usa generalmente es el de cesárea.

DÉCIMO SEXTO: Las partes antes de firmar el contrato deben concurrir a un estudio jurídico para evacuar sus dudas, incluso el abogado patrocinante puede asistir a quien corresponde este a cargo del tratamiento junto con su cliente a evacuar dudas procedimentales. Así honrar el principio de buena fe contractual de este contrato.

DÉCIMO SEPTIMO: Las partes van a firmar el contrato declarando estar en plena conciencia de sus actos y realizándolo en forma libre, y aceptando cumplir el mismo; en

presencia de escribano público nacional matriculado en el colegio de escribanos de la provincia en la que asista.

DÉCIMO OCTAVO: El contrato se emitirá en cuatro ejemplares debidamente certificados quedando dos para las partes intervinientes (comitentes, gestante); otro para la (clínica asistencial) y otro para el área gubernamental que lo requiera por la importancia de esta práctica.

DÉCIMO NOVENO: Para dar finalización a todo el proceso de maternidad subrogada, tras el nacimiento del niño la madre gestante, subrogada, luego de dar a luz al niño se compromete a brindar su consentimiento de forma escrita para que luego el o los comitentes puedan registrarse como padres del niño. Así, de esta forma se pueda realizar la partida de nacimiento del niño en el registro civil y de capacidad de las personas.

Firmas intervinientes.

Sr..... (comitente)      Sra..... (comitente)      Sra..... (gestante)

DNI

DNI

DNI

Sr/a..... (Médico Responsable)

MT. ....

**CONTRATO GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**  
**(CONSERVACIÓN Y ALMACENAMIENTO DE GAMETOS)**

ESTABLECIMIENTO A CARGO DE LA REPRODUCCIÓN.

Consentimiento N° .....

Localidad, ..... de ..... de 20....

CONSENTIMIENTO INFORMADO: MATERNIDAD SUBROGADA. Conservación y almacenamiento de gametos.

Este consentimiento informado corresponde a: ..... D.N.I  
.....

Historia Clínica N° .....

1) INFORMACIÓN MÉDICA SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA: CRIOPRESERVACIÓN DE GAMETOS.

Criopreservación: técnica que se usa para conservar los gametos que se utilizarán para la implantación en el útero de la mujer gestante. El proceso de conservación es a (menos 196 grados centígrados) en nitrógeno líquido, mediante protocolos de congelación lenta o rápida (vitrificación) y/o cualquier otra técnica aprobada por el Ministerio de Salud de la Nación.

Gametos: Los gametos son las células sexuales encargadas de la reproducción. En el ser humano, los gametos femeninos son los óvulos y los gametos masculinos son los espermatozoides.

Establecimiento encargado del tratamiento: Es la clínica, consultorio médico, centro de salud, encargado de realizar la técnica y/o procedimiento de reproducción médicamente asistida en concordancia con lo establecido en resol. 1305/2015 y/o modificaciones de el Ministerio de

Salud de la Nación. El establecimiento debe estar inscripto en Registro Federal de Establecimientos de Salud, conforme a la ley vigente.

Objetivos.

Preservación futura de los gametos masculinos o femeninos u otra aplicabilidad médica que lo requiera.

Etapas.

Los pacientes que se someten a la criopreservación de gametos, por normativas internacionales deben realizarse estudios infectológicos a la fecha de procedimiento sobre enfermedades de transmisión sexual.

Información obtenida.

Es de índole confidencial y queda expresamente vedada su divulgación bajo apercibimiento de ley al establecimiento a cargo solicitante. Salvo de requerimiento de autoridad judicial correspondiente. Incluyendo historia clínica; estudios complementarios, imágenes, conforme a lo establecido en el art.2 inc. d) de la Ley N°26.429 sobre Derechos de paciente en su relación con los profesionales médicos e instituciones de la salud, modificada por la Ley 26.742, dto. Reglamentario N°1089/2012 y en los arts. 8 y 10 de la Ley 25.326 sobre protección de datos personales, concordantes y modificatorias.

He tenido oportunidad de consultar al equipo profesional interviniente y aclarar dudas en relación al tratamiento, sus riesgos, beneficios y eventuales complicaciones al que quedo expuesto.

He leído y comprendo la información brindada precedentemente en relación a la técnica a la que me someto.

He comprendido las explicaciones que se me han facilitado en lenguaje adecuado, claro y preciso.

He sido informado/a que puedo obtener, en cualquier momento, copia de mi historia clínica de conformidad con lo previsto en la Ley N°26.529 de derechos de la paciente referida ut supra.

He sido informado/a y consiento que los datos no identificatorios sobre los resultados del presente tratamiento sean reportados a diferentes registros nacionales e internacionales con fines estadísticos y/o científicos, de conformidad con las leyes que así lo dispongan.

Revocación del consentimiento:

Se me ha informado debidamente y he comprendido que el consentimiento prestado puede ser revocado en cualquier momento de los plazos prudenciales del tratamiento, conforme al art. 7 de la Ley N°26.862.

Firma Sr/a. ....

Firma Sr/a.....

Firma gestante Sra. ....

Firma Dr. ....

MT. N°.....

# **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



- Díaz, C. D. C. V. (2014). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (31), 459-482. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212185>
- Gómez, L. N. (2016). Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler. *Isegoría*, (55), 683-700. Recuperado de: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/961>
- González Pineda, Borja. “Maternidad subrogada: realidad actual, problemas y posibles soluciones.” (2015). Recuperado de: <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/González%20Pineda%20Borja.pdf>
- Herrera, M. (2014). La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar. [Online], en *Infojus-Saij [Sistema Argentino de Información Jurídica]*, 29, 12. Recuperado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina411.pdf>
- Herrera, M., & Lamm, E. (2012). Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu).
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, (3), 10-49. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926>
- Martín, L. J. C. (2017) “Gestación por sustitución, visión del panorama actual”. Recuperado de: <http://lawreview.elsa-spain.org/wp-content/uploads/2017/06/Art11.pdf>
- Monsalve, A. O. (2003). *Manual de obligaciones: civiles y mercantiles*. Temis.
- Notrica, Federico, Cotado, Francisco, & Curti, Patricio Jesús. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 18 de septiembre de 2018, de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008)

- Ortellano, C. L. (2016). *Maternidad subrogada y alquiler de vientres: una realidad no legislada* (Doctoral dissertation). Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/11424>
- Organización mundial de la salud (2016). *Maternidad subrogada. Enfermedades de transmisión sexual*. Recuperado de: <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>
- Pérez, J. E. R. G., Medina, L. A. P., & Hernández, M. G. (2016). ESTUDIO SOBRE EL PANORAMA MUNDIAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. *Mundo Jurídico UDLA*, 1(2). Recuperado de: <http://www.udla.edu.co/revistas/index.php/mundo-juridico/article/view/683>
- Rodríguez, A. A., Undurraga, M. S., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*. Editorial Jurídica de Chile. Recuperado de: <https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=CCiY2mxu7EEC&oi=fnd&pg=PA11&dq=Rodr%C3%ADguez,+Arturo+Alessandri+Y+Manuel+Somarriva+Undurraga.+Curso+de+Derecho+Civil,+Redactado+por+Antonio+Vodanovic,+Tomo+IV.+Chile:+Ed.+Nacimient,+1942.&ots=TycvQGbcaD&sig=N6r641FDE1u7FE0GI4yISn54Znk#v=onepage&q&f=false>
- Rodríguez-Yong, C. A., & Martínez-Muñoz, K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. Recuperado de: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502012000200003&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502012000200003&script=sci_arttext)
- Scotti, L. B. (2013). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en derecho*, 1, 267-289. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>
- Scotti, L. (2014). La maternidad subrogada en la legislación y jurisprudencia argentinas. *Revista digital En Letra*, 1, 47-78. Recuperado de: <http://enletra.com/>

- **Páginas web**

Baby-gest, 2017. “Historia de la gestación subrogada; antecedentes y casos previos.” (Gutton, Isabelle 2017) Consultado 11 de septiembre de 2018. Recuperado de:

<https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>

- **Legislación Nacional**

Argentina. Ley N° 23.264. *Modificación al Código Civil, Filiación*. Boletín Oficial 23 octubre 1985.

Argentina. Ley N° 26.994, *Código Civil y Comercial de la Nación*. Boletín Oficial, 8 octubre 2014.

Argentina. Ley N° 27.077, *Modificación vigencia Ley 26.994*. Boletín Oficial, 19 diciembre 2014.

Ley 26.862. “Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Promulgada Junio 25 de 2013. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Ley 26.061. “Ley de protección integral de los derechos de las niñas. Niños y adolescentes.” Sancionada: septiembre 28 de 2005. Promulgada de Hecho: octubre 21 de 2005. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-14999/110778/norma.htm>

Lorenzetti, R. L. (Ed.). (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley.

- **Legislación Internacional**

Alemania, Ley de Protección del Embrión N. 743/90. Disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290/>

Bruñol, M. C. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño número*, 125. Recuperado de: [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%20\\_y\\_derechos\\_9.pdf#page=125](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20_y_derechos_9.pdf#page=125)

- Canadá, Ley C-6 “Ley de reproducción asistida en Canadá”. Disponible en:  
<http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/37-3/bill/C-6/third-reading>
- Escocia, Subrogate Arregement Act 1985 de Escocia. Disponible en:  
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>
- España. Ley N° 14/2006, *Técnicas de reproducción humana asistida*. BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006, pp. 19947-19956. Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>
- Español, U. C. (2016). *Convención sobre los Derechos del Niño*. FUNDACIÓN UNICEF-COMITÉ ESPAÑOL.
- Francia. Loi N° 94-654, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prenatal*. Diario oficial, 19 julio 1994. Disponible en:  
[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=67D6E5099317178671D86EFD6138DCFD.tplgfr29s\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006136059&cidTexte=LEGI TEXT000006070721&dateTexte=20180925](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=67D6E5099317178671D86EFD6138DCFD.tplgfr29s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006136059&cidTexte=LEGI TEXT000006070721&dateTexte=20180925)
- Grecia. Ley N° 3089/2002, *Reproducción humana médicamente asistida*. Gaceta Oficial de la República Helénica n° 327, 23 diciembre 2002. Disponible en:  
[https://books.google.com.ar/books?id=2qvP9oagsQ8C&pg=PA675&lpg=PA675&dq=ley+3082+grecia+maternidad+subrogada&source=bl&ots=W\\_RX4XQ7BS&sig=VZXbNr3-6R9s44EV\\_Ku\\_yCSzm2k&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiL6fyFwdfdAhUBIJAKHUaGB7kQ6AEwA3oECAyQAQ#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ar/books?id=2qvP9oagsQ8C&pg=PA675&lpg=PA675&dq=ley+3082+grecia+maternidad+subrogada&source=bl&ots=W_RX4XQ7BS&sig=VZXbNr3-6R9s44EV_Ku_yCSzm2k&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiL6fyFwdfdAhUBIJAKHUaGB7kQ6AEwA3oECAyQAQ#v=onepage&q&f=false)
- Italia, Ley n.40, de 19 de febrero de 2004. Sobre normas en materia de procreación médicamente asistida. Disponible en:  
[http://www.hvn.es/servicios\\_asistenciales/ginecologia\\_y\\_obstetricia/ficheros/curso2011\\_reprod\\_12\\_reproduccion\\_asistida\\_en\\_italia.pdf](http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2011_reprod_12_reproduccion_asistida_en_italia.pdf)

Portugal. Ley N°32/2006, *Procreación médicamente asistida*. 26 de julio de 2006. Disponible en:  
<https://gestacionsustituta.es/leygestacionsubrogadaenportugal/>

Rusia, Ley N°5487-1 Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la federación rusa. Disponible en: <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>

Rusia, Ley federal N°143-12 Sobre actas de estado civil. Disponible en:  
<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12785>

Inglaterra, Ley Surrogacy Arrangements Act 1985. Disponible en:  
[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga\\_19850049\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf)

- **Jurisprudencia Nacional**

J.N.C N°86. Buenos Aires “NN O DGMB M S/Inscripción de nacimiento” (2013). Disponible en:  
<https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>

J.N.FLIA N°1.Mendoza. A cargo del Juez Dr. Carlos Emilio Neirotti. Disponible en:  
<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/93-maternidad-subrogada-en-mendoza>

J.N. FLIA N°2 Mendoza. A cargo del Juez Dr. Rodolfo Gabriel Díaz. Disponible en:  
<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/93-maternidad-subrogada-en-mendoza>

J. N. FLIA. N°4, Mendoza. A cargo de la Jueza Dra. María Delicia Ruggeri. Disponible en:  
<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/93-maternidad-subrogada-en-mendoza>

- **Jurisprudencia Internacional**

Caso Baby M. Tribunal supremo de New Jersey EE.UU. Disponible en:

[https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008_850215.html)

Caso Buzzanca. Tribunal de California EE.UU. Disponible en:

<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>

Corte Europea de Derechos Humanos, asunto 65192/11 (“Mennesson c/ Francia”), 26 junio 2014. Publicado en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

Corte Europea de Derechos Humanos, asunto 65941/11 (“Labassee c/Francia”), 26 junio 2014. Publicado en: <http://hudoc.echr.coe.int/>.