

Universidad Siglo 21



Trabajo Final de Graduación. PIA

Maternidad Subrogada, su vacío legal en el Ordenamiento Jurídico Argentino

Melisa Natalia León

Legajo VABG48285

DNI N° 31.036.156

2.019

Resumen

La maternidad subrogada es una especie dentro del género de técnicas de reproducción humana asistida, la cual ha ganado terreno en el entorno social como método procreacional. En virtud de la relevancia que ostenta esta modalidad de gestación de los hijos y las consecuencias que trae en el ámbito jurídico familiar al momento de la reformar el Código Civil se contempló una posibilidad de regulación, sin embargo, posteriormente fue eliminado de él.

A pesar de no encontrar una recepción en la codificación civil en vigor, este hecho no impidió que las personas utilicen este método gestacional para la conformación de una familia. Así, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente en materia de maternidad subrogada, así como también lo indicado por la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia nacional que han fijado criterios que redefinen las clásicas instituciones del derecho de familia. Ello, a los fines de analizar cuál es el marco jurídico vigente para la maternidad subrogada en la Argentina.

Palabras claves: maternidad subrogada – TRHA – voluntad procreacional – derechos reproductivos

Abstract

Subrogated motherhood is a species within the genre of techniques of assisted human reproduction, which has gained ground in the social environment as a procreational method. By virtue of the relevance of this method of gestation of the children and the consequences it brings in the family legal environment at the time of the reform of the Civil Code, a possibility of regulation was contemplated, however, it was subsequently eliminated from it.

Despite not finding a reception in the civil code in force, this fact did not prevent people from using this gestational method for the formation of a family. Thus, this research work will analyze current legislation on surrogate motherhood, as well as what is indicated by the doctrine, comparative law and national jurisprudence that have set criteria that redefine the classic family law institutions. This, in order to analyze what is the current legal framework for surrogacy in Argentina.

Keywords: subrogated motherhood – HART – procreational will – procreational right

Índice

Introducción.....	7
Capítulo 1: Las técnicas de reproducción humana asistida.....	9
Introducción.....	9
1.1. ¿En qué consisten las técnicas de reproducción humana asistida?.....	10
1.2. Fundamentación de las técnicas de reproducción humana asistida a partir de la Ley 26.862 y el Código Civil y Comercial de la Nación	11
1.3. ¿Cómo se establece la filiación de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida?	14
1.4. ¿Qué es la voluntad procreacional?	15
1.5. ¿Qué sucede con el derecho a la identidad de los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida?	18
Conclusión.....	25
Capítulo 2: La legislación comparada en materia de maternidad subrogada	28
Introducción.....	28
2.1. Países que admiten la maternidad por subrogación	28
2.1.1. India	28
2.1.2. Rusia	29
2.1.3. Inglaterra.....	30
2.2. Países que no admiten la maternidad por subrogación.....	30
2.2.1. Argentina	30
2.2.2. España.....	32
2.2.3. Contrato de alquiler de vientre en Estados Unidos.....	32
2.3. Características del contrato de alquiler de vientre	34
2.3.1. Casos paradigmáticos de los tribunales del mundo sobre maternidad por subrogación	34
2.3.1.1. Casos paradigmáticos de Argentina	34

2.3.1.2. Caso paradigmático de Rusia	36
2.3.1.3. Caso paradigmático de Colombia.....	38
2.3.1.4. Caso paradigmático de España	39
2.3.1.5. Caso paradigmático de Francia.....	39
Conclusión.....	40
Capítulo 3: Legislación vigente en materia de maternidad subrogada.....	42
Introducción.....	42
3.1. La maternidad subrogada.....	43
3.2. La maternidad subrogada en el Código Civil y Comercial.....	44
3.3. Argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada	47
3.3.1. Teoría de la Autonomía de la Voluntad.....	47
3.3.2. Teoría de la Dignidad Humana.....	49
3.3.3. Teoría de los Derechos del Niño	52
3.3.4. Teoría de los Derechos de la Mujer Gestante	53
3.4. Proyectos de ley que incorporan la maternidad subrogada	55
Conclusión.....	60
Capítulo 4: La maternidad subrogada en la jurisprudencia argentina	62
Introducción.....	62
4.1. Precedentes jurisprudenciales en supuestos de gestación por sustitución ..	63
4.2. Ausencia de un abordaje legislativo atinente a la maternidad por subrogación....	68
4.3. La determinación de la maternidad y la Inscripción del niño.....	70
Conclusión.....	74
Conclusiones finales.....	76
Bibliografía.....	80
Doctrina	80
Jurisprudencia.....	83
Legislación	83

A mis padres y hermanos,
quienes con su amor, paciencia y apoyo, me acompañaron a cumplir este sueño.

Introducción

La maternidad subrogada es sin duda un instituto que ha tomado una relevancia fundamental en los últimos años, gracias a los nuevos avances de la ciencia y la tecnología. A pesar de ello, esta nueva técnica, erróneamente no fue incluida y regulada por el Código Civil y Comercial argentino. Son innegables los debates y cuestionamientos que han surgido alrededor de este tema, entre ellos, el análisis de si se estaría vulnerando con su aplicación, derechos humanos fundamentales, o en qué casos la maternidad subrogada podría considerarse ilícita y por qué motivos.

Ahora bien, si intentamos definirla, concluiríamos diciendo que la maternidad subrogada no es más ni menos que una opción para aquellas parejas que no pueden concebir hijos de forma natural y que por ello, recurren a la prestación de un vientre que, por medio diversas técnicas logra que la madre subrogada gesté al bebé en su vientre. Y es acá donde surge la relevancia fundamental del tema, que tiene a este instituto como solución novedosa a una problemática real.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder lo siguiente: ¿cuál es el marco jurídico vigente para la maternidad subrogada en la Argentina?

El objetivo general del presente trabajo es analizar el marco jurídico vigente argentino para establecer los límites y requisitos que tendría la maternidad subrogada en la Argentina.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en analizar los antecedentes doctrinarios e históricos de la Maternidad Subrogada en nuestro país; analizar el marco jurídico del nuevo Código Civil y Comercial y la ausencia de un tratamiento de la maternidad subrogada en este; analizar los derechos que posee el niño, producto de la maternidad subrogada, así como los derechos y obligaciones que poseen la madre gestante y la que aportó el material genético; establecer la vinculación de la Maternidad Subrogada con otros institutos como la adopción y la ley de fertilización asistida; analizar las consecuencias de la aplicación de estas técnicas en términos de filiación para la legislación argentina.

La hipótesis por confirmar, o descartar, es que no hay una regulación de la maternidad subrogada en Argentina, pero, existen una multitud de legislaciones, principalmente la ley de fertilización mecánicamente asistida, las cuales sirven como un marco regulatorio previo que posibilitaría la regulación de la maternidad subrogada.

Ahora bien, respecto del tipo de investigación, se utilizará el descriptivo. Mientras que la estrategia metodológica adecuada para el desarrollo del trabajo final es la cualitativa, la cual utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación.

La técnica de recolección de datos que se empleará será la de observación de datos o documentos, es decir, la revisión documental de la legislación nacional y de los acuerdos internacionales, jurisprudencia y doctrina relativas al principio en estudio. Tal el caso del análisis de contenido, que es una forma particular de analizar documentos. Se pretende analizar las ideas expresadas en el texto, siendo el significado de las palabras lo que se intenta aprehender.

En cuanto a la delimitación temporal del presente trabajo, se tomará como punto de partida la sanción del Código Civil y Comercial. En cuanto a los niveles de análisis, la investigación comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, haciendo referencia en algunos casos al derecho comparado. También se estudiarán aquellos acuerdos internacionales celebrados por la República Argentina que consagren principios o garantías relativas al instituto.

El presente trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará las técnicas de reproducción humana asistida, en qué consisten, cuál es su fundamento y qué es la voluntad procreacional. El Capítulo II abordará la legislación comparada en materia de gestación por sustitución a los fines de conocer cómo se ha tratado esta cuestión en otros países.

El Capítulo III tratará sobre la legislación vigente en materia de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, las diferentes teorías al respecto y las posiciones a favor y en contra. El Capítulo IV analizará el tratamiento jurisprudencial dado a esta cuestión. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: Las técnicas de reproducción humana asistida

Introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida han significado un avance en materia de Derecho de Familia, por ser consideradas como una nueva fuente de filiación. De hecho, el legislador no le ha dado la espalda a la nueva realidad social; logrando avanzar con cautela en la regulación normativa de las técnicas de reproducción humana asistida, por tratarse de un tema que sigue siendo controversial.

Si se observa la discusión que ha generado el reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, con opiniones a favor y en contra, se podrá notar el cambio histórico que ha ocurrido paulatinamente en materia de vínculos filiales. Esto devino, ante la necesidad de contar con un marco jurídico en materia de técnicas de reproducción humana asistida.

Bajo la amplitud de este novedoso tema, el legislador tuvo que adecuarse a las circunstancias fácticas, evolucionando desde una negativa casi unánime hasta una creciente aceptación. De hecho, con la entrada en vigencia de la Ley 26.862¹, se allanó el camino para el reconocimiento de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el reciente Código Civil y Comercial de la Nación².

La incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida como nueva fuente de filiación, implica un significativo giro en materia filiatoria en el ámbito interno. Por ello, a través del presente capítulo, se pretende exponer en qué consisten las técnicas de reproducción humana asistida, a partir de la normativa legal señalada, haciendo mención de la figura de gestación por sustitución.

De igual manera, se explicará cómo se establece la filiación de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida, exponiéndose en qué consiste la voluntad procreacional. Igualmente, se mostrará en este capítulo qué sucede con respecto a la identidad del niño concebido con gametos donados a partir de los procedimientos que emplean éstas técnicas de reproducción.

¹ Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de junio de 2013.

² Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

1.1. ¿En qué consisten las técnicas de reproducción humana asistida?

Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, las “TRHA”) están definidas en el artículo 2 de la Ley 26.862 denominada de Reproducción Médicamente Asistida. Así las cosas, el mencionado artículo textualmente prevé lo siguiente:

A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción medicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación³.

Las TRHA son mecanismos empleados para la inseminación artificial o la fertilización *in vitro* del óvulo por el espermatozoide, que se practican en laboratorios; utilizando un proceso para la formación del embrión que luego será transferido a la cavidad uterina. De allí que, estas técnicas pueden tener lugar en las siguientes situaciones: en parejas heterosexuales con dificultad para concebir, en mujeres solteras o en parejas del mismo sexo, con donación de material genético (Galeazzo, 2015).

Antes del surgimiento de las TRHA, la paternidad era clara; pues siempre había un denominador común: las relaciones sexuales para procrear, coincidiendo en una misma persona el elemento genético, el biológico y el volitivo. Con las TRHA no sólo hay distinción entre lo genético y lo biológico, sino que provocan la disociación del elemento genético y del elemento volitivo en el nacimiento del ser humano. Dentro de esta gama de TRHA se encuentra la inseminación artificial y la fecundación extrauterina.

La inseminación artificial consiste en la colocación del semen del varón en el útero de la mujer previamente preparado. En este proceso se puede utilizar material propio del marido de la mujer (inseminación homóloga) o material procedente de un tercero donante (inseminación heteróloga). Mientras que, la fecundación extrauterina es diferente. Esta técnica de reproducción es un método que consiste en la fertilización de los óvulos de la mujer con el espermatozoide de su pareja fuera de la cavidad uterina, denominada como fertilización *in vitro* (Galeazzo, 2015, p. 16).

Como lo señala el autor Quintana (2013) las TRHA son tácticas instrumentales que pueden ser intracorpóreas y extracorpóreas. Como su nombre lo indica, en la primera, “la fecundación se produce artificialmente en el interior de la mujer y en la segunda, fuera de la

³Artículo 2 de la Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de Junio de 2013.

mujer; habiéndose obtenido previamente los gametos por distintos procedimientos, que a su vez, pueden ser homólogos o heterólogos” (p.8).

La variante más aceptada entre las TRHA es la homóloga, que enfrenta menores implicaciones legales de conflicto. En cambio, la heteróloga es propicia para que surjan dilemas relativos a la filiación del hijo nacido como resultado de la utilización del semen de un hombre, que no es la pareja de la madre o con material reproductivo de una mujer ajena a la pareja.

También puede utilizarse la controvertida figura de la maternidad sustituta o subrogada, se trata de un procedimiento que permite que una mujer ajena, con voluntad procreacional, desarrolle el embarazo y realice el parto; entregando luego al recién nacido. Y aquí surgen discrepancias éticas, religiosas, filosóficas, médicas y humanas; por ello, el Derecho debe avanzar con cautela, sin ignorar la nueva realidad social (Valdés, 2015).

Por otra parte, la autora Ales (2017) enfatiza que la maternidad subrogada presenta reparos, en cuanto a su inclusión en las TRHA. Como ya se ha dicho, se trata de una figura que presenta críticas jurídicas y éticas, por lo que resulta impostergable que el legislador nacional se pronuncie sobre esta figura y brinde un andamiaje de legalidad para todos los intervinientes.

De hecho, la maternidad subrogada es una figura jurídica que no se encuentra regulada en forma expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación⁴ y tampoco en la Ley 26.862⁵. No obstante, merece ser destacado que lo que no se encuentra prohibido en forma expresa por la ley, se encuentra permitido; y por su falta de regulación específica, queda sujeto al arbitrio judicial (Briozzo, 2017).

1.2. Fundamentación de las técnicas de reproducción humana asistida a partir de la Ley 26.862 y el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el “CCC”) introduce las TRHA como tercera fuente de filiación, que se suma a la filiación por naturaleza y a la adopción. De hecho, el artículo 558 del CCC estipula lo siguiente:

⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁵ Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de junio de 2013.

La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación⁶.

Con la reforma del código se incorporan las TRHA como nueva fuente filiatoria. En efecto, la Ley 26.862⁷ y su decreto reglamentario contribuyeron a la aprobación de la normativa sustantiva en vigor. El texto legal incluye los tratamientos de TRHA entre las prácticas con cobertura amplia por parte de las obras sociales y/o sistemas de medicina prepaga.

Explica Krasnow (2014) que “el avance logrado con la Ley 26.862 permite incluir en sus enunciados una exigencia social, con alcance general para toda la población” (p.2). En consecuencia, se pondrá fin a la interposición de recursos de amparo destinados a la búsqueda de un auxilio del Estado frente a la falta de inclusión de las TRHA, entre las prácticas con cobertura social. Sobre la cobertura de estos métodos es importante destacar lo que establece expresamente la Ley 26.862. Al respecto, en su artículo 8 se consagra lo siguiente:

El sector público de salud, las obras sociales, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida⁸.

En este sentido, el autor González (2013) arguye que la ampliación de esta cobertura, permite un equilibrio en la encrucijada presentada sobre los adelantos de la ciencia y el bien común de la sociedad. Dado que, se pone al alcance de todos –sin necesidad que los requirentes sean estériles o infértiles- la posibilidad de someterse a las TRHA. Así pues, ahora ya no es necesario acudir a los tribunales para acceder a estos tratamientos de reproducción, a través de obras sociales, empresas de medicina prepaga o el propio Estado.

⁶ Artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de Octubre de 2014.

⁷ Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de junio de 2013.

⁸ Artículo 8 de la Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de junio de 2013.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 26.862⁹, el principio bioético de justicia -dirigido a reconocer a todas las personas, el derecho a la atención de la salud en condiciones de igualdad- resultaba claramente transgredido.

Incluso normas provinciales, reconocían un limitado ámbito de cobertura de las prácticas de inseminación y/o fecundación con el empleo de material genético propio de la pareja (homólogas); excluyéndose a los procedimientos en los que se recurría a material genético de tercero dador (heterólogos). La norma cambia este paradigma, estableciendo una amplia cobertura que garantiza el acceso a las TRHA a todos, en igualdad de condiciones (Krasnow, 2013).

Por otro lado, con respecto a la filiación en estas técnicas reproductivas, si bien la mayoría de los autores coinciden en reconocer a las TRHA como una tercera fuente de filiación, existen detractores de esta tesis. La autora Briozzo (2017) arguye que “las TRHA no pueden ser consideradas una forma de filiación autónoma, ya que deriva de la naturaleza, debido al material biológico aportado” (p.10).

Conforme a lo señalado, en el establecimiento de la filiación, la distinción está en los medios a los que se recurre para lograr la concepción del niño por nacer. En el caso de una filiación derivada del vínculo biológico, la concepción se logra a través de las relaciones sexuales; que a diferencia de las TRHA, se recurre a la inseminación. Por su parte, el autor Sambrizzi (2013) también expresa reparos en cuanto a las TRHA que:

Son procedimientos que disgregan la procreación de la sexualidad. Se deja de lado el carácter unitivo de la procreación, resultante de la unión sexual de un hombre y una mujer; convirtiendo al “producto”, en un resultado de técnicas desarrolladas en un laboratorio, por personas distintas a los progenitores (p.21).

Y así, son innumerables las posturas en contra de las TRHA y su repercusión filiatoria. Sin embargo, la doctrina imperante admite estos métodos clínicos como una tercera fuente de filiación, independiente de las dos ya existentes. Así lo ratifica el artículo 558 del CCC¹⁰, que otorga a las TRHA los mismos efectos que la filiación por naturaleza y por adopción, con el límite máximo de dos vínculos filiales.

⁹ Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de junio de 2013.

¹⁰ Artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

De esta manera, la incorporación a la normativa sustantiva civil de las TRHA como una fuente filiatoria, constituye un avance en los aspectos que abarcan los derechos humanos fundamentales. Empero, aún dentro de este favorable panorama, existen situaciones donde estos derechos deben encontrar un equilibrio; máxime cuando se involucra el derecho a la identidad de las personas concebidas mediante la TRHA, para que el amor filial se conjugue efectivamente con la verdad de origen (Gil, 2015).

1.3. ¿Cómo se establece la filiación de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida?

La determinación de la filiación se vincula de forma directa con el querer ser progenitor. De este modo, la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica, cuando el vínculo filial encuentre su origen en las TRHA; esto en correspondencia con el criterio seguido en países como la Argentina, que tiene regulada en sus normas esta tercera fuente filiatoria (Krasnow, 2013).

Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son considerados hijos de aquellas personas que expresaron su voluntad procreacional; mediante la materialización de su consentimiento expreso e informado. En suma, la voluntad procreacional o elemento volitivo es el punto determinante en materia de determinación de la filiación derivada de las TRHA (Herrera, 2015, p.31).

El consentimiento es un requisito esencial, para la formalización de la voluntad procreacional. Por consiguiente, en las TRHA el vínculo filial queda determinado entre la persona nacida y quien o quienes hayan prestado el pertinente consentimiento previo, informado y libre; cuya forma y requisitos serán precisados más adelante. En esta línea de argumentación, se observa que, en las TRHA el hecho generador de la filiación es la voluntad procreacional. En otras palabras, “se puede expresar que se trata de la imputación que hace la ley, de ciertos efectos a un negocio jurídico -como el consentimiento del marido a la fecundación heteróloga- lo que fija la filiación” (Ales, 2017, p.2).

Detrás de este principio, se denota el análisis de la concatenación causal en la concepción de un niño. Tenemos entonces que, en la reproducción por medios naturales existe una voluntad y asunción del riesgo de una paternidad y maternidad; que se expresa más o menos eventual, cada vez que un hombre y una mujer deciden tener relaciones sexuales.

En cambio, en las TRHA, ya sea de tipo homólogo o heterólogo, la evidencia de la reproducción está ausente, pero no así la conducta voluntaria; la cual puede ser demostrada

por la documentación que acredite el recurso conjunto a un tratamiento. De modo que, tanto la maternidad como la paternidad se basaran en la voluntad de quienes manifiestan su consentimiento.

Por ello, se expresa que “una vez que se manifiesta conformidad de esas personas en someterse a las TRHA, para procrear, no cabe impugnar la filiación, aún si ésta se logró con gametos donados” (Ales, 2017, p.4). Es claro que, con estas técnicas de procreación, se cambia el paradigma en la determinación de la filiación, generándose una tercera fuente filiatoria, conforme a la ley.

1.4. ¿Qué es la voluntad procreacional?

En un sentido amplio, es el ánimo o la intención que posee una persona para procrear, o en su caso, para dejar de hacerlo. La voluntad procreacional es el pilar sobre el cual se edifica el régimen jurídico en materia filial, en las TRHA. Por ello, en todos casos, se reconoce que la identidad del sujeto, no solo surge del lazo biológico sino también del volitivo, relevante en el ámbito filiatorio en las TRHA (Herrera, 2015).

En cuanto a la definición de la voluntad procreacional, el código es expreso al conceptualizarlo. En este contexto, el artículo 562 del CCC define a la voluntad procreacional, bajo los siguientes términos, a saber:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos¹¹.

Como se observa, en el citado artículo se tutela expresamente la voluntad procreacional. De tal forma que, a tenor de lo expresado en esa norma, los hijos nacidos por las TRHA son también hijos del hombre y de la mujer que prestó su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quién haya aportado los gametos. Múltiples son los supuestos de hecho, que el ejercicio pleno de este derecho –sin discriminación alguna- puede generar, debido a la orientación sexual de las personas y la estructura familiar que estos decidan desarrollar. Sin embargo, debe admitirse un contexto de aplicación de estos

¹¹ Artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

procedimientos, basado en un pluralismo sostenido, que permita una igualdad de trato para todos.

Dicho lo anterior, expresa Gil (2015) que “la voluntad procreacional puede definirse como el deseo de tener un hijo y generar descendencia, sostenido por el amor filial, el cual emerge de la constitución subjetiva de las personas” (p.23). En efecto, el elemento central es el afecto o amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, deliberado y autónomo.

En criterio de la autora Briozzo (2017) la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo; darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco de una paternidad responsable, respetando la diversidad como característica inherente a la condición humana y familiar. En el entendido que, esa voluntad se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado.

El principio de voluntad procreacional, parte de la premisa de que el presupuesto de veracidad material es necesario pero insuficiente, para determinar el vínculo jurídico de paternidad. Afirma Ales (2017), que “una comprensión cabal de la juridicidad de este lazo, encuentra su fundamento también en las consideraciones de tipo social y afectivo, que el ordenamiento toma en consideración” (p.5).

El CCC en total consonancia con principios constitucionales e internacionales, valoriza el derecho de toda persona a formar una familia y, por ello, constituir un hogar –sea cual fuere su estructura-. Por ende, cualquier persona sin importar su condición sexual, puede acceder a la maternidad/paternidad mediante TRHA, pues, sólo importa la voluntad procreacional.

Es así, como comienza a formarse el concepto de voluntad procreacional, en el cual toma relevancia la voluntad de ser progenitor, y concebir un niño con gametos propios o donados; por medio del elemento volitivo y no el genético y/o biológico. Aunado a que, el interés superior del niño y el elemento volitivo se conjugan e interactúan, para la determinación de la cantidad de niños que nacen de las TRHA (Herrera, 2015).

Por su parte, el artículo 560 del CCC estipula expresamente el consentimiento que ha de otorgarse en las TRHA. En este sentido, se dispone lo siguiente:

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana

asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones¹².

Así pues, este consentimiento debe ser previo (antes de dar uso a las técnicas de reproducción humana asistida), informado (debiendo comprender los alcances del uso de las técnicas y ello para la validez de la aceptación del tratamiento y del proceso que éste comporta) y libre (sin ninguna coacción o presión de ningún tipo). Se excluye la posibilidad de consentimiento presunto, puesto que la falta de consentimiento no permite que se cree el vínculo filial (Herrera, 2015).

Respecto a la forma y requisitos del consentimiento requerido en las TRHA, es preciso destacar que el CCC prevé tal circunstancia. De modo que, el artículo 561 del CCC consagra:

La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión¹³.

Cabe destacar que, el consentimiento informado no es más que la exteriorización de la voluntad procreacional. Por consiguiente, se establece que el centro de salud que intervenga en la práctica médica, deberá reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a una TRHA. Esta manifestación de voluntad debe cumplir con ciertos requisitos; toda vez que este acto este revestido de mayores garantías y seguridad tanto para los usuarios como para los terceros involucrados. Expone Krasnow (2013) que “el consentimiento informado, no es un simple recaudo adicional en los procedimientos de TRHA; al contrario, se trata de un instrumento formal e indispensable en las TRHA” (p.31).

Como se ha dicho, antes de la aparición de las TRHA, sólo existía la procreación por medios naturales. Así que, quien dejaba embarazada a una mujer era necesariamente el mismo que aportaba el material genético, y la mujer –obviamente- gestaba el niño con sus propios óvulos. Es decir, lo biológico comprendía lo genético, siendo imposible disociarlos. En la actualidad, como consecuencia de las TRHA, se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que dan lugar a tres verdades. De tal forma, que las variables que pueden presentarse en el marco del derecho filial son:

¹² Artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

¹³ Artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

1. La verdad genética, donde lo relevante es haber aportado el material hereditario; 2. La verdad biológica, donde el origen cuenta con un acto humano y por último; 3. La verdad voluntaria o consentida, como la paternidad y/o maternidad determinada por la voluntad procreacional (Galeazzo, 2015).

De suerte que, se infiere que a partir de la vigencia del nuevo código no sólo se deroga el régimen de Vélez, sino que se impone un cambio de paradigma. En efecto, en la filiación derivada de las TRHA, la voluntad procreacional expresada por parte de los progenitores resulta de carácter relevante y demostrativa (Briozzo, 2017).

En definitiva, la causa-fuente para la determinación del vínculo jurídico de los hijos que nacen de TRHA, es la voluntad procreacional de quienes exteriorizan el consentimiento previo, informado y libre. Se reitera el carácter formal del consentimiento, el cual además de constar por escrito, ha de ser protocolizado por ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente.

Por otra parte, la autora Briozzo (2017) destaca que en cualquier caso, el consentimiento informado, debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. Es decir, se debe registrar el consentimiento en el centro de salud que llevará a cabo el tratamiento, debiendo ser renovado o ratificado ese consentimiento, cada vez que se utilicen los gametos o embriones.

De igual manera, el consentimiento podrá ser revocado mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Esta revocación también deberá ser expresa por el efecto que trae consigo. Así que, en las TRHA al faltar el elemento volitivo y el consentimiento expreso, no podrá realizarse ningún tratamiento de reproducción. La voluntad procreacional debe inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Quedando así reconocidas las TRHA como una nueva forma filiatoria en del derecho familiar. Lo pertinente es la voluntad procreacional, necesaria para ser progenitores (Herrera, 2015).

1.5. ¿Qué sucede con el derecho a la identidad de los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida?

El derecho a la identidad del niño nacido por el aporte de material genético donado, gira en torno al derecho a conocer los orígenes y al acceso a la información sobre el donante.

En el marco de las normas que regulan la filiación por TRHA, se contempla tanto el derecho a la identidad como su contenido, en el CCC. En este sentido, el artículo 563 del CCC establece el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. A tal efecto, se indica lo que sigue:

La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento¹⁴.

Lo anterior significa que, en los niños nacidos mediante el empleo de las TRHA está en juego el derecho a conocer el origen genético, no biológico. En este contexto, una cosa es tener derecho al dato de identidad filiatoria, y otra muy distinta es la pretensión de tener vínculos jurídicos, fundados en ese dato genético (Herrera, 2015).

A juicio del autor Gil (2015) toda persona tiene derecho a su propia identidad, a su verdad personal. Por tanto, “el dato genético constituye un elemento central de una identidad basada en la verdad, aunque no genere efectos jurídicos filiatorios” (p.24). Cabe resaltar que, para poder hacer efectivo el derecho de todo niño a su identidad, en primer lugar, el niño tiene que saber que ha nacido bajo los mecanismos de las TRHA, con gametos de un tercero. Dicho de otro modo, la persona nacida por TRHA tiene la posibilidad de acceder a toda la información identificadora del donante, pues no es privada del derecho a conocer su origen genético.

De acuerdo a lo previsto en artículo 563 del CCC¹⁵, el legislador se preocupa por el resguardo de la información relativa a donantes. Con esto, se busca satisfacer el derecho a la identidad de los niños nacidos por las TRHA, en cuya práctica médica se utilizó material ajeno a quienes tienen la voluntad procreacional y son considerados padres. Por tal razón, se reitera que el elemento central y fundante de la filiación es el volitivo, a través de la denominada voluntad procreacional. Esto no significa que el elemento genético no tenga interés, todo lo contrario; pues si bien la identidad genética no es el elemento relevante para generar vínculo filial, si lo es a los fines del derecho a conocer los orígenes (Herrera, 2015).

¹⁴ Artículo 563 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

¹⁵ Artículo 563 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

En lo relativo al contenido de la información, en torno a las TRHA, es necesario destacar lo que dispone el CCC. En efecto, el artículo 564 del CCC regula lo concerniente a ese contenido informativo, estipulando que:

A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local¹⁶.

Al respecto, sostiene la autora Muscolo (2015) que el Código no es absoluto, acerca de preservar la identidad del donante; dado que la persona nacida por TRHA –en principio- no puede acceder a la información identificatoria del donante. Pues bien, tal acceso observa algunas limitaciones por razones fundadas en el respeto por el derecho a hacerse de los avances de la ciencia médica.

Por eso, si bien el CCC¹⁷ resolvió judicializar el acceso a los datos identificatorios del donante de gametos; lo cierto es, que siempre que una persona invoque el derecho a la identidad genética, estarán acreditadas las razones debidamente fundadas que exige la norma. La justificación de este derecho, es tan fuerte que, difícilmente puedan existir presupuestos de hecho y argumentos que puedan fundar proporcionalmente la negativa de su pleno ejercicio (Gil, 2015).

Al respecto, la autora Krasnow (2014) opina que “la posibilidad de conocer datos identificatorios de la persona del donante, queda en manos de los jueces de familia, mientras la reglamentación legal respectiva no puntualice lo que ha de considerarse como razón fundada” (p.34). A su decir, aún deben precisarse ciertos parámetros para definir cuándo se está frente a una razón fundada.

En el sentido que, esa razón o motivo debidamente fundamentado, pudiera sobrevenir cuando haya un riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por TRHA. Existen multiplicidad de factores y motivos que deben estar suficientemente justificados, los simples caprichos o situaciones fútiles deben ser suficientemente limitados y precisados.

¹⁶ Artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

¹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Sin embargo, con la entrada en vigencia del CCC¹⁸ habrá que aguardar a que los órganos de administración de justicia especifiquen por escrito, cuáles son las razones debidamente fundadas para iniciar un proceso que permita dar a conocer la identidad del donante. Aunado a que, deberá fijarse cuál es el procedimiento idóneo para éste tipo de trámite (Muscolo, 2015).

En definitiva, el Código basado en el derecho a la identidad, garantiza el derecho a obtener dos tipos de información sobre el donante:

1) Información identificatoria: para obtener esta información se debe iniciar un proceso judicial para conocer la identidad del donante; exponiéndose las razones fundadas para que se ordene levantar el anonimato prometido al donante y por el cual efectivamente donó. 2) Información no identificatoria: para acceder a esta información, la persona nacida puede solicitar en cualquier momento tal información al centro de salud (Herrera, 2015).

Se distingue así la información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) de la información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). No obstante, ambas tienen en común que se protege a la persona nacida en sus derechos y resguarda también a los receptores (padres). De tal manera que, los receptores serán considerados como los padres legales de la persona nacida bajo las TRHA, otorgándoles la tranquilidad sobre su futuro vínculo legal. Con ello, se disipa cualquier temor a una eventual acción de impugnación de la filiación, basada en la ausencia de vínculo genético.

En opinión de la autora Krasnow (2014) el derecho a la identidad, es un derecho humano fundamental que nace y se moldea a lo largo de la existencia de la persona; siendo el origen, el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho. A su decir, conocer la verdad de la identidad, permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo. De manera que, se infiere la importancia que tiene para el individuo conocer sus orígenes y como este dato impacta en la construcción de su personalidad. La famosa premisa del individuo, en torno a conocer sus antecedentes, con el propósito de construir su futuro.

Siguiendo con el tema y considerando que en los casos de filiación por TRHA, el vínculo filial se define en función del elemento volitivo; es lógico pensar que el individuo

¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

nacido por TRHA debe tener a su alcance herramientas legales para acceder a su verdad de origen. En otras palabras, contar con la posibilidad de conocer su origen sobre su derecho a la identidad por una vía autónoma.

Como se observa, para revelar el anonimato del donante, el Código adopta una solución intermedia entre el anonimato absoluto y el levantamiento total del anonimato: se trata de un anonimato relativo o equilibrado. De hecho, el legislador exige que existan razones debidamente fundadas, ventiladas en un procedimiento breve y evaluadas por un juez con competencia en materia de familia. En cambio, en cuanto a la información no identificatoria, ya sean datos genéticos o de salud, la misma siempre estará disponible directamente en el centro de salud (Herrera, 2015).

Aduce la autora Galeazzo (2015) que las TRHA podrían significar un límite al acceso del conocimiento a la identidad del progenitor. Por tal motivo, al comprobarse las variables de derecho de acceso a los datos identificatorios del donante, esto conllevaría a un descenso en la obtención de gametos para la reproducción humana. Y a pesar del riesgo que asumen las personas que intervienen en estos procedimientos; no debe privarse el derecho a la identidad, que tienen las personas nacidas bajo estos tratamientos.

Así que, es necesario considerar –en estas situaciones- que el interés superior del niño debe ser atendido con preeminencia, al momento de adoptar cualquier tipo de medida que pueda afectar el ejercicio y goce de sus derechos. De modo que, deben ponderarse los derechos del niño, sin afectar otros, más aún cuando éste tiene derecho a conocer su origen biológico.

La autora Krasnow (2014) sugiere introducir la posibilidad de plantear una acción autónoma, destinada a la efectividad del derecho a la identidad, esto en referencia a la realidad biológica en la filiación por TRHA. Abrir las puertas a esta posibilidad, en nada afectará el emplazamiento filial que en las TRHA siempre responderá al elemento volitivo.

Desde la perspectiva expuesta, la decisión legislativa que se plasma en el CCC¹⁹, en relación a definir siempre el vínculo filial en esta fuente; no debe limitar el derecho del hijo de acceder a su verdad de origen. Sólo así, toda persona comprendida en esta situación, podrá alcanzar la efectividad plena, tanto de su derecho a la filiación como de su derecho a la identidad (Krasnow, 2014).

¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Y aquí, se cita lo sostenido por la autora Muscolo (2015), quien expresa que en razón del interés superior del niño, al existir un conflicto entre el derecho a conocer la identidad biológica y el derecho al anonimato del donante, deberá prevalecer el respeto por el derecho a la identidad. Incluso, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por la Argentina en el año 1990, mediante la Ley 23.849 acoge este criterio, al establecer en su artículo 7:

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos²⁰.

De seguidas, el artículo 8 de la referida Ley 23.849 (con rango constitucional desde 1994), prevé lo siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad²¹.

En sintonía con lo expuesto, la autora Krasnow (2014) enfatiza que la identidad, comienza a construirse desde el comienzo de la existencia de la persona y se proyecta hasta su fin. En función de esto, cuando la vida transcurre acompañada de la incertidumbre acerca de la verdad de origen, resulta debilitada la realización social de la persona. En definitiva, toda persona tiene derecho de acceder a su verdad en cualquier momento, no siendo admisible limitar esta facultad bajo ninguna excusa.

Visto lo anterior, cabe mencionar un precedente jurisprudencial dictado en resguardo del derecho a la identidad del aportante de los gametos utilizados en un caso de filiación TRHA; aceptando en parte, el derecho a la identidad de los nacidos por TRHA. Se trata de la jurisprudencia contenida en el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el caso “C., E. M. y otros c/ EN. M° Salud s/Amparo”²². En este caso, se admitió parcialmente una acción de amparo promovida contra el Poder

²⁰Artículo 7 de la Ley N° 23.849 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de Octubre de 1990.

²¹ Artículo 8 de la Ley N° 23.849 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de Octubre de 1990.

²²Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “C.,E. M. y otros c/ EN. M° Salud s/Amparo ley 16.986”, sentencia del 29 de abril de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Ejecutivo Nacional, con el fin de hacer valer el derecho de identidad de dos menores de edad nacidas por TRHA.

Este asunto versó sobre un recurso de amparo, con el objeto de que por intermedio del Ministerio de Salud o de otro organismo competente, se dispusiera la creación de un registro donde se reflejara toda la información existente en los centros de fertilidad y los Bancos de gametos. Esto con el fin de tener información, sobre los datos de identidad de los donantes de material genético.

De esta forma, el accionante en amparo pretendía lograr que los nacidos por TRHA, pudieran –al llegar a la mayoría de edad y en ejercicio del derecho- a conocer sus orígenes. Y no solo eso, sino también a acceder a dicha información, con la correspondiente autorización judicial, basando su petición en el derecho a la salud, procreación, protección de la familia e identidad.

A tal efecto, la Cámara ordenó al Ministerio de Salud de la Nación que procediera a arbitrar los medios convenientes, para preservar de manera efectiva la información en los TRHA. Es decir, aquellos relativos al donante de óvulos o gametos, utilizados en los procedimientos de fertilización asistida en dicho caso, bien sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general.

Lo anterior fue ordenado bajo la premisa, de que no se diera acceso a esa información a la parte interesada; esto con el fin exclusivo de que, dicha información fuera utilizada en las condiciones y modalidades que estableciera el Congreso de la Nación, en la respectiva reglamentación. De modo que esa regulación, dependería de la política legislativa que se adoptara en esa materia.

Cabe recalcar que en la resolución de la Cámara se distinguen dos aspectos: 1) El derecho a conservar la información obtenida por el centro médico, que intervino en el procedimiento de fertilización asistida sobre la identidad de la donante de los óvulos. 2) El derecho de una de las hijas de los co-actores (la que desconoce la identidad de la donante) a tener acceso a esa información, y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente, podrá hacerlo en el futuro.

En cuanto a la decisión judicial examinada, la autora Krasnow (2014) opina que, más allá de reconocer que hay un derecho de un menor de edad involucrado y que la información sobre la identidad de origen debe ser preservada y amparada; lo cierto es que resulta necesaria

una reglamentación legal más específica en la materia. Para esta autora, es preciso establecer con total claridad toda situación que se dilucide a futuro, en torno a estos supuestos. Toda vez que, existen muchas imprecisiones, con respecto a la definición de las “razones fundadas” que habilitan el acceso a la información identificatoria del donante.

De hecho, no debe olvidarse que la identidad como derecho, ha recibido un reconocimiento expreso en normas de fuente constitucional y convencional. Así tenemos que, por tratarse de un derecho humano personalísimo, es inexorable la efectividad del Estado para salvaguardar y tutelar estos derechos fundamentales, inherentes al individuo, en todo momento.

Conclusión

El reconocimiento normativo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), pese a las críticas y cuestionamientos que ha recibido, representa un avance legislativo notable frente a la dinámica social que impone un cambio de paradigma. En efecto, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación²³, con posterioridad a la Ley 26.862²⁴, se regula un tercer tipo filial.

Esta tercera fuente filiatoria, ha impactado notablemente el ámbito social. De modo que, se garantiza a todas las personas el derecho de acceso igualitario a los procedimientos de fertilización asistida, evitándose que estos procedimientos de salud, estén reservados solo a un grupo selecto de la sociedad. Por ello, la filiación no estará determinada por el elemento biológico, sino que esta abarca la voluntad procreacional o elemento volitivo. Y conforme lo explanado a lo largo del trabajo, esta voluntad procreacional se exterioriza o materializa, a través del consentimiento previo, informado y libre.

En consecuencia, quedó claramente dispuesto en el desarrollo de este trabajo que en las TRHA, el vínculo filial está determinado entre la persona nacida y quien o quienes hayan prestado el respectivo consentimiento. Por lo que -como se dijo- la falta de consentimiento que refleje la voluntad procreacional (el ánimo o la intención para procrear) no permite que se cree el vínculo filial.

²³ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²⁴ Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de junio de 2013.

Se concluye así, que la voluntad procreacional es el elemento medular para el establecimiento de la filiación derivada de las TRHA. Por tanto, el reciente reconocimiento legal de la filiación por TRHA, hace valer el derecho de toda persona a formar una familia, haciendo uso de los adelantos biotecnológicos, sin importar su condición sexual, económica o social.

También, se indicó que el derecho a la identidad de los nacidos por TRHA gira en torno a conocer sus orígenes y al acceso a la información -identificatoria y no identificatoria- sobre el donante, permitiéndosele un anonimato intermedio. Una cosa es tener derecho a conocer el dato de identidad filiatorio (saber que se ha nacido de TRHA) y otra, muy distinta es la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético (acceder a la información identificatoria del donante).

Al respecto, el Código Civil y Comercial de la Nación²⁵ estableció una solución jurídica a lo anterior. Por ello, en principio, se reserva la información identificatoria del donante -por razones establecidas en el respeto por el derecho a hacerse de los avances de la ciencia médica- salvo que existan razones fundadas que justifiquen revelar su identidad. Se deduce entonces que, el Código adopta solución intermedia entre el anonimato absoluto y el levantamiento total del anonimato del donante en los casos de TRHA. Lo importante es reflexionar sobre qué se entiende por razones fundadas que justifiquen revelar la identidad del donante.

Todavía queda mucho trayecto por recorrer sobre este aspecto, dada la necesidad de precisar a futuro las razones fundadas para levantar la identidad del donante. Por ello, resulta impostergable para el legislador establecer una reglamentación más específica en la materia, la cual deberá dictarse con precisión y rigurosidad, donde no existan vacíos ni lagunas legales al respecto.

No obstante, ante cualquier caso de conflicto de intereses entre el derecho a conocer la identidad biológica y el derecho al anonimato del donante, su resolución queda a instancia de las autoridades judiciales en materia de familia. Por tanto, corresponderá a los entes judiciales, examinar cada caso en particular. Y en los casos de duda, en procedimientos donde intervengan niños, deberá prevalecer el respeto por el derecho a la identidad de origen

²⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

biológico, en razón del interés superior del niño. De hecho, no hay justificativo suficiente para violar el interés superior del niño, superponiendo otros derechos sobre éste.

Máxime cuando se considera que los niños nacidos mediante TRHA requieren protección especial, ante la incertidumbre que puede sobrevenir en cuanto a su identidad de origen. En efecto, en la actualidad se afirma, casi sin discrepancias, que la posibilidad del individuo de conocer su pasado, le permitirá erigir su futuro.

Capítulo 2: La legislación comparada en materia de maternidad subrogada

Introducción

La maternidad subrogada es un convenio que puede ser oneroso o gratuito, por medio del cual acuerda el alquiler del vientre de una mujer para que gestee un niño. Esta gestación puede ser extracorpórea o intracorpórea, y puede tener su ovocito o no, y una vez que nazca el niño esta mujer se compromete a entregarlo a las personas con quien lo acordó. En este sentido, en el presente trabajo por medio del instrumento del derecho comparado se podrá estudiar sobre la maternidad subrogada y las disposiciones legales en diversos países. Igualmente, se podrá observar cuales son los países que lo admiten, y también cuales son los países que no admiten esta práctica.

Asimismo, se podrá estudiar en qué consisten el contrato de alquiler de vientre. De esta manera, se analizará las condiciones que deben darse para que pueda realizarse este tipo de contrato, como cuáles son las obligaciones de las partes, que es lo que espera la mujer que gesta el embrión. Aunado a ello, como se le denomina al contrato en que la mujer gestante no espera ninguna remuneración, cual es el objeto del contrato, y como culmina este.

De igual manera, se hará referencia a que países permiten la celebración de los contratos de maternidad por subrogación o también conocido como de alquiler de vientre. Igualmente, se señalarán y analizarán diversos casos paradigmáticos de tribunales extranjeros, entre ellos se hará referencia a casos sucedidos en los países de: Argentina, Rusia, Francia, Colombia, y España. En cada uno de ellos se realizaron argumentos que fueron de gran repercusión para el país en materia de maternidad por subrogación.

2.1. Países que admiten la maternidad por subrogación

2.1.1. India

En la Republica de la India, está permitido contratar a mujeres para gestar niños para terceras personas, es decir, se puede acordar el alquiler de vientres legalmente. Sin embargo, políticamente el gobierno ha modificado en parte ello, debido a que limitó la contratación de los vientres de mujeres indias por los extranjeros. Esto solo puede proceder en los casos de personas casadas que tengan mínimo dos años de matrimonio y que sean heterosexuales. Esta

norma contempla diversos requerimientos para que sean aceptadas la maternidad por subrogación (Grosso, 2013). Los cuales son los siguientes:

Primero el contrato de alquiler solo es admitido si el país de origen de las personas que desean contratar, permite este tipo de contratos en su país. En este sentido, es importante considerar que la mayor parte de los países no permiten el alquiler de vientre. Deben presentar una carta ante el Ministerio de asuntos exteriores del país de los ciudadanos, de manera tal que conste que se admite el alquiler de vientre es aceptado en el país extranjero. Asimismo, la carta debe estipular que al niño le será permitida la entrada al país como hijo de la pareja a la que se entregue.

Segundo los individuos que deseen viajar a la India para llevar a cabo este contrato; deben entrar al país con una visa médica y no con visa turista; Las mujeres indias que acceden a realizar esta gestación, solo pueden tener una edad comprendida entre 21 y 35 años, y se debe llevar a cabo un convenio debidamente firmado entre la pareja solicitante y la madre india que alquilará su vientre. El tratamiento de inseminación artificial solo puede llevarse a cabo en unas de las clínicas aprobadas por el gobierno.; y este tipo de contratos solo es admitido para parejas heterosexuales, y deben estar casados por un periodo mínimo de 2 años (Grosso, 2013).

2.1.2. Rusia

La maternidad subrogada Rusia se admite desde los años 90. Este tipo de práctica se encuentra prevista en varios textos legales rusos como el Código de Familia de la Federación de Rusia ²⁶ del año 1995, la Ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil²⁷ de 1997 y en el Decreto 107²⁸. Asimismo, en el 2012 fue regulada por la Ley Federal Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia²⁹.

Esta ley Federal antes mencionada, estipula en el artículo 51³⁰ lo que se conoce como gestación por sustitución y en sus artículos siguientes establece cuales son las personas que pueden acceder a realizar esta práctica. De esta manera, se mencionan que puede acceder a

²⁶ Código de Familia de la Federación de Rusia. Asamblea Federal de Rusia, 29 de diciembre de 1995.

²⁷ Ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil. Asamblea Federal de Rusia, 12 de marzo del 2014.

²⁸ Decreto 107. Gobierno de la Federación Rusa, 12 de julio del 2016.

²⁹ Ley Federal Sobre Las Bases De Protección De La Salud De Los Ciudadanos. Asamblea Federal De Rusia, 11 de noviembre de 1988.

³⁰ Artículo 51 de Ley Federal Sobre Las Bases De Protección De La Salud De Los Ciudadanos. Asamblea Federal De Rusia, 11 de noviembre de 1988.

ello las mujeres solteras, y las parejas heterosexuales. Por lo tanto, se excluye claramente a las parejas homosexuales (Chmielak, 2017).

Aunado a ello, se establecen cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que se concrete la subrogación de forma legal. En este sentido, se determina que los gametos deben pertenecer a la pareja que optan por llevar a cabo esta práctica, o también pueden ser de un donante. De igual manera, se requiere que la mujer tenga una condición que no le permita gestar, ejemplo de ello es que presenta problemas físicos, riesgo de transmitir enfermedades de origen genético a sus hijos gestados entre otros.

Asimismo, es indispensable que la madre que va a gestar otorgue el consentimiento para que los padres contratantes se puedan inscribir como padres legales del niño recién nacido. En otras palabras, la mujer que gesta debe traspasar los derechos de maternidad a las personas que tengan la intención o voluntad de formar una familia. Por ende, se debe presentar al momento de inscribir al niño en el organismo que compete, una constancia que corrobore toda la información solicitada, la cual debe provenir de la clínica (Chmielak, 2017).

2.1.3. Inglaterra

En Inglaterra la ley denominada "*Surrogacy arrangements Act 1985*³¹", regula esta práctica y establece en su segundo apartado que no se permite la maternidad subrogada de carácter onerosa, es decir no está permitida si tiene como fin un carácter comercial. Asimismo, como en primer lugar la madre que gesta es considerada la madre legal, los padres comitentes deben llevar a cabo una solicitud para solicitar la paternidad, por medio de ella lo que se busca es que se traspase la paternidad legal. Con todo lo que esta implica -derechos y responsabilidades- (Chmielak, 2017).

2.2. Países que no admiten la maternidad por subrogación

2.2.1. Argentina

La maternidad subrogación es un convenio que puede ser oneroso o gratuito, por medio del cual acuerda el alquiler del vientre de una mujer para que geste un niño. Esta gestación puede ser extracorpórea o intracorpórea, y puede tener su ovocito o no, y una vez

³¹ *Surrogacy arrangements Act 1985*. Parlamento de Inglaterra, 16 de julio de 1985.

que nazca el niño esta mujer se compromete a entregarlo a las personas con quien lo acordó. Cabe destacar que, se ha criticado el término de maternidad subrogada, debido a que las personas que contratan con la mujer gestante evitan a toda costa que esta mujer sea considerada la madre del bebé. En este sentido, se borra la maternidad, ya que la maternidad biológica no se considerada para declarar la filiación.

Es importante resaltar en relación a ello que, un contrato de subrogación que se celebre en Argentina se considera nulo por existencia de vacío en el objeto. Ello de acuerdo a los objetos que están dentro del comercio, y de esta manera queda excluido el niño como objeto, además de ello afecta la moral y las buenas costumbres. En este sentido, el contrato de vientre que trata sobre la gestión de un niño que luego debe ser entregado, necesita que sea considerada como causa del contrato aspectos que no se encuentran en el tráfico jurídico como la mujer madre y el niño. Ello se fundamenta en que es considerada una manipulación de personas, lo cual se encuentra prohibido como la manipulación de sus órganos (Grosso, 2013).

Además de ello, se asevera que el alquiler de vientre vulnera la dignidad de la mujer que es alquilada y también la del niño, y por ello se consideran nulos estos tipos de contratos. Este contrato que también incluye la filiación del niño, vulnera su dignidad personal. Por su parte, la regulación de las técnicas de procreación, hace que sea agregado el alquiler de vientres en la esfera contractual. Ello debido a que existe un contrato, un consentimiento expreso, un precio que se paga, entre otros aspectos.

En este sentido, se han llevado a cabo estudios que han corroborado que la vulneración presentada en estos casos tiene consecuencias perjudiciales en la psiquis y el desarrollo del niño. Ello debido a que la mayoría de las personas que fueron concebidas de que esta manera, les afecta el hecho de en su concepción había dinero de por medio (Grosso, 2013).

En razón de ello, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil la mayoría de las personas presentes votaron que lo correcto era que se prohibiera toda clase de contrato que trate de manipular o suprimir aspectos relativos a la identidad. Por ende, si se entiende que la contratación que tenga por objeto personas es considerada nula, este tipo de contrato carece de validez, de manera que se considera que contraria las normas del orden público. Por lo cual, las personas que lo realizan violan los derechos al permitir que se lleve a cabo el alquiler de vientre para engendrar un niño, que luego no puede tener relación con la madre que lo gestó (Grosso, 2013).

2.2.2. España

En España la maternidad por subrogación está prohibida, y ello se contempla en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida³². Esta ley establece que es nulo todo aquel contrato que trate cualquier tipo de subrogación, la cual contemple la renuncia de la filiación a favor de la persona contratante o de un tercero. Asimismo, estipula de forma expresa que los niños que nacen debido al acuerdo de subrogación procederán a determinarse al momento de su nacimiento. Asimismo, permite que se reclame la paternidad que le corresponde legalmente al padre biológico, de conformidad con las reglas de la filiación.

Empero, a pesar de lo explicado anteriormente diariamente aumenta el número de personas que viaja a España para llevar a cabo esta práctica médica. Sin embargo, es importante tener claro que los contratos de subrogación que se celebran fuera de España carecen de validez, ello por considerarse fraude a la ley, ya que en esta Nación la maternidad subrogada no es admitida. En razón de ello, se presentan diversos inconvenientes relacionados a la filiación de los niños concebidos de esta manera, y de su registro como hijos de las personas que realizaron este contrato (Chmielak, 2017).

2.2.3. Contrato de alquiler de vientre en Estados Unidos

El contrato de alquiler de vientre es un acuerdo en el que una mujer presta su consentimiento para quedar embarazada por medio de técnicas de inseminación artificial, y luego que nazca el niño se compromete a entregarlo a la persona que donó el esperma y a la esposa de éste. De esta manera, se renuncia a los derechos que le confieren por ley a la mujer que tuvo el niño sobre éste. Asimismo, como pago de ello, a la mujer por lo general se le otorga una remuneración, la cual es en la mayoría de los casos una suma de dinero (Rodríguez y Martínez, 2012).

Por su parte, el estado de Luisiana permite el contrato de madre subrogada tomando en cuenta los siguientes aspectos. En primer lugar, se entiende por contrato de maternidad subrogada al acuerdo por medio del cual una persona que no se encuentra casada acuerda con un hombre que otorga el esperma para llevar a cabo una inseminación. Por lo cual, se compromete a llevar el feto por el tiempo necesario hasta el nacimiento, y posteriormente se

³² Ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida. Congreso de los Diputados, 26 de mayo del 2006.

compromete a entregarlo a la persona que contribuyó su esperma para que sea custodiado y le transfiera todos los derechos y obligaciones del niño.

Por otro lado, según el estado de Michigan el contrato de maternidad subrogación es un acuerdo que consiste en que una mujer consiente concebir un niño por medio de técnicas artificiales o naturales, o en el cual una mujer se compromete a sustituir a otra es la gestación de su hijo. De esta forma voluntaria cede los derechos paternos o de custodia que tiene sobre el niño. En otras palabras, en este contrato la mujer se compromete a quedar embarazada de un niño por inseminación natural o artificial de una persona que no es su pareja, o sustituye en gestación a otra persona. Ello implica la renuncia de los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad (Rodríguez y Martínez, 2012).

Es importante resaltar que, el contrato de maternidad subrogada puede ser de dos tipos: altruista o comercial. Por su parte, el contrato altruista se da cuando la madre no acuerda ningún tipo de pago por el alquiler de su vientre, solo acepta los gastos que derivan directamente de lo concerniente al embarazo. Por otro lado, el contrato de maternidad subrogada de tipo comercial se da cuando la madre acuerda un pago como remuneración de las obligaciones establecidas en el contrato. Este pago puede consistir en una remuneración monetaria o también en pago por medio de objetos, servicios o cualquier otra cosa que tenga valor en dinero.

Con base en lo antes expuesto, se puede identificar cuáles son las obligaciones específicas que son correspondientes a cada una de las partes del contrato. Por su parte, la madre subrogada tiene la obligación de aceptar que le realicen la inseminación artificial con el esperma del solicitante, llevar el embarazo a término, también tiene que entregar el niño al padre biológico y a su esposa.

Por otro lado, se encuentran el padre biológico y su esposa, los cuales tienen la obligación de pagar todos los gastos médicos correspondientes al embarazo. Así como también los que sean generados legalmente debido a éste, también tienen que asumir su responsabilidad para cuidar al niño. En este sentido, en la mayoría de los casos si se acordare de esa manera debe pagar a la mujer contratada una compensación pecuniaria (Rodríguez y Martínez, 2012).

2.3. Características del contrato de alquiler de vientre

En primer lugar, es importante conocer que se entiende por maternidad subrogada, la cual es la gestación que se acuerda en un contrato, el cual puede ser oneroso o gratuito. Por medio de ello se renuncia a la filiación materna y se ceden estos derechos de filiación a las personas contratantes a un tercero determinado. En este tipo de contrato, la mujer accede a gestar un embrión con el cual no presenta una relación de origen biológico.

Por lo general, la mujer que se presta a la realización de esta práctica acuerda una remuneración económica, por el contrario, si no se espera ningún tipo de remuneración se le considera una maternidad subrogada altruista. El objeto de este tipo de contrato es el niño, debido a que se concibe por ser parte del contrato, y luego al nacer la madre que lo gesta lo entrega a la persona o personas contratantes, y su filiación es manipulada de manera biológica y también jurídica. Todo ello es posible debido a los avances de la biotecnología y la realidad legal que ha ampliado lo que se entiende por maternidad.

En este sentido, en los contratos de subrogación la mujer accede a tener en su vientre a un niño que es concebido por técnicas artificiales de procreación, ya sea fertilización *in vitro* o inseminación artificial, el cual entregará a otra u otras personas tan pronto como nazca. Cabe destacar que, son muchos los motivos por los cuales las personas deciden realizar este contrato, como lo son la esterilidad, la infertilidad, problemas físicos o biológicos que impidan que su embarazo sea prospero. Así como también, que personas del mismo sexo que desean tener hijos, personas de estado soltero que quieren tener hijos, entre otros casos (Chmielak, 2017).

2.3.1. Casos paradigmáticos de los tribunales del mundo sobre maternidad por subrogación

2.3.1.1. Casos paradigmáticos de Argentina

El caso paradigmático al cual se hará referencia se llevó a cabo el 28 de mayo del 2012 en el Juzgado N°86 Nacional Civil. Fue considerado el fallo más emblemático y de gran importancia sobre este tema. Asimismo, este fallo contribuyó a que se unieran muchos jueces y crearan una jurisprudencia que fuera contundente y la cual hoy en día ha sido aplicada a muchos casos. En este sentido, en el presente fallo se estableció que se debía considerar un elemento determinante para la filiación, la voluntad que se tiene de procrear. Por lo tanto, la

intención que se tiene de gestar un hijo con material biológico propio por medio de la aportación del embrión a la persona que presta su vientre en alquiler para que esta lo procrea y luego lo entregue en su nacimiento.

De igual manera, en este fallo se consideraron los antecedentes de pocos fallos que existían relativos a la inscripción de las partidas de nacimiento registrado en la India y que fueron presentados en el tribunal contencioso de Buenos Aires. Asimismo, indicó que, al ser presentados estos tipos de contratos en la realidad a pesar de no estar legislada era necesario que se otorgara una respuesta, por medio de la jurisprudencia ya que existía un vacío legal. De esta forma se consideró que no existía ninguna ley que prohibiera esta práctica

El mencionado fallo hizo referencia a la sentencia del 14 de abril del 2010 en la la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychu, Entre Ríos, en autos "B.M.A c/ F.C.C.R"³³. En este fallo se resolvió como respuesta a una acción de impugnación de maternidad, sin tratar sobre el fondo del asunto (maternidad subrogada) que procediera la acción a pesar de que no se cumplían de forma estricta los supuestos contemplados en el artículo 262 del entonces vigente Código Civil³⁴.

Es importante mencionar que, esta sentencia se fundamentó en los fallos del 22 de marzo del 2012, los cuales versaban sobre supuestos de gestación por sustitución que se realizaron en el exterior por matrimonios homosexuales³⁵ los cuales se fundamentaron en la voluntad de procreación. Así como también, en la no discriminación por orientación sexual, ello en conjunto con el interés superior del niño en lo relativo al derecho que tiene a su identidad, de esta manera en este caso se procedió a otorgar la co-paternidad de los dos padres de conformidad a lo establecido en la Resolución 38/12³⁶.

De igual manera, esta sentencia se basó en la Ley de fertilización asistida³⁷, en la Ley 26.862³⁸ y en el Decreto Reglamentario 956/2013³⁹. En este caso, específicamente presentaban un acta de nacimiento donde estaba el nombre de la madre que alquiló su vientre, pero no estaba el nombre de la niña, y ello se debió a que los médicos no sabían que colocar y

³³ Juzgado de Familia de Gualeguay, "B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario", sentencia del 19 de noviembre del 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

³⁴ Artículo 262 de Código Civil de la República Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 29 de septiembre de 1869.

³⁵ Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, "D. C. G y G. A. M. c/GCBA, s/Amparo", sentencia del 06 de marzo del 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

³⁶ Resolución 38/12. Instituto de Relaciones Industriales, 03 de febrero del 2012.

³⁷ Ley 26.862 de Fertilización Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de junio del 2013.

³⁸ Ley 26.862 de Fertilización Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de junio del 2013.

³⁹ Decreto Reglamentario 956/2013. Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de julio del 2013.

lo dejaron en blanco. Por otro lado, tampoco se halló rastro de consentimiento con fecha exacta, solo se halló informes psicológicos, constancia de citas en el centro médico y un ADN.

Posteriormente, les fueron entregados a los padres que procrearon el niño el acta de nacimiento, y ellos se encargaron de enviarlos a los Registros Civiles que correspondía por el domicilio de la clínica u hospital. Asimismo, por medio de estos casos se les señalaba a los padres procreacionales, que tenían el compromiso de comunicarle al niño que fue nacido por medio de esta práctica, la forma en la que se concibió, cuando éste tuviera la edad adecuada. Esta demanda nació como una inscripción de nacimiento, debido a que la niña que fue nacida de esta manera carecía de identidad hasta el momento en que se ordenó que fuera inscrito su nacimiento (Quaini, 2017).

2.3.1.2. Caso paradigmático de Rusia

En Rusia el caso Paradiso⁴⁰ se considera paradigmático en materia de maternidad subrogada. En este caso una pareja de nacionalidad italiana, debido a que no podían concebir hijos la pareja decidió contactar a una compañía reproductiva llamada *Rosjurconsulting* que se encontraba en Rusia. Todo ello para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución para lograr así tener un hijo (Chmielak, 2017).

Esta compañía solicitó 50.000 euros por el pago de la realización de esta práctica, y adquirió los gametos que necesitaba para llevar a cabo la fertilización *in vitro* y acordó con una mujer la gestación del niño. Asimismo, la compañía realizó un acuerdo con esta mujer por medio del cual se comprometía a entregar al niño apenas naciera, y a consentir que la pareja Paradiso- Campanelli inscriba al niño como su hijo.

Posteriormente, el niño nació en febrero del año 2011, y se registró en Rusia como hijo de la pareja contratante, pero no se señaló el contrato de subrogación que había sido suscrito. En base a ello, el consulado de Italia en Moscú emitió la documentación necesaria para que el niño viaje al país de origen de los padres.

Empero, al transcurrir los días el consulado de Italia ubicado en Rusia se contactó con las autoridades italianas para informar sobre la falsedad de lo contenido en el certificado de nacimiento del niño, y de esta manera se procedió a realizar las acciones legales pertinentes.

⁴⁰ Tribunal de Estraburgo. Caso “Paradiso y Campanelli c/ Italia”. 27 de enero del 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Ello se debió a que se consideró que la pareja actuó en fraude a la ley de Italia, y también vulneraron las normas de carácter nacional y las internacionales de adopción, ya que modificaron la identidad del niño. Aunado a ello, se comprobó mediante pruebas de ADN que ningún integrante de la pareja tenía un vínculo biológico con el niño y que los gametos que se utilizaron para la gestación fueron proporcionados por terceros.

Con base en ello, en el año 2011 el Juzgado de Minoridad de Campobasso negó la inscripción del certificado de nacimiento proveniente de Rusia, fundamentándose en la violación del orden público, y se le fue quitada la custodia del niño a la pareja y se procedió a darlo en adopción. De igual manera, se emitió un nuevo certificado de nacimiento en donde constaba que el niño había nacido en Rusia y que no se conocía el nombre de los padres.

Por lo tanto, ante la negativa del tribunal de Italia la pareja decide acudir a la Corte Europea de Derecho Humanos. Esta Sala en su fallo favoreció al matrimonio Paradiso-Campanelli y condenó al Estado de Italia. Su fundamento se debió a que a su juicio el Estado de Italia transgredió el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual estipula lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás⁴¹.

En razón de lo antes expuesto, la mayoría de los miembros de la Corte Europea opinaron que no se cumplían todos los requisitos que eran necesarios para remover al menor de la familia de hecho con la cual convivía, lo cual solo debía realizarse si eran presentadas situaciones extremas. Asimismo, debido a que no se admitió el certificado de nacimiento del niño, éste se encontraba sin identidad hasta el mes de abril del 2013. En este sentido, se le otorgó la prioridad la voluntad procreacional que tenían los padres, y se opinó que ya tenían una vida familiar con el niño y que no era adecuado dejarlo en un limbo judicial al no aceptar la inscripción de éste como hijo de la pareja italiana.

Por otro lado, la minoría de los miembros opinó que no existe ninguna razón por la cual considerar arbitraria la posición de los jueces de la nación de Italia, ya que estas actuaron conforme a lo estipulado en la ley, defendiendo de esta manera el orden público y para proteger los derechos del niño. En este sentido, el Tribunal de Italia actuó de acuerdo a lo que

⁴¹ Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consejo de Europa. 4 de noviembre de 1950.

consideró ilegal y fraudulento, ello ante la creación ilegítima de un vínculo familiar, y la separación entre lo biológico y lo real.

Este caso, fue llevado a la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual revocó la sentencia de la Sala. Alegó que Italia no vulneró el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴². Ello debido a que no se comprobó la existencia de una vida familiar entre el niño y la pareja, ya que no existía vínculo biológico entre ellos, y porque no habían pasado mucho tiempo conviviendo.

Asimismo, establecían que si esta situación se consideraba que era parte de la vida privada por tratarse de padres intencionales. Por lo cual, era legal que el Estado de Italia interviniera y que decidiera entregar al niño en adopción, debido a que la pareja defraudó la Ley italiana que prohibía la subrogación. Por lo tanto, fue la pareja y su forma de actuar, lo que puso al niño en una situación complicada, de incertidumbre jurídica y afectando su derecho a la identidad.

Aunado a ello, se señaló que se balanceó de manera adecuada los intereses, debido a que los tribunales italianos corroboraron que el niño no sufrió ningún daño irreparable motivado por la separación. De esta manera, la separación se considera justa porque se balancearon los intereses en juego y se respetaron las leyes nacionales.

De igual manera, se consideró que estaba de acuerdo a la ley el deseo del Estado italiano de que reafirmara la competencia exclusiva de su autoridad para reconocer las relaciones filiales y parentales. Ello se basó únicamente en el vínculo de carácter biológico o en una adopción legal, ello con la finalidad de que se protejan los niños. De esta manera, se evidencia que son varios los derechos que entran en conflicto.

Empero, debido a este fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, que tiene un gran valor, se le coloca un límite a la maternidad subrogada como nueva realidad biotecnológica, al turismo reproductivo y a los contratos de carácter internacional referente a este tema. Apoyándose también en los derechos y en los intereses del niño por medio de la aplicación de las leyes nacionales (Chmielak, 2017)

2.3.1.3. Caso paradigmático de Colombia

Es importante resaltar la sentencia T-968⁴³ del año 2009 de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual a pesar que no se trató como tal una regulación sobre el contrato de

⁴² Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-968. 08 de octubre del 2004. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

maternidad subrogada, se encargó de indicar dos aspectos de gran importancia. En primer lugar, se declararon válidos todos los contratos que versen sobre la maternidad subrogada, ello debido a que en Colombia no existe ninguna ley que lo prohíba.

De igual manera, se señaló la necesidad de regular y establecer unas pautas relativas a la celebración de este tipo de contratos. Por lo tanto, con base a esta necesidad que fue resaltada por la Corte Constitucional, resulta indispensable conocer y revisar los casos del extranjero que traten este tema. En base a ellas se identifican cuáles son los aspectos positivos que admitan la adopción de una regulación oportuna que regule ello en la Nación colombiana (Rodríguez y Martínez, 2012).

2.3.1.4. Caso paradigmático de España

El Tribunal Supremo de España dictó una sentencia⁴⁴ significativa, en la cual niega que un niño concebido en el exterior por una pareja homosexual sea inscrito en el registro. Ello se basa en que la norma de España referente a la regulación de la fecundación asistida estipula que es nulo el contrato de maternidad subrogada. Por lo tanto, al ser nulo no genera un vínculo de carácter filial, por lo cual la verdad gestacional se reafirma, de manera tal que se considera como única fuente de la filiación.

Empero, luego de ello la pica en Flandes emanada de una instrucción del Ministerio de Justicia en el año 2009, declaró admisible la inscripción de los niños concebidos por este tipo de contrato de maternidad subrogada en el extranjero. Así como también la coordinación de los sistemas jurídicos internacionalmente. En este sentido, el fallo estableció diversas alternativas para determinar la filiación de acuerdo a lo que más le conviene al menor dependiendo el caso, siempre tomando en cuenta su interés superior. Un ejemplo de ello es el establecimiento de la filiación del niño con su padre biológico, quien fue el que donó los gametos, así como la adopción o institución española de acogimiento familiar (Basset y Salaberri, 2014)

2.3.1.5. Caso paradigmático de Francia

Un precedente de importancia en Francia fue presentado el 13 de septiembre del 2013 en el Tribunal de Casación francés, en el cual se desestimó un recurso de revisión en el que se

⁴⁴ Tribunal Supremo Español. Sala Civil. Sentencia: 835. 16 de diciembre del 2013.

plantearon dos aspectos. Una es la recepción en el derecho francés de un contrato de gestación por un tercero celebrado por una persona de nacionalidad francesa en el exterior y la nulidad de reconocimiento de paternidad.

En este caso se disputaba si era viable que se aceptara la inscripción en el Registro civil de Francia de un acta proveniente de la India que hacía constar el nacimiento en ese país de una niña que tenía un padre francés. Así como también si era posible que el Ministerio Público impugnara que se reconociera la paternidad, antes de que naciera por medio de un oficial de Registro Civil.

Asimismo, el tribunal decidió aprobó el fallo de la Cámara de Apelaciones de Rennes e hizo referencia a que es justificable que se rechace la inscripción del acta de nacimiento realizada en el extranjero y redactada de acuerdo a los requisitos establecidos en ese país. Todo ello en fraude a lo establecido en la ley de Francia, la cual no permite la realización de contratos de gestación por cuenta de un tercero. Ello se fundamenta en la vulneración del orden público de acuerdo a lo establecido en los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés⁴⁵.

Igualmente, declaró nulo el reconocimiento dispuesto por la Cámara, basado en que al ser un acto de reconocimiento de paternidad que se llevó a cabo como fraude de la ley de Francia, debido a que no es necesario que se compruebe que la persona sea el verdadero padre. Finalmente, el tribunal concluyó que “cuando se presente un fraude a la ley, no se puede invocar que disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Ni tampoco la Convención de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales” (Tello, 2014, p. 18).

Conclusión

La maternidad subrogada, es la gestación que se acuerda en un contrato, el cual puede ser oneroso o gratuito, y por medio del cual se renuncia a la filiación materna y se ceden estos derechos de filiación a las personas contratantes a un tercero determinado. Este contrato de alquiler de vientre es un acuerdo en el que una mujer presta su consentimiento para quedar embarazada por medio de técnicas de inseminación artificial. Luego que nazca el niño se compromete a entregarlo a la persona que donó el espermatozoides y a la esposa de éste, renunciando de esta forma a los derechos que le confieren por ley a la mujer que tuvo el niño sobre éste.

⁴⁵ Artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés. Parlamento francés.

Asimismo, como pago de ello, a la mujer por lo general se le otorga una remuneración, la cual es en la mayoría de los casos una suma de dinero

En este sentido, en el presente trabajo por medio del instrumento del derecho comparado se lograron estudiar diversos países y analizar la legislación de cada una de ellas, y con base a ello observar cuales permitían la maternidad por subrogación y cuáles no lo permite. De esta manera, se señaló que dentro de los países que admiten esta práctica se encuentran: India, Rusia e Inglaterra, y se hizo referencia a los requisitos o condiciones que se requiere para que estos sean admitidos.

En la India se permite que se llegue a acuerdos con mujeres para prestar su vientre con la finalidad de gestar un niño, sin embargo, el gobierno limitó este tipo de contratos. Por su parte, Rusia admite la realización de este tipo de acuerdos claramente por medio de diversas leyes rusas. En tanto Inglaterra es un caso especial, puesto que solo permite la subrogación altruista, la cual está contemplada en la ley denominada "*Surrogacy arrangements Act*⁴⁶".

Asimismo, se señalaron y analizaron algunos países que no admitían estas prácticas, dentro de los cuales están: Argentina y España. Por su parte, en Argentina el contrato de subrogación se considera nulo por existencia de vacío en el objeto, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 956 del Código Civil el cual menciona los objetos que están dentro del comercio. De esta manera, queda excluido el niño como objeto, además de ello afecta la moral y las buenas costumbres. Por otro lado, en España la maternidad por subrogación está prohibida, y ello se contempla en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida⁴⁷. Finalmente, se estudiaron diversos casos que marcaron pauta en los tribunales extranjeros y que sirvieron de guía para solventar diversos conflictos de maternidad subrogada.

⁴⁶ Surrogacy arrangements Act 1985. Parlamento de Inglaterra, 16 de julio de 1985.

⁴⁷ Ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida. Congreso de los Diputados, 26 de mayo del 2006.

Capítulo 3: Legislación vigente en materia de maternidad subrogada

Introducción

Las realidades sociales inminentes han conllevado a los países a incorporar en sus legislaciones aspectos que anteriormente se encontraban vetados por factores morales, culturales y religiosos, entre otros. Esto sucede en la República Argentina que en su legislación prevé el matrimonio entre personas igualitarias o del mismo sexo quienes, sin duda alguna ante dicho reconocimiento han exigido el derecho a cimentar una familia y en consecuencia se han presentado numerosas diatribas.

Estas diatribas incluyen también a los matrimonios heterosexuales que por razones médico científicas se encuentren imposibilitados para la procreación de su descendencia; así como las personas solteras deseosas de cimentar descendencia. La formación de una familia es un derecho fundamental, que debe ser garantizado por el Estado.

Por ello surge la necesidad de establecer bases jurídicas que faciliten a las parejas o personas que se encuentren bajo alguno de los supuestos que le impidan biológicamente procrear, acudir a técnicas de reproducción asistida de baja o de alta complejidad. Esto se hace con el afán de recurrir a todos los métodos posibles para la conformación de su familia. Sin embargo, los intentos de legislar al respecto han resultado infructuosos, por esto, la solución a tal problemática ha venido siendo jurisprudencial.

Esta es la razón por la que en el presente capítulo se estudia la maternidad subrogada, también conocida bajo el nombre de “alquiler de vientre”, como técnica de reproducción asistida. Esta situación, debido a su interpretación dentro de las normas del derecho sustantivo civil, ha generado corrientes jurídicas a favor y en contra de la maternidad subrogada, y los intentos que se han presentado para legislar dentro de la República Argentina sobre tan controvertido tema.

Dentro del presente estudio se procederá a realizar una revisión bibliográfica sobre los distintos puntos abarcados, a efectos de tener una mejor ilustración sobre los mismos, y así entender pese a las corrientes contrarias a esta modalidad de maternidad, la necesidad de incorporar dentro de la legislación una solución que facilite su uso. En aras de salvaguardar a aquellos que se han visto afectados ante el reconocimiento de unos derechos como el matrimonio, el cual va de la mano de la fundación de una familia.

3.1. La maternidad subrogada

Esta modalidad de maternidad subrogada se origina como una necesidad de garantizar el derecho a la reproducción humana a las parejas heterosexuales o no e incluso a mujeres y hombres en estado de soltería imposibilitados para la procreación. Esta modalidad es sumamente controversial por las implicaciones éticas, sociales, culturales religiosas, legales y psicológicas que la rodean, pero a la cual acuden para lograr reproducirse con el aporte de sus cargas biológicas.

El futuro niño o niña se encuentre emparentado con sus padres (comitentes); siendo que la mujer gestante según el caso podría optar a inseminaciones o transferencia de embriones según las capacidades reproductivas que caractericen a la pareja que manifieste su voluntad de procrear bajo esta modalidad (Ales, 2016. p.7).

En primer término, es necesario aclarar que la maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida, pues son éstas las que hacen posible la existencia de casos de maternidad subrogada. Esto se logra facilitando conocimientos e instrumentos científicos, que permiten una mamá gestante únicamente portadora del embrión que una vez gestado, debe ser entregado a sus padres biológicos.

Los padres biológicos son quienes han aportado los gametos (óvulos y/o espermatozoides), para la concepción del hijo, previo acuerdo consentido de los involucrados, lo cual implica la renuncia a la filiación materna de la gestante. Cambiando así la presunción de maternidad contemplada en las legislaciones de la mayoría de los países, de la forma como éstas establecen la maternidad en la actualidad (Ales, 2017). La participación de los futuros padres biológicos a quienes se les llama técnicamente comitentes y a diferencia de los casos de donación de células reproductoras (óvulos y/o espermatozoides), conlleva a éstos a una asistencia continuada a favor de la gestante hasta el momento del parto.

En ese momento se da el traspaso definitivo de la guarda y patria potestad del recién nacido a los comitentes o comitente. Esta situación implica el pago de gastos asociados al estado de gestación y a los posibles riesgos que la madre subrogada está asumiendo al consentir o aceptar dicho papel, en el cual ha renunciado a todo derecho asociado a la maternidad para con el ser que se está gestando en ella (Galeazzo, 2015).

Es así como quedan señaladas las características de la maternidad subrogada, a efectos de su diferenciación ante el uso de técnicas de reproducción asistida de baja o alta complejidad. Estas persiguen la concepción de un ser en un vientre ajeno con carga genética

normalmente distinta a la de la gestante, con quien los futuros padres adquieren obligaciones para el término del embarazo.

3.2. La maternidad subrogada en el Código Civil y Comercial

En la República Argentina ha habido incertidumbre por parte de las parejas heterosexuales interesadas en procrear pero que por razones médicas les resulta imposible la satisfacción del derecho a la reproducción, sobre acudir a técnicas científicas que coadyuven mediante el uso de técnicas de reproducción asistida de baja o alta complejidad. Estas técnicas pueden ser homólogas o heterólogas. Incluso se ha recurrido a la contratación de madres gestantes cuando se les imposibilita llevar a la madre biológica un embarazo a feliz término.

Esto se puede conseguir acudiendo a países donde la maternidad subrogada se encuentra legalmente permitida, o mediante prácticas en su país de origen al margen de la Ley. No existe una regulación dentro del Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁸, tampoco disposiciones que establezcan los fundamentos jurídicos para evitar perjuicios tanto a los futuros padres como a la madre gestante.

Dichos perjuicios están vinculados especialmente con los derechos a la identidad del niño, a las relaciones familiares y a la consolidación de la familia, derechos éstos que guardan estrecha relación con el interés superior del niño previsto en la Convención de los Derechos del Niño⁴⁹ y la protección que requieren no solo los padres biológicos sino también la madre gestante (Quanini, 2017).

Las situaciones presentadas bajo este matiz en parejas heterosexuales han sido sometidas de manera reiterada ante los órganos jurisdiccionales a los fines de dirimir las controversias que se presentan especialmente con la identidad del niño concebido bajo el uso de esta práctica (maternidad subrogada). En estas circunstancias, ha correspondido a los órganos jurisdiccionales dictar las medidas necesarias en interés superior del niño tomando como referencia decisiones emitidas por tribunales internacionales en la materia, puesto que como en nuestro país no existen precedentes legales en la materia, es necesario recurrir a jurisprudencia internacional (Herrera, 2015).

⁴⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁴⁹ Ley N° 23.849 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de Octubre de 1990.

Al efecto, ante la ausencia de legislación civil que regule ese campo se han obtenido decisiones reiteradas que se han fundamentado en la voluntad procreacional de la pareja, todo lo cual se logró ante la inexistencia de una norma que de manera expresa impidiera acudir a éste tipo de técnica.

Así mismo, el controversial tema se agudiza con la entrada en vigencia de la Ley 26.618⁵⁰, la cual incorpora dentro de la normativa del derecho civil, el matrimonio igualitario bajo los mismos requisitos y surtiendo los mismos efectos que el matrimonio civil heterosexual. Sin embargo, se limita con respecto a los matrimonios compuestos por parejas del mismo sexo, a reconocer únicamente la posibilidad de que éstos ocurran a la figura de la adopción para la conformación de su familia. Si bien el proyecto de reforma reconocía la opción de que estas parejas pudieran acudir a madres gestantes subrogadas, resultó excluido el tema del texto jurídico por razones éticas y morales.

Esto trajo como consecuencia, controversias en aquellos casos de las parejas que habían recurrido al margen de la normativa argentina y de sus países propios a la contratación de vientres para lograr la concepción de sus hijos con sus aportes genéticos. Este tipo de situaciones han creado jurisprudencia a efectos de no lesionar el derecho a la identidad de los niños y en consecuencia su filiación (González, 2014).

Ahora bien, la Ley N° 26.862⁵¹, está dirigida a regular y garantizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida para al logro de un embarazo, cuyos sujetos beneficiarios son todas las personas con capacidad de asumir derechos y obligaciones previa emisión de su consentimiento informado sobre el procedimiento al cual va a ser sometido. De esta forma se abarca a las parejas integradas por la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT), reconociéndoles tácitamente el derecho a la procreación acudiendo a madres gestantes subrogadas.

Esta figura, que si bien no se encuentra de manera expresa prohibida debe entenderse permitida en consideración a la progresividad de los derechos de los optantes a la misma, en cuyo caso no solo se estaría frente a parejas del mismo sexo. Sino también ante parejas heterosexuales que tengan un impedimento para llevar a término un embarazo sobre la base de la no discriminación por la orientación sexual o estado civil de los optantes a esta técnica.

⁵⁰ Ley N° 26.618 de Matrimonio Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 21 julio de 2010.

⁵¹ Ley N° 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de junio de 2013.

En estos casos, las distintas decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales que han conocido de situaciones en controversia, se han inclinado en el dictamen de sus decisiones a la voluntad procreacional (Krasnow, 2013). Es una noción que contempla el Código Civil y Comercial de la Nación con el cual se pretende dar una solución a las controversias suscitadas con ocasión a la determinación de la filiación de los niños y niñas, concebidos bajo los procedimientos de reproducción asistida al prever dicha figura en su artículo 562, el cual dispone:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos⁵².

El mencionado dispositivo exige como requisitos para que opere el establecimiento de la filiación el consentimiento previo de la pareja, e informado y libre de quienes se someten a éste tipo de prácticas, mas sin embargo no regula de manera expresa la figura de la madre gestante sustituta. Resultando aun en la actualidad controversial la temática a la cual la jurisprudencia ha sido la que ha reconocido esta figura en consideración a los principios previstos en la Convención de los Derechos del Niño⁵³.

Del mismo modo opera la no prohibición expresa de la misma, por lo que al haber el reconocimiento legal de matrimonio entre iguales y una ley que regula la reproducción asistida sin exclusiones. Resulta inminente que bajo las condiciones señaladas en el mencionado dispositivo legal surja tal reconocimiento, en consideración al hecho de que se encuentra relajado el principio conforme al cual la única reconocida como madre del recién nacido es quien lo da a luz (González, 2014).

De este modo la situación hace compatible con el ordenamiento jurídico, la figura de la madre gestante sustituta. No obstante, dado lo controversial del tema, existen opiniones en desacuerdo a lo aquí planteado al señalar que el niño no puede ser tratado como un objeto, ya que primaría la voluntad de los adultos sobre sus derechos previstos en las distintas convenciones (Basset, 2016).

⁵² Artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁵³ Ley N° 23.849 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de Octubre de 1990.

3.3. Argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada

Lo novedoso de la temática y la legislación que ha venido reconociendo derechos a las familias, y personas deseadas de ser padres haciendo uso de la ciencia médica y la tecnología, han generado posiciones no solamente éticas y morales sino teorías algunas favorables y otras contrarias a la posibilidad de la existencia de la maternidad subrogada o gestante sustituta, como también se le suele llamar ellas son:

3.3.1. Teoría de la Autonomía de la Voluntad

Referirse a la teoría de la autonomía de la voluntad es referirse a corrientes de orden filosófico y moral que influyeron en la reforma del Código Civil y de Comercio de la Nación⁵⁴. Estas corrientes fueron expuestas al momento de incorporarse el articulado referente a la filiación, que de alguna manera permite bajo el sustento del interés superior del niño reconocer a los hijos concebidos bajo el uso de técnicas de reproducción asistida cuestionables hoy en día.

La autonomía no sólo debe verse desde la óptica de la madre gestante, sino también en consideración al niño cuya concepción tendrá a bien por nacer; en primer término, en la maternidad subrogada no debe mediar un incentivo económico que haga entrever la existencia de un negocio que permita a la gestante algún tipo de enriquecimiento, pues la voluntad de gestar debe estar movida exclusivamente por motivos altruistas y no por una retribución de carácter pecuniario.

La legislación civil, si bien señala que para la maternidad subrogada debe mediar un acuerdo entre los involucrados, su carácter debe ser gratuito, salvo los temas referidos a los gastos necesarios para llevar a un buen término el parto. Así que, para la determinación de la filiación del recién nacido bajo el uso de esta técnica, la legislación civil exige la existencia de un contrato, suscrito bajo ciertas condiciones y requisitos de obligatorio cumplimiento para su validez. Este debe abarcar inclusive una autorización por parte de una autoridad judicial para poder llevar a cabo dicha práctica entre los padres comitentes y la madre gestante.

Si el contrato no existiese, o tampoco las condiciones estipuladas para su validez, la filiación se establecería bajo las reglas de la naturaleza. En el caso de existir un pago, al considerarse la mediación de algún tipo de beneficio pecuniario, el carácter autónomo de la

⁵⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

voluntad de la madre gestante estaría realmente movido por la contraprestación que éste recibiendo a cambio de dar a luz un niño. Al nacer, éste sería entregado a otros, siendo una voluntad tergiversada y en consecuencia no altruista, es por ello que ésta voluntad debe semejarse a la intencionalidad de quienes libremente manifiestan su deseo de ser donantes de órganos y de esta forma no mercantilizar el cuerpo de la mujer (Seleme, 2013).

Igualmente, dentro de la teoría de la autonomía de la voluntad, se presentan distintas corrientes filosóficas que más que favorables para la subrogación materna, crean conflictos desde el punto de vista moral, social y político. Se presentan las alternativas liberales, comunitaristas y feministas que sin duda influyen desde los distintos puntos de vista de los que pudiera ser vista esta práctica, la cual genera opiniones desfavorables, respecto a los cuales es necesario señalar:

Para la corriente comunitarista, la autonomía reproductiva tiene valor si hay distintas alternativas a seleccionar que resulten social y culturalmente aceptables dentro de determinados círculos, en el caso de la maternidad subrogada esta corriente es contraria a su posibilidad pues culturalmente no resulta aceptable dentro de los distintos círculos sociales.

En contraposición a esta corriente está la feminista, la cual se encuentra dividida; un grupo aboga por las técnicas de reproducción asistida, para que sean cada vez más amplias para su acceso. Otro grupo, por el contrario, es partícipe de que las mismas les causan ciertas discriminaciones, al ser vistas por otros sectores las técnicas de reproducción asistida como normales, viéndose socialmente obligadas a recurrir a dichos procedimientos pese a sus elevados costos (Seleme, 2013).

Por su parte las teorías liberales, refieren dentro del ámbito del derecho a la reproducción a la no interferencia mediante prácticas distintas al contacto sexual para la reproducción humana. Hacer lo contrario no sería moralmente aceptable pues tales decisiones pudieran afectar, causando posibles daños a terceros incluido el feto, puesto que la decisión de los padres comitentes de la procreación no le garantiza al futuro niño el ejercicio pleno e inmediato de sus derechos tal como el de la identidad. Por esta razón, en el momento de la decisión de concebir con la ayuda de una madre gestante subrogada, el interés superior del niño no está siendo valorado y mucho menos los posibles daños que éste pudiera sufrir en razón a sus orígenes.

Esta situación nacida gracias a una decisión de los padres comitentes y no a una concepción producto de un intercambio sexual, trae como consecuencia la existencia de una

vida engendrada bajo el uso de técnicas de reproducción asistida, en una madre gestante subrogada. Lo cual le daría a ese nuevo ser humano características que pudieran o no, semejarlo al ser engendrado bajo relaciones sexuales entre una pareja (Seleme, 2013).

Por el contrario, en los casos de inseminación artificial la situación es menos distante de lo moralmente aceptable por encontrarse sujeta a menos control pues el feto es gestado en el propio vientre de la madre. Sin embargo, se llama a la reflexión para que las parejas se aparten del afán de ser padres, y vean a sus hijos como dones que han recibido de la divinidad y sobre quienes nadie ha ejercido control alguno.

Por otra parte, hay un argumento político como crítica al Estado pues éste por razones éticas y morales no debería diseñar instituciones que hagan entrever que se tiene el control para la concepción de un ser humano. Sino que entienda que se es autónomo para la concepción de un embarazo, el cual debe ser consecuencia de una relación sexual natural, haciendo incorrecto pretender incentivar la maternidad por subrogación.

3.3.2. Teoría de la Dignidad Humana

Existe otra visión desde la cual puede ser estudiada la maternidad subrogada, se trata del concepto de la dignidad humana. Este concepto se basa en el hecho de que los seres humanos tienen el derecho a ser vistos como entes biológicos pensantes, y que por tanto todos tienen derecho no solo a tomar decisiones sobre su propio cuerpo. Aparte de ello deben ser protegidos contra toda intención de utilizar su organismo como una máquina o como un producto que puede ser objeto de venta o arriendo (Marrama, 2017).

De igual forma, Ales (2017), expone una serie de ideas que dan luz acerca de lo que puede entenderse como dignidad humana y cuáles son sus posibles límites, igualmente cuáles son sus alcances, de forma tal que se explica la forma en que el concepto de dignidad protege a los seres humanos contra tratos crueles y/o denigrantes. De esta forma, en ningún momento puede considerarse como una falta a cualquier legislación o código de conducta, el derecho a invocar la dignidad humana como argumento para rechazar la ejecución de cualquier actividad que pueda considerarse contraria a ésta.

En este sentido, es necesario enfatizar que el concepto de dignidad humana parte del hecho de la consideración de los seres humanos como personas, las cuales gozan de derechos

que fueron establecidos en principio en la Declaración de los Derechos del Hombre⁵⁵. De allí se desprende el hecho de que la mayoría de las legislaciones alrededor del mundo se basan en los tratados internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, todas las legislaciones que surjan de allí, deben considerar a los seres humanos como personas entre cuyos derechos se cuenta la dignidad (Ales, 2017).

A pesar de que la dignidad humana se considera un derecho fundamental e indivisible, ninguna legislación establece de manera explícita el concepto de ésta (Ales, 2017). Por la razón anteriormente expuesta, es necesario acudir al pensamiento filosófico, el cual expresa la dignidad humana como dignidad completa e inherente. Este concepto metafísico expone que “la dignidad es una cualidad que nace con la persona, y que ésta no puede bajo ningún concepto renunciar a la misma, tal como no podría renunciar al derecho universal a la vida” (p.8).

Pese a que el concepto no ha sido explicado por ninguna legislación, y tomando en cuenta que la dignidad es inherente al ser humano considerado como persona, la dignidad ha generado e inspirado un sinnúmero de legislación en materia de derechos humanos. Es además un concepto legitimador de los instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos, además de servir de protección para que no se adelanten proyectos legales que estén reñidos con la dignidad de los seres humanos (Briozzo, 2017, p.12).

En el caso del actual estudio, la importancia del concepto de dignidad radica en la posibilidad que ésta brinda a todos los seres humanos para que puedan decidir sobre su propia personalidad, igualmente para que se pongan límites a lo que se puede realizar con el propio cuerpo. Existen tratos que pueden ser considerados indignos debido a que se encuentran en el ámbito de lo que se conoce como el uso del cuerpo humano como medio, cuestión contraria a las ideas de la ilustración, específicamente contra la moral kantiana, la cual exige que el ser humano sea visto como un fin y jamás como un medio para conseguir determinados fines (Gil, 2015).

Cuando se visualiza el cuerpo humano como medio para conseguir determinados fines, se está vulnerando la idea de que las personas pueden desarrollar su personalidad de manera libre. El concepto de libre desarrollo de la personalidad se encuentra íntimamente ligado al derecho inalienable de las personas para desarrollarse como tales, lo que excluye la posibilidad de utilizar el propio cuerpo como una máquina o como factor de un proceso que permite generar un producto. Por esta razón es comprensible que la dignidad sea comprendida

⁵⁵ Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Asamblea Nacional Constituyente Francesa, Paris, 26 de Agosto de 1789.

como un cuerpo que le da forma a lo que se entiende como disposición del propio cuerpo (Galeazzo, 2015).

Lo que le da forma al desarrollo de la propia personalidad sin utilizar el cuerpo como un medio, es visualizado por Ales (2017), desde cuatro puntos de vista, a saber en primer lugar, la capacidad volitiva o de tener el deseo de construir su propia personalidad. En segundo lugar se encuentra la perenne pregunta por el origen y la finalidad de la existencia humana. En tercer lugar, está la dimensión social inherente a los seres humanos, la cual indica que las personas son seres sociales, por tanto su dignidad está vinculada a las relaciones sociales. Finalmente, se encuentra la dimensión moral y ética, la cual indica cómo dentro del ámbito de las relaciones sociales, las personas valoran su propia dignidad en función de lo que la sociedad encuentra tolerable.

A la luz de estas cuatro dimensiones de la dignidad, puede estudiarse la posibilidad de que existan leyes que pudiesen transgredir lo que se entiende como dignidad y que se encuentra no solo amparado por la ley sino que ha sido fuente de la creación de la misma (Ales, 2017). En este sentido ha surgido una discusión permanente acerca de la cosificación de las personas que acceden a usar su cuerpo para la procreación de seres humanos con la finalidad de satisfacer las necesidades reproductivas de terceros.

La práctica donde se utiliza el vientre de una tercera persona para ayudar con la procreación de personas que no pueden acceder a esta posibilidad por sí mismas, hace que se considere a quien ofrece su vientre como una máquina o simplemente un objeto que puede ser usado para generar una vida. Por tratarse de un ser humano también va a tener dignidad y se encuentra amparada por los mismos derechos de quienes desean procrear, y de quien se convierte en un medio para ese fin (Ales, 2017).

Por las razones anteriormente expuestas, cuando se pretende generar normativa legal que permita la regulación de la maternidad subrogada, es necesario tener en cuenta en todo momento el concepto de dignidad humana. Ya que todo aquello que entra en consideración al momento de definir la dignidad podría encontrarse bajo amenaza debido al hecho de que potencialmente se está poniendo en riesgo la dignidad de dos seres humanos, quien ofrece su vientre y el ser que será procreado (Marrama, 2017).

3.3.3. Teoría de los Derechos del Niño

En la actualidad, el principio de la certeza de la maternidad ha perdido su carácter de absoluto, puesto que los avances de la ciencia han permitido que el embarazo suceda en un cuerpo distinto a la madre biológica, cuyo material genético se encuentra presente en el embrión (Briozzo, 2017). Esto trae como consecuencia que conceptos tales como concepción, gestación y parto, los cuales anteriormente parecían indivisibles, actualmente puedan ser abordados por separado. De igual forma, se tiene que el vínculo entre la persona que gesta y la persona que nace se forja durante el período en el que el neonato se forma en el vientre.

Es evidente que la maternidad debe ser abordada en la actualidad, tomando en cuenta el hecho de que existe la subrogación de vientres, y que el hecho generador de polémica se centra en el vínculo biológico que existe entre el ser humano en formación y quien ofrece su vientre como una suerte de aparato, o máquina que permite la gestación a otras personas que por diversas razones no son capaces de completar un embarazo (Valdez, 2015).

Para diferenciar los tipos de maternidad que pueden ser aceptados en la actualidad, Valdez (2015), plantea cuatro dimensiones del hecho de ser madre, diferenciando cada una de las circunstancias que se presentan durante la procreación de nuevos seres humanos, desde la forma tradicional hasta los nuevos conceptos asociados a la maternidad. En primer lugar, se encuentra la maternidad plena, aquí la madre aporta material genético y también lleva adelante el proceso de gestación. Por otra parte, está la maternidad genética, que se refiere a la persona que aporta el material genético.

Al igual que en los dos casos anteriores, se puede diferenciar la maternidad por gestación, que se asocia a la madre en cuyo vientre se forma la criatura, y que independientemente del material genético, también forma lazos afectivos y biológicos con la criatura. Finalmente se encuentra la maternidad legal, la cual se basa en el vínculo jurídico existente entre la madre y el hijo, y que es un vínculo estrictamente mediado por las leyes (Gil, 2015).

La gran diversificación de la forma en que puede ser vista la maternidad, repercute directamente sobre el niño que va a nacer, o que ya ha nacido, puesto que sus derechos como ser humano podrían ser vulnerados, por esta razón, la maternidad subrogada debe considerarse también desde el punto de vista de los derechos del niño. Los derechos del niño

dependen en gran medida de los vínculos legales y afectivos que éste posea con sus padres (Herrera, 2015).

En primer lugar, es necesario considerar que el niño producto de una gestación llevada a cabo en un vientre subrogado, cuenta con todos los derechos inherentes a un infante, el primero de ellos es conocer a sus padres. Es necesario que en los casos de subrogación para un embarazo, se establezca con claridad el derecho que tiene el niño de conocer a su madre, aunque la maternidad no sea plena. Esto es un punto de debate y que tiene distintas visiones de acuerdo a la legislación de los distintos países, sin embargo, todos coinciden en que ese derecho es inalienable.

Por otra parte, Valdez (2015), asegura que los niños, como seres humanos no pueden ser objeto de intercambio comercial, puesto que esta situación sería considerar un ser humano como una mercancía. Esto puede ocurrir cuando la subrogación del vientre se encuentra mediada por un contrato el cual es objeto de un intercambio oneroso. Esto es contrario a la idea de los derechos humanos desde todo punto de vista.

Al igual que en la situación anterior, existe otro punto en el ámbito de los derechos del niño, el cual ha sido punto central en muchas legislaciones, y que además genera una serie de polémicas e incluso problemas en el ámbito del derecho, incluso en donde se cuentan casos de desencuentros y litigios incluso con repercusiones internacionales, es la filiación y la identidad, aparte de la nacionalidad de los niños nacidos en la modalidad de vientre subrogado (Krasnow, 2013).

En este sentido, Herrera (2015). resalta que existe una gran cantidad de casos, donde se puede destacar casos de filiación, de identidad e incluso de nacionalidad. Cuando los vientres subrogados pertenecen a países distintos al país natural de los padres que solicitan la subrogación. Cada uno de los casos tiene sus particularidades y hace que los conceptos asociados a la filiación, nacionalidad e identidad sean los más complicados y con más implicaciones morales y éticas. Por esta razón, no es posible separar el concepto de derechos del niño y maternidad subrogada.

3.3.4. Teoría de los Derechos de la Mujer Gestante

El uso de la técnica de la maternidad subrogada, se fundamenta principalmente en el reconocimiento a la pareja de padres comitentes a la reproducción y consecuente fundación de una familia. Una vez lograda la concepción se toca el tema del niño o niña por nacer; sin

embargo, no se dice mucho sobre la situación de la madre gestante, quien durante el término de la gestación realiza intercambios celulares con el feto presentándose en ella alteraciones orgánicas, psicológicas y espirituales como consecuencia de la gestación y el instinto materno que le acompaña. Además de asumir responsabilidades respecto a las condiciones del niño que se gesta sino toma las precauciones necesarias para mantener una adecuada salud (Ales, 2016).

Como se mencionó en puntos anteriores Ales (2016) y Valdez (2015) se encontraban en la disyuntiva acerca del carácter absoluto de la maternidad. En concordancia con esta perspectiva, se presentaban cuatro tipos de maternidad que pueden darse cuando el embarazo se realiza a través de un vientre subrogado. En este punto es necesario recalcar que la persona que ofrece su vientre para gestar nueva vida a partir de material genético ajeno al suyo propio, genera vínculos biológicos con la criatura que se gesta en su vientre. Independientemente de la genética que porte, esto debido a que la maternidad subrogada cae dentro de los tipos de maternidad anteriormente expuestos (Valdez, 2015).

Cuando la gestante se encuentra en el período en el cual se forma nueva vida en su vientre, los vínculos que se crean entran en el campo de lo afectivo, generan cambios sustanciales en la persona gestante (Briozzo, 2017). Por esta razón, es necesario tomar en cuenta los derechos de esa persona, tanto derechos vinculados con un hijo que se forma en su vientre, al igual que los derechos inherentes a su condición como ser humano. Anteriormente se estudió el ámbito de la dignidad humana, el cual provee gran aporte a la discusión sobre los derechos de la persona que gesta en un vientre por subrogación.

Es necesario respetar los derechos de las personas a no ser tratadas como mercancía, por lo tanto, pensar que pueda existir una contraprestación económica directamente por el alquiler de un vientre, entra en el campo de aquello que se encuentra fuera de los límites de lo que la filosofía moral tolera como admisible. Es entonces impropio hablar de una contraprestación económica como derecho para una persona que ofrece su vientre para gestar (Herrera, 2015).

La discusión debe centrarse entonces, en la necesidad de respetar la dignidad y todos los derechos humanos de la persona que ofrece un vientre para gestar vida. La sociedad debe encontrar la forma, tanto legal como moral y ética para retribuir a la persona que ofrece su vientre por esa labor, de manera tal que la legislación prevea estas situaciones, además de que se garantice ante la sociedad que la dignidad de esa persona será respetada (Ales, 2016).

3.4. Proyectos de ley que incorporan la maternidad subrogada

La entrada en vigencia de la Ley que reconoce y protege la reproducción humana, mediante el uso de técnicas y procedimientos que la ciencia ha puesto a disposición de la humanidad. Además del reconocimiento del matrimonio igualitario, ha obligado a los legisladores a estudiar proyectos de leyes y reformas dirigidos a regular el régimen jurídico vinculado con la filiación. Esto se hace para establecer un marco regulatorio de la maternidad por subrogación (Briozzo, 2016).

En primer lugar, se tiene el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁶, el cual pretendió regular esta realidad incorporando normas dentro de la propuesta dirigidas a establecer las pautas regulatorias de la maternidad subrogada, que entre otros requisitos exigía la obtención de una autorización judicial, a cuyo efecto cada uno de los participantes debía cumplir con ciertas exigencias a los fines de que resultara procedente dicha solicitud.

Una de estas exigencias versa sobre los consentimientos informados y libres de los participantes, el suministro de gametos por parte de los comitentes y la demostración de su imposibilidad de llevar a término una gestación. Por parte de la gestante, la constancia de que no es gestante primeriza y de ser la primera vez que se somete a éste tipo de procedimientos para el cual no ha aportado material genético, ni recibido algún tipo de contraprestación contraria al altruismo.

El incumplimiento u omisión acarrearía que la filiación quedase sometida a la normativa tradicional conforme a la cual la filiación materna queda determinada por quien da a luz el recién nacido, es decir, por el principio *mater semper certa est*, conforme al cual por ser el embarazo un hecho natural, no se requiere prueba para determinar la filiación materna. No obstante, en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁷, en los términos concebidos en el proyecto reformista no tuvo cabida, resultando excluida tal regulación del texto legal (Briozzo, 2013).

Sin embargo, la entrada en vigencia de la reforma del mencionado código en lo que atañe al reconocimiento del matrimonio entre iguales y la ley 26.862⁵⁸, relacionada con la reproducción asistida, ha conllevado a movimientos de lesbianas, gays, transexuales y

⁵⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁵⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁵⁸ Ley N° 26.618 de Matrimonio Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 21 julio de 2010.

bisexuales. Así como asociaciones vinculadas con la medicina reproductiva, abogados e investigadores vinculados con el área de la bioética, a proponer ante las cámaras legislativas dos proyectos de leyes de relativa reciente data.

De esta forma, han retornado las discusiones parlamentarias que fueron suprimidas del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁹, dando lugar en consecuencia a la jurisprudencia el llenar el vacío legal existente a través de los distintos fallos. Esto quiere decir que, ante la ausencia de instrumentos legales se ha recurrido exclusivamente a la jurisprudencia en la materia (Herrera, 2016).

Los proyectos presentados son: 5700 D-2016 el cual fue presentado por las representaciones de las comunidades pertenecientes a la diversidad sexual y el 5759 F-2016, el cual fue presentado por la comunidad científica y asociaciones civiles y de profesionales vinculados con el área reproductiva y la bioética. A tal efecto, surge la necesidad de realizar una comparación entre ambas propuestas, considerando que sus propulsores provienen de distintos sectores; lo cuales, se describirán de la siguiente manera (Herrera, 2016):

Desde el punto de vista del objeto de ambos cuerpos normativos, el primer proyecto (5700-D-2016) regula la técnica de la reproducción asistida propiamente dicha. Por su parte, el segundo proyecto (5759 F-2016), regula la relación jurídica y las obligaciones que ésta genera, y la exigencia de un procedimiento judicial previo para optar a ella. Siendo una de las fundamentales diferencias entre ambos proyectos pues el primero aboga por la existencia de un acuerdo de voluntades de carácter privado suscrito entre los intervinientes, y por intermedio de quien vaya a aplicar la técnica de reproducción humana asistida (Herrera, 2016).

Desde el punto de vista del fin perseguido por ambos proyectos, el proyecto 5700-D-2016, no establece cual es el fin del contenido de sus normas. Por el contrario, el proyecto 5759-F-2016, es claro al señalar que su fin no es otro que el de establecer normas para proteger a quienes participen en tales prácticas, con fundamento en el interés superior del niño, resultando una de sus fundamentales diferencias (Herrera, 2016).

El primero de los proyectos mencionados se limita a definir lo que ha de entenderse por maternidad subrogada o gestación sustituta estableciendo el reconocimiento del vínculo filial a los comitentes. Por su parte, el Proyecto 5759-F-2016; señala a la gestante como la

⁵⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

persona que resulta más vulnerable dentro de la relación jurídica que surge con ocasión al uso de esta técnica de subrogación de madre. Se exige como requisito que ésta debe mantener algún vínculo filial con los padres comitentes y así evitar que la gestación pudiera convertirse para unas en un negocio en el que primen intereses económicos (Herrera, 2016).

Ambos proyectos legislativos consagran el carácter gratuito de la maternidad subrogada, no obstante, se deja a un lado la protección que deba darse a la mujer gestante y no habla de las previsiones que deban considerarse a los efectos de evitar la comercialización de la mujer como productora de embarazos (Herrera, 2016).

Ambos proyectos de ley establecen los procedimientos a seguir para optar a la gestación subrogada, el primer proyecto refiere a la suscripción de un instrumento que puede entenderse como un contrato de maternidad por subrogación, con el único requisito de que sea formalizado ante el centro médico prestador del servicio sin más formalidades. Por su parte, el proyecto 5759-F-2016 exige la tramitación de un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales previo al sometimiento a dicho procedimiento (Herrera, 2016).

Respecto a los requisitos para ser gestantes, ambos proyectos establecen requisitos diferentes para optar a ser gestante subrogada, el primer proyecto los relaciona con la edad y su estado de salud, no solo física sino también mental y el no haber presentado algún embarazo en el año que le precede al procedimiento. Además de una declaración jurada de someterse al procedimiento de manera libre, no padecer problemas con el consumo de sustancias o drogas tóxicas o de enfermedades que pudieran afectar el proceso de gestación y en consecuencia al feto. Todo esto corresponderá al centro encargado de practicar el procedimiento.

Por su parte, el proyecto 5759-F-2016, establece aspectos relacionados con el estado saludable de la futura gestante. Los demás previstos en el artículo que ésta dedica a su regulación, se refieren a condiciones dirigidas a proteger la gestación por subrogación, como el hecho de que el niño o niña que gaste no tenga aporte de sus óvulos. Seguidamente le exige no ser madre primeriza, no haber participado en más de dos procedimientos de gestación subrogada, tener por lo menos cinco años de residencia en el país, y contar con un asesoramiento psicosocial (Herrera, 2016).

Igualmente, los proyectos se diferencian en cuanto a las obligaciones que asumen las gestantes subrogadas. El proyecto 5700 D-2016, establece obligaciones vinculadas con la conservación de salud, en aras del beneficio del feto que se está desarrollando en su cuerpo,

además de mantener su anonimato a petición de los padres comitentes. Del mismo modo, es necesario dar por terminado el contacto con el niño o niña a partir del momento del nacimiento, salvo convención en contrario. Por su parte, el proyecto 5759-F-2016, nada dispone al respecto a efectos de evitar la comercialización y explotación de la gestante, las cuales en todo caso las establecería el juez durante el *iter* procesal (Herrera, 2016).

Así mismo, ambos proyectos exigen ciertos requisitos a los padres comitentes, entre los que se encuentra además de la capacidad, prestar su consentimiento informado para ser formalizado ante el centro que realice la práctica. Por su parte, el proyecto 5759-F-2016, establece como requisitos además de la capacidad civil, tener incapacidad para procrear y además como condiciones, un término mínimo de residencia dentro del territorio nacional, contar con el debido asesoramiento psicológico. Necesariamente contar con un seguro de salud y vida, a favor de la mujer gestante, resultando así más exigente este segundo proyecto (Herrera, 2016).

Igualmente, se diferencian, al referirse el proyecto 5700 D-2016 a pre embriones y embriones, refiriendo en su articulado que aquellos que no hayan sido utilizados pudieran ser conservados sin definirlos ni diferenciarlos. No obstante, el Proyecto 5759-F-2016 no hace mención por tratarse de una gestación por sustitución, correspondiéndole el tema de embriones a ser utilizados por las técnicas de reproducción humana asistida, los cuales tendrían como únicos posibles destinos el uso en posteriores tratamientos o la donación a terceros (Herrera, 2016).

Respecto a la filiación, prevé el proyecto 5700-D-2016 que la misma viene dada por la voluntad procreacional de quienes hayan suscrito el instrumento, en el centro de reproducción en donde se lleve a cabo el procedimiento, mientras que en el proyecto 5759-F-2016, la filiación queda establecida por el juez en la autorización que éste emitiera para llevar a cabo el procedimiento. Ambos proyectos proponen reformar el articulado destinado en la legislación civil para el establecimiento de la filiación, cuestión que resultaría innecesaria pues en el caso de la maternidad subrogada, las reglas de la filiación deben disponerse dentro del marco normativo regulatorio de esta nueva modalidad (Herrera, 2016).

Los dos proyectos prevén el derecho al acceso a la información de niños nacidos bajo el supuesto de maternidad subrogada, con la advertencia de que el proyecto 5700-D-2016 no prevé lo ya regulado en el Código Civil y Comercial⁶⁰, en relación con la información sobre

⁶⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

su procedencia e identidad. Por su parte, el proyecto 5759-F-2016 confiere el derecho a los nacidos bajo éstos mecanismos, de acceder a los expedientes judiciales que hayan autorizado el procedimiento, respecto a la identidad de los donantes de los gametos operaria bajo las condiciones que dispone el Código Civil y Comercial de la Nación (Galeazzo, 2015).

En cuanto a la cobertura, se refieren ambos proyectos a los costos de los gastos médicos, entre otros que resulten necesarios para llevar a buen término la gestación los cuales en todo caso estarían a cargo de los comitentes. entre estos gastos, se encuentran todos los relacionados con la salud de la gestante durante el embarazo.

Ambos proyectos establecen el principio de igualdad y no discriminación de los intervinientes en el proceso de maternidad subrogada, lo cual tiene pleno sentido considerando la existencia de parejas de igual sexo, que pudieran aspirar a someterse a dicha técnica. Es posible que la sociedad aún no se encuentre plenamente preparada para la aceptación de la existencia de esas situaciones, y desde luego la no discriminación involucra cualquier otra condición que pudiera resultar contraria a este principio (Krasnow, 2013).

Así mismo es conveniente señalar que ambos proyectos reconocen el derecho a la filiación del niño o niña, nacidos en países en los cuales se encuentre permitida la práctica de la maternidad subrogada a efectos de no soslayar sus derechos. Los proyectos en mención prevén el aborto como un modo de poner fin a la gestación subrogada, con la variante de que el proyecto 5700-D-2016 deja esta decisión a la libre voluntad de la gestante durante las primeras 14 semanas; mientras que el proyecto 5759-F-2016 lo supedita a la existencia de alguna de las condiciones que prevé el código penal para la procedencia del mismo.

De este modo, es conveniente señalar que la despenalización pretendida en el primer proyecto requiere de una normativa especial pues estas no pueden tener más derechos que las gestantes en condiciones normales para decidir sobre su estado de gestación. Finalmente, en el ámbito penal estos proyectos tienen sus repercusiones, particularmente el proyecto 5759-F-2016 que prevé una modificación al código penal argentino con el fin de incorporar un nuevo tipo penal, que en este caso sería el funcionario que funja como intermediario en las parejas interesadas en participar en la práctica de una gestación subrogada sin la debida autorización judicial (Briozzo, 2017).

La pretensión de ambos proyectos no es otra que la de establecer un marco normativo, correspondiente a una realidad insoslayable que cada vez se acrecienta. Esta situación ha

motivado que los derechos de la gestante, de los comitentes y del niño por nacer queden en manos del criterio del juez al cual le corresponda conocer la causa.

Conclusión

La maternidad de manera subrogada, es un tema que ha generado polémica durante mucho tiempo en la humanidad. Por un lado, se encuentran las personas deseosas de tener descendencia, quienes se encuentran con obstáculos insalvables, a excepción de la mediación de una tercera persona que supla las carencias reproductivas de la pareja, específicamente el ofrecimiento de un vientre donde se pueda gestar una criatura. En algunos casos con el material genético de los padres, pero en todos los casos con material genético ajeno a quien ofrece su vientre.

Esa condición hace que surjan grandes polémicas desde el punto de vista religioso, moral y ético dentro de todas las sociedades. Por esta razón algunos países prohíben de plano la maternidad subrogada, otros tienen severas limitaciones para su existencia, mientras que en otros países esta práctica no solamente está permitida, sino que existe todo un marco legal regulatorio acerca del tema. Sin embargo, la legalización de la maternidad subrogada no la exime de ser una práctica plagada de polémica.

Existen actualmente una serie de propuestas que han surgido desde distintos grupos, a saber, el conglomerado LGBT, los grupos médicos de reproducción asistida y los grupos de parejas que no pueden procrear de manera natural. Todos estos grupos han comenzado a ejercer presión, amparados en la existencia de una ley de reproducción asistida, sin embargo, hasta los momentos, aunque existe un ambiente favorable a la propuesta, los grupos proponentes han chocado con los dilemas morales y éticos.

Existe igualmente una visión que debe ser orientada desde el punto de vista de los derechos del niño, ya que es muy importante velar por que no se vulneren los derechos del niño que será gestado en un vientre subrogado. En este punto es necesario analizar los pros y los contras de una maternidad gestada en un vientre distinto al de la persona que se encargará de la crianza del niño. Esto puede generar muchos problemas para esa criatura, especialmente por su identidad, su filiación y por las implicaciones afectivas.

Si estas condiciones no se toman en cuenta, la maternidad subrogada podría ser contraproducente y reprochable, sin embargo, si el niño gestado bajo la modalidad subrogada puede contar plenamente con sus derechos, entonces las propuestas de ley podrían avanzar.

Finalmente, es necesario tener en cuenta los derechos y la dignidad de la madre gestante. La persona que ofrece su vientre para la gestación de vida, siempre lo hará conociendo que el niño que se está gestando en sus entrañas no tiene material genético que lo vincule con quien lo gesta.

Sin embargo, el embarazo es un proceso en el cual, independientemente del material genético de la criatura, se crean vínculos afectivos con la madre gestante. Es necesario que esta circunstancia se tomara muy en cuenta, ya que si un embarazo vulnera afectivamente a la gestante, la propuesta no debe prosperar. Este es posiblemente el escollo más grande, puesto que los vínculos afectivos nacidos de la gestación no dependen de ninguna persona distinta a quien gesta y a quien es gestado.

Capítulo 4: La maternidad subrogada en la jurisprudencia argentina

Introducción

Los avances que se verifican en el entorno social, económico, tecnológico y en materia de salud, producen efectos en el desarrollo legislativo debido a se evidencian nuevas prácticas o actos que requieren de una regulación específica que dirige las nuevas prácticas. En el caso de la medicina debido a que su evolución presenta nuevas técnicas reproducción asistida, como lo es el caso de la gestación sustituida, ha traído consigo múltiples efectos. Así como, cuestionamientos recurrentes en relación a la maternidad, a la inscripción del niño.

También se considera lo referente a la filiación y otras problemáticas que se suscitan con la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida. Los problemas que se presentan en la actualidad se ven agravados debido a que en la normativa interna no se han incorporado disposiciones legales que regulen esta práctica. Por consiguiente, la labor que desempeña los órganos jurisdiccionales juega un papel de gran importancia debido a que estos discrecionalmente deben dar solución a las controversias que se presenten.

La gestación por sustitución se identifica como un acto por medio del cual una persona que puede y tiene la capacidad física para gestar ofrece en alquiler su vientre para que se proceda a llevar a cabo la formación del bebe que es concebido por aportes biológicos de otras personas. Es decir, con el ovulo de una mujer que en la mayoría de los casos no cuenta con útero para que se geste a un niño, y los gametos que provienen también de un hombre. En este caso él bebé que se gestará en el útero de una determinada persona, pero contará con los caracteres bilógicos de otras personas que tienen intención de ser padres.

Una vez que nace él bebe la persona que lo gesta se compromete libremente a entregarlo a quienes aportaron los recursos biológicos, quienes deben enfrentarse a un proceso judicial para poder obtener la maternidad. Esto se debe a que legamente se reconoce la maternidad a quien da a luz al niño esto es lo que puede desencadenar una gran variedad de conflictos a los que los órganos judiciales.

Se afirma que la gestación, con base a las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, puede ser: tradicional, plena o total y gestación parcial. En la primera la madre subrogada también es la madre genética ya que sus propios óvulos son los que se fecundan con el espermatozoides del progenitor comitente o de un donante, es decir la gestante aporta los gametos femeninos. En la otra modalidad la gestación tiene lugar a partir del óvulo de una

mujer diferente a la madre subrogada que normalmente es la comitente en caso de que esta última no pueda producir óvulos los puede aportar otra mujer. El presente escrito examina los precedentes jurisprudenciales en los que la administración de justicia ha debido intervenir para dar respuesta a supuestos derivados de la gestación por sustitución. Todo ello ante la ausencia de norma alguna referente a la inscripción del niño o la determinación de la maternidad.

4.1. Precedentes jurisprudenciales en supuestos de gestación por sustitución

Este tema se considera novedoso, por cuanto no se encuentra una norma concreta consagrada en un texto legal al respecto, pero si se han presentado propuestas por medio de las cuales se ha podido dirigir el accionar en este entorno. En tal virtud los criterios jurisprudenciales que se han presentado en este tipo de situaciones, han ofrecido nociones puntuales para que se desarrollen propuestas normativas que sean pasibles de resolver las controversias que se presenten en relación a la gestación por sustitución. Lo que despejen las diversas dudas en cuanto a la maternidad o la inscripción del niño en el registro civil. Esta situación compele a que se analicen los diferentes problemas que se han suscitado en cuanto a la gestación por subrogación dentro del derecho argentino. Así como las soluciones que la jurisprudencia ha aportado ante el silencio legislativo.

En el abordaje del tema resulta indispensable la cognición de los parámetros que ayudan a determinar en qué consiste la gestación por sustitución, si bien hasta el momento se han presentado múltiples denominaciones en cuanto al convenio por medio del cual una mujer se compromete a llevar a cabo un embarazo para entregar al hijo a otra persona. Este acto se le ha denominado como el alquiler de vientres o maternidad por otro, maternidad por sustitución o maternidad subrogada.

Asimismo, se han presentado nuevas ideas en la actualidad que consideran deben distinguirse diversos actos. Por un lado, se encuentra la procreación por otro siendo esta una hipótesis donde la madre portadora es a la vez gestante y genética. Seguidamente, se ubica la gestación por otro donde la madre portadora no es madre genética, por lo que tendiendo a los innumerables problemas que se han presentado en relación a este tema. De esta manera, se exhiben los criterios jurisprudenciales de mayor relevancia en el supuesto en el cual la mujer que da a luz gesta a un niño con materia genética de otro, con el propósito de entregarlo a los comitentes (Famá, 2015).

En relación a este tema también se han presentado planteamientos a nivel internacional, a tal efecto la Organización Mundial de la Salud ha incluido dentro de los procedimientos de técnicas de Reproducción Humana Asistida a la gestación por sustitución. En este sentido, expresa al respecto que la gestante subrogada es la mujer que lleva adelante un embarazo. Empero, habiendo acordado que esta procederá a la entrega del bebe a los padres previstos, los gametos que identificaran a este niño pueden originarse de los padres previstos o también pueden provenir de terceros (Berger, 2015).

La doctrina argentina en cuanto a este supuesto novedoso se ha mostrado a disfavor, se considera que el contrato es nulo debido a que tiene por objeto la entrega de un niño y además porque se cosifica tanto a la mujer como al hijo. Todo esto representa un tema muy sensible sobre el que diversos estudiosos han presentado su opinión, en muchos casos en contra de este tipo de concepción. Esto se debe a que la contratación o convenio que se establece toma como objeto a un ser vivo que merece una especial protección y respecto a su dignidad (Medina, 2016).

Conviene indicar que aun cuando se considere doctrinariamente que este tipo de convenios es nulo, lo cierto es que en los hechos se celebra y la sanción de nulidad no alcanza a la hora de determinar la filiación cuando el pacto se cumple y el niño es entregado a la madre genética. En este caso la progenitora no será su madre legal hasta no acudir a los tribunales a fin de impugnar la maternidad de quien dio a luz. Por lo cual, en este caso los jueces pueden entrar en disyuntiva de dejar de lado la maternidad de la gestante y favorecer la concreción de un contrato nulo para no dejar al niño sin madre. Por ello se han considerado que los problemas que se presenta en cuanto a este tema son muchos.

En razón de ello, los tribunales se han visto un tanto presionados ya que al no contar con una norma concreta que regule estas situaciones, se ven obligados a cumplir su deber de dirimir conflictos implementado para ello su discreción de forma adecuada, ya que está de por medio la vida de un niño. En una lectura simple es evidente que el convenio de gestación por sustitución no se encuentra expresamente regulado en el derecho interno argentino. Pero en la práctica esta técnica se realiza tanto en este país como en el extranjero, suscita diversos problemas que varían en su gravedad si el niño nació en el extranjero.

Uno de los principales problemas que se presentan a los padres que realizan la técnica de gestación por subrogación en extranjero, es inscribirse como progenitores del niño. Esta situación se puede complicar cuando en algunos países como India o Georgia (EE. UU) donde se prohíbe la inscripción del niño nacido por esta técnica, mientras que en argentina la madre

en principio es quien lo dio a luz. Pero en caso de que este tipo de actos se lleve a cabo en un país donde se prohíbe la inscripción a nombre de la gestante.

De igual manera, no se reconoce el matrimonio entre personas de igual sexo los comitentes requerirán inscribir en el consulado al niño como hijo de ellos. Para lo que se debe solicitar una orden judicial en Argentina que Ordenen al Ministerios de relaciones Exteriores por medio de lo cual se ordene al Cónsul Inscribir el niño como hijo de los comitentes. Ello a pesar de que el proceso de la gestación por sustitución no se encuentra regulada en Argentina (Viar y Lafferrière, 2015).

Ahora bien, en caso de que el niño nazca en Argentina, también se presentan diversas dificultades, tanto si el contrato se cumple como si este no se cumple debidamente, cuando la mujer que da a luz a niño y se niega a entregarlo. En cuanto a la primera dificultad esta consiste en que en el país la maternidad se determina por el hecho del parto y en tal caso la mujer que da a luz al bebé, al gestar por otro, no quiere tener vínculo filiatorio con el hijo que gesto. Por otro lado, quienes entregan el material biológico, pretenden inscribirlo como hijo de ellos.

Cabe destacar que el problema que se presenta en este caso ostenta varias aristas, ya sea que el embrión provenga del material genético de quienes otorgaron su voluntad procreacional. Así como también en los casos en que el material genético sea de terceros que son distintos de quienes manifiestan su voluntad procreacional. En todo caso hay que lograr que se cambie el vínculo que nace del parto y establecer la filiación exclusivamente por ese elemento volitivo independientemente del embarazo (Yuba, 2016).

No existe duda alguna que la determinación de la filiación es de gran relevancia para el niño y verificar el efectivo cumplimiento de su derecho a la identidad. Pero fundamentalmente en los primeros meses de la vida es de gran importancia a los fines de acceder a su derecho a la salud. Ello debido a que la obtención del vínculo filiar es imprescindible a los fines de lograr la obra social o medicina privada de sus padres. De lo mencionado se advierte claramente que los diversos problemas jurídicos que se presentan para quienes recurren a esta técnica son variados y unos más graves que otros, ya que ni siquiera es claro quién es el juez competente para resolver estas controversias.

En cuando al juez que se considera como competente para resolver las controversias que se presentan en relación a este tema, se debe señalar que el abogado que pretenda establecer el lazo filiatorio entre los padres de intención y el niño que nace por la gestación

del otro. Lo primero que tiene que saber es ante qué juez ha de incoar la pretensión. En tal caso se presentan diversas opciones debido a que podría iniciarlo ante el juez de competencia para definir cuestiones registrables, ante el juez de familia o frente el juez federal (Briozzo, 2016).

Otro de los puntos que merece una especial atención es que tipo de proceso se debería elegir para poder determinar la filiación en la gestación por sustitución. A tal efecto se debe determinar que los profesionales del derecho que se ocupan de estas cuestiones no solo deben definir el juez competente. Sino que también deberán elegir de forma cuidadosa cual será el tipo de proceso o de acción que se implementará para lograr el establecimiento del niño nacido por la gestación por otro, con la madre de intención. Una de las posibilidades que se han presentado la cual es una de las más acertadas, es iniciar la acción autosatisfactiva y la acción por impugnación de maternidad. Luego, plantear un juicio de amparo o solicitar la inscripción registral y la rectificación del acta de nacimiento, para proceder a la determinación de la maternidad (Briozzo, 2016).

Uno de los precedentes de relevancia que muestra los posibles conflictos que se pueden presentar en cuanto a la implementación de este tipo de técnica de reproducción, es el fallo “B. J. D. y otros”⁶¹. En este caso interviene J. y D. quienes deciden ser padres, pero ante la imposibilidad de J. de gestar en su vientre a un bebe debido a que no posee útero. En ocasiones anteriores había tenido un embarazo previo, pero este era complicado y por la falta de retención del mismo además del peligro de muerte de la madre se decidió extirpar el útero quedando la mujer imposibilitada de gestar un bebé.

Por lo que esta opta por concurrir al Instituto de Ginecología y Fertilidad de la Localidad de San Martín de Buenos Aires, para poder solucionar tal problema que desespera a la familia que no podía tener hijos. Posteriormente, se comprobó que los ovarios de la señora J funcionaban a la perfección por lo que podían acceder a técnicas de reproducción humana asistida sin que se presente problema alguno. Empero, faltaba algo indispensable que sería conseguir un útero apto para gestar a un bebé, la propia madre de la señora J es la quien se ofrece a llevar en vientre a su futuro nieto

Luego de practicarse diversos estudios médicos, psíquicos y psicológicos que se requerían para que se desarrolle este proceso, y previa suscripción del consentimiento informado de las partes se transfiere el embrión que se concibe con gametos que son

⁶¹Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, “B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar”, sentencia de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

aportados por J. y D. a la señora C. esta última señora es quien gestaría el bebé, se logró de forma exitosa la implantación y consecuente gestación. Este supuesto encuadra perfectamente en la gestación por sustitución, se considera como algo altruista que se completa con la señora C. madre de la señora J. que no podía tener hijos.

Por lo que no existe ánimo de lucro, ya que solo se quiere proporcionar una ayuda a la pareja para de esta forma ver materializado un especial sueño que determina el proyecto de familia. Estos caracteres de altruismos y gratuidad se predicen tan solo en relación a la gestante y porque el intermediario que es el médico o técnico exige una contraprestación monetaria para llevar adelante los procedimientos. Así como también las intervenciones indicadas precedentemente (Chmielak, 2017).

Una vez que se verificó el proceso de implantación de embrión y siendo la fecha del parto probablemente para fines de noviembre del año 2016, se instaura una petición muy urgente para que se obtenga la autorización judicial para inscribir al niño por nacer en el registro público de las personas. El cual se hace como hijo de J. y D. es aquí donde se pone en tela de juicio el principio de la voluntad procreacional. Es así como en la sentencia firme de 30 de noviembre del año 2016, la jueza de primera instancia María Silvia resuelve declarar la inconstitucionalidad y anticonstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación⁶².

Ello porque no se reconoce la maternidad de la mujer que expresa la voluntad procreacional, es decir, el querer ser madre, sino de la mujer que da a luz al niño. Se considera que la señora C. no tiene vocación procreacional, no tiene la intención de tener un hijo y todo este proceso gestación por otro se da por cuestiones simplemente de solidaridad familiar o afectiva. Con base a ello se decide el emplazamiento del niño en caso de que nazca con vida como hijo de J. y D. la inscripción inmediata del niño como su hijo, y proceder de esta manera con la expedición del certificado de nacimiento donde conste lo mencionado (Chmielak, 2017)

Todo lo analizado en el caso que se estudia ayuda a determinar que se puede conceder la licencia por paternidad al Señor D. para que este pueda cuidar al niño. Conjuntamente impone a los progenitores la obligación de informarle a este sobre su origen gestacional teniendo en cuenta dos factores, la edad, por un lado. Por otro lado, se debe ver si tiene o no

⁶²Artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre del 2014.

un grado de madurez que se considere como adecuado para comprender claramente lo que ha sucedido anteriormente a su nacimiento.

En tal caso se toma muy en cuenta la voluntad procreacional que se identifica como el deseo de tener un hijo que se sostiene por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas. Se le considera como un derecho fundamental el querer tener un hijo, para darle afecto y asumir la responsabilidad de forma integral, dentro del marco del derecho a la maternidad y paternidad libre y responsable sin que se verifiquen exclusiones. Respetando debidamente la diversidad que es propia de la condición humana y de la familia lo que se expresa por medio del otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado (Chmielak, 2017).

Un detalle esencial dentro del caso que se analiza quien era la abuela se convierte en la madre y quien era la madre se convierte en la hermana, lo que configura una transformación que deshumaniza al instituto de la familia. De esta manera, los roles de sus integrantes se vuelven imprecisos hasta que se desvirtúa la presunción *iuris tantum* de maternidad. Esto ha dirigido a que los doctrinarios detractores de este tipo de métodos de fecundación aseveran que se puede desarticular la familia en sí y con ello el régimen filiatorio (Chmielak, 2017)

4.2. Ausencia de un abordaje legislativo atinente a la maternidad por subrogación

Las prácticas de reproducción asistida son aplicadas frecuentemente en Argentina, aunque no se ha desarrollado una normativa concreta que regule este tipo de actividades, por lo que es necesario conocer que pauta el nuevo texto sustantivo civil y comercial en relación. Debido a que el tema de la gestación por sustitución ha sido objeto de especial tratamiento desde la doctrina y la jurisprudencia en la actualidad donde se ha verificado mayor intensidad. Es importante tener en cuenta que la gestación por sustitución no ha sido regulada en la legislación nacional. No obstante, de haber figurado en el proyecto de código unificado, específicamente en el artículo 562 del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación⁶³ donde se regula expresamente. Pero, la comisión bicameral se encargó de eliminar la norma lo que terminó por posicionar a Argentina en la corriente abstencionista (Briozzo, 2017).

⁶³Artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre del 2014.

Es oportuno hacer alusión al derecho comparado donde destacan aquellos países en los que la gestación por sustitución se encuentra prohibida expresamente, como lo son Alemania, Chile, Japón, Francia, Finlandia, Suecia e Italia. Otros donde su legalidad es inserta en un sentido favorable debido a que se encuentra permitida por medio de la Ley como son Hungría, Irlanda, Malta, Rumania y San Marino. Asimismo, se encuentran Australia, Albania, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y en algunos estados de USA. Frente a todo este tema se presenta un dilema ético que llevó a eliminar el artículo 562 del proyecto de normativa sustantiva civil⁶⁴sobre la gestación por sustitución. No obstante, el silencio legal sobre la misma condujo a la creación jurisprudencial de criterios que buscan proporcionar seguridad jurídica a las relaciones que se generan por medio de la maternidad subrogada o por gestación sustituida (Yuba, 2016)

Frente a toda esta situación los jueces han tenido que ejercer sus poderes discrecionales para darle solución a los problemas que se presentan en caso de gestación sustituida, donde la persona que da a luz es a quien se le otorga la maternidad de niño. Pero, esta se encuentra comprometida a entregar el niño a otra persona. Situación que compele a los progenitores a ejercer una acción específica como lo es la impugnación de maternidad, y presentar las pruebas que hagan constar que el niño nacido vivo cuenta con los caracteres de ADN de la madre con intención.

Ello teniendo en cuenta que este niño que nace puede ser gestado con los gametos de la madre con intención o de otras personas. En virtud de estas técnicas procesos judiciales, la discrecionalidad del juez juega un papel de gran importancia. Por otro lado, en ocasiones se aparta de los parámetros legales que se han establecido previamente, para dar solución efectiva a los problemas familiares que se evidencian y para proteger el interés superior del niño (Yuba, 2016).

Se ha determinado que aun cuando no existe una norma legal específica que regule lo concerniente a este tipo de actividades, judicialmente se han establecido una serie de acciones por medio de las cuales se puede modificar la maternidad para que esta pueda ser otorgada a la madre. La cual no podía completar el proceso de gestación natural y establecer los vínculos de la filiación. En la actualidad se han evidenciado un gran número de casos donde los jueces han fallado en favor de este tipo de prácticas. De esta forma, se defiende la idea que se tomen en cuenta las diversas propuestas normativas como el proyecto de gestación por sustitución

⁶⁴Artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre del 2014.

número 5759-D-2016. En este se destaca que, frente a la disyuntiva de prohibir, silenciar o regular, la opción regulatoria es la más realista y protectora. Debido que en ella se determina el alcance, los derechos y relaciones jurídicas de la gestación que se estudia en este caso y su proceso judicial (Yuba, 2016)

4.3. La determinación de la maternidad y la Inscripción del niño

La determinación de la maternidad es un acto significativo para establecer los vínculos filiatorio, y se encuentra influenciado elocuentemente por el hecho del nacimiento. Se ha considerado que la madre del niño en principio es aquella mujer que lo ha dado a luz. Por lo tanto, en este supuesto donde la madre gestando ha decidido previamente por medio de un convenio que se desarrolló con otra persona entregar el niño, quien se considera como la madre de intención. Frente a esta situación se han presentado diversas controversias que han dirigido a la instauración de rigurosos procesos para que resulte procedente a la inscripción de la maternidad de la madre de intención.

Una de estas vías es la acción declarativa de certeza, respecto a la cual se debe mencionar que los tribunales mendocinos han aceptado que sea uno de los caminos adecuados para que los padres biológicos y la mujer gestante, de forma conjunta y sin interés contrapuesto. Los cuales se presenten por sí mismo ante la justicia. En aras de determinar la verdadera filiación de un niño recién nacido, el cual fue gestado por medio de técnicas de reproducción humana asistida. Debido a que ante la ausencia de regulación de la maternidad por sustitución en el nuevo texto civil y comercial, se requiere que se presente una respuesta jurisdiccional. La cual debe estar adecuada a la realidad de la familia y la del recién nacido y sus derechos que deben ser respetado.

Por lo que se ha decidido jurisdiccionalmente que las cláusulas de un convenio de gestación por otro. En esta se encuentran detalladas una serie de obligaciones a cargo de la mujer gestante que hacen referencia a la filiación del niño, a los derechos sucesorios de ella y al hecho de no interrumpir el embarazo, son objeto de nulidad absoluta. Mientras las dos primeras regulan cuestiones de orden público, aquellas que son inexpugnables a la voluntad de las partes. La segunda afecta la libertad de las acciones de la portadora lo que violenta los artículos 953 y del 334 del Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁵(Medina, 2016)

⁶⁵Artículo 953 y 334 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre del 2014.

En este orden de ideas conviene analizar un caso “J.J.F y A.C.G”⁶⁶ donde la Señora A.V.O, mayor de edad y con dos hijos propios a fines de se interesó por motivos que se consideran como personales en ayudar a procrear a una pareja que no podía tener hijos. Por medio de una investigación que se efectuó a través de internet y mediante la consulta de diversos profesionales, conoce a la pareja J.J.F y A.C.G los cuales tenían residencia en Buenos Aires y conviven desde el año 2007. Los cuales hasta la fecha no habían podido gestar un hijo. En este caso la Señora G. había sufrido una histerectomía subtotal de útero, por lo que desaparecía su posibilidad de concebir un bebé, pero si conservaba sus óvulos (Medina, 2016)

La señora O. al analizar y estudiar todo este caso se conmovió hasta el punto de decidir ayudar a gestar un bebé de forma altruista y gratuita, y se sometió a diversos estudios médicos y psicológicos. Ello con el fin de determinar qué se hallaba apta para someterse a este proceso, y cumplir así la función de mujer gestante, conociendo que entregaría el niño que daría a luz. Además de ello se inscribió en la OSDE con el propósito de contar con cobertura médica durante la ejecución de la técnica y durante el proceso del embarazo.

En tal caso los convivientes y la gestante firmaron el contrato donde se establecieron algunas obligaciones mutuas que se deberían cumplir al momento de dar a luz al niño, se incluían gastos médicos, viáticos, ropa y medicación. Posterior a ello en 9 de enero de 2015 nació el bebé, a quien se extendió el certificado de nacimiento a nombre de la gestante, en tal caso las partes no inscribieron el nacimiento y platearon la acción autosatisfactiva declarativa de certeza. De esta manera buscaban determinar la maternidad y el vínculo de filiación con la madre de intención que aportó el material biológico para la gestación.

A tal efecto se consideró que la acción antes presentada constituye una vía admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre. Si bien, de acuerdo a la legislación vigente que la maternidad se encuentra determinada por el parto que se identifica como un hecho que no deja ningún tipo de dudas, y se considera como algo que es absolutamente cierto, en tal caso el tribunal entendió que había incertidumbre que daba lugar a la acción de certeza. Señala al respecto que se presentaban los presupuestos para que la acción declarativa haya sido el camino adecuado para peticionar. Este un caso donde tres personas se presentaban ante la justicia para determinar la verdadera filiación de un niño recién nacido el cual se gestó por técnicas de reproducción asistida (Berger, 2015).

⁶⁶Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “A. C. G. y otros/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 29 de julio del 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

En este caso se toma la discrecionalidad judicial como fundamento de la filiación entendiéndose al respecto que el conflicto familiar exige una composición humana que no se agota en el estricto acto jurídico. Por lo cual a pesar de que brinda soporte a la decisión y alega a la arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterios discrecionales para la mejor tutela de los intereses que se encuentran comprometidos. Autores han presentado la idea de que no comparten que la filiación sea algo que se determine por criterios esencialmente discrecionales (Medina, 2016)

Otras de las vías que sea tomado para lograr la determinación de la maternidad y el vínculo filial en este supuesto es la impugnación de la maternidad, donde también se toma en cuanto el especial supuesto de que la maternidad viene dada por el hecho del nacimiento. Por lo que es norma que los niños nacidos de técnicas de gestación por otro, se inscriban a nombre de la gestante y el padre biológico reconozca al niño. De esta manera el hijo tiene identidad filiatoria con su padre, pero no con su madre, en este caso para lograr la relación materno-filial. Por su parte, a la progenitora de intención le corresponde proceder con la impugnación de la maternidad de quien dio a luz y demostrar de igual forma el vínculo genético.

Este es un procediendo que se ha implementado en diversos casos, en la causa “P., B. B. c. S. P., R. F.”⁶⁷ en que una hermana que da a luz al hijo de otras de sus hermanas, que había sufrido nueve abortos al tratar de ser madre. En el niño nació y se inscribió a nombre de la mujer que lo dio a luz y fue reconocido por su cuñado, y la madre biológica impugnó la maternidad. En este caso el juez de Moreno resolvió que la impugnación de la maternidad que se había interpuesto por la mujer que ha expresado su voluntad procreacional por medio del consentimiento informado. Permite desplazar a quien dio a luz al niño, dado que esa voluntad procreacional la que determina la filiación, de acuerdo a lo que dispone en el artículo 9 apartado tercero del Código unificado⁶⁸.

Por otro lado, se verificó la impugnación de maternidad en un matrimonio homosexual caso “S. G. G. y otros”⁶⁹, donde una unión que se verificó entre homosexuales creó embriones con el material genético del matrimonio y óvulos de una donante. Posterior a ello el embrión se implanto en el útero de una mujer con la cual se celebró un convenio de gestación por otro,

⁶⁷Juzgado de Familia N° 2 de Moreno, “P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”, sentencia del 04 de julio del 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁶⁸Artículo 9 del Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 07 de octubre del 2014.

⁶⁹ Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, “S. G. G. y otros S-/ Filiación”, sentencia del 27 mayo de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

previamente a que se verificara el consentimiento informado de la gestante y el matrimonio, para evitar conflictos graves en un futuro. Al nacer el niño uno de los progenitores lo reconoció y ambos padres se dirigieron ante la autoridad judicial competente para solicitar la impugnación de la maternidad. Así como el emplazamiento del niño como hijo de ambos (Medina, 2016)

En tal caso el juez declaró con lugar la acción teniendo en cuenta diversos supuestos que constaban en autos: en primer lugar, todas las partes han presentado como norte el interés superior del niño. En segundo lugar, la gestante tiene plena capacidad, fue informada con el asesoramiento legal, posee además buena condición física y psíquica. Por otro lado, uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos, los peticionantes no pueden concebir y también llevar a cabo el desarrollo de un embarazo.

De esta manera, la persona queda identificada como la gestante no aporta gametos, esta tampoco recibe retribución de ningún tipo. Esta misma persona ha dado a luz dos hijos en su unión matrimonial antes que se procediera a la gestación por otro, por lo que esta ha prestado su vientre de forma libre. Por lo cual, esta especial técnica fue implementada como una alternativa por los peticionantes ante la infructuosa espera en el registro único de aspirantes a guarda adoptiva.

En relación a este caso se determinó que la filiación se encontraba establecida por la voluntad procreacional y no por la gestación ni por el hecho del parto. Bajo esta mirada hoy en día corresponde tutelar los derechos de los niños que son concebidos por la voluntad procreacional de quienes peticionan la modificación del acta de nacimiento. Así como la consecuente impugnación de la maternidad por no ser ella la madre del hijo que se entiende como suyo por el simple de hecho de nacer de ella. Finalmente logren forjar lazos jurídicos quienes han asumido decididamente su rol de responsables del grupo familiar (Medina, 2016)

Otra de las vías procesales que se pueden implementar en la modificación de la maternidad es la acción de inscripción de nacimiento, siendo este un procedimiento que se lleva a cabo en la Capital Federal ante los Juzgados número 83 y número 86. Al respecto se destaca un hecho donde un matrimonio se presentó ante la justicia a fin de solicitar una autorización para inscribir el nacimiento de una hija. Esta niña fue concebida por medio del proceso de fertilización in vitro con subrogación uterina. Se relató que luego de dos embarazos que no llegaron a término, la mujer debió ser sometida a la extirpación de su útero, lo que motivo a que acudieran a esta nueva técnica, con la colaboración de la masajista de la

pareja que prestó su vientre para que cumpliera su sueño de ser padres. En este caso es juez admitió lo solicitado (Briozzo, 2017).

En este supuesto se determinó que un menor nacido por medio de la técnica de fertilización in vitro con subrogación uterina deber ser inscrito como hijo de quienes hayan aportado el material genético para que se verifique la concepción. Debido a que debe valorarse fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad de estos de convertirse en padres del nacido, y la correspondencia biológica que se presenta entre ellos, lo que responde y se encuentra acorde con el interés superior del niño. Si bien son muchas las dudas que se presentan en relación a este tema, la jurisprudencia ha estado a la par con los avances de la actualidad para poder resolver todos los conflictos que se suscitan.

Conclusión

La gestación por sustitución implica un acuerdo por medio del cual una persona que soporta el proceso de gestación de un niño se compromete a entregarlo cuando este nazca. Esta entrega se hace a una persona que en la mayoría de los casos no puede terminar el proceso de gestación por diversos factores. Para que esta última forme una familia de manera responsable por lo que antes de que se verifique este proceso se deben llevar a cabo estudios físicos y psicológicos.

Doctrinariamente se han presentado estudios que afirman que la gestación por sustitución presenta dos modalidades, una que es tradicional, plena o total donde la madre subrogada también es la madre genética. Por lo tanto, es esta quien aporta el óvulo para que este sea fecundado con el espermatozoides del progenitor comitente o de un tercero, la gestante en este caso aporta los gametos femeninos. Por otro lado, se encuentra la modalidad gestacional o parcial donde la concepción tiene lugar a partir del óvulo de una mujer distinta a la madre subrogada que en la mayoría de los casos es la comitente. Esta no tiene útero, pero si cuenta con óvulos y aporta los gametos femeninos.

Es necesario que la gestante requiera que medie una información y consentimiento libre, el convenio debe ser gratuito y cumplir con diversos requisitos que se han plasmado jurisprudencialmente. La doctrina nacional se inclinó por sostener que el contrato de gestación por sustitución es nulo por tener un objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres, debido a que el objeto del acuerdo es un niño que merece respeto a su dignidad como persona. Fundamento que ha apoyado la legislación argentina para no regular esta actividad.

De esta manera, se sostiene que la pretensión de legalizar la figura de la maternidad subrogada sostenida en la voluntad procreacional engendra un cambio radical en el régimen filiatorio. Esto obedece a que el emplazamiento que se debe realizar en el parto no tiene nada que ver con la realidad biológica.

En los casos que se analizaron se pudo constatar que jurisprudencialmente se apoya a esta práctica, se admiten diversas acciones por medio de las cuales se puede modificar la maternidad de las personas que da luz para poder otórgasela a la madre con intención. La administración de justicia ha reiterado su inclinación al resguardo de los derechos e interés superior del niño y en segundo lugar se toma en cuenta el deseo de una persona en formar una familia con responsabilidad y amor. Estos elementos compelen a la creación y sanción de preceptos legales que procuren dar regulación a este tipo de actividades. En lo que respecta a su alcance y a los procedimientos judiciales que se deben seguir para lograr el establecimiento del vínculo filiatorio.

Conclusiones finales

Al inicio de este trabajo de investigación se cuestionaba cuál es el marco jurídico vigente para la maternidad subrogada en Argentina, para logra una respuesta adecuada a esta pregunta fue necesario hacer referencia a las técnicas de reproducción humana asistida. En virtud que estas comportan el primer acercamiento del legislador para dar recepción a estos procedimientos de los que se sirven las personas para materializar su derecho a forma una familia.

Estas técnicas permiten que las personas logren la gestación de un bebe, con el aporte de genético de los comitentes, o con el de terceros que puede o no generarse en el útero de la mujer que desea ser madre. Resulta evidente que estos métodos de conformación familiar, compelen a una restructuración o ampliación de las instituciones jurídicos familiares. Los modernos avances científicos y tecnológicos han favorecido el desarrollo y utilización de las TRHA. La nueva realidad social ha contribuido también a transformar el panorama jurídico que se caracterizaba por el silencio legislativo, en cuanto a la regulación expresa de este nuevo tipo filiación.

En virtud de los innumerables debates que entorno a este tema se han generado, en los que se alegaba si estos medios de gestación eran una forma de vulnerar la dignidad humana al utilizar el cuerpo de una persona como un objeto que sirve para un fin. Máxime cuando en algunas legislaciones es frecuente la entrega de una contraprestación a cambio de que la mujer se compromete a gestar un bebe y posteriormente entregarlo, además de limitar otras instituciones como la adopción. En el ámbito jurídico resaltaba los lazos de filiación del niño gestado, su derecho a la identidad y el impacto que puede generar la cognición de su origen en una etapa ulterior de su desarrollo.

Sin embargo, dada la relevancia y trascendencia jurídica de estos métodos la Ley 26.862 o “Ley de Procreación Asistida”, incorpora a las TRHA dentro del catálogo de cobertura de la medicina pre-paga por parte de quienes acudan a estas técnicas. Asimismo, con la entrada en vigor del nuevo texto sustantivo civil se han consagrado como un tercer tipo de filiación en el artículo 558. Se incluye una nueva noción en el panorama jurídico para la determinación de ese vínculo entre padres e hijos denominado “voluntad procreacional” tal como estatuye el artículo 562 del mencionado código. Seguidamente los artículos 560 y 561

establecen la forma de cómo se debe exteriorizarse el consentimiento en el marco de las TRHA.

El artículo 560 del texto normativo estipula que el consentimiento para acceder a las TRHA no sólo debe ser previo, informado y libre, sino que, además, el centro de salud que ha de emplear estos procedimientos debe obligatoriamente renovar el consentimiento cada vez. Ahora bien, a diferencia de las TRHA, en la gestación por sustitución se presentan una pluralidad de sujetos que intervienen en el nacimiento del nacido.

En estos casos es posible identificar varias modalidades de maternidad, a saber: maternidad plena, aquella en la que coincide el nexo biológico con el ejercicio de derechos y deberes inherentes a la maternidad; maternidad genética, correspondiente al vínculo genético existente entre el niño y la mujer a partir del aporte del óvulo; maternidad gestativa, es quien sin tener vinculación alguna con el embrión fecundado, se encarga de llevar a cabo la gestación de éste; y la maternidad legal, que es quien asume frente al hijos e instituciones los deberes inherentes a la maternidad.

A su vez, la gestación por sustitución o maternidad subrogada puede darse en los casos de pareja heterosexual que aportan material genético (óvulos y espermatozoide) para que sea gestado por otra mujer; pareja heterosexual u homosexual, en las que una de ellas aporta su material genético para su posterior en el aparato reproductor femenino de otra mujer. Esta última puede aportar sus óvulos o no; pareja heterosexual u homosexual, en la que ninguna aporta su material genético; y en los casos de hombre y mujer solos, quienes pueden aportando su material genético o no, requieren de un aparato reproductor femenino para que efectúe la gestación.

La cuestión polémica respecto de la maternidad por sustitución apunta a que en nuestro país la maternidad subrogada no se encuentra explícitamente amparada por un marco legal. Esto obedece a que su inclusión termina por suprimir nociones elementales del derecho de familia como el aforismo que el derecho de la madre es siempre cierto y conlleva a estructurar todo un conjunto de preceptos que logren asegurar que los derechos tanto de los comitentes, la gestante y el niño concebido no resulten vulnerados.

Si bien fue aprobada una ley que permite la implementación de técnicas de reproducción asistida, diversos grupos sociales comenzaron a impulsar la idea de legalizar la maternidad subrogada. En tal sentido, la maternidad subrogada debe ser visualizada desde distintos puntos de vista, puesto que implica muchos factores. En principio, la legalidad,

puesto que se carece de un instrumento que explícitamente avale o prohíba la maternidad subrogada. En este punto, es trabajo de los legisladores canalizar las propuestas de los grupos que las impulsan, pero igualmente es deber del cuerpo legislativo, velar por los más altos intereses de la nación, en concordancia con su alta labor.

A razón de lo expuesto, es menester descartar la hipótesis planteada, no hay una regulación de la maternidad subrogada en Argentina, pero, existen una multitud de legislaciones, principalmente la ley de fertilización mecánicamente asistida, las cuales sirven como un marco regulatorio previo que posibilitaría la regulación de la maternidad subrogada. Los proyectos de ley que amparen la maternidad subrogada deben basarse principalmente en la premisa de la no vulneración de los derechos de ninguno de los involucrados en este tipo de maternidad.

La necesidad de este texto normativo que aborde el tema de la maternidad subrogada radica en la importancia de evitar que esta modalidad de gestación se torne en una práctica que cosifique al ser humano y mucho menos que convierta a ninguno de los involucrados, especialmente la madre gestante y el niño en una especie de mercancía. Asimismo, en aras de lograr el resguardo del interés superior del niño y su derecho a la identidad es prudente que se logre agilizar la determinación de la filiación.

La ausencia normativa ha aumentado la labor de los órganos de administración de justicia que ha de deliberar acerca la determinación de la filiación, sobre todo porque la comitente ha de acudir a la vía judicial para impugnar la vinculación de la gestante con el niño nacido para su posterior inscripción como hijo de ella en el registro civil. Todo estos procedimientos judiciales y administrativos pueden aligerarse con un pronunciamiento legal que efectivice los derechos de los involucrados.

Bibliografía

Doctrina

- Ales, M. (2016). “Maternidad por acuerdo de partes ¿Legalidad o Equidad?” Recuperado de <http://juridicas-blog.ubp.edu.ar/2016/06/21/maternidad-por-acuerdo-de-partes-legalidad-o-equidad/>.
- Ales, M. (2017). “La maternidad deconstruida: gestación por sustitución con ovodonación”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/946/2017>.
- Ales, M. (2017). “Límites a la disposición sobre el propio cuerpo a partir de un concepto de Dignidad Humana fundante”. Recuperado de <https://biblioteca.mpf.gov.ar/.../opac-busquedasDB.pl?...Ales+Uría%2C+Mercedes>.
- Basset, U. y Salaberry, M. (2014). “Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño”. DFyP.
- Basset, U. (2016). “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?” Recuperado de <https://www.calp.org.ar/meran/opac-analiticas.pl?id2=143458>
- Berger, S. (2015). “Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución”. La Ley.
- Bosch, A. (2017). “Gestación por sustitución. Tratamiento en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”. La Ley.
- Briozzo, S. (2017). “La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1208/2017>.
- Briozzo, S. (2016). “La gestación por sustitución y el interés superior del niño ante la falta de regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación”. La Ley
- Briozzo, S. (2016). “Un Proyecto de Ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial”. Recuperado de http://181.168.124.69/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=16866&query_desc=su%3A%22PERSONA%22%20and%20su-to%3ADERECHO%20CIVIL.
- Briozzo, S. (2017). “Inscripción de nacimiento en un caso de gestación por sustitución”. La Ley.

- Chmielak, C. (2017). “Maternidad subrogada en Europa”. DFyP.
- Chmielak, C. (2017). “Maternidad subrogada y voluntad procreacional”. La Ley.
- Famá, M. (2015). “La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar”. La Ley.
- Galeazzo, F. (2015). “El derecho a la identidad biológica en las técnicas de reproducción humana asistida”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4516/2015>.
- Gil, A. (2015). “El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2441/2015>.
- González, I. (2013). “La cobertura de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Ley 26.862. Un reconocimiento necesario”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2632/2013>.
- González, I. (2014). “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”. Recuperado de <http://marcelamascotena.com.ar/documentos/46.pdf>
- Grosso, C. (2013). “El alquiler de vientre: su ilegitimidad”. DFyP.
- Herrera, M. (2015). *Reglas Generales relativas a la Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Herrera, M., (2016). “La gestación por sustitución en la nueva agenda legislativa”. Recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/120>
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf
- Krasnow, A. (2014). “A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4628/2014>.
- Krasnow, A. (2013). “Técnicas de reproducción humana asistida. La ley 26.862 y el Proyecto de Código”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3322/2013>.
- Marrama, S., (2017). “La dignidad de la madre subrogada frente a la omnimoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley 5700-D-2016”. Recuperado de <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=15972>

- Medina, G. (2016). “Gestación por otro. Problemas y soluciones jurisprudenciales”. La Ley.
- Muscolo, I. (2015). “Técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial: ¿voluntad procreacional vs. derecho a conocer la identidad biológica?”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2720/2015>.
- Quaini, F. (2017). “La gestación por sustitución hoy, Argentina y el mundo”. DFyP
- Quaini, F. (2017). “La Gestación por sustitución hoy, Argentina y el mundo”. Recuperado de <http://www.quaini.com/es/publicaciones>.
- Quintana, E. (2013). “De la "Fecundación Asistida" a la "reproducción artificial (asistida)". ¿Sólo cambios semánticos?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2644/2013>.
- Rodríguez, C. y Martínez, K. (2012). “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”. Revista de Derecho.
- Sambrizzi, E. (2013). “La Ley de Procreación Asistida recientemente sancionada”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2597/2013>.
- Seleme, H. (2013). “La maternidad por subrogación y los límites a la autonomía”. Recuperado de http://www.academia.edu/4964650/La_Maternidad_por_Subrogaci%C3%B3n_y_los_L%C3%ADmites_de_la_Autonom%C3%ADa
- Tello, A. (2014). “Francia: Ineficacia de los contratos de gestación por otro”. DFyP.
- Valdés, C. (2015). “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1413/2015>.
- Valdez, C. (2015). “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212185>
- Viar, L. y Lafferrière, J. (2015). “¿Es inevitable la gestación por sustitución? Reflexiones a partir de una sentencia judicial”. La Ley.
- Yuba, G. (2016). “Gestación por sustitución y regulación normativa”. La Ley.

Jurisprudencia

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “C.,E. M. y otros c/ EN. M° Salud s/Amparo ley 16.986”, sentencia del 29 de abril de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario”, sentencia del 19 de noviembre del 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “A. C. G. y otros/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 29 de julio del 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de Familia N° 2 de Moreno, “P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”, sentencia del 04 de julio del 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, “B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar”, sentencia de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, “S. G. G. y otros S-/ Filiación”, sentencia del 27 mayo de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, “D. C .G y G. A. M. c/GCBA, s/Amparo”, sentencia del 06 de marzo del 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal de Estraburgo. Caso “Paradiso y Campanelli c/ Italia”. 27 de enero del 2017.
- Tribunal Supremo Español. Sala Civil. Sentencia: 835. 16 de diciembre del 2013.

Legislación

- Código Civil de la República Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 29 de septiembre de 1869.
- Código Civil francés. Parlamento francés.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de Octubre de 2014.
- Código de Familia de la Federación de Rusia. Asamblea Federal de Rusia, 29 de diciembre de 1995.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consejo de Europa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-968. 08 de octubre del 2004.
- Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Asamblea Nacional

Constituyente Francesa, Paris, 26 de Agosto de 1789.

- Decreto 107. Gobierno de la Federación Rusa, 12 de julio del 2016.
- Decreto Reglamentario 956/2013. Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de julio del 2013.
- Ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida. Congreso de los Diputados, 26 de mayo del 2006.
- Ley Federal Sobre Las Bases De Protección De La Salud De Los Ciudadanos. Asamblea Federal De Rusia, 11 de noviembre de 1988.
- Ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil. Asamblea Federal de Rusia, 12 de marzo del 2014.
- Ley N° 23.849 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de Octubre de 1990.
- Ley N° 26.618 de Matrimonio Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 21 julio de 2010.
- Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de Junio de 2013.
- Resolución 38/12. Instituto de Relaciones Industriales, 03 de febrero del 2012.
- Surrogacy arrangements Act 1985. Parlamento de Inglaterra, 16 de julio de 1985.