



Vicerrectorado de Innovación, Investigación y Posgrado

Especialización en derecho de familia, niñez y adolescencia

¿Regular o no regular? Esa es la cuestión

El instituto de la maternidad subrogada.

Justificativos doctrinarios de la no inclusión del instituto en el Código Civil y Comercial argentino.

Aguirres María Cecilia

DNI: 39.971.004

*A mi familia por acompañarme siempre en cada pequeño y gran paso,  
a mi pareja cuyo amor y apoyo son incondicionales  
y a todas las personas que contribuyeron con el desarrollo de mi investigación.*

**GRACIAS.**

## Índice

Resumen .....	5
Introducción .....	8
Objetivos.....	10
Objetivo general .....	10
Objetivos específicos .....	10
Justificación .....	11
Capítulo 1. Nociones generales .....	12
Un poco de historia .....	19
Tipos de maternidad subrogada.....	20
Turismo reproductivo.....	22
Capítulo 2. Posturas en torno a la gestación subrogada .....	25
Primera parte: argumentos y razones a favor del instituto y su regulación. ....	26
Segunda parte: diversas posturas.....	29
Perspectiva bioética:.....	29
Perspectiva desde la niñez .....	32
Perspectivas feministas .....	34
Perspectiva religiosa.....	38
Cierre .....	40
Capítulo 3. Derecho comparado. Panorama general .....	41
Capítulo 4. Panorama normativo .....	47
Derecho internacional .....	47
Derecho Nacional.....	50
Capítulo 5. Anteproyecto al Código Civil y Comercial de la Nación.....	58
Análisis general.....	59
Requisitos del instituto de la gestación por sustitución .....	60
Fundamentos de su no inclusión final en el C. C. y C.....	64
Capítulo 6. Aspectos metodológicos .....	67
Diseño y técnicas escogidas .....	67
Entrevistas a funcionarios .....	68
Proyección social .....	70
Conclusiones .....	72
Desde las posturas éticas .....	72
Desde las posturas feministas.....	73
Desde las posturas de protección de los niños, niñas y adolescentes.....	75
Desde el turismo reproductivo .....	76

Desde el Derecho .....	76
Desde la postura social y jurisprudencial.....	78
Conclusión final.....	80
Bibliografía.....	85
Anexo .....	94

## Resumen

Según la Real Academia Española, la maternidad es un hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. En relación a la Maternidad subrogada existen distintas definiciones y formas de referirse al instituto, así podemos mencionar expresiones como “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución” e incluso “gestación subrogada”. A su vez, es común que los doctrinarios refieran a dos tipos o clases de maternidad subrogada: 1) El alquiler de vientres y 2) Gestación subrogada. La diferencia como explica Fudim (2022) tiene que ver con el fin: la primera categoría está atada a fines económicos, la mujer subroga su vientre a cambio de dinero, mientras que la segunda tiene fines altruistas, no hay ningún motivo económico ni fin lucrativo de por medio, la mujer se ofrece a ayudar a una persona o pareja, casada o no, a llevar adelante su deseo de maternar/paternar. Entre las múltiples aplicaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, la gestación por sustitución es la que plantea mayores cuestionamientos, legales, éticos como nos indica Carlucci (2012). Compartimos lo dicho por la Dra. Fama (2020) en cuanto a que el estudio de este tema requiere de un enfoque interdisciplinario, ya que abarca cuestiones jurídicas y bioéticas que además deben analizarse desde la perspectiva de género. El objetivo del presente, es otorgar visibilidad de una carencia legislativa y aproximarnos a los justificativos doctrinarios de que el instituto de la gestación por sustitución (en adelante GS) no se encuentre regulado en el Código Civil y Comercial Argentino. (en adelante C. C. y C).

Si bien en sus orígenes el instituto se planteó como una opción para solucionar problemas de infertilidad, velozmente alcanzó nuevas aristas inclusivas, por ejemplo, menciona Ormart (2020) es la única posibilidad que tienen dos hombres en una pareja homosexual de tener un hijo/a biológicamente suyo. Esto se convierte en un argumento significativo a favor de la legalización y regulación de estos contratos, en consonancia con los principios universales de libertad, igualdad y no discriminación. Esto cobra aún más relevancia después de la aprobación de la ley 26.618 de matrimonio igualitario, que también permite la adopción.

Esta figura goza de partidarios y de adversarios, como bien sintetiza Lamm (2012), por un lado, un sector de la doctrina se opone rotundamente a su práctica. Argumentan que este tipo de contratos son inmorales y, en caso de celebrarse, serían considerados nulos de pleno derecho. A su vez, (Hereter, 2021) nos plantea que esta postura se basa en la premisa de que las personas no pueden ser objeto de comercio, ya que esto atentaría contra su dignidad y el respeto fundamental al ser humano. Por otro lado, un número cada vez más creciente de doctrinarios se muestran a favor sobre la base de que la GS importa una manifestación del derecho a procrear. El instituto de

la GS es un hecho, el cual se realiza con o sin regulación legal y la realidad demuestra que son cada vez más las parejas o individuos que, al no poder o querer gestar o llevar a término un embarazo, emprenden el proceso de subrogación en forma clandestina o bien recurriendo al turismo reproductivo. Pese a que existen razones jurídicas para regular la GS sobre la base de la legítima intención de fundar una familia (Notrica, 2018), resguardando, a su vez, el interés superior del niño y la niña vía la integración adecuada de la Convención sobre los Derechos del(la) Niño(a) de rango constitucional, y resguardando además el derecho de la mujer, el legislador argentino ha tomado una posición desfavorable respecto de la GS ya que sin prohibir expresamente, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura (Scotti, 2015).

La investigación realizada en el presente, es de carácter exploratoria, fundamentada en que el objetivo general fue analizar las posturas doctrinarias que justifiquen la no inclusión del instituto de la GS en el CCYC. La página Web Santander Open Academy (2021) nos instruye que, al escoger una metodología del tipo cualitativa, el foco está en recopilar y analizar datos no numéricos para comprender conceptos, opiniones, así como datos sobre experiencias vividas, emociones o comportamientos con los significados que las personas les atribuyen.

Los diversos autores que refieren este tema desarrollan informes que suelen estar cargados de juicios de valor y con un peso importante de las creencias, ideologías y principios morales de cada uno a la hora de ponderar la GS (Ormart, 2020). Cuando se realizó la modificación del Código Civil, en el anteproyecto se preveía un artículo destinado a esta práctica, su exclusión del articulado finalmente aprobado por el Congreso de la Nación, se debió a la falta de consenso en torno a la regulación de la misma, atendiendo a los múltiples y complejos debates éticos y morales que derivan de su aplicación. El legislador optó por suprimir el art. 562 proyectado, que regulaba esta práctica, modificando a su vez la redacción del art. 19. El anterior, establece el comienzo de la existencia humana, de modo que en Argentina es la única TRHA que no ha sido jurídicamente regulada y cuya iniciativa depende íntegramente de contratos privados. Coincidimos con González Magaña (2014) en que se dio lugar la búsqueda de consenso como un intento por encontrar el acuerdo necesario para aprobar la versión final del texto, con el objetivo de evitar que las diferencias en temas tan delicados impidieran la aprobación del Código. En consecuencia, como bien dice Lerussi (2020) la gestación por sustitución es un problema político. La falta de regulación expresa en el C. C. y C. de este instituto, no implica necesariamente su falta de reconocimiento legal ni —mucho menos— su prohibición. La realización de la práctica de GS tiene

fundamento constitucional, Const. (1994, art. 19) que reza "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" de lo que resulta un vacío legal en torno a la figura, que genera conflictos sobre todo en torno a los derechos del niño y de la mujer. La solución a estas eventualidades, si bien merece un debate amplio y soluciones consensuadas, solo puede provenir de un adecuado tratamiento legal. Resulta beneficioso para la sociedad en conjunto tener una regulación con pautas claras y concretas en referencia a esta técnica de reproducción humana asistida, reconociendo en forma expresa que ni la postura abstencionista ni una regulación prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar del vacío legislativo o expresa prohibición. La mejor solución está dada por la regulación de esta práctica; proponiendo una solución justa y equilibrada que satisfaga el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos no solo de los involucrados en relación a los comitentes, la gestante y los niños, sino de la sociedad toda.

*Palabras clave:* Maternidad subrogada, Vientres de alquiler, Gestación por sustitución, Dignidad humana, Regulación Jurídica, Contratos privados, Derechos del niño y la mujer, Reproducción humana asistida, Conflictos jurídicos, Vacío legal.

## Introducción

Una de las características de los tiempos en que vivimos, es que las relaciones familiares están siendo objeto de profundos y permanentes cambios; cada vez es más frecuente escuchar hablar de “familias”, en plural, dejando atrás la visión estrecha de la “familia tradicional” centrada en la procreación por naturaleza. El C.C. Y C. en su art. 558 (2015), establece que “la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. La reproducción humana médicamente asistida constituye una técnica consolidada en la práctica cotidiana, por su parte, la ley 26.618 que extiende el matrimonio a todas las parejas, con total independencia de su orientación sexual, ha modificado sustancialmente la ley positiva.

Entre las múltiples aplicaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, la gestación por sustitución es la que plantea mayores cuestionamientos, legales, éticos (Carlucci, 2012), incluso en relación al propio nombre del instituto. Notrica (2017) menciona que, pese a la existencia de razones jurídicas para regular la GS, sobre la base de la legítima intención de fundar una familia, resguardando el interés superior del niño y la niña vía la integración adecuada de la Convención sobre los Derechos del(la) Niño(a) de rango constitucional; y salvaguardando además el derecho de la mujer, el legislador argentino ha tomado una posición desfavorable respecto de la misma. Si bien no está expresamente prohibida, la ley no reconoce la maternidad de la mujer que desea tener un hijo/a a través de este método y que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado. En cambio, la ley reconoce como madre a la mujer que gesta al bebé. Esta postura contrasta con la de otros países que sí contemplan la figura de la maternidad subrogada.

A la hora de formular nuestra pregunta problema, el primer interrogante que se nos vino a la mente fue: ¿Por qué la maternidad subrogada no se encuentra regulada en Argentina?, sin embargo, tal pregunta padecía de excesiva amplitud por lo que requirió de un recorte de investigación que haga viable y posible el análisis en cuestión, por ello, consideramos constituyó una forma más acorde de pregunta de investigación, la siguiente: ¿Cuáles son los justificativos doctrinarios para que el instituto de la maternidad subrogada no se encuentre incluido en el código civil y comercial argentino?. En base a esta pregunta problema, se fijó como objetivo general analizar las posturas doctrinarias que justifiquen la no inclusión del instituto en el C. C. y C. y como objetivos específicos: 1) Identificar los conceptos centrales que fundamentan el anteproyecto del C. C. y C. 2) Describir las razones por las cuales se optó por la no inclusión del instituto en el C. C. y C. 3) Considerar, a fines comparativos, la regulación legal del instituto de la gestación por sustitución en el derecho comparado.

Durante la trayectoria de la presente investigación, salieron a la luz circunstancias que, a nuestro criterio, imponen que el legislador acorte la brecha existente entre derecho y la realidad y termine de adecuar la ley interna a los valores superiores marcados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo, lejos de adentrarnos en cuestiones deontológicas, la investigación realizada es de carácter exploratoria. Al haberse escogido una metodología del tipo cualitativa, el foco estuvo en recopilar y analizar datos no numéricos para comprender conceptos, opiniones, así como datos sobre experiencias vividas, emociones o comportamientos con los significados que las personas les atribuyen, dejando entrever que la falta de regulación expresa en el C. C. y C. de este instituto, no implica necesariamente su falta de reconocimiento legal ni —mucho menos— su prohibición y que la solución a estas eventualidades, si bien merece un debate amplio y soluciones consensuadas, solo puede provenir de un adecuado tratamiento legal.

La presentación de nuestra investigación será estructurada de la siguiente manera: Por un lado, encontraremos 5 capítulos teóricos: en el Capítulo 1, se desarrollarán las nociones generales del tema, descripción y conceptos fundamentales de la Gestación por Sustitución. En el Capítulo 2, se abordarán las posiciones, consideraciones e implicancias de este novedoso instituto en sus aspectos sociales, bioéticos, feministas y religiosos. En el Capítulo 3, se desplegarán las diversas posturas existentes en torno a la aceptación o no de la figura en los diversos países. En el Capítulo 4, se explicará el marco legal vigente en Argentina, y los precedentes que sirven de fundamento para una futura incorporación de la maternidad subrogada. En el Capítulo 5, analizaremos la recepción en el anteproyecto del CCYC del Instituto de Gestación por Sustitución, mediante la incorporación del Artículo N° 562, todos sus requisitos y condiciones, como así también, los aspectos fundamentales del contrato, partes, derechos involucrados y homologación del mismo, las vías de realización y costos. Por otro lado, encontraremos un único capítulo metodológico (Capítulo 6) que dará cuenta del tipo de metodología utilizada, el tipo de investigación, las técnicas utilizadas, la construcción de los instrumentos de análisis y el criterio de selección de las muestras. Finalmente, encontraremos en base al análisis de toda la información, una conclusión que nos permita enrolarnos en alguna postura, que brinde solución a las consecuencias jurídicas, de la incorporación de la figura de Gestación por Sustitución.

## **Objetivos**

### **Objetivo general**

- Analizar las posturas doctrinarias que justifiquen la no inclusión del instituto en el C. C. y C.

### **Objetivos específicos**

- Identificar los conceptos centrales que fundamentan el anteproyecto del C. C. y C.
- Describir las razones por las cuales se optó por la no inclusión del instituto en el C. C. y C.
- Considerar, a fines comparativos, la regulación legal del instituto de la gestación por sustitución en el derecho comparado.

## Justificación

El instituto de la maternidad por subrogación es un hecho, la práctica se realiza con o sin regulación legal y cada vez en forma más corriente. Casos como los de Marley o Florencia de la V. son algunos de los casos famosos de personas que recurrieron a la subrogación de vientres para cumplir con su deseo de maternar o paternar, pero la realidad demuestra que un número creciente de parejas o personas, al encontrarse en la situación de no poder o no querer concebir o completar un embarazo, optan por iniciar el proceso de gestación subrogada de manera clandestina o recurriendo al "turismo reproductivo". Entonces, ¿Por qué no se incluyó el instituto de la maternidad subrogada en su momento en el Código civil y comercial argentino? La respuesta a tal interrogante es variada y responde a cuestiones sobre todo de índole social, aunque deja entrever que se encubre una negación a un hecho que es moneda corriente, algo como un: "ojos que no ven, corazón que no siente", es que, entre las múltiples aplicaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, ésta es la que plantea mayores cuestionamientos, no sólo legales, sino éticos y si bien merece un debate amplio y soluciones consensuadas, ello no debe obstar a su regulación en nuestro país.

## Capítulo 1. Nociones generales

En este acápite, se dará desarrollo a las nociones generales del Instituto de Gestación por sustitución, brindando una definición conceptual de la figura, los nombres con el que este instituto es conocido vulgarmente, algunos aspectos históricos de la misma y las diversas clasificaciones existentes. Finalmente, se traerá a colación un tema vinculado con la práctica de la GS que es el turismo reproductivo.

Vivimos tiempos de profundos y permanentes cambios y si en alguna esfera se nota intensamente la transformación social es precisamente en las relaciones familiares. No puede ponerse en duda que los progresos científicos y tecnológicos han producido importantes modificaciones. En este contexto, las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRHA) han dado lugar a lo que se conoce como "revolución reproductiva". Se utiliza este término porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Esto significa que en la actualidad, gracias a las TRHA, es posible concebir sin recurrir al acto sexual. Un análisis basado en esta revolución reproductiva sugiere que la creación de nuevos seres humanos se ha simplificado, al mismo tiempo que se ha vuelto menos obligatoria y más una opción. Esta separación entre el proceso reproductivo humano y la actividad sexual plantea desafíos que van más allá de las estructuras jurídicas existentes, lo que da lugar a numerosos cambios (Lamm, Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres., 2013).

Existen diversas denominaciones para la gestación por sustitución, siendo las más comunes "maternidad subrogada", "gestación por sustitución", "alquiler de útero", "madres suplentes", "madres portadoras", "alquiler de vientre", "donación temporal de útero", "gestación por cuenta ajena", "gestación subrogada", "maternidad sustituta", "maternidad de alquiler", "maternidad de encargo", "madres de alquiler" y "madres gestantes". Si bien "maternidad subrogada" es el término más utilizado, no refleja con precisión la complejidad del proceso y las relaciones que involucra

La figura de la GS puede presentar diversas variantes y en la doctrina podemos encontrar numerosos conceptos: el concepto de "maternidad" (RAE) es un hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. En relación a la maternidad subrogada, Pérez Monge, 2002, p. 329 citado por Begoña Albéniz (2020, pág. 9) proporcionó una definición que busca abarcar todos los distintos tipos de gestación subrogada conocidos. A diferencia de definiciones previas sobre este concepto, el autor da un paso adelante en su evolución al considerar la posibilidad de que la pareja comitente esté formada por dos hombres o que el comitente sea un hombre soltero. La gestación subrogada, la entiende Pérez Monge (como se citó en Albéniz, 2020):

Aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino) (p. 328).

Otra definición que resulta clara y concisa es la aportada por Lamm (2013):

Una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. (p.24).

En síntesis, la maternidad subrogada es un contrato que tiene por objeto que una mujer se comprometa a gestar a una persona concebida previamente por técnicas de procreación artificial (TRHA), y entregarla al o los requirentes luego del parto.

Entre las múltiples aplicaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, la gestación por sustitución es la que plantea mayores cuestionamientos, legales, éticos. (Carlucci, 2012), incluso en relación al propio nombre del instituto. La complejidad de la práctica, el grado de relativa novedad de la misma, las implicaciones morales, sociales, legales y la controversia que suele generar, explican en parte, esta dificultad de encontrar un solo nombre para la misma. Así, autores como Jouve de la Barreda (2017) y Herrera, Kemelmajer de Carlucci, y Lamm (2012), coinciden en que términos como "vientres de alquiler", "maternidad por sustitución", e incluso "gestación subrogada", que son los más comúnmente utilizados, presentan cierta falta de claridad en relación con el fenómeno al que se refieren. En primer lugar, no se trata simplemente de alquilar un vientre, sino de contratar a una persona en su totalidad, es decir, una "madre de alquiler", para llevar a cabo la gestación que quien la contrata no puede o no desea realizar. El uso del término "maternidad por sustitución" tampoco es considerado apropiado, ya que, según el diccionario de la Real Academia Española, subrogar implica "sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra", lo que sugiere situaciones en las que la gestante proporciona tanto el proceso de gestación como el material genético, sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos.

Siguiendo la página web del Equipo de Reproducción Asistida ORG (2019) "la gestación subrogada o por sustitución, popular y erróneamente conocida como maternidad subrogada o vientre de alquiler, es un método de reproducción asistida caracterizado porque la mujer que gesta al bebé no será finalmente la madre del mismo"

(2019, p.1). La GS una técnica de reproducción asistida, por medio de la cual una mujer (llamada subrogante, sustituta o gestadora) ofrece su vientre para gestar un bebe a favor de otra pareja (llamada subrogada, sustituida o comitente), que no puede (o no quiere) quedar embarazada, razón por la cual, necesita ser sustituida por la subrogante, quién gesta al niño/a a cuyo nacimiento, se lo entregará a la pareja subrogada. En la práctica jurídica se denominan “padres comitentes” a los que contratan la gestación y después adoptarán al niño y “madre gestante” o “madre subrogada” a la mujer contratada para llevar a cabo el embarazo. Esta técnica de reproducción asistida puede ser utilizada por diversos tipos de familias, incluyendo familias biparentales tradicionales, parejas del mismo sexo masculinas o femeninas, mujeres solteras o hombres solteros.

El C.C. Y C. ha incorporado en su Art. 558 (2015) una nueva forma de establecer la filiación: la derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Esta nueva fuente filial se suma a las ya existentes: la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Esta regulación se realiza teniendo en cuenta las particularidades y características únicas asociadas al uso de estas técnicas, especialmente en los casos de técnicas heterólogas, que implican la contribución genética de un donante, y que tienen un impacto directo en el ámbito del parentesco (Rodríguez Iturburu, 2016). El C.C. y C. (2015, art. 558), dispone expresamente que:

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

La inclusión de esta nueva forma de filiación constituye uno de los cambios significativos contemplados en la aprobación del C. C. y C., reflejando así el principio de diversidad y realidad. Esto se refleja en el reconocimiento de una variedad de estructuras familiares, asegurando el derecho de todas las personas a formar una familia de acuerdo con sus propios deseos, independientemente de su orientación sexual. “Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida constituyen uno de los ejes centrales en materia de filiación, en cuanto a la necesidad de adecuar y contemplar las diversas modalidades que la ciencia médica ha desarrollado en los últimos años” (Solari, s.f., pág. 60).

Las TRHA no son nuevas; sin embargo, un hito legislativo de gran significación en nuestro país fue la sanción de la Ley 26.862 sobre el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida

del 05/06/2013, reglamentada por el decreto 956/2013. La intención del legislador ha sido brindar la posibilidad a todas las personas de acceder a prestaciones médicas sin discriminación. La norma jurídica iguala y da la posibilidad de ampliar derechos a sectores sociales que no podrían acceder a ellos debido a los costos económicos que tienen estos tratamientos. Del análisis de los considerandos del decreto reglamentario 956/2013 se desprende lo siguiente: La Ley N° 26.862 garantiza el acceso a las prestaciones de reproducción médicamente asistida a todas las personas mayores de edad, sin imponer requisitos o limitaciones que resulten en discriminación o exclusión basadas en la orientación sexual o el estado civil de los solicitantes. Estas prestaciones deben ser proporcionadas por los establecimientos de salud de los tres subsectores: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga). Por otro lado, el artículo 2 del mencionado decreto define las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como cualquier tratamiento o procedimiento destinado a lograr el embarazo. Además, especifica que estas técnicas pueden clasificarse como homólogas o heterólogas, dependiendo de si se utiliza material genético propio de la pareja que busca tener hijos o si se recurre a material genético de terceros que no están involucrados en el proyecto de parentalidad.

Tradicionalmente, en el proceso de procreación, la mujer solía proporcionar tanto el óvulo como llevar a cabo la gestación. Sin embargo, con la introducción de las técnicas de reproducción asistida, ha surgido la posibilidad de una diversificación de las funciones maternas. Esto implica que la contribución del gameto femenino, la gestación, el deseo y la voluntad de ser madre (comitente), así como la atribución de la función jurídico-social de madre, pueden recaer en diferentes mujeres o pueden ser realizadas por una sola mujer. Por lo tanto, es necesario que el derecho determine cuál es la maternidad relevante desde el punto de vista jurídico (Lamm, Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres., 2013).

Nuestro C. C. y C. regula las llamadas Técnicas de reproducción humana asistida y, la gestación por sustitución, aunque con sus particularidades, es una forma de TRHA. En las técnicas de reproducción asistida, el factor fundamental que determina la filiación del hijo o hija es la voluntad procreacional expresada por los futuros padres, la cual debe quedar plasmada en un consentimiento previo, informado y libre. El C. C. y C. define en su artículo 562 (2015), qué se entiende por voluntad procreacional, reafirmando que las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida son consideradas hijos tanto de quien dio a luz como del hombre o mujer que haya dado su consentimiento previo, informado y libre, consentimiento que debe estar debidamente registrado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin importar quién haya proporcionado los gametos. Esta regla se amplía con las disposiciones de

los artículos 560 y 561 del C. C. y C. los cuales establecen los requisitos y el procedimiento para obtener el consentimiento informado, indicando que este debe ser obtenido por el Centro de Salud involucrado. Observamos que, aunque nuestro legislador ha abordado el tema, ha decidido omitir deliberadamente regular la gestación subrogada al afirmar explícitamente en la normativa que las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida son "hijos de quien dio a luz", a diferencia de la gestación subrogada, donde los comitentes serán el padre, la madre o ambos, por lo que la filiación también debe basarse en la intención de procrear. Consecuentemente, la maternidad y/o paternidad deben corresponder a la persona o personas cuya acción fue fundamental para iniciar el proceso biológico que resultó en el nacimiento del nuevo individuo, independientemente de su contribución genética o biológica.

### **Determinación de la maternidad**

Aunque la GS se trate de una técnica de reproducción asistida, no es una técnica más, dado su carácter excepcional de implicar a otra persona, la gestante, a la que hay que ofrecer la máxima protección. Esta técnica plantea desafíos éticos y emocionales significativos, ya que desafía la concepción tradicional sobre la formación de una familia.

El avance de la ciencia médica y sus importantes descubrimientos científicos y tecnológicos han afectado de manera notable la vida de las personas, modificando las relaciones humanas y las estructuras sociales, económicas y culturales. Respecto de la filiación, estos avances han permitido disociar algo tan simple y naturalizado como la sexualidad de la procreación. Pero, a su vez, ha permitido que cambie sustancialmente la manera de entablar relaciones de parentesco. En esta línea, las TRHA tienen efectos sociales tangibles en individuos que se someten a tratamientos de fertilidad, pero también afectan las relaciones familiares, al posibilitar la maternidad y la paternidad en circunstancias en las que, sin la ayuda de esta tecnología, no sería posible.

Galeazzo Goffredo (2015) analiza la voluntad procreacional como fuente de las TRHA. La autora cita a varios autores para apoyar sus argumentos. Malaurie, 2003, p. 546 citado por Galeazzo Goffredo, 2015, p. 3 afirma que "en materia de filiación no existe una sola verdad". Como evidencian las expresiones coloquiales, existen múltiples dimensiones de la verdad en relación con la paternidad y la maternidad: la verdad afectiva se refiere a que el verdadero padre es aquel que ama; la verdad biológica implica los lazos genéticos; la verdad sociológica se relaciona con el reconocimiento social del estado de paternidad o maternidad; la verdad individual radica en el deseo personal de ser padre o madre; y la verdad temporal sugiere que cada día vivido como padre o madre fortalece y revitaliza el vínculo. Por otro lado, la relevancia que alguna vez se asignó a la verdad biológica ha disminuido. La auténtica paternidad no se limita

a la búsqueda de datos biológicos precisos; en cambio, requiere una relación concreta entre padre e hijo, en la que se reconocen y se tratan mutuamente como tales, lo que da lugar a la verdad socioafectiva.

Conforme la antigua norma del derecho romano, históricamente la maternidad se establecía según el hecho del parto, y aún en muchas jurisdicciones este principio se mantiene: madre es aquella que da a luz. Sin embargo, con la llegada de las Tecnologías de Reproducción Asistida (TRA), especialmente la gestación por sustitución, esta premisa fundamental "mater semper certa est" se ve desafiada. Con el surgimiento y la aplicación de las TRA, pueden surgir tres mujeres involucradas en el nacimiento del nuevo ser: la que generalmente se conoce como "comitente", que desea ser madre, anhela al niño, toma la iniciativa y decisión final, y es la causa última del nacimiento; la que provee el óvulo y la que lleva a cabo la gestación. En ocasiones, estas tres funciones pueden recaer en dos mujeres, en diversas combinaciones: la comitente también proporciona el gameto, y otra mujer gesta; o la gestante colabora con la comitente, aportando también su propio gameto (Lamm, Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres., 2013). Como se mencionó supra, el C. C. y C. incorpora como tercera fuente filial a las TRHA, por lo que la determinación de la filiación en virtud de quien da a luz solo rige para los supuestos de filiación por naturaleza; no así para los casos de filiación derivada de TRHA o de filiación adoptiva, cuyos vínculos jurídicos nacen por aplicación de otros principios en los que la autonomía de la voluntad ocupa un rol central. Es decir, se resalta la importancia del elemento volitivo por encima del biológico o genético.

Como bien menciona Lamm (2013) antes de la introducción de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), el único método de procreación disponible era la concepción a través del acto sexual natural. En este proceso, el individuo que fertilizaba a la mujer era necesariamente el mismo que proporcionaba el material genético, y la mujer que llevaba a cabo la gestación del niño lo hacía siempre con sus propios óvulos. Esto implicaba que los elementos genéticos, biológicos y volitivos, en términos generales, estaban presentes en una sola persona. El concepto de "vínculo biológico" estaba asociado a una serie de "certezas": la maternidad siempre era conocida con certeza; existía una presunción de paternidad respecto al esposo de la madre; y en casos de nacimientos fuera del matrimonio, el vínculo se establecía a través del reconocimiento voluntario o, en ausencia de éste, mediante una acción legal contra el progenitor biológico. En cambio, el vínculo filial del hijo nacido a partir del uso de TRHA se determina conforme lo establece C.C. y C. (2015, art. 562), que reza:

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

Es decir que la norma determina el polo filial materno entre el hijo o hija nacido/a y la mujer que ha dado a luz, de la misma manera que en el ámbito de la filiación por naturaleza; y el polo restante, si se produce, respecto de aquel o aquella que ha manifestado la voluntad procreacional. La norma sin embargo no cubre todas las posibilidades que podrían suscitarse en torno las TRHA, ya que, por ejemplo, no contempla la determinación de la filiación cuando se recurre a la gestación por sustitución total.

En el contexto de las nuevas técnicas de reproducción humana, resulta fundamental partir del principio de que la filiación, tanto paterna como materna, se disocia del componente genético y biológico, adquiriendo mayor relevancia el aspecto volitivo. Esto significa que la paternidad y la maternidad no se definen únicamente por la aportación de material genético, sino también por la voluntad y el deseo de asumir las responsabilidades y el compromiso que conlleva la crianza de un hijo. En la determinación de la filiación de un niño nacido por reproducción humana asistida, el elemento fundamental es la voluntad o decisión de que ese ser nazca. Esta voluntad no solo actúa como causa eficiente final e insustituible para ese nacimiento específico, sino que también supera la importancia de los demás elementos biológicos o genéticos, los cuales pueden ser sustituidos en algunos casos. Lo que realmente define la filiación en este contexto es el acto de voluntad de una pareja, ya sea casada o no, o excepcionalmente de una mujer sola. Sin esta decisión consciente de que el niño nazca, su existencia no sería posible. La voluntad de los padres se convierte así en la causa eficiente e insustituible, la más relevante de todas. La aportación de los demás elementos, como los gametos o el útero gestante, si bien es importante e imprescindible, no define por sí sola la filiación. Estos elementos son fungibles y no representan la verdadera causa eficiente del nacimiento en cuestión, en un sentido vivencial y ontológico. En resumen, la filiación por reproducción asistida se fundamenta en la voluntad procreacional de los padres, quienes, a través de su decisión consciente, dan lugar a la existencia de un nuevo ser. La biología y la genética, aunque importantes, quedan subordinadas a esta voluntad procreacional. Como bien dice Lamm (2012) la concepción tradicional de la familia matrimonial, basada en la procreación como único

modelo reconocido por el derecho, se encuentra en crisis. En la actualidad, coexisten diversos modelos familiares y formas de procreación, todos ellos cimentados en el pilar fundamental del afecto.

### **Un poco de historia**

Si bien la gestación por sustitución se nos presenta como una figura de la modernidad, al tratar la Maternidad Subrogada o Gestación por Sustitución, muchos textos especializados en el tema, hacen referencia a citas bíblicas como un modo de demostrar, que, desde tiempos remotos, la mujer cuando por la naturaleza no ha podido ser madre, ha recurrido a otra mujer para tal fin.

Menciona (Isola, 2013) que en la Biblia existen cinco casos de nacimientos que involucran gestación subrogada. Uno de los relatos más citados es el de Ismael, hijo de Abraham, donde se narra que Saray, esposa de Abraham, no podía concebir hijos y le propuso a Abraham que tuviera descendencia con su esclava, Agar. La práctica era común en ese tiempo, ya que se creía que una mujer no estaba completa si no podía darle hijos a su esposo. Por lo tanto, ofrecer la esclava como una solución era considerado un acto de fe, creyendo que Dios bendeciría con un hijo a la mujer que tomara esa decisión.

Más adelante en el tiempo, en 1975, en los Estados Unidos, se difundió un anuncio en un periódico por parte de una pareja infértil, en el que buscaban una mujer dispuesta a ser inseminada artificialmente, y ofrecían compensación económica por este servicio.

A partir de la aparición de la fertilización in vitro, en el año 1978, el panorama cambió. Así, el primer caso documentado de gestación subrogada gestacional en el mundo ocurrido en 1984, involucró a una mujer sin útero cuyos óvulos fueron fecundados in vitro y transferidos al útero de otra mujer. La mujer gestante dio a luz al bebé, con quien no tenía ninguna relación genética (Lamm, Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres., 2013).

Pero la atención pública sobre estos contratos, surgió a partir del controvertido caso conocido como Baby M, quien dio inicio a numerosos debates en la sociedad de Estados Unidos en 1986, por primera vez en un acuerdo de maternidad sustituta, la mujer gestante, después de nacida la hija, se arrepintió de entregarla al matrimonio contratante y decidió conservarla, y generó una serie de inconvenientes, en virtud de existir entre las partes, un contrato firmado sobre el acuerdo. La madre sustituta había sido inseminada con el semen del varón de la pareja contratante, derivando este conflicto de partes en la justicia, quien después de un largo proceso judicial, se decidió en otorgar la tenencia al padre biológico y derechos de visita a la madre sustituta

plasmando en la sociedad y la justicia, las complicaciones sobre la determinación de derechos y responsabilidades parentales producto de este tipo de acuerdos.

Más allá, de las objeciones morales y los vacíos legales que se dieron en un principio, la frecuencia con la que aparecían casos, llevó a muchos países, a incorporar lentamente esta técnica. La realidad social comenzó a mostrar una mirada favorable a la posibilidad de gestar un hijo mediante esta técnica, despojándose de prejuicios y tabúes que esta práctica suponía hasta hace un tiempo.

El fenómeno mediático, producto de celebridades del espectáculo o del deporte, internacional como nacional, que enarbolan la bandera del vulgarmente conocido “alquiler de vientres”, llevan a ver con mayor naturalidad esta práctica. Personalidades famosas a nivel internacional como Ricky Martín (cantante), Michael Jackson (cantante), Sara Jessica Parker (actriz), o Cristiano Ronaldo (deportista) han sido referentes para muchas personas a la hora de tomar la decisión de acudir a un útero gestante, y a nivel nacional personalidades como Florencia de la V (actriz), Marley (comediante y conductor televisivo) hacen público su aliento a este tipo de técnicas de reproducción, en virtud de que éstos, pudieron concretar su deseo de convertirse en padres, mediante una mamá sustituta.

### **Tipos de maternidad subrogada**

La GS permite ser una opción para personas o parejas que no pueden concebir un hijo por sí mismos debido a diversas razones médicas, biológicas o personales.

La GS puede ser clasificada desde diversos enfoques, sin embargo, la mayor parte de la doctrina coincide en que la gestación subrogada puede variar en función de dos aspectos principales: Por un lado, la gestación subrogada puede ser tradicional o gestacional según la procedencia de los óvulos. Por otro lado, en función de si la gestante recibe una compensación económica, la gestación subrogada se clasificará como comercial o altruista. La diferencia como explica Fudim M. (2022) tiene que ver con el fin: la primera categoría (conocida como alquiler de vientres o subrogación comercial), está atada a fines económicos, la mujer subroga su vientre a cambio de dinero, mientras que la segunda (conocida como Gestación solidaria o subrogada altruista) tiene fines altruistas, no hay ningún motivo económico ni fin lucrativo de por medio, la mujer se ofrece a ayudar a una persona o pareja, casada o no, a llevar adelante su deseo de maternar/ paternar.

A continuación, se detalla cada modalidad de gestación subrogada teniendo en cuenta los dos factores anteriores, asimismo, en la sección “Anexo A” hemos incorporado una serie de imágenes que dejan en claro los diversos tipos de gestación por sustitución existentes.

1) Tradicional o gestacional: La posibilidad de un embarazo en la GS puede darse de diversas maneras, según el aporte del material genético sea brindado por mujer gestadora o bien por parte de la pareja contratante: cuando la pareja subrogada aporta la totalidad del material genético (óvulo y espermatozoide) la madre sustituta sólo cumple la función de "incubadora"; es decir, gesta un embrión que no posee ninguna característica genética de ella. Este tipo de fertilización se denomina fecundación homóloga, en razón de que el material genético proviene de un mismo vínculo, es decir, de la pareja subrogada. Una segunda posibilidad, es aquella, en la que el material genético del bebé proviene de individuos ajenos tanto a la pareja comitente como a la gestante. (en este caso nos encontramos en la categoría de madre donadora) este tipo de situación se denomina fecundación heteróloga y se conoce así, en virtud de que, el material genético no proviene de un único vínculo, sino de personas que no se encuentran relacionadas entre sí. Es decir que, dependiendo de la procedencia de los óvulos, podemos clasificar la gestación subrogada. El estudio de la página web Babygest (2021) las clasifica del siguiente modo:

- A) Gestación subrogada parcial, tradicional o lineal: En este caso, la gestante asume el rol de madre biológica del bebé al aportar sus propios óvulos para la fecundación. Esta técnica no requiere de fecundación in vitro, sino que se emplea la inseminación artificial (IA) con el semen del futuro padre o de un donante.
- B) Gestación subrogada completa, total o gestacional: la mujer que gesta el bebé no aporta sus propios óvulos. Estos provienen de la madre comitente o de una donante de óvulos. La gestante se encarga únicamente de llevar a término el embarazo y dar a luz al bebé. En este tipo de gestación subrogada, el niño o niña tendrá una relación biológica con los padres comitentes (o con los donantes de gametos, si los hay). La doctrina jurídica mayoritaria reconoce este tipo de gestación como "maternidad subrogada propiamente dicha", ya que la gestante recibe material genético ajeno, pero proveniente de la pareja que la contrató.

2) Comercial o altruista. En este sentido, diferenciamos entre:

- A) Gestación subrogada comercial: Mediante un contrato preestablecido, una mujer gesta un hijo para otra persona o pareja a cambio de una remuneración financiera. Esta práctica, conocida como "alquiler de vientre", permite que

individuos o parejas que no pueden gestar un bebé por sí mismos tengan la oportunidad de formar una familia. La gestante, quien lleva el embarazo a término, recibe una compensación que cubre los gastos médicos y otros relacionados con el embarazo, además de la retribución acordada.

- B) Gestación subrogada altruista: La mujer que gesta no recibe compensación económica adicional aparte del reembolso de los gastos asociados al embarazo, como ropa de maternidad, consultas médicas, alimentación especial, desplazamientos al hospital, entre otros. Éste tipo de gestación es la que contempla el anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de Argentina, en donde el fin que motiva a la mujer a prestar su cuerpo, es realizar un bien.

### **Turismo reproductivo**

Como se verá en posteriores capítulos, los países han adoptado diversas posturas en relación al instituto en cuestión, encontrándose Argentina dentro de los que omiten la regulación de la GS, resulta conveniente hacer alguna referencia al llamado “Turismo reproductivo”, atento a que el mismo encuentra su razón de ser en dicha falta de regulación.

Lamm define al turismo reproductivo como aquel “fenómeno que se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRHA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla” (2013, p. 22).

La prohibición de la maternidad subrogada o la inseguridad jurídica que se crea por no regular, genera lo que se ha llamado “turismo reproductivo”. Este turismo tiene lugar cuando personas o parejas que presentan infertilidad o imposibilidad para procrear, viajan a países donde la maternidad subrogada se encuentra regulada, no exige requisitos de residencia para los subrogantes, y consiguen así concretar su deseo de ser padres o madres. Por supuesto que la definición no emplea la idea de “turismo” como un viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador.

Conforme al derecho internacional privado, no existe ningún inconveniente para inscribir a un hijo como propio en nuestro país, aún concebido a través de un procedimiento de maternidad subrogada en el extranjero. La paternidad se establece legalmente a través de la partida de nacimiento, la cual goza de plena validez en el ámbito jurídico argentino y esta validez no requiere de pruebas adicionales o corroboración del derecho extranjero. Ni siquiera sería admisible, de estar prohibida la maternidad subrogada en Argentina, alegar fraude a la ley por el hecho, de que personas

residentes en el país viajen a otro para realizar un procedimiento de maternidad subrogada, porque “no sería congruente con el principio del favor filiatorio —de privilegiar que al hijo se le atribuya un “estado”, en lo posible de hijo legítimo— que inspira la legislación argentina interna y la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por Argentina y constitucionalizada por la reforma de 1994)” .

Puede decirse entonces que en Argentina la maternidad subrogada no está prohibida, tampoco se encuentra regulada, pero sí está tolerada si se la practica en el extranjero. Sin embargo, este turismo reproductivo es excluyente, dado que no todas las personas o parejas imposibilitadas para procrear cuentan con los medios económicos suficientes para acceder a un hijo en el extranjero, lo que constituye una nueva forma de discriminación.

Como ya se ha hecho mención, las diferentes respuestas de los diversos ordenamientos jurídicos provocan el turismo reproductivo, y si bien el motivo del desplazamiento varía según los países, la razón más común es la evasión de la ley cuando la técnica está prohibida, sea por sí misma o cuando un grupo particular se encuentra excluido del acceso al tratamiento (como por ejemplo parejas homosexuales, personas solas, personas mayores de una determinada edad, etc.) También se argumenta como otras razones para viajar la mejor calidad de la atención y el menor costo del tratamiento.

En materia de gestación por sustitución, el turismo reproductivo es una práctica cada vez más frecuente, que provoca diferentes problemas. Lamm (2013) menciona dos situaciones que se presentan con respecto a la gestación por sustitución en términos de nacionalidad y filiación: La primera, cuando los comitentes desean llevar al niño fuera del país donde nació, situación especialmente relevante en casos de niños nacidos en países como la India y Ucrania, donde las leyes permiten la gestación por sustitución, pero no otorgan la nacionalidad a hijos de extranjeros nacidos en su territorio, no aplicando el principio de *ius soli*. Al carecer de nacionalidad en el país de nacimiento, los niños deben obtener la nacionalidad de los comitentes para obtener documentos de viaje, lo que implica resolver previamente la filiación, los comitentes deben solicitar un pasaporte basado en la nacionalidad por descendencia en la representación consular de su país, es cual a menudo es denegado. Esta situación genera un limbo jurídico para el niño, que queda apátrida y con filiación incierta en el país de origen de los comitentes. Cabe mencionar que los casos que se han dado en Argentina generalmente han sido resueltos mediante jurisprudencia, basados en principios de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y el interés superior del niño. La segunda situación se presenta una vez en el país de residencia de los comitentes, las dificultades surgen al intentar regularizar su situación legal, especialmente cuando se deniega la regularización por

razones de orden público, dejando al niño en situación irregular y sin reconocimiento legal de sus padres, lo que afecta su derecho a la filiación, a la nacionalidad y la obligación de los estados de evitar la apatridia infantil.

Ya expuestos los conceptos básicos sobre la maternidad subrogada, es hora de adentrarnos a las diversas posturas existentes en torno a la figura, a lo cual, los invitamos avanzar al capítulo N°2.

## Capítulo 2. Posturas en torno a la gestación subrogada

Como se ha visto en el capítulo anterior, la GS, al igual que las demás técnicas de reproducción humana asistida nació como consecuencia de avances médicos-científicos, de la mano de la evolución biotecnológica que dio la posibilidad de crear métodos alternativos, sin relaciones sexuales de por medio, con el objeto de permitir la maternidad o paternidad a personas que de otro modo no pueden o no quieren hacerlo. La proliferación de las tecnologías de reproducción experimentó un hito con la introducción de la criopreservación, que posibilitó la congelación de óvulos y espermatozoides. Como resultado, el material genético se volvió preservable, dando origen a la creación de bancos de semen y óvulos en diversas partes del mundo. Este avance científico ha facilitado el tratamiento de casos complejos de infertilidad, brindando a muchas parejas la oportunidad de concebir hijos mediante la fertilización in vitro.

El instituto de la GS si bien se planteó en principio como una opción para solucionar problemas de infertilidad, velozmente alcanzó nuevas aristas, por ejemplo Ormart (2020) señala que la gestación subrogada representa la única alternativa para que una pareja homosexual masculina tenga un hijo biológico propio (aunque solo de uno de ellos). En este sentido, la autora argumenta que, en consonancia con los principios universales de libertad, igualdad y no discriminación, la gestación subrogada se convierte en un argumento adicional a favor de la legalización y regulación de estos acuerdos. Esta postura cobra especial relevancia tras la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario en Argentina, que también permite la adopción. No obstante, de otro costado, se convirtió en una práctica posible y atractiva como fuente de recursos económicos a cambio de un embarazo para mujeres pobres en los países en que esta práctica está autorizada, "lo que subyace es una mentalidad mercantilista en la que las mujeres gestantes son utilizadas en este negocio como una mera factoría que fabrica bebés para otros" (Jouve de la Baarreda, 2017, p. 160). La vulneración no acaba allí, los problemas también son extensibles al niño que nace por esta técnica que sin una regulación que fije límites, termina siendo un mero producto comercial sin derecho a identidad alguno, lo que implica una clara violación de tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3, 7 inciso 1, 8 incisos 1 y 2), que se refiere a su identidad y la obligación de los Estados Partes de proporcionar asistencia y protección adecuadas para restaurar rápidamente su identidad; y el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 17 inciso 1 y 5, y artículo 19), que establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo", y que "todo niño tiene derecho a las

medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado", respectivamente.

A los fines prácticos, encontraremos este capítulo dividido en dos partes, en la primera se hará mención a diferentes argumentos y razones a favor del instituto y de su regulación, mientras que la segunda parte hará mención en forma específica de distintas posiciones existentes en torno a la figura como por ejemplo la perspectiva feminista, la bioética, la religiosa y la referida a la niñez.

### **Primera parte: argumentos y razones a favor del instituto y su regulación.**

Argumentos a favor:

- 1) Permite que una pareja o persona con problemas médicos definidos puedan tener hijos biológicamente suyos. De hecho, la GS se planteó en principio como una opción para solucionar problemas de infertilidad siendo una alternativa para parejas que no puedan tener hijos/as por motivos de infertilidad (Jouve de la Barreda, 2017). El derecho humano a formar una familia, consagrado constitucionalmente y en convenios internacionales, implica que la igualdad debe ser efectiva, respaldada por la legislación, y sin discriminación hacia aquellos que, debido a problemas de salud como la infertilidad o su orientación sexual, se ven excluidos de la oportunidad de tener hijos.
- 2) Siguiendo a Lamm "La gestación por sustitución se presenta como la única alternativa posible que tiene una pareja conformada por dos hombres para tener un hijo genéticamente propio" (2013, p. 61). En el mundo actual, el movimiento en favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo es una tendencia en auge. Numerosos son los estados que ya contemplan el matrimonio homosexual o «igualitario». En Argentina, el 15 de julio de 2010 se aprobó la ley 26618, la cual fue promulgada el 21 de julio de 2010. Esta ley modifica el Código Civil, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo y otorgándoles los mismos derechos, incluyendo el derecho a adoptar. Ahora bien, ¿conculca el interés superior del niño/a ser criado/a por dos personas del mismo sexo? Zavala López (2016) aborda esta pregunta a la luz del caso *Atala Riffo vs. Chile* (24/02/2012) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se cita una sentencia de la Corte Suprema de México (16/08/2010). La Corte mexicana expone de manera contundente: "No hay fundamento para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que derive directamente en una mala crianza. Quien sostenga lo contrario, debe presentar evidencia al respecto". Ni el

Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales pruebas empíricas mediante estudios serios y metodológicamente sólidos. La carga de la prueba recae en quienes, con prejuicios, sostienen que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes sostienen esta creencia realizan una generalización inconsistente a partir de algún dato particular o anecdótico, elevándolo a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se denominan estereotipos, los cuales, a su vez, conforman la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y la intolerancia. Lamm (2013) señala que, si no hay razones objetivas que justifiquen excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a la maternidad/paternidad, no se puede alegar como único fundamento la orientación sexual, porque es considerada una categoría sospechosa y, por ende, tal negativa sería tachada de inconstitucional por conculcar principios de Derechos Humanos como lo es el de igualdad. Diversos estudios coinciden en que las habilidades parentales de madres o padres homosexuales son equiparables a las de madres o padres heterosexuales, y que el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños criados por padres gays o madres lesbianas son similares a los de aquellos criados por padres heterosexuales. Además, se ha encontrado que la orientación sexual no influye en la formación de vínculos afectivos entre niños/as/as y sus progenitores, ni en el desarrollo de niños/as/as en términos de identidad de género, roles de género u orientación sexual. Asimismo, se ha observado que hijo/as de padres homosexuales no experimentan un mayor impacto del estigma social en comparación con otros niños/as (Diario Constitucional, Boletín Oficial N° 10626-07, 2016).

- 3) La GS constituye un proceso más simple que la Adopción. A diferencia de la adopción, que implica rigurosos procesos de selección y requisitos que pueden excluir a parejas idóneas por motivos burocráticos, la subrogación se presenta como una alternativa más sencilla y expedita para formar una familia. Además, la subrogación permite a uno o ambos miembros de la pareja ser progenitores biológicos del futuro hijo.
- 4) La GS asegura el derecho a la maternidad/paternidad. La gestación subrogada representa una opción adicional, y en algunos casos, prácticamente la única, para materializar el "derecho a la maternidad (o

paternidad)" o el "derecho a formar una familia". En este enfoque, se parte del supuesto de que existe un derecho subjetivo del futuro progenitor, cuyo objetivo es establecer un vínculo parental, y en la medida en que la gestación subrogada facilita el ejercicio de este derecho, se percibe como algo favorable. De esta manera, se plantea que la reproducción se desvincula de sus limitaciones naturales y pasa a ser determinada por la voluntad. Así, quien desee ser padre o madre, podrá serlo, sin importar la técnica utilizada, la cual se considera simplemente como un medio para promover el desarrollo óptimo de la personalidad humana (Martínez Zorrilla, 2023).

- 5) La GS permite experimentar la maternidad. La gestación subrogada brinda a las mujeres la oportunidad de revivir las alegrías y emociones del embarazo, incluso cuando sus propias familias ya están formadas. A pesar de tener hijos biológicos propios, estas mujeres optan por embarcarse en este proceso para completar muchas familias incompletas, regalando el don de la maternidad a quienes anhelan formar un hogar.
- 6) La utilización de esta técnica implica el respeto de la autonomía de la voluntad. La pluralidad de estructuras familiares que observamos en la sociedad actual no solo es el producto de un proceso histórico gradual, sino también del creciente reconocimiento de la autonomía individual sobre las decisiones que afectan la vida, incluyendo la esfera familiar. Muchas veces una pareja o un individuo elige ser padre/madre a través de la GS porque tal técnica se adapta mejor a sus deseos e intereses, pensemos por ejemplo una modelo que trabaja con su cuerpo por lo que no quiere pasar por un embarazo, pero quiere ser madre, a través de la GS se logra que decida formar su familia del modo en que lo considere apropiado. Los argumentos basados en la libertad reproductiva afirman la autonomía y libertad de las decisiones, es decir que el derecho a la autodeterminación personal permitiría afirmar el derecho a la elección reproductiva que garantiza la libre decisión del sujeto a procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo. En tanto la libertad del sujeto es una regla, cualquier limitación a ella debería ser considerada una excepción. Los distintos modos de procrear suponen la generación de hijos, y negar el acceso a las técnicas de reproducción asistida sería establecer una clase de discriminación.
- 7) El uso de esta técnica respeta la libertad de la mujer de elegir libremente sobre qué hacer con su cuerpo y en caso de lograr una regulación del

instituto, las mujeres que desearan prestarse a la gestación subrogada podrían hacerlo dentro de un marco regulado, seguro, protegidas y no expuestas al mercado negro.

- 8) Regular el instituto de la GS implica acabar con la desigualdad que supone que sólo las personas con más recursos económicos pueden acudir a esta técnica de reproducción asistida e incluso evitaría el turismo reproductivo.

## **Segunda parte: diversas posturas**

### **Perspectiva bioética:**

La bioética, al decir de Potter (1971), es una disciplina que fusiona los valores humanos con el conocimiento científico. El proceso de deliberación bioética, como mencionan Mastandrea y Cambra Badii (2017), se basa en principios como la beneficencia y la no maleficencia. Este enfoque metodológico busca evaluar las implicaciones éticas de prácticas como la gestación por sustitución (GS) dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). La metodología incluye la presentación del problema, el análisis de los hechos, la identificación de valores en conflicto, la consideración de los cursos de acción disponibles y la deliberación sobre las responsabilidades profesionales. Este enfoque permite delimitar los alcances y límites de estas prácticas, siempre en pos de la protección de los seres humanos.

Siguiendo a Jouve de la barreda “No es posible hoy ni previsible en el futuro la utilización de “incubadoras artificiales” por lo que la maternidad subrogada sólo es viable acudiendo a las tecnologías de la reproducción humana asistida y contando con una madre gestante” (2017, p.155). Como se mencionó en el capítulo 1, y siguiendo a Núñez Calonge (s.f.) la gestación por sustitución puede ser total, cuando ambos gametos provienen de donantes o uno de ellos de un donante y el otro del "padre/madre adoptivo", o parcial, cuando existe un vínculo genético entre la madre subrogada y el hijo al aportar ella el óvulo. Ahora bien, desde un punto de vista biológico tradicional, la reproducción sólo involucra a los padres genéticos, quienes aportan el óvulo y el espermatozoide, respectivamente. Sin embargo, las técnicas de reproducción humana asistida, como la GS, introducen nuevas posibilidades. Esto implica que, en la GS con donación total o parcial de gametos, se produce una pérdida total o parcial del vínculo genético del hijo, quien nace tras la implantación del embrión en el útero de una mujer ajena, lo que puede generar anonimato en la relación entre el embrión y sus progenitores genéticos.

La GS ha generado un intenso debate ético debido a que involucra temas sensibles para la sociedad, como la dignidad humana, la maternidad y la protección de la infancia. Diversos sectores cuestionan la moralidad de las decisiones tomadas por los

participantes en este tipo de prácticas, encendiendo una discusión sobre sus potenciales impactos sociales y legales. Quienes se enrolan en una posición contraria a la GS, consideran que esta práctica no solo representa la proliferación de una mentalidad biotecnológica que convierte la reproducción humana en un proceso productivo, tratando al niño/a como un objeto, sino que también crea circunstancias propicias para la explotación de mujeres de bajos recursos y altera los vínculos más esenciales y formativos de la identidad personal (Lafferriere J. N., 2017). Existen ciertos movimientos feministas que se oponen a la maternidad subrogada por considerarla una práctica que cosifica el cuerpo de la mujer al convertirlo en un objeto de transacción comercial. Para estas corrientes, el embarazo no solo involucra a la mujer y a los procesos biológicos que se desarrollan en su cuerpo, sino que también implica a terceros con intereses en el resultado. De este modo, la mujer gestante se ve limitada en su autonomía al portar un bebé que no es suyo.

Las motivaciones subyacentes tanto de los comitentes como de la gestante en la gestación por sustitución influyen en la evaluación ética de sus respectivas acciones. Se plantean objeciones éticas relacionadas con la instrumentalización o reducción a objeto de la función reproductora de la gestante. Respecto a los comitentes, el aspecto central radica en la posibilidad de optar por una alternativa, como la adopción de niños ya nacidos, considerando inmoral traer hijos al mundo mediante técnicas reproductivas cuando hay tantos niños en condiciones de ser adoptados. Desde una perspectiva ética, también se debe considerar la situación del hijo nacido de una gestación por sustitución, con posibles distorsiones en su comprensión de la maternidad debido al efecto disociador de este proceso. Asimismo, se deben contemplar los problemas que puedan surgir para el feto en gestación, como la detección de riesgos para su salud, que podrían requerir decisiones que van desde pruebas diagnósticas y tratamientos prenatales hasta la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias, en estos casos, ¿Quién lo decide?, ¿los comitentes o la gestante?, ¿y si no están de acuerdo? (Sánchez Aristi, 2010).

Para la doctrina civilista, la GS es un acto jurídico de objeto contrario a la moral y las buenas costumbres C.C. y C. (2015, art. 279). Pero aún sin entrar en la cuestión moral, consideran que se está ante un objeto que afecta la dignidad de la persona humana y contradice normas de orden público. Por estas razones, consideran que el acuerdo de GS se trata de un acto jurídico nulo y de nulidad absoluta C.C. y C. (2015, art. 386), cuya nulidad debe ser declarada de oficio, no puede ser exigible judicialmente, no puede ser confirmada y su nulidad es imprescriptible C.C. y C. (2015, art. 387),. Consideran, además, que la GS, es contraria al C.C. y C. (2015, art. 17), y concordantes que prohíbe que el cuerpo humano sea objeto de los actos jurídicos comerciales. En el

específico campo de los contratos, también contradice los artículos 957, 1004 del C.C. y C y concordantes sobre el objeto de los contratos. La persona humana por nacer se convierte en el objeto del acto jurídico o del contrato, debiendo ser entregado al nacer contra la prestación de un precio, siendo ello contrario a principios fundamentales como la dignidad humana, al margen de que también se opone a las reglas del art.19 de la Constitución Nacional y concordantes.

Como se observa, uno de los principales argumentos éticos en contra de la GS es que implica la venta de un ser humano, lo que va en contra de los principios básicos de la ética y la dignidad humana. Para evitar este tipo de objeciones, algunos contratos de maternidad subrogada especifican que la compensación recibida por la madre gestante es por los "servicios de gestación" y no por la entrega del bebé a la pareja comitente.

Otro argumento de peso que se observa dentro de posturas detractoras, es el potencial que tiene la GS para generar explotación femenina. Se argumenta que la práctica puede llevar a la utilización de mujeres pobres por parte de mujeres adineradas, o a la explotación de mujeres en países en vías de desarrollo por parte de mujeres de países desarrollados, a través del "turismo reproductivo". Esta dinámica genera relaciones de poder desiguales y puede derivar en situaciones de abuso, tanto hacia la madre gestante como hacia los comitentes, quienes pueden actuar movidos por la "desesperación" por tener un hijo/a. En este contexto, los acuerdos de subrogación comercial se convierten en instrumentos de manipulación forzada (Núñez Calonge, s. f.).

Volviendo a las perspectivas biológicas y bioéticas, los argumentos en contra a la GS van a tener diversos fundamentos. Definitivamente las mujeres que se someten a gestación subrogada enfrentan riesgos tanto físicos como emocionales. Uno de estos riesgos es la posibilidad de rechazo que puede enfrentar la mujer ante la implantación de un embrión que no es propio. Además, durante la fase de preparación, las gestantes sustitutas deben someterse a dosis elevadas de hormonas para preparar su útero, implica estimular artificialmente la producción de óvulos, lo que puede resultar en una menopausia precoz y aumentar el riesgo de desarrollar condiciones como la diabetes, la hipertensión, la preeclampsia, entre otras (Bernal Pedroza, 2020).

La GS genera problemas psicológicos, fisiológicos, éticos y jurídicos, que afectan a los diferentes actores que hacen parte del proceso. Desde la perspectiva biomédica hay que tener en cuenta las implicaciones psicológicas para todos los sujetos implicados en la maternidad subrogada, son cada vez más los expertos que destacan la importancia de los vínculos afectivos creados entre la madre gestante y el bebé durante la gestación. Los padres comitentes también sufren presión psicológica, por ejemplo, no pueden estar

completamente seguros de que la madre sustituta no romperá el contrato durante los nueve meses del embarazo, o que incluso uno de los donantes genéticos no intentará demandar la custodia del niño. Como dijo Jouve de la Barreda (2017), al utilizar las técnicas de fecundación in vitro para las madres subrogadas y úteros de alquiler, estas técnicas favorecen la reducción de la procreación a un fenómeno puramente biológico. Del mismo modo, la gestación por parte de una mujer que no es la madre genética, ni será la madre afectiva y social, supone y promueve la reducción de la gestación a un fenómeno meramente tecnológico, en el que la mujer cumple la función de incubadora sofisticada. A esto se añade el envilecimiento de la gestación reducida a un asunto comercial en el caso del útero de alquiler, es decir a cambio de una prestación económica.

### **Perspectiva desde la niñez**

En la profundización de esta perspectiva, se encuentran por un lado posturas que consideran que la regulación de la GS se convierte en la solución que mejor satisface el interés superior del niño, apuntan a que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño porque éste no hubiera existido de no haberse recurrido a ella. En otras palabras, la gestación por sustitución permite la existencia de niños/as que, de no ser por este método de reproducción asistida, no habrían tenido la oportunidad de nacer y vivir una vida plena. Notrica, Cotado y Curti (2017), expresan que esta corriente doctrinaria considera que regular la gestación por sustitución constituye la solución adecuada, ya que, desde el momento mismo del nacimiento, el/la infante se encuentra en una familia que lo desea. Se afirma que el interés superior del niño se garantiza al restringir el poder de las partes involucradas, y esta restricción sólo puede lograrse mediante la regulación legal de estos acuerdos. Según esta postura, dicho interés demanda un marco legal que proteja al niño/a, le otorgue seguridad jurídica y asegure una filiación acorde con la voluntad expresada.

Por otro lado, Lafferriere y Eleta (2018) plantean otra perspectiva que argumenta que la legalización de la gestación subrogada va en contra de las políticas públicas y las normativas que procuran mantener la relación madre-hijo/a, identificar rápidamente al recién nacido, proteger el derecho a la identidad y prevenir el tráfico de niños/as. De hecho, existen disposiciones legales específicas que penalizan la privación o sustracción de elementos esenciales para la identidad de un niño/a, y esta prohibición no puede ser eludida mediante la autonomía de la voluntad, por ejemplo, la Ley 24.540 (1995) regula de manera explícita el proceso de identificación de los recién nacidos, y esta política se establece como un requisito de orden público. Las políticas públicas de identificación de la madre y el recién nacido obedecen a compromisos internacionales vinculantes para nuestro país, la maternidad subrogada supone un quiebre en la solidez

del sistema de identificación mencionado y un profundo retroceso en esta política pública sensible y decisiva para prevenir el tráfico de niños. De hecho, quienes se enrolan en esta postura, manifiestan que el nuevo C.C. y C. (2015, art. 611), prohíbe la entrega directa de niños de forma categórica:

Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su preteso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

El texto deja claro que la prohibición de la gestación por sustitución es amplia e incuestionable. Permitir la entrega directa de un niño mediante un contrato, incluso con la intermediación técnica de un centro de procreación artificial, sería una flagrante contradicción con esta prohibición.

Otra cuestión a tener presente desde la perspectiva del desarrollo infantil, es esencial considerar las interacciones que se establecen entre la madre y el bebé desde el período gestacional. Sigmund Freud fue el primero en reconocer la relevancia de los sentimientos maternos en este proceso. Observó que las primeras etapas de la maternidad ejercían una influencia duradera en la psicología del niño, y que la crianza emocional de los hijos no comenzaba al momento del nacimiento, sino durante la gestación. Durante este período, el feto va estableciendo una conexión emocional con su madre a medida que se desarrolla en su vientre. Esta conexión permite al feto percibir las emociones maternas, lo que enriquece su repertorio de experiencias sensoriales necesarias para su desarrollo emocional. Es importante destacar que este vínculo emocional también afecta la fisiología del feto, ya que las emociones positivas o negativas de la madre pueden provocar diferentes respuestas en los sistemas del feto, influyendo en su salud y susceptibilidad a enfermedades. En resumen, las emociones maternas desempeñan un papel fundamental en la regulación tanto de la fisiología materna como del desarrollo del bebé. Ahora bien, según Bernal Pedroza (2020), las gestantes por sustitución son instruidas para no desarrollar apego emocional hacia el

bebé que llevan en gestación. Esto se fundamenta en la idea de que el bebé no es suyo, sino que lo están gestando para entregarlo a terceros. Por lo tanto, durante el embarazo, se les aconseja mantener una actitud de indiferencia hacia el niño o niña, con el fin de reducir o evitar el dolor al momento de la entrega a los futuros padres. Esta falta de apego puede resultar en una conexión emocional fría entre la gestante y el bebé, lo que podría tener repercusiones psicológicas en el niño a lo largo de su vida.

Jouve de la Barreda (2017) señala que la GS puede afectar negativamente el derecho del niño a conocer su origen e identidad genética. Esta situación genera conflictos, ya que muchos niños/as al llegar a la adultez desean conocer su procedencia biológica. Sin embargo, sólo podrían acceder a esta información mediante una orden judicial justificada y con la disponibilidad de muestras de ADN de las personas involucradas. Asimismo, desde esta postura se argumenta que los nacidos/as por GS se encuentran en riesgo de sufrir múltiples violaciones a sus derechos humanos. Entre los más afectados se encuentran el derecho a la identidad (incluyendo nombre, nacionalidad -considerando el turismo reproductivo-, relaciones familiares y acceso a sus orígenes), el derecho al disfrute del más alto nivel de salud y el derecho a no ser vendidos. Además, en el contexto de la GS, existe la posibilidad de que los adultos involucrados tomen decisiones discriminatorias basadas en la discapacidad o el género del niño/a, lo cual va en contra del principio del interés superior del infante. En resumen, quienes se posicionan en contra manifiestan que el hijo/a que se gesta de esta manera se convierte en un objeto comercial que sufrirá las consecuencias en el caso relativamente frecuente de un desacuerdo o una ruptura del contrato de subrogación.

Cabe destacar, que con independencia de la postura en que nos enrolemos, no debe olvidarse, que los niños y niñas nacidos por GS tienen los mismos derechos que todos los niños y niñas en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN). Sin importar las posturas particulares de los países respecto a la gestación subrogada, es responsabilidad de todos los Estados salvaguardar los derechos humanos de cada niño o niña nacido mediante este método, sin discriminación alguna. Esto implica establecer marcos legales y regulaciones adecuadas para proteger y respaldar sus derechos.

### **Perspectivas feministas**

Como bien dice Lamm (2015), en el ámbito del pensamiento feminista, se pueden encontrar diversas opiniones sobre la GS, que reflejan diferentes interpretaciones sobre si esta práctica promueve la libertad de las mujeres o, por el contrario, la vulnera. Sin embargo, la mayoría de los movimientos feministas tienden a respaldar esta práctica.

Por un lado, encontramos el llamado feminismo socialista el cual rechaza la GS por considerar que la práctica implica una forma de explotación económica y psicológica para la mujer. Así, encontramos por ejemplo a Jouve de la Barreda (2017) comenta que durante el embarazo se desarrolla una estrecha relación de simbiosis entre el bebé y la madre gestante, la cual se ve interrumpida después del parto. No obstante, las células madre del feto permanecen dispersas en el cuerpo de la madre durante toda su vida, lo que demuestra una conexión psicológica perdurable entre la madre gestante y el niño o la niña. Durante el proceso de gestación, se produce una alteración permanente en la estructura cerebral de la madre, con cambios especialmente significativos en las regiones relacionadas con las interacciones sociales. A medida que avanza el embarazo, el cerebro se vuelve más receptivo emocionalmente: las mujeres embarazadas perfeccionan su habilidad para identificar los estados emocionales de otras personas y agudizan su intuición. Este estado de hipersensibilidad emocional e hipervigilancia se caracteriza por lo que se conoce como "ensimismamiento transitorio", el cual se intensifica en las etapas finales del embarazo y disminuye algunas semanas después del parto. El psiquiatra Donald Winnicott, 1992, citado por Torres Vilar (2006, pág. 204) señaló cómo esta alta sensibilidad emocional es esencial para que la madre pueda comprender las necesidades del bebé y proporcionarle cuidados adecuados. Sin embargo, todos estos cambios también conllevan una vulnerabilidad, como lo demuestra la realidad de los trastornos mentales perinatales que afectan a muchas mujeres durante el embarazo y el posparto. Más allá de las razones y del contexto social, que pueden incluir por ejemplo situaciones de pobreza que hacen que la gestación subrogada sea prácticamente la única forma de asegurar ingresos para sostener la crianza de hijos anteriores, es fundamental comprender todas las implicaciones a corto y largo plazo de llevar a término un embarazo en nombre de otros (Olza, 2022). Esto es de importancia ya que por más que una mujer tome la decisión o tenga la intención de no establecer un vínculo con el bebé que está gestando con el fin de evitar un duelo posterior, la biología continuará su proceso y los cambios cerebrales no pueden ser evitados. En otras palabras, el vínculo es inevitable (Trejo Pulido & Olza, 2017).

La explotación también se manifiesta físicamente en la mujer, ya que "La estimulación ovárica es un tratamiento agresivo para la fisiología femenina ya que fuerza un tipo de ovulación múltiple contra natura, con el fin de obtener en un ciclo el mayor número de óvulos para su uso posterior en la FIV" (Jouve de la barreda, 2017, p. 157). Quienes se enrolan en esta posición, consideran que la gestación subrogada representa una forma contemporánea de esclavitud, en la que la mujer gestante es tratada como una mera incubadora para llevar a término el hijo/a de otras personas. Esto se percibe

como una violación a su libertad, autonomía personal e integridad psicológica (Pojmaevich, 2015).

Por otra parte, al igual que en cualquier transacción económica, existen requisitos de calidad que influyen en el costo, lo que a su vez puede impactar en diversos aspectos del servicio: desde la donación de gametos hasta el uso de embriones frescos o congelados, la calidad de los servicios de fertilización in vitro, la salud de la madre gestante, sus cuidados médicos y su alimentación. Considerando todos estos elementos, de manera similar a la adquisición de un producto, se espera que a un precio más alto corresponda una mejor calidad (Jouve de la Barreda, 2017).

Este feminismo socialista rechaza la GS por considerar que existe una cosificación del cuerpo de la mujer y una vulneración tanto a la dignidad de la mujer gestante como del bebé por nacer. Esta postura se basa en la premisa de que los contratos de maternidad subrogada constituyen una forma de comercio con el cuerpo femenino, lo que atenta contra la integridad física y moral de la mujer. Además, se argumenta que estos contratos violentan el principio de no cosificación de las personas, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Nacional, que prohíbe la compraventa de personas. En este sentido, Szygendowska señala que "la figura de la gestación por sustitución constituye una forma de mercantilización del cuerpo femenino, explotando a las mujeres vulnerables procedentes de los países en vía de desarrollo, generando una industria que debería estar prohibida" (2021, pág. 90).

Una de las más fuertes objeciones a la GS surge de la experiencia internacional que da cuenta que las mujeres más vulnerables son las que son reclutadas para servir de gestantes, en una nueva forma de explotación que, incluso, ha derivado en denuncias de trata de personas.

En similar sentido, el feminismo radical considera que, en una sociedad paternalista, la libertad de las mujeres para contratar es una ilusión y que la GS es simplemente otra oportunidad para que los varones tengan control sobre el cuerpo de las mujeres, lo que al decir de Lamm (2017), no solo minimiza la importancia de la voluntad en la toma de decisiones sobre la reproducción, lo que representa un retroceso en los logros obtenidos con tanto esfuerzo por las mujeres, sino que también refuerza los estereotipos sobre la imprevisibilidad de las decisiones femeninas y la inevitabilidad de su "destino biológico", lo que a su vez fortalece la heteronormatividad. Según Szygendowska (2021), históricamente, la capacidad de las mujeres para concebir ha sido controlada por los hombres, lo que ha influido en el papel que desempeñan en la sociedad. Esta dominación sobre las habilidades reproductivas de las mujeres se considera una forma de opresión perpetuada por el patriarcado, que trata el cuerpo femenino como propiedad masculina. De acuerdo con las ideas de De Beauvoir (1949),

la función reproductiva somete a la mujer, impidiéndole participar plenamente en la formación del mundo. En este sentido, esta capacidad reproductiva limita a la mujer a un espacio predefinido, determinado previamente por acuerdos entre hombres. La mujer es conceptualizada principalmente en términos biológicos, en función de sus responsabilidades fisiológicas de reproducción, siendo vista como una "madre en potencia". Así, el patriarcado ha utilizado las capacidades reproductivas para moldear socialmente el papel de la mujer, imponiendo un modelo basado en su naturaleza biológica. Para algunos resulta evidente que las mujeres que deciden ser gestantes sustitutas lo hacen por razones como la pobreza, la vulnerabilidad, los problemas económicos para sostener a sus familias, condiciones psicosociales desfavorables. Lo que termina influyendo en la toma de decisiones. Pues, por sus circunstancias, están coaccionadas y de cierta manera, obligadas a hacerlo. Szygendowska (2021), argumenta que la oposición de las feministas radicales a las prácticas de reproducción asistida radica en el temor a la explotación del cuerpo femenino y la cosificación de la maternidad. Esta postura se basa en la preocupación de que este tipo de prácticas refuercen roles de género tradicionales, asignando un valor mercantil al cuerpo de la mujer y relegando a las gestantes a una posición de subordinación. En este sentido, la maternidad se reduce a una función biológica, dejando de lado su dimensión social y emocional.

En la otra vereda, encontramos a las posturas feministas que sobre la base de la autonomía de la voluntad y la capacidad de elegir y autodeterminarse, se encuentran a favor de la GS, así por ejemplo el feminismo liberal considera que mediante la afirmación de la habilidad de las mujeres para contratar se las empodera y reconoce como sujetos autónomos, son las propias mujeres las que en el marco de su autonomía de voluntad deciden ser madres para otros, medie o no prestación dineraria de por medio, y ellas deben cumplir sus contratos de gestación por sustitución, en cuanto individuos autónomos, capaces de efectuar elecciones racionales, libre, conscientemente y de manera responsable. Según Jiménez Canet Atilano (2019), los principios fundamentales del enfoque liberal incluyen los derechos reproductivos, la libertad reproductiva y la capacidad de autodeterminación sobre el propio cuerpo. La capacidad de la mujer para tomar decisiones relacionadas con su cuerpo no solo se considera un ejercicio de libertad individual, sino también una condición necesaria para combatir la discriminación que enfrentan las mujeres. Según Szygendowska (2021), el principio esencial del enfoque liberal es considerar que la gestación de un feto para otros se origina en un acuerdo entre dos partes libres que obtienen beneficios mutuos, percibiendo la GS como una expresión de autonomía, libertad reproductiva y el ejercicio del derecho a decidir sobre el uso del propio cuerpo. Asimismo, algunas feministas creen

que la GS es una de las posibilidades reproductivas de las que pueden optar libremente. La GS es una técnica de reproducción asistida, pero no es una técnica más, dado su carácter excepcional de implicar a otra persona, la gestante, se requiere ofrecer la máxima protección. Para Lamm, como para muchos, “el derecho de la mujer a controlar su cuerpo es fundamental en la lucha por el control de su vida” (2013, p. 245). Para ésta autora, éste control se manifiesta en diversas formas pero esencialmente en la capacidad de elegir entre: no embarazarse, embarazarse o abortar. En este sentido, la decisión de gestar o contratar los servicios de una gestante se considera una extensión natural del derecho a la libertad reproductiva. Por lo tanto, limitar las opciones de las mujeres en materia de GS implica restringir las libertades que la ley ya les otorga. En otras palabras, las mujeres, como individuos libres e independientes, deben tener el derecho de determinar si desean o no ser gestantes.

Finalmente, según Szygendowska (2021), el feminismo cultural aboga por una perspectiva mixta o intermedia, la cual sostiene que la gestación subrogada sólo debería ser permitida cuando es altruista, es decir, cuando no implica un contrato con compensación económica para la mujer gestante. Este acuerdo sin ánimo de lucro protege la integridad de la mujer, ya que su consentimiento se otorga libremente, sin estar influenciado por presiones económicas.

### **Perspectiva religiosa**

Se sabe que existen numerosas religiones y que los representantes de cada una de las diferentes ramas dogmáticas son quienes en mayor medida han vertido su opinión respecto a esta compleja figura. Sin embargo, atento a que el recorte de la muestra de la presente investigación cualitativa es Argentina y que conforme surge del Art. 2 de la Constitución Nacional “el Gobierno Federal sostiene el culto Católico Apostólico Romano”, los argumentos dados en este acápite están circunscritos a dicha religión.

La Iglesia Católica considera al matrimonio, como el único lugar digno para que un hijo/a sea gestado/a, por lo que rechazan a este Instituto de Gestación por Sustitución de manera casi categórica. La índole natural del matrimonio católico conlleva necesariamente a la heterosexualidad, en tal sentido para el Derecho Canónico no son de recibo las TRHA que pudieran desconocer dicha heterosexualidad y el acto conyugal en sí mismo al momento de concebir un hijo/a. Las primeras posturas respecto a este tema, fueron plasmadas por el Papa Pió XII y luego por su Santidad Juan Pablo II, en las cartas de la Encíclica *Evangelium Vitae*, donde se consideraba inmoral estas técnicas de reproducción ya que involucraban la masturbación en muchos casos y representaban técnicas agresivas alejadas de los procesos naturales, atentando directamente con el acto conyugal. No es aceptable desde la perspectiva canónica iniciar la reproducción humana mediante técnicas de laboratorio, realizadas por

personas ajenas a la pareja. La congregación para la Doctrina de la Fe, nos indica Moreno Díaz (2016), sostiene que son aceptables aquellas técnicas que se presentan como una ayuda al acto conyugal y a su capacidad para concebir siempre y cuando se respeten tres valores fundamentales: 1) el derecho a la vida de cada individuo, 2) la integridad física de cada ser humano, y 3) la unidad del matrimonio mediante el mutuo respeto de los cónyuges.

Las TRHA, desde la postura canónica, son medios no fines, el ser humano debe ser mirado siempre como sujeto de derechos y no como objeto de derecho e independientemente de que las legislaciones civiles de los países dicten leyes que legalicen la práctica de las TRHA, los cristianos deben tener en cuenta, que, para el Derecho Canónico, los hijos deben ser fruto de un proyecto propio del amor conyugal y no solo de realización de vida personal. Como lo expresó Juan Pablo II, citado en Moreno Díaz (2016):

La vida siempre será un bien, pero está claro que para la doctrina cristiana, involucrar a un tercero en el proceso de gestación, como sucede en la maternidad subrogada, ya sea que se alquile solo el vientre o que se contrate además el óvulo de la mujer, rompe el esquema conyugal canónico, y esto genera en el orden civil y familiar, problemas jurídicos que ya se evidencian en el mundo entero, como es el caso de la mujer que alquila su vientre y se niega a entregar al hijo que fue objeto del contrato (p. 71-72).

En el contexto de las audiencias públicas convocadas por legisladores en 2012 para discutir reformas al Código Civil Argentino, el presidente del Episcopado, Monseñor José María Arancedo, expresó las objeciones de la iglesia. Fue especialmente crítico al afirmar que prácticas como estas no solo degradan a la mujer gestante, sino que también podrían generar desigualdades al explotar a mujeres de bajos recursos para estos propósitos. Asimismo, argumentó que los artículos del nuevo Código Civil están en conflicto con valores fundamentales como la estabilidad humana, el respeto a la vida propia y ajena, y sobre todo, los derechos del niño (Isola, 2013). Dentro de ésta misma postura, en el marco de una audiencia realizada a comienzos de este año con los miembros del cuerpo diplomático del Vaticano, el papa Francisco, citado por Medichini (2024), solicitó la prohibición de la GS manifestando:

El camino hacia la paz exige el respeto de la vida, de toda la vida humana empezando por la del niño no nacido en el seno materno, que no puede ser suprimida ni convertirse en un producto comercial” y agregó

“Considero deplorable la práctica de la llamada maternidad subrogada, que ofende gravemente la dignidad de la mujer y del niño y se basa en la explotación de la situación de necesidad material de la madre.

## **Cierre**

Para finalizar este capítulo, se puede concluir que existen diversas posturas en torno a la figura de la GS que suelen estar cargadas de juicios de valor y en las cuales se observa un peso importante de las creencias, ideologías y principios morales, lo que implica la existencia de diversas posturas en torno a su regulación (las cuales serán tratadas en el siguiente capítulo). Autores como Lamm (2012) y Ormart (2020) coinciden en la existencia de 3 posturas frente al instituto de la maternidad por subrogación: 1) Prohibición de la gestación por sustitución. 2) Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones. 3) Admisión amplia. A su vez, surge en forma expresa de los fundamentos del Anteproyecto del código civil y comercial de 2012 que el Derecho Comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: a) Abstención, 2) Prohibición y 3) Regulación. El legislador argentino ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución ya que, sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura. Como advierte Jouve De La Barreda (2017) debido a la ausencia de una legislación adecuada, se observa una explotación significativa de las mujeres gestantes, y son los intermediarios y las agencias comerciales quienes suelen obtener los beneficios económicos de esta actividad. “No hay transparencia en el sistema y por ello esta práctica es una fuente de problemas legales” (Jouve De La Barreda, 2017, p. 160).

### **Capítulo 3. Derecho comparado. Panorama general**

Como se ha mencionado al finalizar el capítulo anterior, en razón de la existencia de diversas posturas en torno a la figura de la GS es que encontramos distintas posiciones en torno a su regulación. De acuerdo con Pastore (2018), las regulaciones sobre la gestación subrogada varían considerablemente entre los países. Mientras que algunos países permiten este proceso para personas solteras o parejas del mismo o diferente sexo, otros restringen la opción a parejas heterosexuales que enfrentan problemas de fertilidad. Además, las opciones de gestación subrogada pueden diferir, ya que algunos países solo aceptan la gestación subrogada gestacional, mientras que otros también permiten la gestación subrogada tradicional. Las leyes en algunos lugares permiten que los comitentes sean reconocidos como padres desde el inicio del embarazo, mientras que en otros, la gestante es considerada la madre y solo puede renunciar a sus derechos maternos después del nacimiento del hijo/a. En algunos países, los servicios de GS están disponibles para extranjeros, mientras que en otros solo están disponibles para ciudadanos nacionales. Las regulaciones sobre la GS pueden ser más detalladas en algunos países y más flexibles en otros, ofreciendo así distintos grados de libertad para los contratantes. Asimismo, mientras que una cantidad significativa de países prohíben expresamente los acuerdos de gestación subrogada, otros carecen de regulación específica sobre el tema.

En cuanto al emplazamiento filial, según Pastore (2018), las diferentes políticas regulatorias permiten identificar tres categorías de países. Algunos consideran que los niños nacidos a través de gestación subrogada son legalmente hijos de los comitentes, como en Rusia, Reino Unido, Escocia, Grecia, Ucrania, Vietnam, Tailandia, India, Nueva Zelanda, Israel, Sudáfrica, entre otros. Otros países sostienen que el niño es legalmente hijo/a de la mujer que da a luz, y que los contratos de gestación subrogada son inválidos, como en Alemania, Noruega, Bulgaria, Québec, Portugal, China, Italia, Francia, Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía y España. Finalmente, hay países que no tienen una legislación específica al respecto, aunque establecen que la maternidad se determina por el parto, como es el caso de Argentina.

Autores como Lamm (2012) y Ormart (2020) coinciden en la existencia de 3 posturas frente al instituto de la maternidad por subrogación: 1) Prohibición de la gestación por sustitución. 2) Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones. 3) Admisión amplia. A su vez, surge en forma expresa de los fundamentos del Anteproyecto del código civil y comercial de 2012 que el Derecho Comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: a) Abstención, 2) Prohibición y 3) Regulación.

En este capítulo, se procura describir los tres modelos adoptados por los países, aportando algunos ejemplos de ellos en cada postura.

#### 1) Prohibición:

Los países que adoptan este modelo pretenden prevenir o eliminar su práctica. En función de las respectivas regulaciones de cada país, la celebración de este tipo de contratos puede conllevar la imposición de determinadas sanciones (Alemania, Francia o Italia) o bien el propio contrato puede ser declarado nulo de pleno derecho (España y Francia). También existe la posibilidad de que la legislación del país prevea expresamente la prohibición de la GS en todas sus modalidades (Suiza) o que se prohíba expresamente el uso de técnicas de procreación heterólogas médicamente asistidas (Italia).

En España, por ejemplo, la Ley 14/2006 establece la nulidad de cualquier contrato que implique la gestación por sustitución, ya sea con o sin retribución económica, y la renuncia de la mujer gestante a la filiación materna a favor de la comitente o un tercero. La filiación de los niños nacidos por este método se determina por el parto. No obstante, la ley permite la reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, siguiendo las normas generales. Si bien la contratación de una madre gestante está prohibida desde un punto de vista civil-jurídico, no conlleva consecuencias penales. Sin embargo, esta prohibición podría derivar en conductas delictivas para ambas partes involucradas. En caso de llevarse a cabo una maternidad subrogada en territorio español, a pesar de la prohibición legal, para que la comitente sea reconocida como madre, ambas mujeres deberían ocultar la verdadera identidad de la gestante, por ejemplo, mediante el alumbramiento bajo la identidad de la comitente. Esta acción implicaría que la gestante cometiera el delito de entrega de un hijo a terceros para alterar o modificar la filiación, mientras que la comitente incurriría en el delito de suposición de parto (Scotti, 2015). El fundamento principal de la prohibición de esta práctica en España se basa principalmente en la consideración de esta práctica como contraria a la dignidad de la mujer. Se argumenta que el cuerpo de la mujer gestante se convierte en un medio para la reproducción con fines económicos, lo cual resulta especialmente cuestionable en el caso de las mujeres en situación de vulnerabilidad, particularmente en países en vías de desarrollo.

Por su parte, siguiendo a Scotti (2015), la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su artículo 1º, referido a la utilización

abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento. El fundamento de la prohibición de la GS en Alemania se sustenta en la idea de que tanto la donación de óvulos como la maternidad subrogada, en su esencia, se basan en la desigualdad social. Se argumenta que, en la práctica, resulta inevitable la existencia de un componente económico en este tipo de acuerdos, lo que genera preocupaciones éticas y posibles casos de explotación.

## 2) Regulación:

Dentro de los países que regulan al instituto, podemos diferenciar entre aquellos que la regulan a la GS solo si es altruista y aquellos que admiten la GS en forma amplia, incluyendo los supuestos de carácter comercial.

La subrogación altruista se caracteriza por la no remuneración económica de la madre gestante, compensándose por los comitentes únicamente los gastos médicos y necesarios que acontezcan como consecuencia de la gestación. Es el caso de Canadá, donde si bien la subrogación en sí no está prohibida, la ley canadiense prohíbe pagar u ofrecer una compensación a una mujer para que actúe como gestante, pagar u ofrecer pagar a una persona para que actúe como intermediario y organice dichos servicios o la publicidad de éstos con fines lucrativos. Los culpables de dichas infracciones se exponen a penas de prisión y multa. También encontramos dentro de este grupo a Holanda que no permite la gestación comercial, tampoco la publicidad de este tipo de maternidad y de la elección de las madres que pretenden realizar estas prácticas.

Algunos de estos ordenamientos “restrictivos”, exigen una pre-aprobación del acuerdo, que deberá ser presentado ante una autoridad competente (judicial o extrajudicial) que controlará que se configuren los requisitos legales antes del inicio del tratamiento. Según Scotti (2015), en algunos sistemas legales se mantiene la tradicional norma de atribuir la maternidad (*mater semper certa est*), protegiendo el derecho de la gestante a cambiar de opinión. Esto se refleja en la legislación del Reino Unido, donde la filiación se determina inicialmente con la madre biológica y luego, tras un período de reflexión de

seis semanas otorgado a la gestante, puede transferirse a los padres intencionales si estos lo solicitan ante los tribunales. Un juez británico establecerá la filiación del niño con los padres intencionales mediante una orden parental.

Finalmente, se puede mencionar como ejemplo dentro de esta postura, a Sudáfrica, en donde, como menciona Scotti (2015), se regula la GS por la Ley de la infancia, solo se permiten contratos sin compensación económica y entre contratantes residentes en Sudáfrica, sujetos a la aprobación previa de la Corte Suprema y en donde la paternidad se reconoce directamente a favor de los padres intencionales.

En líneas generales, los países que se enrolan en esta postura, establecen requisitos y exigencias respecto a la edad, consentimiento, estado civil, salud física y psíquica de los intervinientes, incluso, algunas legislaciones requieren que la gestante compruebe que ya ha dado a luz anteriormente en al menos una oportunidad (Scotti, 2015)

Dentro del segundo supuesto (países que admiten la GS en forma amplia), en las legislaciones más liberales, como las de Georgia, Ucrania, Georgia, Armenia, India, Rusia y de algunos estados de los Estados Unidos, como California, la gestación por sustitución es absolutamente legal y las exigencias son mínimas, relacionadas generalmente con las condiciones de salud de la gestante. Ucrania presenta uno de los enfoques más liberales sobre la GS, tan es así que, en el caso de que ambos comitentes hubiesen aportado su material genético, la gestante no puede reclamar la filiación materna respecto del nacido y en el hipotético caso de que la gestante se negara a dar consentimiento, los comitentes deberán iniciar una acción y requerir que un tribunal ordene a la oficina del registro civil que los inscriba como padres del niño. Según Scotti (2015), California (EEUU) destaca porque su legislación es una de las pocas que no impone restricciones cuando los padres intencionales tienen nacionalidad y/o residencia en otro país. En California, este tipo de gestación ha evolucionado hacia un negocio altamente rentable, con la participación de empresas locales especializadas en la intermediación entre los padres intencionales y las gestantes. Una vez que las autoridades californianas verifican que se cumplen todos los requisitos, declaran, antes del parto, que los padres intencionales son los progenitores legales de los niños nacidos por gestación subrogada.

Otros de los países que se destaca por su liberalidad es la India, principalmente por los bajos costos para los padres contratantes y por la gran

disponibilidad de madres subrogantes. En resumidas cuentas, en estos sistemas más liberales, la paternidad se establece directamente entre el niño y los padres intencionales, eliminando cualquier procedimiento adicional y con casi nula o nula referencia respecto de la nacionalidad o residencia de los comitentes y la gestante, lo que conlleva al turismo reproductivo.

### 3) Abstención:

Existen países que nada dicen al respecto, lo que genera una laguna legal y jurídica. Por ejemplo, en América Latina, nos indica Iván Davydov, citado en (Rosas, 2023), la mayoría de sus países no cuentan con una regulación legal para la gestación subrogada, con la excepción de dos estados mexicanos, Tabasco y Sinaloa, que la abordan en sus códigos civiles, donde detallan los pasos precisos que deben seguirse para realizar un proceso de gestación por sustitución. Ésta es la postura seguida por Argentina, que en el Código Civil y Comercial no prohíbe la práctica, pero tampoco la regula. Si bien, como se desarrollará en el capítulo siguiente, en el año 2013 la Comisión Redactora del Anteproyecto de Reforma y Unificación del C. C. y C. incluyó la gestación por sustitución en el articulado del anteproyecto estableciendo los requisitos, el proceso a seguir y los efectos que alcanzarían a las partes que celebraron el contrato, como expresan Notrica, Cotado y Curti (2017), ésta fue suprimida por la Cámara de Senadores por el radical cambio y polémica que se generaría en torno a las relaciones de familia. El legislador argentino ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución ya que, sin prohibir expresamente, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura. La falta de una legislación clara sobre este tema ha generado un vacío legal que ha obligado a los tribunales a tomar decisiones sobre los desafíos que presenta esta práctica. Esta situación de incertidumbre jurídica dificulta la comprensión de los aspectos legales y éticos asociados a la gestación por sustitución, tanto a nivel nacional como internacional (Rosas, 2023).

En conclusión y a modo de cierre de éste capítulo, es dable dar a luz que la facilidad para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los estados que le otorgan efectos jurídicos ha incrementado los casos internacionales de GS en los últimos años, lo que lleva a tres grandes cuestiones que se encuentran involucradas,

propias del Derecho Internacional Privado: el problema de la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias, por lo tanto, resulta imprescindible, como complemento a la regulación interna, trabajar por una respuesta de carácter internacional. En el próximo capítulo, se explicará el marco legal vigente en Argentina, y los precedentes que sirven de fundamento para una futura incorporación del instituto.

## **Capítulo 4. Panorama normativo**

El objetivo del presente capítulo es analizar bajo la luz del ordenamiento jurídico argentino la problemática de la incorporación de la figura de la GS. Argentina actualmente no cuenta con una regulación del instituto en cuestión, ello no obsta a la existencia de diversos proyectos de ley, que no han sido aprobados hasta la actualidad.

Es dable mencionar, que en el proyecto de reforma del Código civil de Vélez Sarsfield se trató el tema que nos convoca y se introdujo un artículo regulando el instituto, sin embargo, luego de las tratativas en el congreso, se dejó de lado su incorporación.

### **Derecho internacional**

A partir de la reforma constitucional de 1994 quedaron incorporados en nuestra Constitución Nacional, en el art. 75 inc.22, los Tratados Internacionales de DDHH con jerarquía constitucional, en los cuales se establecen como derechos humanos básicos el derecho a la protección integral de la familia, a la procreación, la promoción de la maternidad y paternidad responsable y el derecho a la salud reproductiva.

En el contexto de la sociedad internacional del siglo XXI, caracterizada por la globalización y la interculturalidad, coexisten diversas perspectivas, nuevos enfoques y múltiples configuraciones familiares. Estas incluyen uniones de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, parejas o matrimonios con hijos adoptivos, matrimonios poligámicos, y las conocidas como "familias ensambladas", entre otras. Todas las formas existentes, desde la familia monoparental hasta los matrimonios entre homosexuales conforman una familia y el derecho a fundar una es considerado un derecho humano que se debe ejercer de forma libre y responsable. Asimismo, la familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y como un medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. De acuerdo con Rupay Allcca (2018), las regulaciones legales establecen un marco y una organización para las familias mediante normativas obligatorias e inalienables, las cuales tienen como objetivo proteger los intereses de todos los miembros del grupo familiar. A continuación, se hará mención de algunos artículos de dichos tratados vinculados con la temática.

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, art. 16 y 25):

Artículo 16. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución

del matrimonio. (...). La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 25. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...). La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1984, art. 17 y 24)

Artículo 17. Protección a la Familia. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (...). La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

- Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849 (1990)

Según surge del sitio web Graiewski Soluciones Para Familias (2015), la Convención sobre los Derechos del Niño establece que la familia es un elemento fundamental de la sociedad y el entorno natural para el desarrollo y bienestar de todos sus integrantes, especialmente de los niños. En este sentido, reconoce que para que el niño/a alcance un desarrollo completo y armonioso de su personalidad, es fundamental que crezca en un ambiente familiar caracterizado por la felicidad, el amor y la comprensión. En casos donde una persona solo haya proporcionado su útero para la gestación del niño/a sin tener la intención de ser considerada como su madre, no puede ser reconocida como parte de su "familia", a diferencia de aquellos que desde el principio desearon asumir el rol de padres.

La Convención de los Derechos del Niño pone especial énfasis, en sus artículos del siete al diez, en resaltar el derecho a la identidad para acentuar los aspectos que la integran, entre ellos: los derechos a conocer a sus padres, y en la medida de lo posible, ser cuidado por ellos, al nombre y a la nacionalidad, a no ser separado de sus padres sin conformidad de éstos -y sin revisión judicial previa en casos de maltrato, descuido o por separación de los padres- y a mantener relaciones personales con el padre del que esté separado y contacto directo con ambos. Así mismo en su artículo veintidós resalta el derecho de poder ubicar a los padres en caso de niños refugiados. Otros derechos, destacados en los artículos dieciséis, veinte, veintinueve y treinta, son: la identidad familiar, el respeto a las costumbres culturales y a la identidad cultural, idioma, religión y valores morales y nacionales, como así también a la identidad étnica, religiosa y lingüística.

- Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966, art. 6 y 23).

Artículo 6. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 23. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. (...). Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos. LEY N° 23.313 (1986, art. 10).

Artículo 10. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que: Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (...). Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños

y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición (...).

## **Derecho Nacional**

### - Constitución Nacional (1994)

La Constitución Nacional es la ley suprema de nuestro país, la misma establece los derechos y garantías fundamentales de las personas. Según Notrica, Cotado y Curti (2017), el artículo 14 bis de la Constitución Argentina establece una protección integral y amplia de la familia, abarcando en su conceptualización a todos los tipos de familia, sin distinción alguna. Esta protección inclusiva y plural se extiende tanto a la familia tradicional, conformada por un matrimonio heterosexual, como a las familias diversas, incluyendo matrimonios entre personas del mismo sexo, uniones convivenciales (homosexuales o heterosexuales), familias monoparentales, ensambladas, entre otras. A su vez, el artículo 19, establece una de las bases del ordenamiento legal, el cual, se trata del Principio de Reserva. El artículo expresa textualmente, Const. (1994, art. 19):

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

El principio de Reserva complementa al principio de legalidad, ambos principios son manifestaciones de la misma garantía de legalidad en el ejercicio del poder, que surge del principio republicano de gobierno. El principio de Reserva se refiere a la facultad del hombre dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico), sin que su conducta pueda acarrear sanción, es una garantía del individuo frente al Estado. En la primera parte del artículo 19, se protege una zona de libertad para las conductas privadas de los hombres que no puede ser coartada ni reducida por la ley, ni investigada por la justicia, siempre que no ofendan la moral, el orden público y las buenas costumbres. En definitiva, el Estado no puede entrometerse en la vida privada de las personas. Según Gil Domínguez, Fama, y Herrera (2006), dentro del ámbito del derecho constitucional familiar, el concepto de salud reproductiva engloba tres elementos esenciales: información, prevención y planificación. Este último aspecto refleja una profunda reflexión sobre la decisión de ser progenitor, la cual es fundamental para la realización de un proyecto de vida, ya que implica una transformación

significativa y permanente en la historia personal de los individuos. La segunda parte del artículo comentado establece la garantía de que el Estado no puede obligar a nadie a hacer lo que no se exige mediante una ley, ni sancionar conductas que no se encuentran prohibidas. Todo lo que no está prohibido, está permitido. De esto, se puede inferir que, si bien no existe una ley que regule la maternidad subrogada en Argentina, tampoco existe una que la prohíba, por ende, estaría permitida por imperio del artículo 19, con lo que cualquier ciudadano argentino podría realizar este tratamiento de reproducción humana asistida, sin tener que reunir requisito alguno.

Finalmente, por aplicación del artículo 16 de la Constitución Nacional (1994), todos somos iguales ante la ley, por lo cual deberían de tener acceso a esta técnica de reproducción humana asistida tantas parejas casadas, convivientes, personas solteras, cualquiera sea su edad y su orientación sexual. De este derecho también gozan los extranjeros que estén dentro del territorio de nuestra nación conforme lo normado por el artículo 20 de la Constitución Nacional (1994). No reconocer la filiación por maternidad subrogada contraría el principio de igualdad ante la ley frente a otras técnicas de reproducción asistida.

- Código Civil y Comercial (C.C. y C.)

Es de importancia mencionar que el nuevo C.C. y C. (2015, art. 558) agrega a la filiación por naturaleza y por adopción una nueva fuente filial, las TRHA (técnicas de reproducción humana asistida), dentro de las cuales queda incluida la maternidad subrogada. El mencionado artículo expresa lo siguiente:

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

Vinculado al artículo anterior, se destaca el C.C. y C. (2015, art. 562) , que refiere específicamente a las TRHA, el cual reza:

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

Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

De este último artículo, surge que la voluntad de procrear y de formar una familia es sumamente relevante en este tipo de técnicas de reproducción humana asistida como es la maternidad subrogada, ya que demuestra la verdadera intención de ser padres. Vale recordar que la voluntad procreacional es la decisión, la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental, conjuntamente con otra persona o bien en el marco de una familia monoparental. Sin embargo, en el caso de ser regulada la GS, el artículo en cuestión debería de ser modificado en su primera parte, ya que como está redactado actualmente, el legislador considera que los nacidos mediante TRHA “son hijos de quien dio a luz”, y si nos remontamos a lo plasmado en el capítulo 1 de este proyecto de trabajo final, en las técnicas de reproducción humana asistida no siempre la voluntad de ser madre es de quien justamente da a luz. En la maternidad subrogada la mujer que gesta y da a luz al niño/a carece de la voluntad procreacional, no pretende ni tiene deseo de ser madre, sino que solo cumple el rol de gestarlo en su vientre para que otra u otras personas puedan realizar el deseo de formar una familia. El reconocimiento de este derecho determina el deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. De éste modo, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) emergen como herramientas para alcanzar la igualdad normativa, al propiciar el reconocimiento y respeto de la diversidad humana como un elemento intrínseco de la condición humana.

- Leyes destacadas

A continuación, se hará mención de algunas leyes que, si bien no regulan expresamente la GS, podrían dar pie a su futura regulación.

- La Ley 26.862 (2013) de acceso integral a las TRHA garantiza el derecho a la reproducción para aquellas personas que por distintos motivos no puedan concebir de manera natural.
- Ley 26.061 (2005) de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, establece el derecho de los niños a conocer la identidad de sus padres biológicos, a crecer y desarrollarse en su familia de origen y a mantener un vínculo regular con ellos.
- Ley 26.618 (2010) sobre matrimonio igualitario y unión convivencial igualitaria que garantizan el acceso a las TRHA, a parejas del mismo sexo que estén

civilmente casadas o bajo el régimen de unión convivencial, de manera que puedan formar una familia.

- Ley 23.592 (1988) de prohibición de actos discriminatorios. Esta Ley Antidiscriminatoria, establece la penalización de los actos que importen una marginación o exclusión de las personas.

Ley 23.592/88, art. 1:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe, el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la Constitución Nacional será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

- Proyectos de ley

Como se mencionó previamente, se han desarrollado numerosos proyectos en torno a la GS, no obstante, ninguno de ellos ha logrado su aprobación. A continuación, se hace mención a dos de ellos, destacando algunos de sus aspectos más fundamentales. Ambos proyectos podrán visualizarse en forma completa en la sección “Anexo B”.

Proyecto Montero:

El 13 de agosto de 2015 se presentó en el Senado de la Nación Argentina un proyecto de ley de regulación de la llamada “gestación por sustitución” o “maternidad subrogada” o “alquiler de vientres”, por la senadora Laura Gisela Montero, (expediente 2574-S-2015). El anterior pretendía una regulación acotada de la gestación por sustitución. El Proyecto de ley bajo análisis define, en su artículo 2, a la gestación por sustitución como:

Una forma de reproducción humana médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

A su vez, en los artículos 6 y 8, el proyecto de ley exige que para la efectiva formalización del acuerdo el mismo debe ser autorizado y homologado judicialmente previa intervención de un equipo interdisciplinario y con el cumplimiento de ciertos requisitos, que advierte Lafferriere, son:

- Que el acuerdo entre los comitentes y la gestante no tenga carácter lucrativo o comercial (art. 12), aunque se admite una compensación económica para la gestante.
- Que la gestante haya dado a luz al menos a un hijo propio con anterioridad (art. 4, c) y que no se someta a una gestación por sustitución más de dos veces (art. 4 b).
- Que sea necesaria una autorización judicial previa (arts. 6, 10 y concordantes).
- Que él o las personas comitentes tengan imposibilidad de concebir o de llevar adelante un embarazo sin riesgo para la salud de la madre o el hijo por nacer (art. 5 b)
- Que se sancione a los intermediarios y a los que realicen la gestación por sustitución sin autorización judicial previa (arts. 23 y 24) (2015, pág. 1).

En cuanto al objeto del proyecto (Proyecto Montero, 2015, art. 2):

Regular la gestación por sustitución a los efectos de: “a. Garantizar el interés superior del niño que nace. b. Proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen. c. Brindar un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica.

Es dable destacar el artículo número 11, el cual afirma, bajo el título “Derechos personalísimos de la gestante” que:

Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por alguna de las alternativas previstas en esa ley (Proyecto Montero, 2015, art. 11).

Finalmente, resulta atractivo, el art. Artículo 21, el cual reza:

Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas alcanzada la edad y madurez suficiente (Proyecto Montero, 2015, art. 21).

Proyecto Cobos.

Otro proyecto, similar al anterior es el presentado en el año 2018 por el senador mendocino Julio Cobos. (S-1429/2020). Los puntos principales según **Argento** son los siguientes:

- Gestante y comitentes deben ser plenamente capaces.
- En caso de no ser argentinos, deben tener cinco años de residencia en el país.
- No es necesaria la relación entre la gestante y los futuros padres.
- La mujer gestante debe estar inscripta en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución; debe haber dado a luz, al menos, a un hijo propio, no puede haberse sometido al procedimiento de gestación más de dos veces y puede tener hasta 40 años de edad.
- Un juez debe dar la autorización para la gestación por sustitución e intervendrá en caso de conflicto.
- Pueden solicitar la sustitución de vientre una persona sola o una pareja, esté casada o no, que esté imposibilitada de gestar y/o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual.
- Los gametos no los aporta la mujer gestante sino los futuros padres legales, "salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos".
- Las partes firman un Acuerdo de Gestación por Sustitución "con el fin de que la persona que nazca tenga vínculos jurídicos de filiación con el/los comitente/s".
- La persona gestante deberá llevar adelante el embarazo con la diligencia apropiada que requiere aplicar los mejores esfuerzos para lograr el resultado deseado, independientemente de su éxito", propone, mientras que quien ejercerá la maternidad o paternidad deberá contratar un seguro de vida en favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

- Una vez nacido el bebé, el acta o el certificado de nacimiento no puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.
- De todos modos, se establece también que "la persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho, una vez alcanzada la edad y madurez suficiente, de acceder al expediente judicial y a la información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas.
- La iniciativa establece también derecho de licencia médica para la gestante antes y después del parto y para uno de los 'padres' luego del nacimiento; penas de seis años de cárcel para terceros que actuaran como intermediarios (que lucraran con el tema) y un dato fundamental: obras sociales y prepagas deben afrontar los gastos que la sustitución de gestación demande.
- Los gastos "estarán a cargo de las entidades o agentes encargados de la cobertura social o sanitaria del o los comitentes", es decir, de padres y madres legales (2018, pág. s.p).

#### -Jurisprudencia

Debido a la falta de regulación legal en este ámbito, se puede inferir que la gestación subrogada no está explícitamente prohibida ni autorizada, lo que da lugar a una serie de situaciones que finalmente son dirimidas por el sistema judicial, ya sea antes o después del nacimiento. En última instancia, son los jueces quienes deciden cada caso, ejerciendo su discreción.

Es de suma relevancia en el tema el caso "Artavia Murillo y otros" ("fecundación in vitro" vs. Costa Rica" 28 de noviembre de 2012). En el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que:

Los derechos reproductivos integran los derechos humanos, hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear, en tal sentido sostuvo que la prohibición absoluta de acceder a las TRHA viola derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos(...) Destacando la Corte que, el derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el art.16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según la cual las mujeres gozan del derecho a "decidir libre, responsablemente, el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos

y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos (...) (Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”), 2012).

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

Otro fallo que nos gustaría destacar atento a su íntegro análisis es el resuelto por el Juzgado de sexta nominación de Familia de Córdoba, en el cual se autorizó la gestación por sustitución, con la particularidad de sugerir un acompañamiento terapéutico durante el proceso de gestación y nacimiento, ya que se acreditó la imposibilidad física por parte de la esposa y se consideró que la decisión tomada por todas las partes involucradas había implicado procesos reflexivos que les habían permitido reconocer la complejidad e impacto del procedimiento. Del fallo en cuestión nos gustaría mencionar dos conclusiones que consideramos sirven de guía a los jueces al momento de fallar en los casos de GS que se presentan ante sus estrados. La primera: No resulta necesario declarar la inconstitucionalidad art. 562 del C. C. y C. sino su inaplicabilidad al caso concreto y en ello no puede verse un eufemismo, sencillamente porque la hipótesis fáctica resulta absolutamente excluida de dicha norma y por ello no corresponde abordar en el caso la autorización para llevar adelante la gestación por sustitución la inspección de constitucionalidad del art. en cuestión por cuanto practicar el test sobre una regla de derecho que en definitiva no resulta de aplicación en el caso, implica lisa y llanamente una declaración de inconstitucionalidad en abstracto; la segunda: En el estado actual de nuestra legislación no es susceptible de homologación judicial del convenio de voluntad procreacional y consecuente autorización para llevar adelante una de las Técnicas Complejas de Reproducción Humana Asistida, denominada gestación por sustitución, aunque puede otorgarse plena operatividad a la voluntad procreacional allí contenida, por lo que es viable considerar el antecedente válido para autorizar la práctica médica en los términos en que ha sido solicitada, por ello el convenio tiene valor en punto al consentimiento allí contenido y la virtualidad de la voluntad procreacional como una de las fuentes de filiación (Juzgado de Sexta Nominación de Familia de Córdoba, 2019).

Como se ha podido apreciar, el auge de la GS, ha buscado de alguna manera encontrar amparo legal del Estado Argentino con el aval de los Tratados Internacionales, que refuerzan la idea de una sociedad en la que no se distinguen diferencias entre sus habitantes. El próximo capítulo analizará específicamente el artículo 562 del anteproyecto al código civil y comercial de la nación, el cual incorporaba el instituto de Gestación por sustitución pero que, por diversas cuestiones, se eliminó del texto definitivo.

### **Capítulo 5. Anteproyecto al Código Civil y Comercial de la Nación**

En este capítulo, analizaremos la recepción en el proyecto de reforma y unificación al código civil y comercial del instituto de gestación por sustitución, mediante la incorporación del Artículo N° 562, todos sus requisitos y condiciones, como así

también, los aspectos fundamentales del contrato, partes, derechos involucrados y homologación del mismo, las vías de realización y costos. Finalmente trataremos de acercarnos a los fundamentos de la no inclusión de la figura en el C. C. y C.

### **Análisis general**

El proyecto de reforma al código civil y comercial tuvo un largo recorrido hasta convertirse en ley. Mediante el decreto 191/11, el 23/2/2011, se dispuso la formación de una comisión de reforma del CCYC, integrada por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kammelmajer de Carlucci, a partir de ese punto se implementó un procedimiento para convocar a expertos en derecho y redactar un proyecto preliminar que sería enviado al Poder Ejecutivo.

La comisión para la reforma inició sus tareas el 2 de marzo y el 27 de marzo de 2012 se presentó el anteproyecto al Poder Ejecutivo y el día 7 de junio de 2012, el proyecto fue girado al Poder Legislativo. El 4 de julio de 2012, se formó la comisión bicameral para la revisión de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, lo que desencadenó un amplio proceso de participación a nivel nacional. Se llevaron a cabo 18 audiencias públicas en diversas localidades del país, tanto a nivel provincial como en el Congreso Nacional, como parte del proceso de reforma del Código Civil.

En los argumentos presentados junto al Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se señaló que una de las innovaciones propuestas en la nueva legislación sobre filiación era el criterio de la voluntad procreacional para establecer la relación de maternidad y paternidad en casos de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), sin depender del vínculo genético ni del parto de la gestante como determinantes del lazo parental. A pesar de esto, en la versión final de nuestra legislación actual, el parto de la gestante se estableció como una de las reglas para determinar la filiación en casos de TRHA (Caride, 2023).

El proyecto implicaría una de las más importantes reformas legislativas de los últimos tiempos, ya que abarcaría aspectos fundamentales como, los propuestos en el Derecho de Familia, entre ellos, la incorporación de la figura de Gestación por Sustitución.

El 7 de octubre de 2014, se promulgó el nuevo C. C. y C. que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Si bien el C. C. y C. mantiene el modo de asignar o dejar determinada la filiación materna, lo cierto es que introduce varias modificaciones: se deja en claro que la determinación de la maternidad, que regula la disposición en análisis, rige para los supuestos de filiación por naturaleza; no así para los casos de filiación derivada de TRHA o de filiación adoptiva, cuyos vínculos jurídicos nacen por aplicación de otros principios en los que la autonomía de la voluntad ocupa un rol central.

Dentro de los 2671 artículos del C. C. y C. en las áreas relacionadas con la gestación por sustitución, se establece que la existencia de la persona humana comienza desde el momento de la concepción (artículo 19). Asimismo, se indica que la filiación puede surgir por vínculos biológicos naturales, por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y por adopción (artículo 558). Se asigna un capítulo específico, el Capítulo 2 del Título 5 (artículo 560 en adelante), para abordar las normativas referentes a la filiación por TRHA, donde se especifica cómo se determina la filiación en estos casos (artículo 569). Además, en el artículo 562 se regula la voluntad procreacional, estableciendo que los hijos/as nacidos/as mediante TRHA son reconocidos como hijos/as tanto de la mujer que dio a luz como del hombre o mujer que otorgó su consentimiento previo, informado y voluntario según lo establecido en los artículos 560 y 561. Estos registros deben ser debidamente inscritos en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin importar quién haya proporcionado los gametos (Bruletti, 2018). Como se puede notar, el reciente marco legal no aborda la cuestión del alquiler de vientre, tema que sí fue objeto de debate en el Senado de la Nación, expresando la intención de eliminar este tipo de prácticas del nuevo Código mediante una modificación del artículo 562.

### **Requisitos del instituto de la gestación por sustitución**

Como se ha hecho referencia, el proyecto de modificación al C. C. y C. incluía en su articulado a la figura de la gestación por sustitución, en su modalidad altruista. C.C. y C. (2015, art. 562):

Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre, de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes, mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a. Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer.
- b. La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica.
- c. Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos.

- d. El o los comitentes, poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.
- e. La gestante no ha aportado sus gametos.
- f. La gestante no ha recibido retribución.
- g. La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces.
- h. La gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

Los establecimientos de salud no tienen la facultad de realizar la transferencia de embriones en la gestante sin contar con la autorización judicial. En ausencia de esta autorización previa, la filiación se determina de acuerdo con las normas establecidas para la filiación biológica.

A los fines del análisis del artículo, tomamos a la división en tópicos que hace Lamm (2012):

- A) Sistema: el artículo destaca una intervención judicial previa, es decir, se necesitará la autorización judicial para que los médicos puedan proceder a efectuar la transferencia de los embriones en la gestante. “El juez autorizará la intervención, conforme a los certificados médicos que aseguren que la persona posee un grado de infertilidad que la hacen sujeto de solicitar un vientre sustituto si así lo deseara” (Isola, 2013, p.46). De esta manera, se evita que las personas decidan realizar estas intervenciones por cuestiones ajenas a una enfermedad, como lo sería una cuestión estética, por ejemplo.
- B) Filiación: La filiación se determina sobre la base de la voluntad procreacional. De allí que el artículo requiere el consentimiento previo, informado y voluntario de todas las partes involucradas en el proceso de gestación por sustitución, incluida la gestante. Este consentimiento debe homologarse por autoridad judicial a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales. El consentimiento, validado adecuadamente a través de la autorización judicial, junto con el certificado de nacimiento y la identificación de los futuros padres, deberán ser presentados ante el registro civil para proceder con el registro del recién nacido. En caso de que el juez no homologue el consentimiento (y aún así las partes continúen con el proceso de gestación por sustitución), o si las partes no solicitan la autorización judicial, el proyecto de ley establece que la mujer que dio a luz al niño será considerada como la madre legal.

- C) Comitentes: Pueden acudir a la gestación por sustitución tanto las parejas casadas como a las no casadas, heterosexuales y homosexuales e incluso personas solas.
- D) Requisitos para la homologación judicial: Además de los otros requisitos que se deben incluir en la legislación especial que debe promulgarse para regular y complementar lo establecido en el anteproyecto, siguiendo a (González, Melón, & Notrica, 2015), el juez sólo puede proceder a la homologación si se cumplen los siguientes:
- Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer: es decir, el pleno goce de los derechos del niño/a, pudiendo el juez revocar el acuerdo si este no redundara en el mejor interés del infante.
  - La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica: La mujer sustituta, deberá efectuarse controles médicos, que confirmen su buen estado de salud. Aunque no esté expreso en el artículo, se interpreta que un especialista evaluará la capacidad de la mujer gestante como persona apta para entregar al niño/a, producido el alumbramiento. Este requisito se exige a los efectos de garantizar que el consentimiento emana de una mujer competente y que la gestación por sustitución no redundará en perjuicio de la salud de la gestante.
  - Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos: Esto es así, porque en el proyecto, la gestación por sustitución se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden llegar a concebir un embarazo, más no quieren renunciar a tener un hijo/a genéticamente propio. De no ser así, la pareja podría acudir a la adopción. Este requisito deja entrever el peso e importancia que se le da a la genética, Uno de los comitentes debe haber aportado su material genético, causa fuente que determinara la relación genética de los padres solicitantes con el niño/a.
  - El o los comitentes, poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término: Este requisito impide que se lleve adelante la llamada subrogación social, que implica que una mujer con capacidad para gestar opta por que otra mujer lleve a cabo la gestación de su hijo/a, usualmente por motivos relacionados con la estética o la comodidad (Lamm, 2012). Lo que busca el anteproyecto con la incorporación de este requisito es que solamente accedan a la gestación por sustitución aquellas mujeres que son médicamente incapaces de tener un hijo/a sin recurrir a las TRHA y por otro lado busca generar igualdad ya que faculta

tanto a una pareja de homosexuales, como a un hombre solo a también poder solicitar un acuerdo de esta naturaleza.

- La gestante no ha aportado sus gametos: la mujer gestante sólo aporta la gestación, pero no su material genético, en virtud de que se considera que, al no estar relacionada genéticamente con el niño/a, sería más fácil poder entregarlo posteriormente.
- La gestante no ha recibido retribución: El artículo sólo permitía la maternidad altruista. La mujer que acepte ser sustituta en la gestación debe estar motivada por un fin altruista y no económico.
- La gestante no se ha sometido a un proceso de GS más de dos (2) veces: Este requisito fue copiado de la ley de México DF, a los efectos de evitar abusos y que las mujeres se conviertan en “máquinas productoras de hijos/as ajenos”. Este requisito busca de algún modo proteger a las mujeres gestantes.
- La gestante ha dado a luz, al menos, un/a hijo/a propio: asegura que la gestante comprende la gravedad de su compromiso, el fundamento es que la mujer sustituta se encuentra en condiciones físicas para llevar un embarazo a término. El derecho comparado, también adopta esta postura considerando que el hecho de haber sido madre con anterioridad, la disuade de querer retener al niño/a gestado mediante un encargo (Berger, 2010).

E) Revelación del origen: De manera similar a lo que ocurre en los procesos de adopción, los futuros padres deben comprometerse a informar a su hijo/a que su concepción ha sido posible gracias a la gestación por sustitución. En caso de que los padres no cumplan con este compromiso una vez que el niño alcance la edad y madurez suficientes, este tendrá derecho a acceder al expediente correspondiente, el cual deberá ser conservado por el organismo judicial.

La GS, no deja de ser un contrato, es decir un acuerdo de voluntades entre partes, que es previo y del cual surjan derechos y obligaciones entre sus partes y sometido -en general- a homologación o autorización judicial. “En el ámbito de nuestro país, se trata de un contrato innominado, de derecho privado, bilateral, intuitu-personae, atípico, que versa sobre derechos personales” (Mancuso, 2022, pág. 18). En cuanto a las formalidades del mismo, solo se establece que debe ser realizado por escrito y acorde a las formas establecidas para su posterior homologación. Según Mancuso (2022), dado el carácter delicado del acuerdo entre las partes involucradas, es crucial redactar con cautela el documento privado que será sometido a homologación o autorización judicial. Este instrumento debe incluir los detalles de identificación de todas

las partes, tanto de los comitentes como de la persona gestante, la declaración explícita de consentimiento libre por parte de esta última, información sobre la institución médica y los profesionales participantes, los gastos cubiertos para la gestante, una posible mención sobre el pago de honorarios si es pertinente, instrucciones para que el certificado de nacimiento del niño o niña sea emitido a nombre de los comitentes por la institución médica correspondiente, así como cualquier otra información relevante que la autoridad judicial pueda requerir. En lo que respecta a la persona que gesta, es fundamental asegurarse de que otorgue su consentimiento de manera voluntaria, completa y con pleno conocimiento de la situación. Además, este consentimiento debe ser dado antes del embarazo, lo que implica que debe otorgarse antes de iniciar cualquier tratamiento.

En cuanto a las vías de realización, en Argentina, al no estar legislada la figura de GS, no puede realizarse directamente en el país, pero esto no implica una prohibición para que personas que se encuentren en condiciones, puedan realizarla en el extranjero. Las vías para el acceso a una madre sustituta pueden ser dos, una por intermedio de una agencia especializada en el tema o de manera independiente mediante el contacto directo entre los solicitantes y la mujer que llevara a término el embarazo. El Proyecto contempla este tipo de acuerdos, sin una finalidad económica, aunque cabe hacer una interpretación amplia del artículo y considerar que la prohibición que marca el mismo, respecto a que la mujer sustituta no puede recibir una retribución, nada obsta que por parte de los contratantes y de manera posterior al alumbramiento del niño, se pueda efectuar una compensación económica a quien ha aportado su útero a modo de agradecimiento, al margen de que las prestaciones médicas de control del embarazo recaigan en cabeza de los comitentes. Lamm (2013) sostiene que, si bien no resulta recomendable admitir la exigencia de un "precio" como contraprestación al servicio, tampoco debe invisibilizar el desgaste que significa para la mujer el hecho de prestarse a un tratamiento de este tipo; y por ende, debe reconocerse a su favor algún tipo de "compensación".

### **Fundamentos de su no inclusión final en el C. C. y C.**

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial estableció un régimen de gestación por sustitución sobre la base de reconocer en igualdad de condiciones la filiación biológica, adoptiva y por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. Lamentablemente, el Congreso por distintas presiones eliminó la regulación propuesta y generó un incomprensible vacío legislativo.

A pesar de las limitaciones legales, la práctica de la GS ha sido ampliamente aceptada en la jurisprudencia nacional. Los casos llevados ante los tribunales han resultado en fallos favorables a la figura, de esta manera se pretende demostrar que,

pese a la complejidad y multiplicidad del tema, los magistrados han realizado un exhaustivo análisis de cada situación en particular, y una interpretación amplia y acorde a los derechos humanos en juego: Así, en el caso resuelto por el Juez de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba (R. L. S. y otros s/ solicita homologación, 2017) una pareja heterosexual solicitó la autorización judicial para gestar su hijo/a en un vientre sustituto e inscribir a ese niño/a como propio. La judicialización del caso se realizó de manera previa a lograr el embarazo, tal como lo preveía el artículo del Código Civil y Comercial que fue eliminado antes de su aprobación, por la vía del “Pedido de homologación de un convenio sobre “gestación por sustitución”. El magistrado analizó la procedencia del pedido de homologación del acuerdo, analizando los requisitos considerados relevantes a tal fin. Concluyó que era viable su homologación, ya que el mismo no vulnera ni el orden público y se condice con la tutela efectiva de los derechos de las partes. A su vez, consideró innecesaria la declaración de inconstitucional del art. 562 del C. C. y C. Finalmente, el juez homologó el acuerdo y autorizó a la pareja a inscribir como propio al niño/a que sería producto de un embrión de ambos y que crecería en el útero de otra mujer, que era pariente de ellos (su cuñada), quien manifestó ante el juez que no contaba con voluntad procreacional en relación al niño/a que engendraría.

Otro caso que puede mencionarse, es uno analizado por el Juzgado de Villa María (R. L. A. y otros s/ sumaria, 2020). Una pareja heterosexual con graves problemas para conseguir un embarazo, de forma natural y con técnicas asistidas, solicitó autorización para llevar adelante la técnica de reproducción médicamente asistida llamada GS, con gametos de los comitentes y/u ovodonación en caso de ser necesaria, determinando que la filiación del infante que nacerá de dicha técnica recaiga sobre los comitentes por ser quienes poseen la voluntad procreacional de acuerdo a lo dispuesto por los art. 558. La gestante sería una amiga íntima de la mujer, quien está casada y tiene dos hijos/as. El magistrado, luego de haber realizado un exhaustivo análisis de los hechos que rodean el caso y apoyándose, mayormente, en instrumentos internacionales de derechos humanos, hizo lugar a la autorización. A su vez, ordenó que, una vez producido el nacimiento, el niño/a, sea inscrito en el Registro Civil como hijo del matrimonio comitente, sin tener vínculo alguno con la gestante.

No obstante, las soluciones que se van dando vía pretoriana, se necesita una norma de fondo que reglamente la cuestión ya que se encuentran comprometidos derechos fundamentales de las partes y principalmente del niño o niña que nace de esta práctica, por lo que los tiempos de la justicia no son los más idóneos ni oportunos para otorgar seguridad jurídica a las personas implicadas.

En Argentina, ni la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida N.º 26.862 ni el nuevo C. C. y C. hacen referencia explícita a la GS como un método de reproducción humana asistida. En el país, la práctica del alquiler de vientre carece de regulación legal, a pesar de que se presentaron propuestas para incluir la maternidad subrogada en el nuevo C. C. y C. Sin embargo, estos intentos no tuvieron éxito debido a los dilemas éticos y jurídicos involucrados.

Siguiendo a González Magaña (2014), la exclusión de la figura de la GS del articulado finalmente aprobado por el Congreso de la Nación, se debió a la falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas, atendiendo a los múltiples y complejos debates éticos y morales que derivan de su aplicación. El legislador optó por suprimir el art. 562 proyectado, que regulaba esta práctica, modificando, asimismo, la redacción del art. 19 que establece el comienzo de la existencia humana, ello resultó consecuencia de una búsqueda de consenso necesaria para la sanción del texto definitivo, a fin de evitar que estas discrepancias en torno a temas tan sensibles terminaran evitando la sanción del Código. Para respaldar esta ausencia de regulación, se argumentó que la gestación por sustitución tiene poco reconocimiento legal a nivel internacional. La mayoría de las legislaciones optan por no regular este proceso o directamente lo prohíben, siendo escasas las jurisdicciones que abordan de manera afirmativa la posibilidad de establecer vínculos filiales mediante esta práctica

Sin perjuicio de ello, la falta de regulación expresa en el nuevo Código Civil de este instituto, no implica necesariamente su falta de reconocimiento legal ni mucho menos su prohibición, lo que deja espacio a una peligrosa laguna legal cuyas consecuencias definitivas aún no pueden establecerse con claridad.

## **Capítulo 6. Aspectos metodológicos**

El presente capítulo presenta el enfoque, el tipo de investigación, las técnicas utilizadas, la construcción de los instrumentos de análisis, los criterios de selección de las muestras y, finalmente, el análisis de las técnicas escogidas para el desarrollo de este trabajo final.

Cada investigación tiene un propósito específico y, dependiendo del contexto, puede adoptar un enfoque cuantitativo, cualitativo o mixto. Esta categorización es crucial, ya que determina el uso de metodologías adecuadas y el objetivo de obtener verificaciones, recomendaciones y conclusiones pertinentes sobre un fenómeno particular. En nuestro caso, al escoger una metodología del tipo cualitativa, lo que nos modela es un proceso inductivo contextualizado en un ambiente natural, el alcance final del estudio cualitativo consiste en comprender un fenómeno social complejo, más allá de medir las variables involucradas se busca entenderlo, por ello, el foco estuvo en recopilar y analizar datos no numéricos para comprender conceptos, opiniones, así como datos sobre experiencias vividas, emociones o comportamientos con los significados que las personas les atribuyen, dejando entrever que la falta de regulación expresa en el C. C. y C. de este instituto, no implica necesariamente su falta de reconocimiento legal ni —mucho menos— su prohibición y que la solución a estas eventualidades, si bien merece un debate amplio y soluciones consensuadas, solo puede provenir de un adecuado tratamiento legal.

### **Diseño y técnicas escogidas**

Como ya se adelantó, para la realización del presente estudio, se ha escogido una metodología del tipo cualitativa. El diseño de investigación que estructura este trabajo final es no experimental por cuanto observamos y analizamos el fenómeno de interés -la gestación por subrogación- tal y como se da en su contexto natural. Así, nuestra labor fue una investigación documental, ya que la investigación se realizó mediante la recopilación, selección, lectura y análisis de jurisprudencia, legislación, doctrina, opiniones de juristas y de la sociedad en general. La investigación no experimental permite analizar simultáneamente las relaciones entre un gran número de variables, lo que nos aproxima más a las situaciones reales y descubrir relaciones causales que luego se contrastan con métodos que permiten un control más riguroso.

Como técnica de interpretación se utilizó la hermenéutica, ya que, para la interpretación de los textos, jurisprudencia, artículos científicos y algunas leyes, se debe esclarecer el punto de partida de la investigación que se está desarrollando. La aplicación de la hermenéutica permitió formular el problema, la propuesta de investigación y los objetivos, ya que se logró identificar con precisión su contenido, lo que facilitó una respuesta más efectiva y apropiada a la investigación emprendida.

Al ser la investigación de tipo exploratoria, la misma tuvo como fin estudiar un problema que no está claramente definido, por lo que se lleva a cabo para comprenderlo mejor, pero sin proporcionar resultados concluyentes.

La investigación realizada es meramente descriptiva fundamentada en que el objetivo general de nuestro proyecto fue analizar las posturas doctrinarias que justifiquen la no inclusión del instituto de la GS en el código civil y comercial argentino. Por su parte, para cumplir con el objetivo general nos propusimos como objetivos específicos los siguientes: A) Identificar los conceptos centrales que fundamentan el anteproyecto del CCYC. B) Describir las razones por las cuales se optó por la no inclusión del instituto en el CCYC. C) Considerar, a fines comparativos, la regulación legal del instituto de la gestación por sustitución en el derecho comparado. Para cumplir con los mencionados objetivos específicos estructuramos nuestra tesis en capítulos lo suficientemente amplios para que dentro de ellos encuentre respuesta cada objetivo específico.

En cuanto a las técnicas e instrumentos utilizados podemos mencionar: El análisis de documentos, a través de la realización de Matriz o ficha de datos de investigación, las cuales se adjuntan en Anexo F; La técnica focus group, mediante la realización de entrevistas a funcionarios judiciales con ciertos disparadores focalizados en la temática de la GS. En último lugar la escala de actitudes y opiniones a los fines de captar la actitud hacia el instituto de la maternidad subrogada por parte de la sociedad, para lo cual hicimos uso de la aplicación Forms.app y realizamos breves encuestas virtuales a nuestros conocidos. En cuanto al criterio de selección de muestra escogido fue la conveniencia, delimitando la población y muestra a un grupo de empleados y funcionarios del Poder Judicial de Córdoba con los que trabajamos diariamente, como así también a amigos y familiares.

En resumidas cuentas, al escoger una metodología del tipo cualitativa, el foco estuvo en recopilar y analizar datos no numéricos para comprender conceptos, opiniones, así como datos sobre experiencias vividas, emociones o comportamientos con los significados que las personas les atribuyen vinculado con el instituto de la GS. No se trató de llevar a cabo un estudio etnográfico, ni tampoco un análisis empírico, sino de realizar un análisis conceptual sobre el significado y la interpretación que se le ha dado a la maternidad subrogada.

### **Entrevistas a funcionarios**

Escogimos realizar entrevistas semi estructuradas focalizadas, ya que las mismas permiten la obtención de datos cualitativos en profundidad sobre un tema específico, para ello partimos de un guión de preguntas abiertas, pero dejando lugar para la libre expresión. Si bien las entrevistas podrán ser encontradas en la sección

“Anexo D”, nos permitimos realizar un breve análisis de los datos recabados a través de ellas.

Logramos realizar entrevistas a dos personas con los puestos más altos dentro del marco jurisdiccional, ambas coinciden a grandes rasgos en el concepto de la gestación por subrogación como una técnica o proceso por el cual una mujer, que no tiene intención de maternar, lleva a cabo un embarazo con la voluntad de gestar y dar a luz a un niño/a para otra persona o pareja que si tiene deseo de tener un hijo/a y haya/hayan expresado su voluntad procreacional de manera expresa. Algo a destacar es la opinión de la secretaria de 1ª Instancia Niñez, Adolescencia, violencia familiar y violencia de género, María Julia Simian en cuanto manifiesta que: “En primer término, prefiero designar a la práctica como gestación por sustitución, y no utilizar conceptos que incluyan la idea de maternidad. Soy de la opinión que resulta necesario entender que gestar no es maternar.” Esto demuestra la flexibilidad de criterio que hoy por hoy están manejando los juzgados que resuelven nuestros litigios y brinda un aire esperanzador para una futura inclusión de la figura al código civil y comercial. No obstante, de la entrevista realizada al Juez (cuyo anonimato se mantiene por su pedido) surge la opinión de que: Desde una perspectiva jurídica y científica, la maternidad subrogada plantea serias cuestiones éticas que requieren un cuidadoso tratamiento, por ejemplo la determinación de la maternidad legal, los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas, si corresponde una compensación económica de la gestante subrogada y la protección de los derechos del niño concebido mediante este proceso.

En cuanto a la falta de regulación de la GS y su no inclusión en el C. C. y C. actual, ambas funcionarias manifiestan que la figura ha sido deliberadamente excluida del anteproyecto, lo que implica que no está prohibida la práctica, pero existe una posición contraria del legislador a la figura. La Dra. Simian manifiesta que la realidad supera lo que la legislación ha incluido, y se torna necesaria la regulación para poder resolver los conflictos que de todas maneras se generan, referidos a la identidad, filiación, etc. del niño nacido y que terminan siendo resueltos por el poder judicial; por su lado la postura del juez entrevistado es que el instituto requiere de un profundo análisis y debate público para equilibrar los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas, pero sobre todo debe protegerse al niño y la falta de regulación puede ser una respuesta a la complejidad de estos asuntos y la necesidad de considerar cuidadosamente los aspectos éticos, médicos y legales.

A la pregunta realizada a las funcionarias en cuanto si consideran que la maternidad subrogada debería ser altruista o comercial, encontramos posturas contrarias, por un lado la secretaria manifestó que debería ser de tipo comercial y debe

regularse específicamente el pago, ya que solo así se deja de ver a la mujer como víctima, se respeta su decisión libre e informada y se achica el margen de conflicto frente a posibles incumplimientos, además de que a través del pago, regulado, se visibiliza la figura. Contraría a esta postura, el juez entrevistado manifestó que la exigencia de una contraprestación económica en el contexto de la maternidad subrogada plantea diversos riesgos que deben ser cuidadosamente considerados desde una perspectiva ética, legal y social, ya que la compensación económica a la gestante puede desembocar en explotación y desigualdad económica, puede llevar a situaciones de explotación y comprometer la autonomía y la capacidad de tomar decisiones informadas, asimismo, el magistrado se manifiesta en torno al riesgo de la comercialización del cuerpo y el riesgo a la salud de la mujer por un exceso de gestaciones lo que, a su criterio, puede aumentar la inequidad social.

A la pregunta formulada sobre si les ha tocado a lo largo de su trayectoria trabajar en algún caso de GS ambas manifestaron que no.

En relación a la pregunta sobre cómo resolverían el hipotético caso de que la gestante luego de dar a luz se arrepienta de entregar al niño a los comitentes y quiera ejercer su maternidad y/o a la inversa en el caso de que los comitentes, luego del parto, se arrepientan y no quieran recibir al niño recién nacido, ambas funcionarias se mantienen firme en el peso del consentimiento informado propio de las técnicas de reproducción humana asistida, en la expresión de la voluntad procreacional de los comitentes, y en la falta de voluntad de la persona gestante de maternar. Manifiesta el juez entrevistado: En caso de regularse, debe regirse por acuerdos legales claros y contratos que reflejen la voluntad de todas las partes involucradas. Si existe un consentimiento informado adecuado y se han establecido claramente los términos y condiciones en el contrato, este documento debe ser considerado como un elemento central en la resolución del conflicto.

Finalmente, quisiéramos destacar que ambas funcionarias, basadas en una perspectiva que valora los derechos humanos y busca evitar la discriminación, se muestran a favor del acceso a esta práctica a toda persona, sin importar el proyecto de vida personal que tenga y siempre que se cumplan los requisitos éticos y legales establecidos.

### **Proyección social**

Como ya hemos mencionado, al escoger una metodología del tipo cualitativa, el foco estuvo en recopilar y analizar datos no numéricos para comprender conceptos, opiniones, así como datos sobre experiencias vividas, emociones o comportamientos con los significados que las personas les atribuyen vinculado con el instituto de la GS. En virtud de ello parte de la propuesta presentada en el proyecto fue captar la actitud

hacia el instituto de la maternidad subrogada, por lo que decidimos elaborar una breve encuesta dirigida a personas de la sociedad en general (la cual se encuentra en la sección "Anexo E") de la cual pudimos extraer las siguientes conclusiones: 1) La mayoría de las personas han escuchado alguna vez hablar del alquiler de vientres. 2) Socialmente se considera a la GS como una manera de ser madre, como una oportunidad de vida, pero la generalidad de las personas considera que el único modo de hacerlo es a cambio de una prestación económica y solo ante la imposibilidad de tener un hijo propio. 3) Muy pocas personas conocen algún caso de GS. 4) Es frecuente la mención de que la GS tiene como ventaja principal el permitir procrear a parejas que por algún motivo no pueden tener hijos/as y dar la posibilidad de que ese bebé tenga el ADN de alguno de los integrantes de la pareja. 5) Como desventajas, si bien la que predominó en las respuestas fue el costo económico y que solamente pueden acceder a la práctica personas adineradas, también se observó un gran peso de la parte afectiva y la posibilidad de conflictos si la mujer gestante se encariña con el bebé que debe entregar. También, mencionaron entre otras: que podría incentivar el comercio y la explotación de mujeres de escasos recursos. Finalmente se hizo mención a los riesgos de no conocer si la gestante realiza los cuidados adecuados durante el embarazo. 6) Casi a la totalidad le gustaría conocer más sobre la temática aportada.

En conclusión, pocas personas de la muestra escogida, piensan en la situación de parejas homosexuales o personas que desean formar un proyecto de vida de manera unilateral y con su propio material genético. Menos personas aún, consideran la posibilidad de acceder a la práctica de GS por una decisión de no someter el propio cuerpo a un embarazo al margen de no poder tener hijos/as en forma natural. Un escaso número de personas hizo referencia a la posibilidad de que a través de la GS se puede ser madre superando la edad biológica y un porcentaje mínimo de la sociedad se cuestiona sobre posibles conflictos de identidad del menor. Puede observarse que existe un desconocimiento generalizado sobre la GS, la sociedad no está lista pero está despertando, por ejemplo, una pequeña parte de la muestra se cuestionó sobre la explotación del cuerpo de la mujer, sobre la identidad del niño o niña, sobre aspectos afectivos e incluso un porcentaje aún menor, (no por ello menos válido) manifestó que la única desventaja de la GS es su falta de regulación, ya que es esa falta de regulación la creadora de desventajas.

## Conclusiones

Hemos llegado al final del recorrido, es momento de mencionar las diversas conclusiones arribadas de cada tópico que hemos tratado durante la elaboración del trabajo final para luego desarrollar una conclusión final.

### Desde las posturas éticas

Como se ha visto al desarrollar el capítulo N° 1, el fenómeno de la maternidad subrogada no es algo nuevo, lo que sí es nuevo es el cuestionamiento del instituto desde diversas aristas que van tomando peso a medida que la sociedad avanza. La GS es un tema en donde hay valores morales en juego y al no existir en Argentina una ley que resuelva por sí o por no, los grises son cubiertos por distintas posiciones doctrinarias que no logran encontrar consenso. “La maternidad subrogada, gestación por sustitución o subrogación de vientre, es hoy por hoy uno de los asuntos morales más controvertidos para las ciencias sociales” (Carril, 2021, p.1).

Según Carril (2021), el C. C y C. ha introducido, junto con las formas tradicionales de establecer la filiación (por vínculos biológicos y por adopción), la opción de que esta pueda surgir a partir de técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, este nuevo marco legal no ha incorporado la práctica de la maternidad subrogada debido a los conflictos éticos, morales y legales derivados de paradigmas que están en clara contradicción. Estos dilemas están especialmente relacionados con consideraciones de índole religiosa, y dado que la Nación Argentina ha adoptado constitucionalmente el catolicismo romano, se plantea una barrera moral difícil de superar en términos de orden público.

El origen de los conflictos también radica en que el concepto de familia no es uniforme ni unívoco, sino diverso, cambiante en el tiempo y claramente influenciado por aspectos sociológicos. Es crucial que el derecho se ajuste a estos cambios para no quedarse obsoleto en relación con las normas y conceptos aceptados en la sociedad. Social y culturalmente se han ampliado el acceso a técnicas médicas avanzadas, lo que ha generado la necesidad en el ámbito legal de reconsiderar los principios tradicionales. Por lo tanto, es primordial que el discurso jurídico se ocupe de regular estas cuestiones. La ausencia de regulación legal da lugar a interpretaciones divergentes que conducen a decisiones judiciales diferentes por parte de nuestros jueces, lo que sumerge a los litigantes en un estado de incertidumbre jurídica.

Notrica, Cotado y Curti (2017) agregan que el problema no reside en la práctica de la GS en sí misma, sino en la falta de un marco normativo que permita regularla y establecer criterios para su realización, considerando los intereses de todas las partes involucradas: la persona gestante, los comitentes y el niño o niña concebido mediante este proceso. La regulación no sólo hace visible esta práctica, sino que también protege

a todas las partes implicadas, teniendo en cuenta el derecho fundamental a procrear y a formar una familia. Además, esta regulación se relaciona con la libertad reproductiva, que incluye la capacidad de elegir cuándo, con quién y cómo tener hijos/as, así como el contexto social en el que se lleva a cabo la reproducción, y la decisión sobre el número de hijos/as a tener. La filiación ya no transcurre por un determinismo biológico, se ha convertido en una construcción afectiva y permanente que se hace en la convivencia y en la responsabilidad.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, prestigioso jurista y miembro de la Comisión designada para elaborar el Proyecto de Reforma, expresó que el nuevo Código busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar esta igualdad; reconociendo que el Código intenta regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede ni debe desatender. No se trata pues, de mantener una postura a favor en o en contra de la subrogación uterina sino de resolver en qué casos concretos este procedimiento puede y debería de llevarse a cabo, sin enfrentar posturas extremas, sino analizando todos los valores en conflicto para tomar la mejor medida posible o que dañe menos valores. Es decir, se trata de tomar decisiones prudentes y responsables, que es, finalmente, el objetivo de la ética.

### **Desde las posturas feministas**

Entre los motivos que erigen las posturas que niegan que deba reconocerse la gestación por sustitución como práctica dentro de las TRHA, se encuentran argumentaciones como la siguiente: La maternidad subrogada emerge como una nueva modalidad de explotación femenina y tráfico de personas, donde los niños/as se convierten en productos comerciales con estándares de calidad y las madres gestantes en objetos desechables. Esta práctica, considerada inaceptable tanto en su forma comercial como altruista, exige la lucha por su abolición universal.

Algunas de las posturas feministas, como vimos en el capítulo N° 2 se aferran al hecho de que la GS causa un inevitable involucramiento de mujeres de bajos recursos que, bajo una aparente finalidad altruista, alquilan de manera informal su vientre, haciendo de ello sus ingresos quizás habituales, constituyendo una suerte de “trabajo remunerado”, a manera de “oficio informal”, esto no lleva más que a reforzar nuestra postura de que la respuesta no está en ignorar la realidad y no regular el instituto, sino que deberá buscarse la forma de que el instituto no sea una salida de la pobreza que potencie la intolerable cosificación de la mujer a partir de la industria y el uso económico del vientre en alquiler, promoviendo la explotación reproductiva de la mujer con los consecuentes efectos dañinos sobre su vida y la de su/s hijo/as y ello sólo puede lograrse con una legislación clara.

Tanto una mujer sola como un hombre solo, parejas heterosexuales u homosexuales tienen el derecho inalienable de tener un hijo/a y de conformar una familia. La ciencia avanza mucho más rápido que las leyes y por lo tanto debemos adecuarnos a las realidades y necesidades de hoy. Para alcanzar la igualdad de trato entre los sexos, es fundamental que las decisiones que afectan a hombres y mujeres se basen en criterios ajenos a los biológicos.

Quienes argumentan que la incorporación de la GS, relega a la mujer a ser tratada como un objeto y a considerar al cuerpo femenino como una especie de incubadora, menosprecian la capacidad de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo. El argumento que propone la prohibición de los acuerdos de gestación por sustitución se interpreta como una violación del derecho de las mujeres a la autodeterminación, al mismo tiempo que refuerza el estereotipo negativo de la mujer como alguien incapaz de brindar un consentimiento racional. La mujer tiene la capacidad de decidir sobre su propio cuerpo, tanto en términos de abortar como de gestar.

Seguimos a Lamm, quien nos dice:

Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Sin perjuicio de que estas estrategias, en muchos casos, conllevan una intrínseca violación de derechos. Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa. La explotación de las mujeres sólo puede evitarse – atento a que se hace– con una regulación que controle y limite esta práctica. (2012, p.31).

Si el motivo de preocupación en torno a estas prácticas radica en la presunción, a menudo injustificada, de que implican una violación de derechos, entonces se debería establecer y diseñar un marco legal que regule compensaciones, en lugar de retribuciones, determinadas por la autoridad competente. Asimismo, estas compensaciones tendrían que ser establecidas bajo criterios uniformes de manera que no conduzcan a un enriquecimiento de la persona gestante, evitando así que este sea el incentivo principal y, por ende, reduciendo el riesgo de explotación.

## **Desde las posturas de protección de los niños, niñas y adolescentes**

En el contexto de la maternidad, la gestación se considera un aspecto fundamental cuando el hijo/a es concebido a través de una relación sexual; Ahora bien, en la práctica de la GS no resulta idóneo hablar de maternidad, ya que la gestante solo proporciona su cuerpo para el crecimiento y desarrollo durante los nueve meses de gestación. Esto nos invita a trascender en el concepto de maternidad, a extenderlo y no limitarlo al solo hecho del parto ni de la gestación. Es tiempo de globalizar el concepto y darle una mayor cobertura con los elementos del avance científico que hoy en día se están generando.

La determinación de la filiación legal en el contexto de la GS presenta desafíos significativos en términos de los derechos del niño/a. Aunque es prioritario que la filiación legal se establezca rápidamente después del nacimiento en interés del niño o niña, es crucial proteger la integridad de esta filiación en los acuerdos de gestación subrogada a través de la implementación de normativas mínimas. Estas normativas deberían incluir precauciones previas al inicio del proceso de GS, evaluaciones del interés superior del niño, el consentimiento de todas las partes involucradas en el acuerdo, así como garantizar el derecho del niño o niña a conocer sus orígenes. Además, es esencial que el establecimiento de la filiación legal no esté condicionado a la compensación económica u otros factores, y que los derechos del niño/a no sean sacrificados para asegurar la certeza jurídica antes del nacimiento, incluso en situaciones imprevistas que puedan surgir durante el proceso de GS, como emergencias o cambios en las circunstancias o deseos de las partes involucradas en el acuerdo.

Posturas en contra de la GS consideran que esta práctica afecta profundamente al interés superior del niño, sin embargo, consideramos que, gracias a la GS, el niño/a crece en una familia que lo ha deseado profundamente. Como cualquier otro niño/a puede tener problemas, pero es un niño/a deseado que no estaría afectado por más dificultades que las normales. Es, en todo caso, esa no normalización de la situación lo que podría generar diferencias. Esta postura es la seguida por las Dras. Herrera, Kemelmajer de Carlucci y Lamm (2012), quienes sostienen que, aunque se argumenta que el concepto jurídico del interés superior del niño es ambiguo, es innegable que el niño no estaría presente en este mundo si no fuera por haber recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que anhelaban profundamente su llegada. Estas personas deseaban tanto tener al niño/a que, al no poder lograrlo por otros medios, optaron por un método que involucra una serie de dificultades, ya sea legales, económicas o prácticas.

## **Desde el turismo reproductivo**

La prohibición o la no regulación de la práctica de la GS en Argentina no evita que ésta se pueda llevar a cabo en otros países donde sí está permitida, produciéndose de esta manera el denominado “turismo reproductivo”. La realidad demuestra, que ante la mayor demanda de estas técnicas de reproducción asistida mediante la colaboración de una mujer para que geste en su vientre un hijo/a biológico, la mejor solución, no es cerrar los ojos y prohibir, si no, establecer una solución que garantice el acceso a esta técnica a la mayor cantidad de personas que lo necesiten, privilegio que por el momento solo puede ser afrontado por personas de alto poder adquisitivo, que a través de agencias especializadas, colaboran con estas personas para poder hacer efectiva la voluntad procreacional en el extranjero.

El fenómeno del turismo reproductivo plantea preocupaciones significativas desde varias perspectivas. En primer lugar, se destaca como una opción exclusiva para aquellos con recursos económicos, excluyendo a aquellos que no tienen los medios para participar en él. Además, existe una falta de control total sobre la calidad y seguridad de los servicios proporcionados en este contexto, lo que puede resultar en riesgos para todas las partes involucradas. Este riesgo se ve agravado por la posibilidad de explotación de mujeres en países en desarrollo por parte de aquellos provenientes de naciones más ricas. También es inquietante el hecho de que algunas personas intenten evadir las leyes de su propio país viajando a lugares con regulaciones más laxas. Este comportamiento desafía las prohibiciones legales establecidas, que suelen reflejar el consenso social. Además, el turismo reproductivo perpetúa la noción problemática de que la reproducción humana puede ser tratada como una mercancía (Lamm, 2013).

## **Desde el Derecho**

De nada sirve una regulación muy estricta en un determinado país, si luego se produce turismo de maternidad subrogada en otros que carecen de cualquier control jurídico y ético. Según García Rubio y Herrero Oviedo (2018) incluso si se establece una regulación interna sólida, es probable que los padres intencionales elijan buscar una gestante en países distantes. Esta preferencia no solo se debe a consideraciones económicas o a una regulación menos estricta, sino también al deseo de mantener a la gestante alejada para minimizar su impacto en la vida tanto de los padres como del niño/a. Por lo tanto, las autoras argumentan que es esencial complementar la regulación interna con esfuerzos a nivel internacional. Solo una respuesta global puede prevenir o al menos reducir al mínimo situaciones de explotación y la búsqueda de beneficios irregulares por parte de intermediarios externos. Ahora bien, la forma de esta respuesta internacional no está totalmente definida. Se podría apostar por un convenio

internacional sobre derechos humanos que regule la maternidad subrogada, aunque la complejidad del tema hace difícil el acuerdo entre países como para que pueda ser abarcado en un solo instrumento, otra posible vía sería la de articular un conjunto de medidas coordinadas entre países o un acuerdo marco sobre los aspectos básicos del tema.

A nivel interno, los proyectos nacionales que intentaron incorporar la GS al orden jurídico argentino no han sido sancionados. Con una mirada amplia y un criterio más acertado de la realidad y especialmente embebido por la autonomía de la voluntad que transversaliza el derecho de familia más moderno. El Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial consideraba la idea de la maternidad subrogada bajo el término "gestación por sustitución", en su artículo 562. Se argumentaba que este término reflejaba de manera más precisa la situación, ya que la gestante no sería la madre del niño y usar el término "maternidad" no sería adecuado. Hubo diversos argumentos a favor y en contra de incluir el artículo 562 en la normativa vigente, con un énfasis en evitar la comercialización que podría motivar a las gestantes por razones económicas. En última instancia, el Congreso de la Nación aprobó su exclusión del proyecto debido a la falta de consenso sobre las numerosas discusiones éticas y morales relacionadas con el uso de técnicas de reproducción asistida. Entonces, en Argentina, no existe un marco legal que reconozca expresamente la gestación por sustitución, algo que tampoco fue contemplado en el Código de Vélez. Por lo tanto, las soluciones arribadas actualmente en Argentina son meramente pretorianas.

Los fallos que existen se fundan en otros, en jurisprudencia y leyes extranjeras de los pocos países que regulan el instituto de la maternidad subrogada como también en algunas interpretaciones que minimizan conceptos normativos y la lectura en conjunto del complejo mundo jurídico-bioético de la Nación (Sanders Bruletti, 2018, pág. 12).

La realidad demuestra que la falta de legislación no ha evitado que esta práctica médica se realice. El argumento principal que sirve de base a los que defienden la práctica es el principio de legalidad, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, en virtud del cual es posible afirmar que todo lo que no está prohibido expresamente por la ley, está permitido. En tal sentido, se ha señalado que, ante la ausencia de una ley específica sobre la GS, es necesario buscar una solución que se base en los principios constitucionales y convencionales, tomando en cuenta tanto el deseo de ser padres de una pareja como el bienestar del niño o niña nacido de esta práctica. Es fundamental

reconocer que el derecho a procrear es un derecho humano fundamental que no puede ser limitado por el Estado en su ejercicio.

### **Desde la postura social y jurisprudencial**

Los conceptos adquiridos de familia tradicional, como el lazo de sangre que une a las personas no reflejan la realidad actual, su estructura se ha modificado y el derecho no puede ser ajeno a estos cambios. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), nos dice que la familia es el elemento natural, universal y fundamental de una sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Cada país debe establecer y adaptar su legislación de manera tal que brinde la protección necesaria a este derecho fundamental, sin desconocer la realidad. Los avances legislativos, han tratado de reflejar estas nuevas estructuras, roles y funciones, y la creciente concientización acerca de que las sociedades deben brindar protección a otro de los derechos fundamentales, como lo es la no discriminación y el derecho de ser tratados como iguales en iguales circunstancias. Esto implica que las personas dentro del margen de sus posibilidades son libres de poder formar una familia, deseársela y hacerlo del modo en que ellos deseen, sin ser juzgados, condenados o marginados por no hacerlo bajo parámetros estándar que carecen de vigor en la actualidad.

En una de las exposiciones realizadas por la Dra. Lamm, citada en Isola, en el marco de opiniones sobre los aspectos de la Reforma al Código Civil, expresa:

Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla (2013, p. 74).

Más allá de las objeciones morales, de los ataques mediáticos o de los vacíos legales, la maternidad sustituta es un hecho, una realidad que se comienza a mostrar y ver con un poco más de naturalidad y frecuencia. Cada cambio, sea de tipo social, moral, cultural, científico, ha reflejado en la historia, diferentes etapas, que inician con el rechazo rotundo y culminan con la aceptación pacífica de la sociedad. Si el derecho, ante el primer comportamiento negativo, desconociera la existencia de las situaciones que se materializan en la sociedad, implicaría un retroceso del proceso evolutivo de un país (Isola, 2013).

La GS, avanza notablemente en la normativa de los diferentes países y son cada vez más estados, los que acogen entre sus ordenamientos jurídicos, normas que regulan dicha figura. En Argentina no hay una ley que regule expresamente la gestación por sustitución, tampoco hay ninguna que lo prohíba y al erradicarse del nuevo C. C y

C. la normativa que contemplaba la gestación por sustitución, corresponde a los jueces en cada caso concreto considerar y decidir sobre cada proceso gestacional que se realiza en Argentina, atendiendo a cada caso en concreto y al interés superior del niño/a nacido o por nacer (Díaz Fernández, 2015). Es decir, que, en la práctica, la GS se realiza y los casos se judicializan; la justicia debe inexorablemente expedirse a solicitud de parte cuando la cuestión es judicializada, como en cualquier otro caso no legislado, en cumplimiento de la norma que subraya que todos los casos deben ser resueltos, en estos supuestos, suelen encontrar favorable acogida, pero dependen del criterio del juez y de eventuales apelaciones. Esto, importa un vacío legal injustificable. Coincidimos con Carril, quien manifiesta que:

El juez, cuya función natural es ser intérprete de la ley, para el caso concreto más que interpretarla debe crearla. Sabido es que los jueces no pueden excusarse para resolver situaciones concretas que arriban a los estrados judiciales con el pretexto de la existencia de lagunas en el derecho. Así, surge un inesquivable rol del juez que legisla para el caso concreto, construyendo desde el precedente judicial, la solución para el problema que se le presenta a resolución. Ya no nos encontramos ante un juez que co-crea el derecho junto al legislador y para el caso concreto. El órgano jurisdiccional asume un rol netamente legislativo (2021, p. 4).

A pesar de la situación negativa en el ámbito legal, la GS ha encontrado plena aceptación en la jurisprudencia de nuestro país. La mayoría de los casos que se han presentado en la justicia han obtenido sentencias favorables. Sin embargo, ello no supe la carencia que genera la falta de una norma de fondo que reglamente la cuestión, sobre todo porque se encuentran comprometidos derechos fundamentales de las partes, principalmente del niño/a que nace de esta práctica, por lo que los tiempos de la justicia no son los más idóneos ni oportunos para otorgar seguridad jurídica a las personas implicadas (Pojmaevich, 2015).

Si observamos los fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios antes explicados, llegaremos a la conclusión de que la maternidad subrogada no sólo está permitida, sino que debe ser protegida y garantizada por el Estado, por tratarse del ejercicio de Derechos Humanos Reproductivos. Incluso en el nuevo C.C. y C. las TRHA están reconocidas como una nueva fuente de filiación, siendo la GS una de dichas técnicas. No tutelar este instituto no sólo resultaría contrario a nuestras normas constitucionales sino también al bloque Convencional al cual estamos adheridos.

## Conclusión final

En la actualidad, la conformación de la familia está dada por constantes cambios sociales. Los cuales tienen implicaciones morales y generan dinámicas diversas que debemos asumir acorde a las constantes evoluciones de la ciencia y la sociedad. De todo el material que hemos recopilado a lo largo del desarrollo de este trabajo final, y de las opiniones tanto de funcionarios como de la sociedad en general que hemos recopilado en nuestro capítulo metodológico podemos concluir que en Argentina existe una decisión legislativa de excluir deliberadamente la gestación por sustitución. No puede desconocerse la existencia de lagunas en el derecho, como tampoco su falta de plenitud y de coherencia. Como advierte Carril:

Lo que resulta un tanto inexcusable, inentendible e inconcebible es que pudiendo hacerlo, el legislador voluntariamente no lo previó. Algunas lagunas jurídicas responden a omisiones involuntarias o a situaciones sobrevinientes que no podían preverse y que, como tales, se presentan en la realidad ante un marco normativo que les resulta inasequible porque la realidad cambiante muta por naturaleza a una rapidez que normativamente resulta casi imposible adaptar instantáneamente. Sin embargo, la situación sub-exámene poco tiene que ver con esas particularidades. La omisión en que incurrió el legislador resulta voluntaria y si bien pueden argüirse razones al respecto, lo cierto es que sigue aconteciendo en la realidad la situación fáctica que la norma no quiso consagrar normativamente (2021, p.5).

El debate sobre este tema denota una realidad que, aunque no se encuentra legislada, merece una respuesta, en este caso teniendo en cuenta la jurisprudencia frente a la falta de ley que legisle el instituto y contemplando la inexistencia de ley que lo prohíba.

La figura de la GS como toda institución de derecho tiene defensores y detractores, sus defensores, hablan del derecho a ser padres, del altruismo de la gestante y de libertad; mientras que sus detractores hablan de machismo radical al usar a la mujer gestante como una incubadora, de la compra de un hijo aprovechándose de la precariedad de la madre, la depravación del capitalismo y la degradación de los valores y de cualquier ética (López, 2019), pero ello no es óbice para la regulación de la GS. En Argentina, como ya hemos hecho mención, la GS no está permitida, ni tampoco prohibida, lo que conlleva que la construcción del caso particular sea pretoriana, la justicia debe expedirse a solicitud de parte como todo caso no legislado, en cumplimiento de la norma que versa que todos los casos deben ser resueltos. Esto,

demanda a futuro, una necesaria respuesta del sistema normativo, deberá analizarse cuánto tiempo más es posible mantener el silencio de la norma frente a la insistente realidad que muestra que la práctica existe y que hay una clara tendencia por mantenerla en el paso del tiempo, experiencia que testimonian los casos que cada vez aumentan más en número y en complejidad. La problemática seguirá despertando debates éticos y morales y demandará una discusión abierta y plural, que necesariamente requerirá de inusitada prudencia para construir un orden normativo adecuado, que recepte la cuestión fáctica insoslayable, pero en un marco bioético de respeto por la vida y la dignidad humana (Carril, 2021).

La maternidad subrogada debería estar controlada y regulada por el estado, como otras formas de acceso a la maternidad y la paternidad.

La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda. (Camacho, 2009, pág. 15)

Con la amplitud de derechos humanos reconocidos en temática de género y que fueron incorporados a la legislación positiva argentina, resulta apropiado pensar que la consagración legislativa deberá ser amplia, aunque la realidad actual demuestra que en el horizonte legal argentino no pueda hablarse en un tiempo cercano al actual del “contrato de alquiler de vientre”, tal como algunas legislaciones extranjeras lo receptan y en el que llevar a cabo el embarazo para una pareja o una persona sola tiene una finalidad de corte netamente lucrativo en la que la principal obligación que surge del contrato por parte de estos últimos es el pago de la suma dineraria correspondiente. De allí que la terminología “alquiler de vientre” nos resulte alejada.

Pese a que el C. C. y C. actual no regula expresamente a la GS, el Anteproyecto de Reforma presentado al Poder Ejecutivo en 2012, sistematizaba en su articulado la denominada "gestación por sustitución", incorporando un mecanismo derivado de la

aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, para determinar vínculos filiales en el derecho argentino. Su exclusión del articulado finalmente aprobado por el Congreso de la Nación, se debió a la falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas, atendiendo a los múltiples y complejos debates éticos y morales que derivan de su aplicación. El legislador optó por suprimir el art. 562 proyectado, que regulaba esta práctica, modificando, asimismo, la redacción del art. 19 que establece el comienzo de la existencia humana. Coincidimos con González Magaña en que “ello resultó consecuencia de una búsqueda de consenso necesaria para la sanción del texto definitivo, a fin de evitar que estas discrepancias en torno a temas tan sensibles terminaran evitando la sanción del Código” (2014, p.1). Sin perjuicio de ello, la falta de regulación expresa en el nuevo Código Civil de este instituto, no implica necesariamente su falta de reconocimiento legal ni —mucho menos— su prohibición, lo que deja espacio a una peligrosa laguna legal cuyas consecuencias definitivas aún no pueden establecerse con claridad.

El turismo reproductivo, la realidad económica, la publicidad de los medios masivos de comunicación y la falta de normativa uniforme al respecto, producen disparidad de derechos en pugna, donde los afectados, terminan siendo los niños, mujeres y la sociedad en sí.

Lo cierto es, que la realización de esta práctica es cada vez más corriente y pese a no estar regulada legalmente en Argentina, encuentra fundamento constitucional (1994, art. 19): “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” de lo que resulta un vacío legal en torno a la figura que venimos analizando, vacío que genera conflictos sobre todo en torno a los derechos del niño y de la mujer. La situación actual exige que las leyes se adapten a la realidad y se alineen con los principios establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es necesario que el legislador tome medidas para reducir la brecha entre la normativa vigente y las necesidades de la sociedad (Herrera, Kemelmajer de Carlucci y Lamm, 2012).

En general las críticas de las posturas más moderadas, ponen el acento en preguntas tales como: ¿Qué sucede si la madre sustituta o los padres contratantes cambian de parecer y se arrepienten? ¿Qué pasa en el caso de un nacimiento múltiple? ¿Qué sucede si el niño nace con una grave discapacidad? ¿Es aceptable la recompensa económica? ¿Qué derechos tienen los niños en estas situaciones? Estas preguntas son pertinentes y es importante atenderlas, por eso creemos que el estado debe legislar y controlar la maternidad subrogada para evitar abusos y prevenir los potenciales problemas que pudieran surgir en el proceso y asimismo brindar acompañamiento a las

partes involucradas incluso luego del nacimiento. Si la objeción a su regulación yace en las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría avances ni cambios en ningún área y todo seguiría igual a través de los siglos. La solución a estas eventualidades, entonces, solo puede provenir de un adecuado tratamiento legal brindado por el ordenamiento jurídico que sea del todo coherente con los tratados internacionales que conforme el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional gozan de jerarquía constitucional. Ante esta nueva realidad y en base a que el derecho es evolutivo, la mejor solución no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. No regular, o no decir nada, no impide que la práctica se realice. Es más, el silencio legal sobre la gestación por sustitución permite que esta práctica se realice sin ningún tipo de control ni supervisión, lo que genera un escenario propicio para posibles abusos y vulneraciones de derechos. Así, Medina sostiene:

El silencio legislativo no sirve para solucionar los conflictos que la gestación por otro presenta, que no se pueden definir por los principios generales del derecho. Por lo que el tema requiere una regulación específica y la legislación venidera debe regular la cuestión teniendo en cuenta fundamentalmente el interés del niño (2012, p. 17.).

La gestación por sustitución no incide negativamente sobre los derechos humanos de ninguna de las partes implicadas en esta práctica, al contrario, dicha figura amplía el espectro de derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos, tanto a nivel interno como internacional. La regulación de la GS supone la protección de dichos derechos fundamentales y previene la clandestinidad porque le otorga al Estado la intervención y control para que la actuación de las clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos. La existencia y reglamentación de esta modalidad colabora a que se superen las estructuras conservadoras y tradicionales sobre la familia y a que se rompa con el principio heredado del ya obsoleto derecho romano: “mater semper certa est”, por el cual la maternidad siempre es reconocida y determinada por el acto del parto. La sociedad es fluctuante y es primordial que los ordenamientos jurídicos de los Estados acompañen estos cambios, se deben “desbiologizar” los vínculos como base de toda familia y además debe deconstruirse la idea de que gestar y parir son sinónimos de maternidad, debido a que una mujer puede disponer de su propio cuerpo y en consecuencia limitarse a gestar un niño o niña que será hijo/a de sus padres o madres de intención. Las mujeres no están determinadas al rol impuesto patriarcalmente por la sociedad de limitarse a ser madres, por el contrario, son sujetos de derecho libres, autónomas e independientes.

Concluimos, siguiendo a González Magaña (2014) quien nos dice que la mejor solución está dada por la regulación de esta práctica; proponiendo una solución justa y equilibrada que satisfaga el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos no solo de los involucrados en relación a los comitentes y la gestante sino de la sociedad toda.

## Bibliografía

- Argento, A. (27 de Marzo de 2018). Julio Cobos presentó un proyecto de ley para legalizar la subrogación de vientre. *infobae*. Obtenido de <https://www.infobae.com/politica/2018/03/27/julio-cobos-presento-un-proyecto-de-ley-para-legalizar-la-subrogacion-de-vientre/>
- Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012). Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Babygest. (29 de Septiembre de 2021). Obtenido de <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada/>
- Begoña Albéniz, M. (2020). *Maternidad subrogada: regulación en España y análisis de otros modelos en derecho comparado*. Obtenido de <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/411099/retrieve>
- Bernal Pedroza, J. A. (2020). *La gestación por sustitución a la luz de una reflexión Bioética*. Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/52053/Trabajo%20de%20grado%20la%20GS%20a%20la%20luz%20de%20una%20reflexi%C3%B3n%20bioetica%2014%20dic.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Camacho, J. M. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Obtenido de <https://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Caride, E. (2023). "Determinación de la maternidad en el texto original Del código civil argentino. ¿Volver al futuro?". *Revista jurídica austral*, Vol. 4, N° 1 (junio de 2023), P. 249-276. <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/1014/1311>
- Carril, M. P. (2021). *Maternidad subrogada: un vacío legal inconcebible*. *Revista del Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial – Mendoza*, ISSN 2718–7667. <https://mendozalegal.com/omeka/files/original/6208decc9598b98988944c326fa161b4.pdf>
- Congreso de la Nación Argentina. (1986). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 23.313*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. (1988). *Ley de prohibición de actos discriminatorios. Ley 23.592*. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23592-20465/actualizacion>
- Congreso de la Nación Argentina. (1994). *Constitución de la Nación Argentina*.

Congreso de la Nación Argentina. (2005). *Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley 26.061*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (2010). *Matrimonio Civil. Ley 26.618*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (2013). *Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-existenciales de reproducción médicamente asistida. Ley 26.862*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1984). *Pacto de San José de Costa Rica*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

Convención sobre los Derechos del Niño. (1990). *Ley N° 23.849*. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23849-249/texto#:~:text=Los%20Estados%20Partes%20reconocen%20el,%2C%20espiritual%2C%20moral%20o%20social>

De Beauvoir, S. (1949). *El segundo sexo*. Gallimard.

De Vita, V. (2018). "Sustitución de vientres: vacío legal y cinco fallos a favor". Diario Los Andes, 28/11/2018; disponible en [www.losandes.com.ar/sociedad](http://www.losandes.com.ar/sociedad)

Diario Constitucional, Boletín Oficial N° 10626-07. (22 de Abril de 2016). Proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. Chile.

Díaz Fernández, E. (2015). Gestación por sustitución o maternidad subrogada. . *Revista IN IURE*, 2, págs. 64-78. Obtenido de <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/view/15/15>

Fama, V. (2020, 1 de septiembre). " La gestación por sustitución y la inconstitucionalidad del art. 562 del Nuevo Código Civil ". YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=c9uJF2fQDY0>

Fudim, M. (2022, 28 de marzo). "Hablemos de alquiler de vientres" [episodio de podcast]. En Foco Radial. Spotify. <https://open.spotify.com/episode/0xSheqSwO09xMM4blrbtEk?si=uoNYI1PPSOSxQT5vZ3XyDQ>

- Galeazzo Goffredo, F. P. (2015). *jndcbahiablanca2015.com*. Obtenido de [https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Galeazzo\\_-El-derecho.pdf](https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Galeazzo_-El-derecho.pdf)
- García, L. (2018). Imagen: Tipos de subrogación. En: Especial Bioética. Maternidad subrogada ¿Cuál es la polémica sobre esta forma de tener hijos?. Recuperado de <https://ciencia.unam.mx/leer/749/especial-bioetica-maternidad-subrogada-cual-es-la-polemica-sobre-esta-forma-de-tener-hijos>
- García Rubio, M. P., & Herrero Oviedo, M. (2018). Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas. *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 52, págs. 67-89. doi:<https://doi.org/10.30827/acfs.v52i0.6551>
- Gil Dominguez, A., Fama, M. V., & Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de familia*. Ediar Sociedad Anónima, Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Gil Domínguez, A., Famá, M. V., Herrera, M. (2010). Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia. Ediar, Buenos Aires, capítulos iv y v, pp. 225 y ss.
- Gil Domínguez, A. (2015), "Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución", DIP Diario Familia y Sucesiones Nro. 40. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Familia-Doctrina-2015-08-21.pdf>
- Gil Domínguez, A. (2017), "Alquiler de vientre, un vacío legal injustificable". Diario Clarín25/10/2017; disponible en [www.clarin.com/sociedad](http://www.clarin.com/sociedad)
- González, A., Melón, P., & Notrica, F. P. (2015). *La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacionsustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciadadacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod>
- González Magaña, I. (2014). "La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule". Publicado en: DFyP 2014 (noviembre). Cita Online: AR/DOC/3853/2014.
- Graiewski Soluciones Para Familias. (4 de Agosto de 2015). *graiewski.com*. Obtenido de [http://graiewski.com/gestacion-por-sustitucion-de-vientre/#\\_ftn11](http://graiewski.com/gestacion-por-sustitucion-de-vientre/#_ftn11)
- Hereter, L. (2021). *Gestación por Sustitución, la ausencia de una legislación adecuada*. Trabajo final de la carrera, Universidad de Belgrano. Obtenido de <http://repositorio.ub.edu.ar/handle/123456789/9555>
- Isola, N. L. (2013). *Consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la recepción del Instituto de Gestación por Sustitución, contempladas en el Proyecto de Reforma y Unificación al Código Civil y Comercial Argentino*. Trabajo final de graduación, Universidad Empresarial Siglo 21. Obtenido de

<https://repositorio.21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12021/Isola,%20Natalia%20Lorena.pdf?sequence=1>

Jiménez Canet Atilano, M. (22 de Agosto de 2019). ¿Vientres o vasijas? El debate feminista de la maternidad subrogada. *Ecos. Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C.* Obtenido de <http://ecos.cide.edu/vientres-o-vasijas-el-debate-feminista-de-la-maternidad-subrogada/>

Jouve de la Barreda, N. (2017). "Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada". *Cuadernos de Bioética*, XXVIII (2), 153-162.

Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87551223002>

Juzgado de Sexta Nominación de Familia de Córdoba. (2019). *F. C. y otros solicitan homologación*. Justicia Córdoba.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2012). "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino". Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida por *Revista Derecho Privado*, Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, p. 3. [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120032kemelmajer\\_de\\_carlucci-ampliando\\_campo\\_derecho\\_filial.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120032kemelmajer_de_carlucci-ampliando_campo_derecho_filial.htm)

Krasnow, A. (2016). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina: aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial. *Revista de Bioética y Derecho*, (37), pp. 69-84. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16151>

Lafferriere, J. N. (28 de Septiembre de 2015). Análisis de un proyecto de ley de maternidad subrogada. *Centro de Bioética, Persona & Familia*. Obtenido de <https://centrodebioetica.org/analisis-de-un-proyecto-de-ley-de-maternidad-subrogada/>

Lafferriere, J. N. (Septiembre de 2017). 40 preguntas (sin respuesta) sobre alquiler de vientres. *microjuris.com*. Obtenido de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/09/15/columna-de-actualidad-40-preguntas-sin-respuesta-sobre-alquiler-de-vientres-lafferriere-jorge-n/>

Lafferriere, J. N., & Eleta, J. B. (3 de Febrero de 2018). Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/jorge-lafferriere-maternidad-subrogada-pretension-legislar-traves-una-accion-colectiva-dacf190079-2018-02-03/123456789-0abc-defg9700-91fcanirtcod?q=%20tema%3Agestaci%F3n%3Fpor%3Fsustituci%F3n>

- Lamm, E. (2012), "Gestación por sustitución Realidad y Derecho", *Indret Revista Para Análisis Del Derecho*, (edición de Julio), Barcelona. [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)
- Lamm, E. (2013). *Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Obtenido de [https://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro\\_gestacion\\_por\\_sustitucion.pdf](https://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf)
- Lamm, E. (2017). Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución. *31(6)*, págs. 539-540. doi:<https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.04.009>
- Lerussi, R. (2020). "Gestación por sustitución. Aportes conceptuales desde la teoría feminista del derecho del trabajo al derecho de familia". *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, 5(3), <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5763>
- Maffía, D., y Gómez, P. (10 de mayo de 2019). "Apuntes feministas acerca de la gestación subrogada". Cita on line: AR/DOC/1286/2019.
- Mancuso, F. J. (2022). Las implicancias de la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico argentino. *Ratio Iuris. Revista de Derecho*, 10(1), págs. 5-65. Obtenido de <https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/1405>
- Martínez Zorrilla, D. (5 de Septiembre de 2023). Acerca de la justificación (no legalidad) de la gestación subrogada. *IurisCrimPol. Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*. Obtenido de <https://blogs.uoc.edu/edcp/es/acerca-de-la-justificacion-no-legalidad-de-la-gestacion-subrogada/>
- Mastandrea, P., & Cambra Badii, I. (2017). Gestación subrogada: elementos para una deliberación singular. Obtenido de [https://www.academia.edu/35267829/Gestaci%C3%B3n\\_subrogada\\_elementos\\_para\\_una\\_deliberaci%C3%B3n\\_singular](https://www.academia.edu/35267829/Gestaci%C3%B3n_subrogada_elementos_para_una_deliberaci%C3%B3n_singular)
- Medichini, A. (8 de Enero de 2024). El papa Francisco pidió que se prohíba la maternidad subrogada en todo el mundo. *La Nación*. Obtenido de <https://es-us.noticias.yahoo.com/papa-francisco-pidi%C3%B3-proh%C3%ADba-maternidad-105735762.html>
- Medina, G. (2012). «Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado». *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año iv, núm. 8, septiembre de 2012, p. 17.

- Microjuris.com. (14 de Abril de 2016). Inconstitucionalidad del art. 562 del C.C. i C, que en la gestación por sustitución no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz. Obtenido de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-no-reconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacional-median/>
- Moreno Díaz, V. M. (2016). *Maternidad subrogada perspectiva en el derecho canónico*. doi:<https://doi.org/10.21500/20115733.3093>
- Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Notrica, F., Cotado, F., Curti, P. J. (2017). "La figura de la gestación por sustitución". IUS, 11, 39, 154 – 172. <https://www.redalyc.org/journal/2932/293250096008/html/>
- Núñez Calonge, R. (s.f.) "Aspectos éticos de la gestación subrogada". <https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20%C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACI%C3%93N%20SUBROGADA%20V.1.pdf>
- Olza, I. (16 de Abril de 2022). *Centro de Psicología y Logopedia*. Obtenido de [centropsicologiapsicojaen.es](https://www.centropsicologiapsicojaen.es/): <https://www.centropsicologiapsicojaen.es/es/noticias/gestacion-subrogada-los-efectos-psicologicos-en-la-madre-y-el-bebe/>
- Ormart, E. B. (2020). Las representaciones sociales presentes en novelas televisivas sobre la gestación por sustitución en Argentina. El caso de Pequeña Victoria. *Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de La Matanza*(18), págs. 29-47. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/5819/581964790002/581964790002.pdf>
- Pastore, A. G. (2018). *Maternidad subrogada : análisis jurídico de una problemática actual*. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Instituto de Derecho Civil. Sección Derecho de Familia y Bioderecho. Obtenido de <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11241>
- Pojmaevich, S. (2015). *Deconstruyendo la maternidad: La gestación por sustitución*. Obtenido de <https://fcp.uncuyo.edu.ar/upload/deconstruyendo-la-maternidad.pdf>
- Potter, V. (1971). *Bridge to the Future*. Prentice Hall.
- R. L. A. y otros s/ sumaria (Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Villa María 21 de Mayo de 2020). Obtenido de

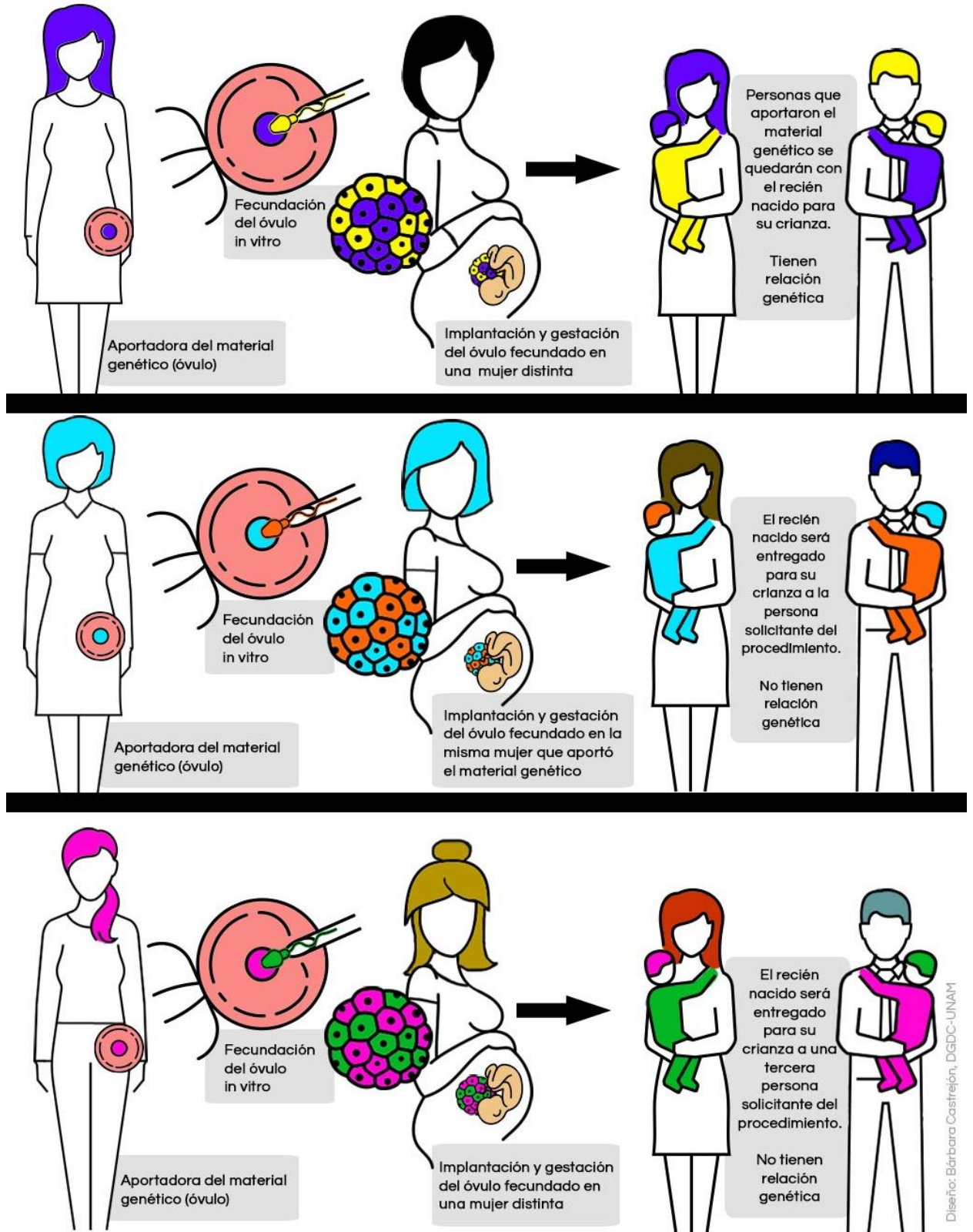
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/08/04/padres-intencionales-la-justicia-de-villa-maria-aprobo-el-pedido-de-una-pareja-de-hombres-para-poder-ser-padres-mediante-el-metodo-de-subrogacion-de-vientre-a-traves-de-una-amiga/>
- R. L. S. y otros s/ solicita homologación (Juzgado de Familia de Córdoba 22 de Noviembre de 2017). Obtenido de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/05/16/homologacion-del-acuerdo-entre-los-conyuges-por-un-lado-y-cunada-de-la-actora-por-otro-autorizandose-la-gestacion-por-sustitucion/>
- Real Academia Española. (s.f.). En Diccionario Panhispánico del español jurídico. Recuperado, de <https://dpej.rae.es/lema/maternidad>
- Reproducción Asistida ORG. (27 de Agosto de 2019). [www.reproduccionasistida.org/](http://www.reproduccionasistida.org/). Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>
- Rivas Rivas, A. M. (2009) "Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico". Revista de Antropología Social, núm. 18, pp. 7-19, en p. 14.
- Rivero Hernández, F. (1988), "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-ix a 2-x-1987). En: La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium, Madrid, p. 146.
- Rodríguez Iturburu, M. (2016). *Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN*. Obtenido de <https://www.msal.gob.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccycn>
- Romeo Casabona, C. M. (2018). "Las múltiples caras de la maternidad subrogada". FOLIA HUMANÍSTICA, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades, Nº 8, febrero-marzo 2018. ISSN 2462-2753. <https://revista.proeditio.com/foalihumanistica/article/view/1136/1877>
- Rosas, P. (2023). En qué países es legal la gestación subrogada y cuál es la situación en América Latina. *BBC News Mundo*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65196202>
- Rupay Allcca, L. K. (Octubre de 2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Revista Derecho & Sociedad*(51), págs. 103-117. Obtenido de <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-tecnologica-del-peru/mba-business-administration/20862-texto-del-articulo-83022-1-10-2019-0530/66963211>
- Sánchez Aristi, R. (2010). *La gestación por sustitución. Dilemas éticos y jurídicos*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6709461>

- Sanders Bruletti, M. M. (2018). La maternidad subrogada en la legislación argentina. Una mirada bioética. *Microjuris.com*. Obtenido de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/01/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacion-argentina-una-mirada-bioetica/>
- Santander Open Academy. (Diciembre de 2021). *Santander Open Academy*. Obtenido de <https://www.santanderopenacademy.com/es/blog/cualitativa-y-cuantitativa.html>
- Scotti, L. B. (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*(38), págs. 231-275. Obtenido de [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2301-06652015000100231](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652015000100231)
- Scotti, L. B. (2016, 5 de abril). "La gestación por sustitución y la inconstitucionalidad del art. 562 del Nuevo Código Civil". YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=4yVlhXaW2DQ>
- Solari, N. E. (s.f.). *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en el Código Civil y Comercial*. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/14/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-en-el-codigo-civil-y-comercial.pdf>
- Szygendowska, M. (2021). La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino. *Revista de derecho (Valdivia)*, 34(1). doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100089>
- Torres Vilar, N. (2006). *Reflexiones acerca del desarrollo emocional de la madre, a partir de la obra de Winnicott*. Universidad de Lima. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1471/147112814009.pdf>
- Trejo Pulido, A., & Olza, I. (24 de Agosto de 2017). *Stop Vientres de Alquiler*. Obtenido de <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2017/08/24/gestacion-subrogada-los-efectos-psicologicos-en-la-madre/>
- Urquiza, M. F., Carretero, I., Quaini, F. M., Inciarte, F., Pasqualini, R. A., & Pasqualini, R. S. (2014). "Subrogación uterina: Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina". *\*Medicina (Buenos Aires)*, 74(3)\*, 233-238. [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0025-76802014000300015&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0025-76802014000300015&lng=es&tlng=es)
- Unicef (2022). "Nota informativa. Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada". <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>

Zavala López, E. C. (13 de Abril de 2016). La Obligación del Congreso de Jalisco para Legislar en Materia de Matrimonio Igualitario y Adopción Homoparental. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia.*, 1(2), págs. 99-122. doi:<https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i2.28>

Anexo

Anexo A. Tipos de subrogación.



Diseño: Bárbara Castrujón, DGDC-UNAM

Figura 1. "Tipos de subrogación". García, L. (2018).

**Anexo B. Proyectos de ley sobre gestación subrogada. Proyecto elaborado por Laura G. Montero (S-2574/15)**

Título I. Disposiciones generales

**ARTÍCULO 1.-** Objeto. Esta ley tiene por objeto regular la gestación por sustitución a los efectos de: a. Garantizar el interés superior del niño que nace b. Proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen c. Brindar un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica.

**ARTÍCULO 2.-** Concepto y sujetos. La gestación por sustitución es una forma de reproducción humana médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

**ARTÍCULO 3.-** Capacidad. Gestante y comitente deben ser plenamente capaces

Título II. De los requisitos de las partes.

**ARTÍCULO 4.-** Requisitos referidos a la gestante. La persona que actúa como gestante en un acuerdo de gestación por sustitución no debe aportar sus gametos y debe reunir, de mínima, los siguientes requisitos: a) Tener buena salud física y psíquica; b) No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; d) Haber dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

**ARTÍCULO 5.-** Requisitos referidos a la parte comitente. Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no, que cumpla, de mínima, con los siguientes requisitos: a. Al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. “2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres” b. La persona o las personas comitentes deben tener imposibilidad de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para su salud, o para la salud del niño por nacer. c. La persona o una de las personas comitentes deben tener 3 años de residencia ininterrumpida en el país.

Título III. De la autorización judicial.

**ARTÍCULO 6.-** Autorización judicial. Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines.

**ARTÍCULO 7.-** Requisitos de la petición. Las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deben petitionar al juez que autorice la técnica. La presentación debe contener, además de la petición: a. Copia de la documentación que

acredite la identidad de las personas intervinientes en el acuerdo. b. Certificado médico que acredite buena salud física y psíquica de la gestante c. Certificado médico que acredite que la persona o las personas comitentes son incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer. d. Certificado que acredite que todas las partes han recibido asesoramiento médico y psicológico adecuado. e. Certificado médico que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético, cuando proceda. f. Cualquier otra información de interés para la alcanzar la autorización que se pretende.

#### Título IV. Del equipo multidisciplinario.

**ARTÍCULO 8.-** Equipo multidisciplinario. El equipo multidisciplinario existente en el ámbito del poder judicial local, o el que se cree a los efectos de esta ley, debe actuar dentro del marco del proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución. El equipo multidisciplinario se conforma por un abogado, un médico clínico, un ginecólogo, un psicólogo y un trabajador social.

**ARTÍCULO 9.-** Dictamen del equipo multidisciplinario: El juez debe contar con un dictamen del equipo multidisciplinario que debe: “2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres” a) Evaluar la salud física y psíquica de la gestante y su aptitud para actuar en ese carácter. b) Evaluar la idoneidad de o de las personas comitentes para ser progenitores a través de la gestación por sustitución. c) Constatar que la o las personas comitentes son incapaces de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer. El equipo interdisciplinario tiene las demás funciones que prevean las autoridades y que, en cada caso, fije el juez.

#### Título V. De los requisitos para la homologación del acuerdo.

**ARTÍCULO 10.-** Homologación del acuerdo. El juez debe homologar el acuerdo de gestación por sustitución sólo si: a) Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño que pueda llegar a nacer a través de esta técnica; b) el equipo interdisciplinario ha dictaminado favorablemente. c) la parte comitente consiente el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución, inmediatamente de acaecido el nacimiento. d) La gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestó y dio a luz. e) Todas las partes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la técnica y a sus efectos.

**ARTÍCULO 11.-** Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante

sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en esa ley.

**ARTÍCULO 12.-** Carácter no lucrativo. Compensaciones. El acuerdo de gestación por sustitución no puede tener carácter lucrativo o comercial. “2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres” La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida si sirve para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el post parto. La gestante también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y post parto. El Ministerio de Salud de la Nación establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación. Artículo 13. Seguro. La parte comitente debe contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

#### Título VI. Del registro de gestantes.

**ARTÍCULO 14.-** Registro de gestantes. Créase un registro de gestantes en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en el que se toma razón de las personas que actúen como tales en los acuerdos de gestación por sustitución y articula con los Registros que se creen a Nivel Provincial. El registro de gestantes tendrá las demás funciones que se establezcan. }

**ARTÍCULO 15.-** Información del registro. Antes de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución el juez debe consultar el registro de gestantes a los efectos de verificar que la persona interviniente como tal no ha actuado con anterioridad en dos ocasiones.

#### Título VII. De los efectos de la resolución judicial.

**ARTÍCULO 16.-** Resolución judicial. Efectos. Autorizado el acuerdo de gestación por sustitución, el juez emite una resolución judicial declarando que la parte comitente tendrá vínculos jurídicos de filiación con la persona que nazca como consecuencia de la técnica. La filiación queda establecida entre la persona nacida y la o las personas comitentes, con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y la resolución judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución. La persona o personas comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por “2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los

Pueblos Libres” sustitución, cuando ha mediado su consentimiento y el acuerdo ha sido autorizado judicialmente.

**ARTÍCULO 17.-** Deberes de los centros de salud y plazo de ejecución. El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución. La transferencia embrionaria no puede realizarse si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

**ARTÍCULO 18.-** Partida y certificado de nacimiento. En todos los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución ha sido autorizado judicialmente, el certificado y la partida de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la gestante. En ningún caso, la partida o el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

**ARTÍCULO 19.-** Cumplimiento del acuerdo. Si el acuerdo ha sido autorizado judicialmente, producido el nacimiento, la parte comitente no puede negar su vínculo filiativo con la persona nacida, y la gestante no puede oponerse a que el niño permanezca con la parte comitente.

**ARTÍCULO 20.-** Intervención judicial. Sin perjuicio de los medios alternativos de resolución, cualquier conflicto derivado del acuerdo de gestación por sustitución, debe resolverse ante el mismo juez que intervino en el procedimiento para autorizar la gestación por sustitución. En todo caso, se debe atender al interés superior del niño en el caso concreto, y a la voluntad libremente expresada por las partes.

#### Título VIII. Del derecho a conocer.

**ARTÍCULO 21.-** Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas alcanzada la edad y madurez suficiente.

#### Título IX. De los efectos de la falta de autorización judicial

**ARTÍCULO 22.-** Normas aplicables. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

#### Título X. Incorporaciones al Código Penal “2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres”

**ARTICULO 23.-** Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal, que quedará redactado de la siguiente manera: “Artículo 139 Ter: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones”.

**ARTICULO 24.-** Incorpórese el ARTÍCULO 139 quater al código penal, el que quedara redactado de la siguiente manera: “Artículo 139 quater: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo”.

**ARTÍCULO 25.-** Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Laura G. Montero. –

## **Anexo C. Proyecto elaborado por Julio C. Cobos (S-1429/2020)**

### **CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES**

**ARTÍCULO 1.-** Objeto. La presente ley tiene por objeto regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el procedimiento de gestación por sustitución.

**ARTÍCULO 2.-** Finalidad. La presente ley tiene por finalidad: a) Garantizar el interés superior de los niños que nacen mediante un procedimiento de gestación por sustitución. b) Establecer normas que otorguen seguridad jurídica al procedimiento de gestación por sustitución y a todas las personas que en él intervienen, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos.

**ARTÍCULO 3.-** Concepto y sujetos. La gestación por sustitución es un procedimiento de técnicas de reproducción humana médicamente asistida a través del cual una persona, denominada “gestante” lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga únicamente vínculos de filiación con una persona o pareja, denominada “padres procreacionales” y sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la “gestante”. A los efectos de esta ley, se entiende por “padres procreacionales” a quienes tienen la voluntad procreacional, independientemente del aporte genético.

**ARTÍCULO 4.-** Principio de no Discriminación. No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación a la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la persona gestante y/o de los “padres procreacionales”. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria.

**ARTÍCULO 5.-** Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución no podrán limitar de modo alguno los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, caso contrario se tienen por no escritas. “2020 – Año del General Manuel Belgrano” Si durante la gestación existiera peligro cierto para la vida o la salud de la gestante, certificado médicamente, y este peligro no puede ser evitado por otros medios, la gestante puede optar libremente por interrumpir el embarazo.

### **CAPÍTULO II REQUISITOS DE LAS PERSONAS INTERVINIENTES**

**ARTÍCULO 6.-** Capacidad. La “gestante” y los “padres procreacionales” deben tener plena capacidad civil.

**ARTÍCULO 7.-** Consentimiento. La “gestante” y los “padres procreacionales” deben prestar su consentimiento previo, informado y libre conforme lo establece el artículo 560 del Código Civil y Comercial.

**ARTÍCULO 8.-** Residencia La “gestante” y por lo menos uno de los “padres procreacionales” deberán acreditar tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.

**ARTÍCULO 9.-** Asesoramiento. La “gestante” y los “padres procreacionales” deberán contar con asesoramiento médico - legal independiente sobre el alcance y efectos de la gestación por sustitución y evaluación psicosocial previa, conforme lo establezca la reglamentación.

**ARTÍCULO 10.-** Requisitos de la gestante. La persona que actúa como gestante en un procedimiento de “gestación por sustitución” debe reunir los siguientes requisitos: a) No aportar sus gametos; b) Tener un buen estado de salud física y psíquica, conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación; c) Estar inscripta en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución; d) Haber dado a luz y tener, al menos, UN (1) hijo propio; e) No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces; f) Tener hasta 40 años de edad.

**ARTÍCULO 11.-** Requisitos de los padres procreacionales. Pueden ser “padres procreacionales” una persona sola o una pareja, casada o no, que cumpla los siguientes requisitos: “2020 – Año del General Manuel Belgrano” a) Tener imposibilidad de gestar y/ o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud, o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual; b) Deben aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos;

### CAPÍTULO III PROCEDIMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

**ARTÍCULO 12.-** Acuerdo de gestación por sustitución. Es el documento legal por medio del cual la gestante y los padres procreacionales convienen llevar a cabo el procedimiento de gestación por sustitución con el centro médico autorizado, manifestando expresamente que consienten el vínculo jurídico de filiación que se establece entre los padres procreacionales y la persona nacida como consecuencia del procedimiento de gestación por sustitución, y que la gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestará y dará a luz.

**ARTÍCULO 13.-** Requisitos del acuerdo de gestación por sustitución. El acuerdo deberá contar con la siguientes formalidades y requisitos: a) Ser formalizado ante el centro médico autorizado y posteriormente protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. b) Ser suscripto en forma personal por la gestante y los padres procreacionales, estampando su nombre y firma en el mismo; c) Dejar constancia que se ha recabado el consentimiento previo,

informado y libre de la gestante y los padres procreacionales; d) Contener lugar y fecha de otorgamiento; e) Dejar constancia que se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el capítulo II de la presente ley y que se ha acompañado la documentación que lo acredita. f) Asegurar el bienestar integral de la gestante, para lo cual los padres procreacionales deberán contratar un seguro de vida en favor de la misma que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución y brindar cobertura médica asistencial en favor de la gestante durante todo el procedimiento de gestación por sustitución y hasta 12 meses posteriores al parto. “2020 – Año del General Manuel Belgrano”

**ARTÍCULO 14.-** Efectos del acuerdo. En los procedimientos de gestación por sustitución realizados conforme a las disposiciones de esta ley, la filiación quedará establecida entre la persona nacida y los padres procreacionales. No podrá impugnarse la filiación del niño nacido como consecuencia de la gestación por sustitución cuando ha mediado el acuerdo a que refiere el art. 12 de esta ley, con las formalidades allí prescriptas. Si se carece de acuerdo previo, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

**ARTÍCULO 15.-** Intervención judicial. Sin perjuicio de los medios alternativos de resolución, cualquier conflicto derivado del acuerdo de gestación por sustitución debe resolverse mediante la acción más expedita y rápida existente en la jurisdicción en la que se hubiere celebrado el acuerdo.

**ARTÍCULO 16.-** Deberes de los centros de salud. Los centros médicos que realicen el procedimiento de gestación por sustitución deben: a) Contar con autorización para funcionar, estar inscriptos en el registro único establecido en el art 4 de la ley N° 26.862 y someterse al contralor de la autoridad de aplicación, conforme lo establezca la reglamentación; b) Antes de realizar un procedimiento de gestación por sustitución, verificar que se encuentren reunidos los requisitos establecidos en el capítulo II, para lo cual deberá contar con la siguiente documentación: (i) documentación que acredite la identidad de las personas intervinientes en el procedimiento; (ii) Certificado de nacimiento del hijo de la gestante; (iii) Certificado de inscripción en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución; (iv) Certificado que acredite la nacionalidad argentina o naturalización, o la residencia en el país de cinco (5) años respecto de la gestante y de alguno de los padres procreacionales. c) Contar con un equipo multidisciplinario conformado por un abogado, un médico clínico, un médico ginecólogo especialista en fertilidad, un psicólogo y un trabajador social, que intervendrá de forma imprescindible en el procedimiento y deberá constatar: (i) La salud física y psíquica de la gestante y su aptitud para actuar en ese carácter; “2020 – Año del General Manuel Belgrano” (ii) La aptitud de los padres procreacionales para actuar en ese carácter; (iii) Que los padres

procreacionales son incapaces de gestar o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer; (iv) Que las partes han contado con el debido asesoramiento médico legal y evaluación psicosocial previa. (v) Que las partes han tenido en mira el interés superior del niño o niña que pueda llegar a nacer mediante esta técnica El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin que se haya formalizado el acuerdo al que refiere el art. 12, ni tampoco si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de dicho acuerdo. Los/as profesionales o personal de salud actuarán con estricto apego al secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de gestación por sustitución.

**ARTÍCULO 17.-** Inscripción y certificado de nacimiento. Las personas nacidas por el procedimiento de gestación por sustitución realizado conforme a las disposiciones de esta ley serán inscriptos como hijos de los padres procreacionales. Los acuerdos suscriptos por las partes con el centro médico habilitado y el consentimiento previo, informado y libre debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. En todos los casos en que la gestación por sustitución ha sido realizada conforme a las previsiones de esta ley, el certificado y acta de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con los padres procreacionales, sin dejar constancia del nombre de la gestante. En ningún caso, el acta o el certificado de nacimiento puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.

**ARTÍCULO 18.-** Derecho a la información. La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho, una vez alcanzada la edad y madurez suficiente, de acceder a la información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas. En el caso en que la gestación por sustitución se hubiese realizado con gametos de terceros, serán de aplicación los artículos 563 y 564 Código Civil y Comercial. “2020 – Año del General Manuel Belgrano”.

#### CAPÍTULO IV REGISTRO NACIONAL DE GESTANTES POR SUSTITUCION

**ARTÍCULO 19.-** Creación. Créase un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución en el Ámbito de la Autoridad de Aplicación, que llevará razón de todas las personas inscriptas en el territorio nacional para actuar como tales en los procedimientos de gestación por sustitución.

**ARTÍCULO 20.-** Función. El Registro Nacional de Gestantes por Sustitución tendrá las siguientes funciones: a) Inscribir a las personas que pretendan actuar como gestantes en los procedimientos de gestación por sustitución y conectar familias o personas que no pueden gestar con personas dispuestas a colaborar con la gestación por sustitución;

b) Brindar informe a los centros médicos habilitados que lo requieran en forma previa a la realización de un procedimiento de gestación por sustitución, a los efectos de verificar que la persona interviniente como tal no ha actuado en esa calidad con anterioridad en dos ocasiones y en todo el territorio nacional. c) Toda otra función que determine la Autoridad de Aplicación. Los datos de la gestante estarán protegidos de conformidad con la ley 26.529 y la ley 25.326. Son confidenciales a excepción de lo previsto en el art. 18 de la presente ley.

#### CAPÍTULO V DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN

**ARTÍCULO 21.-** Funciones: El Ministerio de Salud de la Nación será la autoridad de aplicación de la presente ley y tendrá las siguientes funciones: a) Llevar el registro único a que refiere el artículo 4º de la Ley Nº 26.862, en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos de gestación por sustitución y realizar todos los actos necesarios para comprobar el cumplimiento de la obligación de inscribirse; b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas; “2020 – Año del General Manuel Belgrano” c) Ejercer el control de los centros médicos habilitados para realizar procedimientos de gestación por sustitución, quienes deberán suministrar toda la información que se les requiera a los fines del contralor previsto en esta ley; d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos de gestación por sustitución; e) Conformar y administrar el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución y articular con los registros que se creen a nivel local; f) Toda otra función que determine la reglamentación.

#### CAPÍTULO VI INCORPORACIONES AL CÓDIGO PENAL

**ARTICULO 22.-** Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal, que quedará redactado de la siguiente manera: “Artículo 139 Ter: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere el correspondiente acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha del acuerdo. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediere constancia de donación de gametos”.

**ARTICULO 23.-** Incorpórese el ARTÍCULO 139 quater al código penal, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Artículo 139 quater: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja que desea establecer un vínculo de filiación con un niño, y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, “2020 – Año del General Manuel Belgrano” el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo”.

#### CAPÍTULO VII MODIFICACIONES A LA LEY 26.862

**ARTÍCULO 24.-** Modifíquese el art. 2 de la ley 26.862 el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 2: “A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente 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; entre las que se incluye la gestación por sustitución de conformidad con lo previsto en la ley que lo regula y normas complementarias”.

**ARTÍCULO 25.-** Modifíquese el art. 8 de la ley 26.862 el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 8: “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, 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 y a brindar 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 asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), incluida la gestación por sustitución de conformidad con la ley que la regula; y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que

establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. La cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los diagnósticos, los medicamentos, las terapias de apoyo y la técnica de reproducción “2020 – Año del General Manuel Belgrano” asistida de gestación por sustitución, de conformidad con el párrafo anterior, no estará a cargo de la entidad o agente de salud encargada de la gestante. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades o agentes encargados de la cobertura social o sanitaria de los padres procreacionales, o de este o estos cuando no la tuvieran y no realizarán el procedimiento en el sector público. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.”

#### CAPÍTULO VIII MODIFICACIONES A LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

**ARTÍCULO 26.-** Modifíquese el art. 177 de la ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 177. - Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo. Queda prohibido el trabajo de la persona gestante durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la persona interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días. En los casos de gestación por sustitución, la licencia anterior al parto corresponderá a la persona gestante y la posterior a la gestante y al padre procreacional que tenga a su cargo el cuidado del nacido, en forma conjunta. La gestante y, en los casos de gestación por sustitución, también el padre procreacional que tenga a su cargo el cuidado del nacido, deberán comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La persona trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de “2020 – Año del General Manuel Belgrano” conformidad con las exigencias y demás requisitos

que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantizase a toda persona gestante, durante la gestación, el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.

**ARTÍCULO 27.-** Modifíquese el art. 178 de la ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 178. - Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la persona gestante y del padre procreacional que tenga a su cargo el cuidado del nacido obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley. **CAPÍTULO IX SANCIONES**

**ARTICULO 28.-** Sanciones Los centros de salud que incumplieren lo establecido en la presente ley, serán sancionados conforme lo establezca la reglamentación, con: a) Multa de pesos doscientos mil (\$200.000) a pesos dos millones (\$2.000.000) b) Inhabilitación por el término de un (1) mes hasta tres (3) meses c) Clausura del establecimiento “2020 – Año del General Manuel Belgrano”

#### CAPITULO X DISPOSICIONES FINALES

**ARTÍCULO 29.-** Reglamentación. El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro de los 180 días de promulgada y dictará las normas complementarias que resulten necesarias para su aplicación.

**ARTICULO 30.-** Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Julio C. Cobos.

## **Anexo D. Entrevista funcionarios**

NOMBRE ( Anonimo)

EDAD: 60

CARGO: Juez

1) ¿Cómo definirías a la maternidad subrogada o gestación por sustitución?

Respuesta: “La maternidad subrogada, también conocida como gestación por sustitución, es un proceso mediante el cual una mujer, denominada gestante subrogada, lleva a cabo un embarazo con la voluntad de gestar y dar a luz a un niño para otra persona o pareja. Estos serán los padres legales y biológicos del bebé.

Los métodos para llevarlo adelante son dos: Este proceso puede llevarse a cabo mediante dos métodos: la gestación subrogada tradicional, en la cual la gestante subrogada contribuye genéticamente al embrión, o la gestación subrogada gestacional, en la cual el óvulo y el esperma provienen de los futuros padres o donantes.

Desde una perspectiva jurídica y científica, la maternidad subrogada plantea serias cuestiones éticas que requieren un cuidadoso tratamiento.

Por otro lado, los desafíos que presenta y que merecen un cuidadoso análisis, son por ejemplo la determinación de la maternidad legal, los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas, si corresponde una compensación económica de la gestante subrogada y la protección de los derechos del niño concebido mediante este proceso.”

2) ¿Qué opinión tienes sobre su falta de regulación y no inclusión en el Código Civil y comercial actual? ¿A qué crees que se debe la no inclusión del instituto en el mentado Código?

Respuesta: “Entiendo que la figura ha sido deliberadamente excluida del código, ya que estaba prevista en el proyecto. No es que no se haya incluido. Si bien la consecuencia es la misma, el hecho de estar deliberadamente excluida, fija una posición contraria del legislador a la figura.

Por otro lado, el código tiene expresas prohibiciones que pueden relacionarse con esta figura y que podrían interpretarse como una prohibición expresa: Ej. : a) el art. 17 prohíbe los contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo; b) la maternidad se determina por el parto, aun en las técnicas de reproducción humana asistida (art. 562 Cód. Civ. y Com.).

Es decir, no implica que haya un vacío legal. Es cierto que no hay una prohibición expresa, como en la mayoría de las legislaciones comparadas. Pero sí hay una

exclusión deliberada de la figura y reglas que preservan a la mujer y su maternidad y al niño de la maternidad por contrato.

Algunos argumentos en contra de su inclusión pueden basarse en consideraciones éticas, morales, religiosas o culturales. Por ejemplo, algunas personas podrían objetar la gestación subrogada debido a preocupaciones sobre la explotación de mujeres, la comercialización del proceso o dilemas éticos relacionados con la paternidad y la gestación.

Algunas legislaciones pueden no haber abordado adecuadamente la maternidad subrogada debido a la falta de consenso sobre cómo regularla de manera justa y efectiva. Requiere de un profundo análisis y debate público para equilibrar los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas, pero sobre todo debe protegerse al niño. La falta de regulación puede ser una respuesta a la complejidad de estos asuntos y la necesidad de considerar cuidadosamente los aspectos éticos, médicos y legales.”

3) En el hipotético caso de que el instituto fuese regulado en nuestro país, ¿bajo qué modalidad considera que debe hacerse: Altruista, es decir sin obtener a cambio una prestación económica o comercial, ¿es decir a cambio de una contraprestación dineraria?

Respuesta: “La exigencia de una contraprestación económica en el contexto de la maternidad subrogada plantea diversos riesgos que deben ser cuidadosamente considerados desde una perspectiva ética, legal y social.

La compensación económica a la gestante puede desembocar en explotación y desigualdad económica. La chance de que mujeres de bajos recursos económicos se vean tentadas a convertirse en gestantes subrogadas para solucionar problemas económicos, puede llevar a situaciones de explotación y comprometer la autonomía y la capacidad de tomar decisiones informadas. Otro riesgo es la comercialización del cuerpo, el riesgo a la salud de la mujer por un exceso de gestaciones. Todo ello puede aumentar la inequidad social.

En resumen, la exigencia de una contraprestación económica en la maternidad subrogada presenta riesgos significativos lo que resalta la importancia de abordar cuidadosamente estas cuestiones en la regulación y práctica de la maternidad subrogada.”

4) ¿Alguna vez le ha tocado trabajar en un caso de gestación por subrogación o conoce a alguien que le haya tocado hacerlo? De ser así, ¿En qué consistió y a qué resultado llegó?

Respuesta: “No me ha tocado intervenir en ningún caso de maternidad subrogada.”

5) ¿Cómo resolvería el hipotético caso de que la gestante luego de dar a luz se arrepienta de entregar al niño a los comitentes y quiera ejercer su maternidad?

Respuesta: “La resolución de un caso hipotético en el cual la gestante, después de dar a luz, se arrepienta de entregar al niño a los comitentes y quiera ejercer su maternidad involucraría consideraciones legales y éticas muy profundas.

Cada caso particular tiene sus aristas y no puede darse una respuesta general. No obstante, este tipo de casos remarca la necesidad de una regulación que contemple todas las situaciones y proteja a las partes, pero además es fundamental tener en cuenta la figura del consentimiento informado y la voluntad procreacional en el sistema legal. En caso de regularse, debe regirse por acuerdos legales claros y contratos que reflejen la voluntad de todas las partes involucradas. Si existe un consentimiento informado adecuado y se han establecido claramente los términos y condiciones en el contrato, este documento debe ser considerado como un elemento central en la resolución del conflicto.

El consentimiento informado debería abordar explícitamente la renuncia de los derechos maternos por parte de la gestante subrogada en favor de los comitentes. Si se demuestra que la gestante comprendía plenamente las implicaciones de este acuerdo y que otorgó su consentimiento de manera voluntaria, la validez y el cumplimiento de dicho acuerdo pueden ser fundamentales en la resolución del caso.

En muchos sistemas legales, la voluntad procreacional de los comitentes y la existencia de un contrato válido para la maternidad subrogada suelen tener un peso significativo. Esto se debe a que la maternidad subrogada a menudo se establece para cumplir con el deseo de los comitentes de formar una familia biológica, y la ley puede proteger ese interés en consonancia con los principios de autonomía y libertad de elección.

En sistemas legales que favorecen la voluntad procreacional y que reconocen la importancia del consentimiento informado, estos elementos podrían inclinar la balanza hacia el cumplimiento de los acuerdos previamente establecidos entre las partes involucradas.”

6) ¿Cómo resolvería el hipotético caso de que los comitentes, luego del parto, se arrepientan y no quieran recibir al niño recién nacido?

Respuesta: “La resolución de un hipotético caso como el planteado tendría también aristas varias para analizar y pensar.

Se revisaría detalladamente el contrato de gestación subrogada firmado previamente por todas las partes involucradas. Se evaluaría si el contrato establece claramente las

obligaciones y derechos de ambas partes, así como las consecuencias de un eventual arrepentimiento por parte de los comitentes.

Se analizaría la presencia de un consentimiento informado claro y bien documentado por parte de los comitentes antes del inicio del proceso de gestación subrogada.

Además, los derechos del niño y su interés superior, serán decisivos en cualquier resolución ya que deberá evaluarse cuál sería el entorno más adecuado para su bienestar y desarrollo. La protección de los derechos del niño, incluso si los comitentes expresan arrepentimiento debe ser el primer objetivo.

Siempre se debe resolver conforme el interés del niño (art. 2362, “derechos fundamentales del hijo”). Esos derechos fundamentales que presiden toda filiación se refieren antes que nada “al reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo de la CDN, art. 51 y 52 Cód. Civ. y Com., art. 9º, ley 26.061 y art. 11, CADH), que debe ser especialmente tenida en cuenta en caso de abandono de sus padres (art. 39, CDN).

Corresponde también determinar la filiación de acuerdo a las reglas del capítulo de Derecho internacional privado (arts. 2631 y ss., Cód. Civ. y Com.).”

7) El acceso a esta práctica, considera que ¿Debe permitirse sólo a las parejas médicamente incapaces de gestar o también a las parejas e individuos que padecen la conocida «infertilidad estructural», como personas solas o parejas homosexuales?

Respuesta: “Desde una perspectiva que valora los derechos humanos y busca evitar la discriminación, sería coherente permitir el acceso a la gestación subrogada no solo a parejas médicamente incapaces de gestar, sino también a individuos y parejas que padecen "infertilidad estructural", como personas solas o parejas homosexuales.

Discriminar el acceso a la gestación subrogada basándose únicamente en la incapacidad médica de gestar podría considerarse injusto y contrario a los principios de igualdad. Las parejas del mismo sexo y las personas solteras que desean formar una familia a través de la gestación subrogada tienen el mismo derecho a la autonomía reproductiva que las parejas heterosexuales con dificultades médicas para concebir.

Una concepción abierta a los derechos humanos y la igualdad buscaría garantizar que todas las personas, independientemente de su orientación sexual, estado civil o capacidad de gestación, tengan la oportunidad de acceder a la gestación subrogada si así lo desean y siempre que se cumplan los requisitos éticos y legales establecidos.”

8) ¿Consideras que la realización de la práctica de gestación por subrogación conlleva a una posible explotación de la mujer gestante?, ¿Por qué?

Respuesta: “No, no necesariamente conlleva a explotación. Es por ello que es necesaria una regulación clara y que proteja los derechos de todas las partes involucradas.

Si la gestante subrogada toma la decisión de participar en el proceso de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas y con un entendimiento completo de las implicaciones, esto sugiere que su participación es autónoma y puede hasta tratarse de un caso de solidaridad o altruismo.

En caso de que fuera un acuerdo económico, si la gestante recibe una compensación justa por su participación y si todos los acuerdos financieros son transparentes, se reduce el riesgo de explotación económica. La remuneración debe cubrir los costos asociados con el embarazo y ser acordada de manera equitativa.

Es importante señalar que la gestación subrogada puede ser ética y respetuosa de los derechos de la gestante subrogada cuando se implementa con precauciones y regulaciones adecuadas. Sin embargo, es esencial que las leyes y prácticas asociadas con la gestación subrogada se diseñen cuidadosamente para evitar cualquier forma de explotación y proteger los derechos y la dignidad de todas las partes involucradas.”

9) ¿Consideras que la realización de la práctica de gestación por subrogación afecta al niño/a nacido por esta técnica? ¿Por qué?

Respuesta: “Es muy difícil saber eso de antemano. No existen a la fecha estudios completos sobre los efectos psicológicos a largo plazo de la gestación subrogada en los niños.

Lo importante parece ser que la verdad siempre esté al alcance de todos. El niño tiene derecho a conocer la verdad de su historia, porque ello será determinante para su bienestar psicológico. La manera en que la familia aborda y comunica la historia de la gestación subrogada al niño puede tener un impacto en su percepción y comprensión. Además, a medida de que la gestación subrogada se vuelva más común y aceptada socialmente, es posible que los niños nacidos a través de este proceso no enfrenten estigmatización o diferenciación significativa en comparación con otros niños.”

NOMBRE: María Julia Simian

EDAD:42

CARGO: Secretaria de 1ª Instancia Nieñez, Adolesc, VF y VG.

1) ¿Cómo definirías a la maternidad subrogada o gestación por sustitución?

Respuesta: “En primer término, prefiero designar a la práctica como gestación por sustitución, y no utilizar conceptos que incluyan idea de maternidad. Soy de la opinión que resulta necesario entender que gestar no es materner.

En definitiva, es una técnica de reproducción humana asistida, que permite que una persona que no tiene voluntad de materner, geste un embrión para una persona o una pareja que si tiene deseo de tener un hijo, que exprese su voluntad procreacional de manera expresa.”

2. ¿Qué opinión tienes sobre su falta de regulación y no inclusión en el Código civil y comercial actual? ¿A qué crees que se debe la no inclusión del instituto en el mentado código?

Respuesta: “Entiendo que estaba prevista su regulación en el anteproyecto de reforma del código civil y comercial, pero fue eliminado. Y que en la actualidad permanece en una zona gris, ya que no está expresamente prohibido. Considero que la realidad supera lo que la legislación ha incluido, y se torna necesaria la regulación para poder resolver los conflictos que de todas maneras se generan, referidos a la identidad, filiación, etc del niño nacido y que terminan siendo resueltos por el poder judicial.”

3. En el hipotético caso de que el instituto fuese regulado en nuestro país, ¿bajo qué modalidad considera que debe hacerse: Altruista, es decir sin obtener a cambio una prestación económica o comercial, ¿es decir a cambio de una contraprestación dineraria?

Respuesta: “Considero que debería regularse y debe regularse específicamente el pago. Solo así se deja de ver a la mujer como víctima, se respeta su decisión libre e informada y se achica el margen de conflicto frente a posibles incumplimientos. Además, a través del pago, regulado, se visibiliza.”

4. ¿Alguna vez le ha tocado trabajar en un caso de gestación por subrogación o conoce a alguien que le haya tocado hacerlo? De ser así, ¿En qué consistió y a qué resultado llegó?

Respuesta: “No me ha tocado trabajar en ningún caso. Solo una vez hubo una sospecha de compra de un bebe, pero era hijo biológico de la gestante.”

5. ¿Cómo resolvería el hipotético caso de que la gestante luego de dar a luz se arrepienta de entregar al niño a los comitentes y quiera ejercer su maternidad?

Respuesta: “Partiendo de la base de que la gestación por sustitución es una TRHA, que incluye como elemento fundante la expresión de la voluntad procreacional de los comitentes, y por el otro lado, la falta de voluntad de la persona gestante de materner, en caso de arrepentimiento de ésta última, no correspondería hacer lugar a un eventual

planteo. Existe un acuerdo de partes, y nacido el niño por esta técnica, es hijo de los comitentes.”

6. ¿Cómo resolvería el hipotético caso de que los comitentes, luego del parto, se arrepientan y no quieran recibir al niño recién nacido?

Respuesta: “Con la misma idea, este niño nacería de acuerdo a las TRHA. El CCYCN equipara todas las filiaciones, con los mismos efectos, incluyendo la filiación por voluntad procreacional. En caso que el niño nazca, y luego los comitentes no quieren asumir su responsabilidad parental, corresponde proceder como cualquier otro niño cuyos padres declinan la misma (art. 607 CCYCN)”

7. El acceso a ésta práctica, considera que ¿Debe permitirse sólo a las parejas médicamente incapaces de gestar o también a las parejas e individuos que padecen la conocida «infertilidad estructural», como personas solas o parejas homosexuales?

Respuesta: “Soy de la opinión que el acceso a esta práctica debería permitiré a toda persona, sin importar el proyecto de vida personal que tenga. Esto incluye parejas heterosexuales con imposibilidad biológica de gestar, parejas homosexuales, y personas solas.”

8. ¿Consideras que la realización de la práctica de gestación por subrogación conlleva a una posible explotación de la mujer gestante?, ¿Por qué?

Respuesta: “Entiendo que históricamente y sobre todo en ciertos contextos socioeconómicos, la práctica se ha desarrollado debido al rédito económico para mujeres vulnerables. Pero no podemos asumir que siempre es así. Creo que debemos partir de la idea de la libertad de la mujer gestante (o eventualmente el hombre trans) de participar de esta práctica –consentimiento libre e informado-, y en todo caso deberá probarse el vicio de su voluntad (presión, violencia, amenazas).”

9. ¿Consideras que la realización de la práctica de gestación por subrogación afecta al niño/a nacido por esta técnica? ¿Por qué?

Respuesta: “Creo que hay que prestar especial cuidado, a la manera en que se inscribe el nacimiento, para garantizar la identidad del niño, cuando la gestación se ha efectuado con material biológico heterólogo (que no es de la pareja o del comitente).”

Anexo E. Cuestionarios sociales.

Edad	¿Alguna vez has escuchado o hablar de la maternidad subrogada o alquiler de vientre?	¿Cómo definirías la maternidad subrogada?	¿Conoces algún caso de alquiler de vientre?	¿Qué ventajas consideras que tiene el alquiler de vientre?	¿Qué desventajas consideras que tiene el alquiler de vientre?	¿Te gustaría conocer más sobre la temática?
26	Sí	Pagar por un embarazo	Sí	Ayuda a parejas homosexuales	Solamente pueden acceder algunas personas adineradas	Sí
28	Sí	-	Sí	La posibilidad de acceder a un hijo biológico en parejas homoparentales.	Que podría incentivar el comercio y la explotación en las mujeres con menos recursos.	No
28	Sí	Práctica en la que una mujer queda embarazada del hijo de otra pareja.	Sí	Dar a ciertas familias la posibilidad de tener un hijo	Posible conflicto de la mujer que alquila el vientre al encariñarse con el niño	No

		Haciendo de intermediaria"				
24	No	No tengo conocimiento del tema	No	En como tener un hijo cuando una no puede tenerlo	Riesgos, que una nunca sabe cómo cuida el embarazo donde llevan tu hijo/a	Sí
22	Sí	Alquilar un vientre para tener un hijo.	Sí	En caso de personas que están solas y desean tener un hijo.	Supongo que el hijo después necesita ayuda y explicación de lo que conlleva esto	Sí
26	Sí	Pagar a una persona para que mediante una intervención médica se embarace con el único fin de entregar el bebé una vez nacido a cambio de ese monto inicial establecido	Sí	Permite a parejas incompatibles para procrear por sus propios medios, tener hijos con su propio material genético	Es solo de acceso para personas con un alto nivel adquisitivo, no se encuentra regularizado y puede haber apegos por parte de la madre gestante hacia el bebé y no querer entregarlo una vez nacido	Sí
32	Sí	La maternidad subrogada, es la gestación por sustitución o vientre de alquiler, mediante el cual una mujer (la madre subrogante) lleva y da a	No	Ventajas: -Oportunidad de ser padres para personas con dificultades de concepción. - Posibilidad de tener una descendencia y transmisión de rasgos genéticos a otro individuo.	Desventajas: -Cuestionamiento de indole éticas y morales sobre la explotación y comercialización del cuerpo de la mujer. -Riesgos emocionales y legales para todas las partes involucradas.	No

		luz a un bebé en nombre de otra persona o pareja				
26	Sí	Es una manera de ser madre.	No	Considero que es una "ventaja" sólo si la vida de la persona que desee gestar está en peligro de atravesar un embarazo.	En el vínculo temprano entre la madre-niño	Sí
47	Sí	Como una opción para poder ser madre	No	Ser madre, aunque nuestro cuerpo no lo permita por cuestiones físicas. Ser madre a cualquier edad.	No poder estar 100% seguros de que quien alquila su vientre cumpla con todas las reglas, los cuidados, etc.	Sí
35	Sí	Vientre en alquiler	No	Pueden ser padres biológicos	El vínculo que se puede generar durante el embarazo. (Parte afectiva)	No
	Sí	Oportunidad de vida	No	Opción real para parejas o personas con dificultades de procreación se	Solo en casos de corrupción y comercio de vientres cuando la regulación y control fallan	Sí
39	Sí	Cuando se coloca un embrión en otra mujer para que geste y al nacer se lo entregan al q paga por ese vientre alquilado	Sí	Poder ser padres a personas q no pueden de forma convencional.	Desventaja q se elija como catalogo	Sí
13	Sí	Un proceso donde una pareja que por algún	No	Permite a las parejas sin posibilidad de tener hijos a	Que la mujer fértil tiene que atravesar el embarazo sola.	Sí

		motivo desea tener hijos pero no puede, "alquilan" el vientre de una mujer fértil.		tenerlos y hasta que el bebé posea adn de una persona de la pareja.		
54	Sí	Un proceso de alquiler de vientre para tener un hijo	Sí	Poder tener un hijo con propio adn a pesar de no poder o no querer usar el propio	Temas de identidad	Sí
56	Sí	Alquilar un vientre para poder traer al mundo un hijo deseado	No	Se abre una posibilidad para poder tener un hijo deseado, cuando tú cuerpo no te lo permite	Una desventaja, considero que puede ser el hecho que la persona que alquila su vientre se arrepienta al sentir la vida latir dentro de ella. Otra desventaja considero que puede ser el descuido en los cuidados para traer al mundo un bebé sano, ya que la persona que alquila el vientre puede solo tener intereses económicos (por ej)	Sí
29	Sí	Tener un hijo en el vientre de otra persona pagando dinero por ello	Sí	En caso de estar imposibilitada una mujer de tener un hijo, lo puede hacer a través de este método	En el caso de estar mal aplicada, la explotación del cuerpo ajeno	Sí
48	Sí	Un contrato en el que acuerdan con anterioridad,	No	La esperanza para muchas personas que por varias	El proceso legal complicado y los altos costos financieros	Sí

		una gestación de una persona, para otra o pareja		razones no tienen demasiadas opciones		
27	Sí	Alquiler de vientre con acuerdo previo	No	Mayor posibilidad de tener hijos a personas que por alguna razón no pueden	Ninguna	Sí
67	Sí	Otra manera de ser madre	Sí	Hacer viable un proceso que naturalmente no es posible	Si las partes están de acuerdo y pueden solventarlo, no veo desventajas	Sí
34	Sí	Genial	No	La principal ventaja es que otorga la posibilidad de ser madre a una mujer que por algún impedimento natural no pueda serlo por ejemplo	Que es necesaria una buena regulación a los fines de evitar arrepentimientos	Sí
27	Sí	Proceso en el que una mujer accede a gestar el hijo de otra persona	No	Permite que las personas que tienen diversas dificultades para tener hijos, puedan tenerlos	La falta de legislación puede traer aparejado serios problemas con la justicia e incluso numerosos obstáculos para realizarla	Sí

**Anexo F. Matriz de datos. Elaboración propia.**

<https://docs.google.com/spreadsheets/d/11acoGVa55jtv9DTdIV->

<wpM335MW7Vdnx/edit?usp=sharing&oid=117971695924124727275&rtpof=true&sd=true>