



## TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

# GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

**CARRERA: ABOGACÍA**

**NOMBRE Y APELLIDO: JUAN MATEO RENAUDO.**

**NÚMERO DE LEGAJO: VABG54142**

**DNI: 35.676.270**

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>Pág. 3</b>
<b>1. <u>CAPÍTULO I: FILIACIÓN Y MATERNIDAD</u></b>	
<b>1.1. FILIACIÓN:</b>	
1.1.1. Concepto	<b>Pág. 5</b>
1.1.2. Tipos de Filiación según la fuente: naturaleza, adopción y TRHA.	<b>Pág. 5</b>
<b>1.2. MATERNIDAD:</b>	
1.2.1. Concepto.	<b>Pág. 7</b>
1.2.2. Determinación según el Código Civil y Comercial de la Nación	<b>Pág. 7</b>
<b>2. <u>CAPÍTULO II: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA</u></b>	
2.1. Ley 26.862 y Decreto 956/2013: Reproducción Medicamente Asistida	<b>Pág. 9</b>
2.2. Bioética y Técnicas de Reproducción Humana Asistida	<b>Pág. 11</b>
2.3. Iglesia Católica y Técnicas de Reproducción Humana Asistida	<b>Pág. 13</b>
<b>3. <u>CAPÍTULO III: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</u></b>	
3.1. Concepto de Gestación por Sustitución. Terminología.	<b>Pág. 16</b>
3.2. Posturas Doctrinarias respecto a su aplicación y regulación normativa.	<b>Pág. 17</b>
3.3. Antecedentes legislativos en el ordenamiento jurídico argentino.	<b>Pág. 20</b>
3.4. Legislación Internacional. Tratamiento de la figura en el Derecho Comparado.	<b>Pág. 22</b>
3.5. Jurisprudencia Nacional e Internacional.	<b>Pág. 23</b>
<b>4. <u>CAPÍTULO VI: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN – Instrumento Jurídico.</u></b>	
4.1. Instrumento Jurídico para Gestación por Sustitución: ¿Contrato?	<b>Pág. 29</b>
4.2. Requisitos legales de las partes y requisitos de forma.	<b>Pág. 30</b>
4.3. Consentimiento libre e informado.	<b>Pág. 32</b>
<b>5. CONCLUSIONES FINALES</b>	<b>Pág. 34</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>Pág. 37</b>

## **INTRODUCCIÓN**

Una de las principales incorporaciones del Código Civil y Comercial de la Nación en el campo de las “Relaciones de familia” se refiere a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como tercera fuente de filiación, la cual genera los mismos efectos que la filiación por naturaleza y la adopción. Sin embargo, dentro de estas técnicas, la figura de la gestación por sustitución no tuvo la misma suerte, ya que si bien se la había contemplado expresamente en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, no fue finalmente incorporada a éste al sancionarse la Ley 26.994, generando un vacío legal que provoca inseguridad jurídica en las personas que quieren hacer uso de este instituto.

La gestación por sustitución, también conocida como “maternidad subrogada”, se trata de una técnica de reproducción humana asistida destinada a parejas (de igual o diferente sexo) y a personas solteras que no pueden procrear mediante medios naturales u otras técnicas de reproducción humana asistida de menor complejidad. Los que acuden a esta técnica pueden aportar sus propios gametos (espermatozoides y óvulos), denominada fertilización homóloga, o disponer de material genético de un tercero (donantes de gametos), denominada fertilización heteróloga. Luego, mediante fecundación in vitro u otras técnicas se realiza la fecundación del óvulo y la consiguiente formación del embrión, que al no poder ser gestado por la persona que tiene la voluntad procreacional, se transfiere a una tercera persona, mujer gestante, la cual se encargará, justamente, de gestar al embrión hasta el nacimiento del bebé.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la regulación actual de la maternidad en el ordenamiento jurídico argentino, así como las razones políticas-jurídicas que tornan necesaria la regulación de la Gestación por Sustitución, proponiendo una alternativa de instrumentación y reglamentación de dicho instituto acorde al derecho positivo actual, la doctrina y fallos jurisprudenciales relativos al mismo.

Sin ánimos de agotar el tema, pero sí con el propósito de dejar clara la hipótesis del presente trabajo, considero oportuno destacar que por todos los inconvenientes que se deberían de la situación de inseguridad jurídica actual en relación a la figura estudiada, los cuales se desarrollarán en profundidad en los próximos capítulos, y porque la fuerza de la realidad presiona, cotidianamente, poniendo en evidencia la necesidad impostergable de contar con un marco legal

capaz de otorgar respuestas eficaces y garantizar los derechos humanos y fundamentales de todas las personas intervinientes en este procedimiento, se torna sumamente necesario regular normativamente la figura de la Gestación por Sustitución para proteger tanto a las mujeres que ofrecen su capacidad gestacional con fines humanitarios, como a los padres que expresan su voluntad procreacional sometiéndose a este complejo tratamiento, como asimismo a los niños y niñas nacidos como consecuencia de esta práctica que, de lo contrario, se ven privados o demorados hasta el fallo de un juez, para poder ser registrados con un nombre y un apellido y como hijos de quienes realmente quisieron ser sus progenitores desde un principio y cuyo deseo hizo posible que nacieran. Por todo ello, considero razonable regular esta figura como lo había sido en el Anteproyecto del CCyC e instrumentarla entre las partes a través de un acuerdo de voluntades de carácter gratuito que cumpla con ciertos requisitos legales para su validez, ajustándose al procedimiento judicial que corresponda y siempre teniendo como objetivo proteger el interés superior del niño y los derechos constitucionales de los sujetos implicados.

A lo largo de estos cuatro capítulos se estudiarán los principales aspectos jurídicos de la temática elegida, abordándola desde distintos puntos de vista doctrinarios y considerando variados antecedentes legislativos y jurisprudenciales, para llegar a importantes conclusiones respecto a cuáles deberían ser los requisitos legales para su validez y la forma de instrumentación, los problemas que genera su falta de regulación, su vinculación con los principios bioéticos y con importantes derechos constitucionales, entre otras cuestiones.

## **CAPÍTULO I: FILIACIÓN Y MATERNIDAD**

### **1.1 FILIACIÓN:**

#### **1.1.1 Concepto.**

Si bien nuestro Código Civil y Comercial de la Nación no nos proporciona una definición de Filiación, el Diccionario de la Real Academia Española la define como la “procedencia de los hijos respecto de los padres”.

Trasladando la misma al ámbito jurídico, podemos decir que la Filiación es el vínculo jurídico existente entre dos personas, donde una es descendiente de la otra, que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza o a través de las técnicas de reproducción humana asistida) pero que también puede encontrar su fuente en la ley misma o en un acto jurídico (filiación por adopción).

#### **1.1.2 Tipos de Filiación según la fuente: por naturaleza, por adopción y por TRHA.**

El Código Civil y Comercial de la Nación regula esta figura en el TÍTULO V, el cual denomina “Filiación”. Allí, específicamente en el artículo 558, se regulan las fuentes de la filiación: “...*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...*”. En síntesis, según la fuente podemos diferenciar:

- a) Filiación por naturaleza o biológica, la cual puede ser matrimonial (esto es, cuando al momento del nacimiento del hijo/a, el padre y la madre están casados entre sí) o extramatrimonial;
- b) Filiación por adopción. A su vez dentro de esta, se debe distinguir entre adopción plena (confiere al adoptado el estado de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales) y adopción simple (confiere al adoptado el estado de hijo, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante);
- c) Filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), las cuales, según la Ley 26.862, pueden clasificarse entre técnicas de alta complejidad y baja complejidad, tema que se abordará con mayor detalle en otro apartado.

La utilización de técnicas de reproducción humana asistida produce un desmembramiento de la maternidad/paternidad, y por ende un conflicto al momento de establecer la filiación. Antes de su aparición, cuando la procreación era solo posible como resultado del acto sexual, no existía inconveniente alguno, pues existía la certeza de que la filiación por naturaleza derivaba del elemento biológico/genético.

En la actualidad, con el empleo de las TRHA, según las autoras A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA y E. LAMM (2012), se produce una distinción de tres verdades, la Genética, la Biológica y la Voluntaria: a) La verdad genética corresponde al aporte de material genético (óvulo y espermatozoide), b) La verdad biológica crea un vínculo entre los progenitores más allá de lo genético (el hombre que participa del acto sexual y la mujer que lleva en su vientre al niño durante el período de gestación), y por último, c) La verdad voluntaria o consentida, que se determina por la voluntad procreacional.

El elemento volitivo es importante en caso de que el elemento biológico y genético no coincidan o no estén presentes. La voluntad procreacional consiste en el deseo de llevar adelante un proyecto de maternidad/paternidad, el deseo de dar a luz una nueva vida de la que ellos quieren ser sus progenitores.

Como resultado de los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genetista o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

En cuanto a las diferencias entre la filiación derivada de la aplicación de una TRHA y la filiación por adopción, la autora Aída Kemelmajer de Carlucci (2012), destaca que en la Gestación por Sustitución, la voluntad de los padres es manifestada antes de la gestación mediante la manifestación del consentimiento legalmente requerido para dichos procedimientos. Es decir, es la voluntad procreacional manifestada la que posibilita su gestación, la determina. En cambio, en la adopción (simple o plena), la manifestación de la voluntad en miras a crear un vínculo parental con el niño se expresa con posterioridad a su nacimiento, no existe vínculo biológico alguno. El niño adoptado conoce dos realidades, su familia biológica y la familia adoptante. La criatura fruto de una TRHA, solo conoce una realidad, la biológica, ya que sus padres mediante el aporte genético crean un vínculo biológico desde su concepción. La voluntad de ser padres incluso es más fuerte que la que se produce naturalmente, porque el deseo de crear un nuevo ser existe desde antes de que ni

siquiera exista la posibilidad de engendrar un nuevo ser. Muchos niños concebidos naturalmente no son queridos por sus padres biológicos, son rechazados y dados en adopción, incluso antes de su nacimiento, sin contar con los abortos clandestinos.

## **1.2 MATERNIDAD:**

### **1.2.1 Concepto.**

Podemos definir a la maternidad como el vínculo jurídico existente entre la madre y el hijo. En la medicina, la maternidad es la función reproductiva de la mujer que comprende todas las etapas del embarazo. La Ley General de la Salud considera la maternidad como embarazo, parto y puerperio.

Jurídicamente, la Maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano del cual surgen derechos y obligaciones.

Para Méndez Costa (1986), la “filiación” es aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero. El estado de hijo tiene su causa en la procreación. La maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de gestación y que resulta del parto.

Modernamente, las legislaciones tienden a implementar sistemas adecuados para que la determinación de la maternidad quede objetivamente establecida, aunque la mujer que dio luz no reconozca expresamente al nacido. Ello requiere acreditar ciertas circunstancias:

- A) El parto de la mujer, es decir, que ella ha dado a luz al niño que se le atribuye como su hijo.
- B) La identidad del nacido; el niño que la mujer dio a luz en el parto es el que, más tarde, se inscribe como su hijo.

En Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación la regula en TITULO V, capítulo III.

### **1.2.2 Determinación según el Código Civil y Comercial de la Nación**

Nuestro Código Civil y Comercial en su art. 565 establece como principio general que, en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado médico, obstétrico o de agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido.

En relación a este tema, debemos diferenciar lo siguiente:

**A) Determinación de la filiación matrimonial:** Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o de la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre.

Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial.

Si median matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz, se presume (admitiendo prueba en contrario) que el hijo nacido dentro de los 300 días de la disolución o anulación del primero y dentro de los 180 días de celebración del segundo, tiene vínculo filial con el primer cónyuge; en cambio, si es después de los 180 días, se presume que tiene vínculo filial con el segundo.

**B) Determinación de la filiación extramatrimonial:** La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta: a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

**C) Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida:** En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.



## **CAPÍTULO II: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

### **2.1 LEY 26.862 Y DECRETO 956/2013: REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA.**

La ley 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" fue sancionada y promulgada en junio de 2013, y luego reglamentada a través del Decreto 956/2013.

En su artículo N° 2, la Ley 26.862 define a la “Reproducción Médicamente Asistida” como “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; y se establece que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.

El Decreto 956/2013, en su artículo N° 2, incluye, de manera integral, dentro del concepto de “Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida” a “todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo”. Además se encarga de definir qué comprenden las técnicas de baja complejidad y qué las de alta complejidad. Así, “se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante”. Mientras que “se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos”.

Según la Ley N° 26.862, “tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado”. Su decreto reglamentario aclara que “el consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la

aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión.”

A modo de síntesis, los aspectos principales de esta ley y su decreto reglamentario son:

- Cubren la necesidad de ser madres o padres a aquellas personas que no pueden procrear por medios naturales, permitiendo el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho.

- La Ley establece que tienen derecho a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil, siempre que haya explicitado su consentimiento informado. Contempla de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango constitucional

- Los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado deben incorporar como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral de las técnicas de reproducción médicamente asistida.

- La cobertura garantizada en la reglamentación se basa en los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con un enfoque integral e interdisciplinario del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y de alta complejidad, las cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante. También quedan comprendidos en la cobertura, 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.

- En caso de que en la técnica de reproducción asistida se requieran gametos donados, la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

- Se crea, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. Según el Decreto Reglamentario, dicho Registro debe funcionar en el ámbito del REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) en la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente de la SUBSECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION Y FISCALIZACION de la SECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION E INSTITUTOS del MINISTERIO DE SALUD. Las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES son las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado.

- El Ministerio de Salud de la Nación elaborará los requisitos de habilitación de los establecimientos (en el marco de la normativa de habilitación categorizante del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MEDICA) y las normas de diagnóstico y utilización de las técnicas de reproducción asistida para su cobertura dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO).

- La autoridad de aplicación de la norma y de la reglamentación es el Ministerio de Salud de la Nación y, en lo que resulte materia de su competencia, la Superintendencia de Servicios de Salud.

## **2.2 BIOÉTICA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**

Abel Francese nos enseña que etimológicamente, la palabra bioética proviene de dos raíces griegas: “bios” (vida) y “ethike” (ética, valores morales), es decir “ética de la vida”. Asimismo, y en este orden de ideas, se ha conceptualizado a la bioética como “la reflexión filosófica sobre los problemas éticos que se plantean en el contexto de la medicina y las ciencias biológicas” y como “el

estudio interdisciplinario de los problemas creados por el progreso biológico y médico, tanto a nivel microsocial como a nivel macrosocial, y su repercusión en la sociedad y en su sistema de valores, tanto en el momento presente como en el futuro”.

Según la “Declaración Bioética de Gijón 2000”, las ciencias y las tecnologías, especialmente las referidas a la “vida y a la salud” de las personas, requieren un encuadramiento que respete la condición de la persona humana para lo cual *no puede desentenderse del respeto de determinados parámetros éticos inherentes a esa condición.*

En este sentido, se ha afirmado que la bioética “intenta relacionar nuestra naturaleza biológica y el conocimiento realista del mundo biológico con la formulación de políticas encaminadas a promover el bien social”, armonizando el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos, en relación con valores y principios éticos (esencialmente el de la dignidad) proclamados en declaraciones y convenciones internacionales

En este contexto, un sector de la doctrina ha comenzado a referirse al “bioderecho”, conceptualizándolo como aquél que “pretende ser una respuesta jurídica a todo este nuevo universo, que incluye la valoración exigida por la ética social”

Es decir que representaría la relación entre biología y derecho, mediante normas y regulaciones referidas a aquélla, en defensa de la dignidad del ser humano, importando la proyección de la bioética en el mundo jurídico a través de convenios, normativas y decisiones judiciales que van determinando los límites a los que deben sujetarse las ciencias y tecnologías referidas a la vida y a la salud.

En nuestro país, Ciuro Caldani, ha sido uno de los grandes impulsores del término “bioderecho”, definiéndolo como una “rama jurídica transversal” que no significa negación, pero sí complemento de otras ramas del derecho.

Los cuatro principios formulados por la Bioética son: Beneficencia, no maleficencia, autonomía y Justicia. Según Diego García, estos cuatro principios no tienen el mismo rango porque su fundamentación es distinta, de allí que hace referencia a una ética de mínimos y a una ética de máximos compuesta por los principios de no maleficencia y justicia, la primera y beneficencia y autonomía, la segunda. La diferencia en el rango la da justamente la diferencia de fundamentación ya que los principios que configura la ética de mínimos encuentran su razón de ser en el bien común y los principios que componen la ética de los máximos dependen del sistema de valores de las personas implicadas. Ante la conflictividad de los cuatro principios bioéticos nace al que podemos

denominar quinto principio o metaprincipio. Este quinto principio “*bien común*”, se considera estructuralmente operativo y equilibrante a la hora de legitimar las técnicas de fertilización asistida.

La descendencia constituye la legitimidad de recurrir a la técnica de fertilidad. La infertilidad, en cualquiera de sus manifestaciones y niveles, se refleja como un componente de frustración que incide en el desarrollo normal de la vida de las personas.

Los hijos como perpetuación de lo propio son el fruto de un proyecto de vida, y constituyen la legitimación de la recurrencia al aporte biomédico para posibilitar la descendencia. La fertilización asistida en sus múltiples formas, desde sus aspectos científicos-técnicos, por un lado, y jurídicos por el otro, nos lleva al encuentro de una amplia diversidad de estructuras situacionales. Como apunta Atienza, en algunas circunstancias (que pueden estar vinculadas a la fertilización asistida) los principios son inconcluyentes, ya que por sí mismos no permiten resolver un caso sin entrar en tensión unos con otros. De allí que, *además de principios, necesitamos reglas que precisen hasta dónde puede llegar el riesgo para una persona y el beneficio de la otra.*

Dworkin define a los principios como “estándares, que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de moralidad”. Ha puesto de manifiesto la fusión entre los principios morales y jurídicos haciendo hincapié sobre el rol de los principios morales en el razonamiento jurídico y, en particular, en los casos difíciles, enunciando la tesis de la respuesta correcta y no discrecional al apuntar a la certeza del derecho, mediante criterios objetivos, fundamentándose en los derechos individuales como triunfos a la mayoría, en especial el derecho a la igual consideración y respeto.

### **2.3 IGLESIA CATÓLICA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

La Iglesia Católica se ha expresado contraria a la maternidad sustituta. La señala como moralmente ilícita, por ser contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación, a la que representa una falta contra las obligaciones del amor materno, de la felicidad conyugal.

El principal argumento mediante el cual la Iglesia se opone a la maternidad subrogada es que supone la comercialización del cuerpo de la mujer e incita el tráfico de menores. Considera que se aleja de cualquier consideración ética y que se está forjando como un *neoderecho* de una minoría de la población. Los cinco argumentos principales en los que se basa para justificar su oposición son:

1. Respeto a la dignidad humana

2. La reproducción es cosa de dos.
3. Instrumentalización del cuerpo humano.
4. Destrucción de la relación madre-hijo.
5. No la considera un tipo de adopción.

En el documento “Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción para el respeto de la vida humana en su origen y en la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de la realidad.” (Marzo 1987). Expone algunas razones porque la maternidad subrogada representa una falla objetiva para arribar a las obligaciones de: Amor maternal, como el hecho que la madre o esposa subrogada debe entregar a su propio niño después del nacimiento; Fidelidad conyugal, el derecho de los esposos de ser padre y madre, sólo por ellos mismos; Maternidad Responsable, la esposa pide a otra mujer llevar la carga de la maternidad inicial y sujetar al menor a posibles hábitos no saludables de la subrogada y la posibilidad de ser abortado deliberadamente si por alguna razón la madre subrogada no desea más llevar al niño dentro de ella.

Además, la Iglesia considera que la maternidad subrogada también ofende la dignidad del niño que es concebido, gestado y parido, y después entregado a personas que actuarán como sus padres. El niño es tratado como objeto, en vez de prescribir que el niño es un don de Dios.

En el artículo “Tribuna. Reproducción Asistida e Iglesia católica. La instrucción ‘Dignitas Personae’” del Dr. Fernando Abellán (2008), el autor analiza el contenido de la nueva instrucción de la Iglesia Católica *Dignitas personae* en lo que se refiere, sobre todo a las técnicas de reproducción humana asistida.

*“[...] La doctrina de la Iglesia Católica sostiene que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida [...] la Iglesia no rechaza las técnicas procreativas por el hecho de ser artificiales, sino que aboga porque sean valoradas moralmente por su relación con la dignidad de la vida humana. En este sentido, no acepta moralmente aquellas técnicas que reemplazan el acto conyugal disociándolo de la procreación, y adopta al respecto la máxima de que “la procreación humana es un acto personal de la pareja hombre-mujer, que no admite ningún tipo de delegación sustitutiva”.*

*De lo anterior se desprende una aceptación parcial y limitada de las técnicas, en concreto sólo de aquellas que tienen por finalidad remover obstáculos que impiden la fertilidad natural*

*(tratamientos hormonales, intervenciones quirúrgicas para endometriosis, para desobstrucción de las trompas), y que por ello se configuran como una facilitación o ayuda -no una sustitución- al acto conyugal y a su fecundidad”.*

Es cierto que la postura de la Iglesia Católica sigue siendo netamente contraria a la realización de la mayor parte de las técnicas de reproducción humana asistida, lo que resulta una consecuencia de la dimensión y de la preponderancia que concede al valor de la dignidad humana desde el instante de la fecundación con respecto a los deseos de las parejas con problemas de fertilidad, que siendo legítimos y comprensibles, deben ceder a su juicio en esta pugna.

De este posicionamiento resulta lógico que se derive un descontento de los profesionales de las técnicas, así como de los pacientes que recurren a ellas para solucionar sus problemas de infertilidad, cuyo comportamiento no cabe duda que es objeto de una recriminación moral.

## **CAPÍTULO III: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

### **3.1 CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. TERMINOLOGÍA.**

La Gestación por Sustitución ha sido caracterizada en otros países -en sentido amplio- como “un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnica de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos” (Sentencia N° 826, 2011).

En nuestro país, en cambio, se han ensayado definiciones más juiciosas entendiéndola como “un procedimiento de técnica de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona, denominada “gestante”, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada comitente/s con quien/es la gestante posee lazos afectivos”<sup>1</sup>.

De modo similar la define Rodríguez Iturburu (2018), al decir que “es una TRHA por medio de la cual una persona, denominada gestante, sin aportar su material genético (óvulos), lleva adelante un embarazo a partir de la transferencia de un embrión conformado con material genético de los futuros progenitores -comitentes- y/o de terceras personas, donantes de gametos. En uno u otro caso, es decir, con gametos propios de los comitentes o con gametos donados por terceras personas, el niño/a nacido de un procedimiento de Gestación por Sustitución tiene vínculos jurídicos de filiación con el/los comitente/s”.

Para Zannoni (2000), la subrogación presupone el embrión ajeno, es decir, la mujer subrogante no debe aportar óvulo. En cambio, Silvana María Chiapero (2012), contempla ambas opciones y diferencia entre “madre portante”, aquella que no aporta óvulo, y “madre gestante”, quien aporta óvulo. Por su parte, la Iglesia Católica, en su “Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, incluye bajo el rubro de madre sustituta a ambas hipótesis.

Para las autoras A. Kemelmajer de Carlucci-M. Herrera-E. Lamm (2012), la gestación por sustitución implica la existencia de un acuerdo de voluntades por el que una mujer gesta un niño

---

<sup>1</sup>Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución 5759-D-2016 (31/8/2016).



para otra persona (sea hombre, otra mujer o una pareja heterosexual u homosexual). Para esta línea de pensamiento, no es dable hablar de “maternidad subrogada” ya que la subrogación no abarca todos los casos, es correcto utilizar el término “sustitución en la gestación”, que sería gestar por otro o para otro, sin aportar material genético (portadora puramente gestante, no hay maternidad biológica). Esta terminología fue la utilizada por el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

### **3.2 POSTURAS DOCTRINARIAS RESPECTO A SU APLICACIÓN Y REGULACIÓN NORMATIVA.**

En cuanto a la aplicación y regulación o no de la Gestación por Sustitución, se puede distinguir, en nuestro ámbito de conocimiento, sendas corrientes doctrinarias al respecto. Entre los autores que sostienen la necesidad de regular este instituto se encuentran LAMM, Eleonora; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; BRODSKY, Jonathan M.; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, por nombrar algunos. Mientras que entre los doctrinantes que sostienen la posición opuesta están HOOFT, Pedro; AZPIRI, Jorge O; VIDELA, Mirta; LLAMBÍAS, Jorge; WAGMAISTER, Adriana M.; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, y D’ANTONIO, Daniel Hugo, entre otros.

En representación de los que están a favor de su regulación y aplicación práctica, resulta oportuno destacar la postura de una de las precursoras de la reforma del antiguo Código Civil Argentino, Aída Kelmelmajer de Carlucci, que junto a Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2012) en su artículo “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, nos plantean los siguientes puntos relevantes en cuanto a la Gestación por Sustitución:

a) Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice en los centros de salud; antes bien, se utilizan estrategias, generando conflictos que podrían ser evitados como una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona;

b) Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal

de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva;

c) 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 costo;

d) Esta práctica se realiza en muchos países del mundo. Las personas que cuentan con mayores recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales, en lugares donde está permitido como Estados Unidos, Ucrania o la India, entre otros (turismo reproductivo). En consecuencia, las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume esta práctica compleja en el extranjero;

e) La legislación argentina permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo, la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos), conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiativos a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

Por otro lado, en representación de los que están en contra de su regulación y aplicación práctica, se encuentra Sanders Bruletti, Miriam Magdalena, quien en su artículo “La Maternidad Subrogada en la legislación argentina. Una mirada bioética”, expresa que “en la Argentina, ni la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida N° 26.862 ni el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación mencionan la Gestación por Sustitución como un tratamiento de reproducción humana asistida. En el país, el alquiler de vientre no está legislado. Existieron proyectos para incorporar la maternidad subrogada al nuevo Código Civil y Comercial, pero no se logró incluir este punto por dilemas éticos y jurídicos”, es decir, la autora esgrime como argumento que al momento de sancionar el nuevo Código Civil y Comercial ya se discutió en el Senado de la Nación este tema, y por voluntad de la mayoría de los presentes se decidió excluirlo del mismo, modificando el artículo 562 del Anteproyecto presentado que sí contemplaba esta figura. Para ella “este vacío legal debe leerse como prohibición, ya que la temática fue objeto de debate abierto y plural, considerándose en relación con estudios de la doctrina extranjera relevantes [...] además de que es “una forma nueva de traer una persona al

mundo, de la que se desconocen aún muchos riesgos, como los desórdenes psíquicos. A la par que merecería un apartado jurídico especial para proteger a los sujetos más débiles de la relación, dejando a salvo otros de jerarquía ética”. Al no estar contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, “la Justicia debe expedirse a solicitud de parte ante la situación de marras, como en cualquier otro caso no legislado, en cumplimiento de la norma que subraya que todos los casos deben ser resueltos”. Sin embargo, “frente a este panorama y a los hechos coetáneos, cabe preguntarse: quién legisla, si el Poder Legislativo o el Poder Judicial” y para Sanders Bruletti debe respetarse la independencia de poderes de nuestro Estado de derecho como nación y determinadas normas jurídicas que no pueden excederse como “[...] la orientación de la voluntad legisferante, de donde se luce la decisión de no permisión”. Para los que sostienen este pensamiento, el nuevo Código Civil y Comercial trata las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) dentro del seno de la pareja, es decir, con la mujer que la conforma como persona que gesta al niño por nacer y no avanza involucrando a un tercero. En el caso en cuestión, aparece una tercera persona (ajena) que es quien gesta al bebé.

Haciendo un balance de los argumentos de ambas posturas, considero que más allá de que, por las razones que sean, lamentablemente, no haya sido regulado este instituto al momento de sancionar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no puede desconocerse la primacía constitucional del principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido, está permitido. Textualmente, el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina establece que: “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”. Y como ha interpretado unánimemente la jurisprudencia argentina hasta el momento, la voluntad procreacional de convertirse en padres de un niño dándole desde su nacimiento todo el amor y la contención necesaria no es un acto contrario a la moral ni al orden público, ni perjudica a nadie, todo lo contrario, es un acto de amor enorme en el que, ante la falta de regulación legislativa, los jueces, haciendo uso de sus facultades, deben resolver con la máxima diligencia y premura posible ya que se encuentra en juego el interés superior del niño y derechos muy importantes como el derecho a la identidad, a la protección de la familia, a la libertad reproductiva, a la voluntad procreacional y a la intimidad, entre otros.

### **3.3 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO.**

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación incluía dentro del Título V (Filiación), Capítulo II (Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida), el siguiente artículo:

*"ARTÍCULO 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 centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".*

Si bien el mencionado Anteproyecto no ofrecía una definición concreta de este instituto, permitía su caracterización a través de la enunciación de los requisitos legales exigidos para su implementación (sin perjuicio de los que pudiese contener una ley especial complementaria) y por el procedimiento judicial previsto para su realización. Con esto se pretendía otorgar un marco normativo que brindara seguridad jurídica a todos, quedando resuelto el emplazamiento filial de la persona por nacer, amparando su derecho a la identidad y permitiendo que sea inscripta registralmente tras su nacimiento. Al mismo tiempo, respetaba la voluntad procreacional del/de los comitente/s como elemento constitutivo del vínculo parental, dejándose atrás la ficción de la maternidad que recaía en la mujer gestante con motivo del parto; siendo ésta quien a todas luces merece una especial protección ante el acto de amor y solidaridad que efectúa, resultando un atropello a la razón que el ordenamiento legal le dé la espalda, castigándola, al imponer sobre ella una maternidad jamás deseada.

En sus Fundamentos se estableció que por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida debía ser admitido de modo amplio. Asimismo, y atento la sanción de la Ley 26.618, se pretendió, como parte de los Fundamentos del Anteproyecto, que el sistema filial esté en plena coincidencia con la nueva conceptualización del matrimonio.

Como se comentó en otro apartado anterior, fue un tópico muy debatido, y de ese debate participaron –a favor y en contra- tanto juristas como representantes de la Iglesia y grupos feministas. Con la justificación de que los dilemas éticos y jurídicos que conlleva la gestación por sustitución son de una envergadura tal que ameritaría un debate más profundo, se decidió excluir del Código esta figura, que existe en un número creciente de países del mundo.

Gil Domínguez manifiesta que “la omisión regulativa de la gestación por sustitución (...) no impide que en la República Argentina se pueda concretar dicha práctica” (GIL DOMÍNGUEZ A. , 2017). Por el contrario, la praxis cotidiana demuestra, a través de la frondosa labor jurisprudencial argentina, el robustecimiento de esta práctica.

Toda esta enorme labor jurisprudencial no hace más que poner en miras una vez más al Congreso de la Nación Argentina para que avance necesariamente con la regulación legal de este instituto. De hecho, se han presentado a lo largo de la historia destacados proyectos de ley sobre la materia en cuestión, pero ninguno ha sido aprobado finalmente. Así, el primero de ellos data del año 2011 (Proyecto N.º 4098-D-2011), de autoría del diputado Hugo Nelson Prieto, fundamentado doctrinariamente y con jurisprudencia extranjera. Además, el proyecto del Diputado Milman del mismo año (número 5201-D-2011), que por operar la caducidad legislativa lo representa en el año 2013, llevando el número 300-D-2013. También, en 2013, el diputado Alberto Paredes Urquiza, presenta otro proyecto, que fue numerado como 5491-D-2013. Más recientemente, con posterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se advierte que también se han presentado diversos proyectos de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación, entre los que se pueden señalar:

-Proyecto de ley de regulación de la técnica de gestación solidaria (Movimiento Evita), presentado el 31/8/2016. Expediente de Diputados: 5700-D-2016

-Proyecto de Gestación por Sustitución (Frente para la Victoria), iniciado el 31/8/2016. Expediente de Diputados: 5759-D-2016.

-Proyecto que persigue la modificación del texto originario del Código Civil y Comercial de la Nación, concretamente de los siguientes artículos: 558, 561, 562, 575, 578 sobre Filiación y Voluntad Procreacional (Unión Pro) de fecha 14/6/2017. Expediente de Diputados: 3202-D-2017.

-Proyecto de ley sobre gestación por sustitución. Propone modificar el régimen del Código Penal y de la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida N° 26.862 (UCR) recepcionado el 10/7/2017. Expediente de Diputados: 3765-D-2017.

-Proyecto de ley sobre gestación por sustitución como técnica de reproducción médicamente asistida. Modificación de la ley 26862 (artículo 8) y del Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 558 y 562). Bloque: UCR. Fecha: 26/09/2017. Expediente en Diputados: 5141-D-2017.

-Proyecto que propone la modificación de los artículos 560, 561, 562, 563, 565, 575, 577 del Código Civil y Comercial de la Nación y la incorporación de los artículos 575 bis y 575 ter sobre Gestación por Sustitución. Bloque: Frente para la Victoria – PJ. Fecha: 02/03/2018. Expediente en Diputados: 0084-D-2018.

### **3.4 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL. TRATAMIENTO DE LA FIGURA EN EL DERECHO COMPARADO.**

En la legislación comparada se identifican tres grandes sistemas jurídicos respecto a esta técnica:

A. Prohibicionistas: Existen países, como Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Portugal, Suecia, Suiza, entre otros, donde ésta se encuentra expresamente vedada, y en donde llegan a establecerse, incluso, sanciones de naturaleza civil y penal.

B. Regulacionistas: En algunos Estados, como Australia, Canadá y México, es reglamentada en sentido «restringido», sujeta a condiciones legales, tales como su carácter altruista. Dentro de esta corriente es posible identificar, a su vez, dos modalidades (LAMM, Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, 2013):

- «Proceso de pre-aprobación»: Es el llevado a cabo ante la autoridad competente a los fines de verificar la efectiva cumplimentación de los requisitos legales exigidos, otorgando en tal supuesto, su anuencia para la transferencia embrionaria a la gestante.

- «Proceso de pos-aprobación»: Se prevé un procedimiento ulterior al nacimiento, a efectos de que el/los comitente/s logren un emplazamiento filial acorde a su voluntad procreacional; como consecuencia de la celebración de un acuerdo previo.

Asimismo, se encuentran ciertos países, como Grecia, India, Irán, Israel, Reino Unido, Rusia, Ucrania y algunos estados de Estados Unidos, que la admiten en sentido “amplio”, inclusive, cuando tenga finalidad lucrativa.

C. Abstencionistas: Se trata de una posición intermedia caracterizada por el mutismo del legislador; es decir, por la ausencia de normas que la regulen o prohíban. Como es el caso de la Argentina tras la sanción del Código Civil y Comercial.

En lo que hace a la tendencia mundial en la actualidad, Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera lo definen claramente en los siguientes términos: “el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución crece continuamente (...) muchos Estados están cuestionando su regulación a los fines de darle lugar (...) otras legislaciones que, en algunos aspectos, tenían carácter restrictivo se están flexibilizando” (KEMELMAJER de CARLUCCI, HERRERA, & LAMM, Regulación de la Gestación por sustitución, 2012).

### **3.5 JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL.**

En nuestro país, como consecuencia del vacío legal existente en la materia, se han presentado ante la justicia diversos casos relativos a la determinación de la filiación de los hijos nacidos a través de la Gestación por Sustitución. Al no existir normas que regulen dicha figura, se ha generado una frondosa labor jurisprudencial a lo largo y ancho del país, ya que quienes acuden a esta técnica luego no tienen otra opción más que someter el futuro de sus vidas al libre arbitrio del magistrado de turno, quedando en un verdadero limbo legal hasta la emisión de una sentencia que dictamine conforme a la voluntad procreacional del/de los comitente/s (o no).

Así las cosas, la jurisprudencia argentina de manera unánime ha consolidado la aceptación de la Gestación por Sustitución, por cuanto todas sus decisiones fueron a favor. Hasta el momento, existen en nuestro país más de veinte casos con sentencias favorables en los que la práctica se ha desarrollado en nuestro territorio (con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial tuvieron lugar seis pronunciamientos judiciales, y el resto fueron luego del 1/8/2015). También existen precedentes cuya práctica fue llevada a cabo en el exterior y que luego en nuestro país se los ordenó inscribir como hijos de los padres que tuvieron la voluntad procreacional.

En los casos jurisprudenciales de nuestro país relacionados con esta temática, los peticionantes han utilizado diversas estrategias judiciales. Así, en cuatro casos se ha acudido a la autorización judicial previa, tal como lo establecía el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,

según el Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, Santa Fe, 2/12/2014; Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, Río Negro, 29/12/2015; Juzgado de Familia N° 3 de General San Martín, Buenos Aires, 22/8/2016 y Juzgado de Familia N° 5 de Viedma, Río Negro, 7/07/2017. Mientras que la táctica predilecta resulta ser la impugnación de la maternidad que recae sobre la mujer gestante empleada en más de nueve oportunidades; de acuerdo con el Juzgado de Familia de Gualeguay, Entre Ríos, 19/11/2013; Juzgado Nacional Civil N° 102, Ciudad de Buenos Aires, 18/5/2015; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, Santa Fe, 27/5/2016; Juzgado Nacional Civil N° 7 de Ciudad de Buenos Aires, 15/6/2016; Juzgado Unipersonal de Familia N.º 2 de Moreno, Buenos Aires, 4/7/2016; Juzgado Nacional Civil N° 8, Ciudad de Buenos Aires, 20/9/2016; Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 3/10/2016; Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, Buenos Aires 30/11/2016, Juzgado Nacional N° 81, Ciudad de Buenos Aires, 14/6/2017. En menor medida, se ha acudido a otras maniobras procesales, tales como medidas autosatisfactivas y acciones declarativas para lograr que la persona nacida se inscriba como descendiente del/de los comitente/s, según el Juzgado Nacional Civil N° 86, Ciudad de Buenos Aires, 18/6/2013; Juzgado Nacional Civil N° 83, Ciudad de Buenos Aires, 25/6/2015; Juzgado de Familia N° 1, de Mendoza, 29/7/2015; Juzgado Familia N° 1, de Mendoza, 15/12/2015; Juzgado Familia N° 7, Lomas de Zamora, 30/12/2015 y Juzgado Civil N° 4, Ciudad de Buenos Aires, 30/6/2016.

Por otro lado, también existen en Argentina diversos precedentes sobre gestación por sustitución, cuya práctica fue llevada a cabo en el exterior, y que luego, en nuestro país, se ha resuelto ordenar la inscripción del nacimiento de los menores de edad<sup>2</sup>.

Como sería muy extenso detallar pormenorizadamente cada caso jurisprudencial, se hará al menos un breve análisis de algunos de los que se presentaron ante la justicia, a modo de ejemplo del duro proceso al que deben someterse en nuestro país los comitentes que pretenden ser reconocidos como padres del niño procreado a través de la figura de la Gestación por Sustitución.

En el primer caso que se presentó en nuestro país, incluso anterior a la sanción del nuevo CCyCN, de fecha 18/06/2013, por inscripción de nacimiento, un matrimonio heterosexual apela a la

---

<sup>2</sup>Por citar algunos: «D. C. G y G. A. M. c/ GCBA s/ Amparo» (Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario N° 5, CABA, 22/3/2012); «S. G., E. F. y G. C. E.» (Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Familia, San Lorenzo, 2/7/2012); «L.R.R. y M.H.J. c/ GCBA s/ Amparo» (Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, CABA, 11/01/2013).



gestación por sustitución recurriendo a la ayuda de una amiga que se ofrece de manera altruista a gestar el embrión compuesto por el material genético de ambos cónyuges, debido a que la comitente se veía imposibilitada de gestar (no solo por haber perdido otros embarazos sino porque además se le debió practicar una intervención quirúrgica que incluyó la extirpación del útero). La gestante era madre de dos hijos mayores de edad y vivía en unión convivencial desde hacía ocho años. Todos ellos estaban informados sobre su voluntad de ayudar al matrimonio con el fin de llevar adelante el embarazo. Consecuentemente, cuando la niña gestada nace, se expide un certificado de nacimiento que tiene como madre a la gestante en consonancia con lo prescripto en el art. 242 del Código Civil. Frente a ello, el matrimonio decide no inscribir en el registro el nacimiento e interpone una acción judicial solicitando la inscripción de la niña como hija del matrimonio. La jueza actuante hizo lugar a la demanda y ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires a que efectúe la inscripción del nacimiento de la niña nacida el 19/04/2012 como hija del matrimonio integrado por los comitentes, tomando como argumento central de su decisión: la falta de regulación de la gestación por sustitución y la voluntad procreacional, definiéndola como “la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior” (Fallo que se puede consultar en la Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires. La Ley, tomo D, pag. 195).

Ya en plena vigencia del nuevo CCyCN, con fecha 30/12/2015, se dicta otro de los precedentes significativos en la Provincia de Buenos Aires ante el Tribunal de Familia n° 3 de Lomas de Zamora a cargo de la Dra. María Silvia Villaverde. En este caso, una pareja heterosexual, imposibilitada de procrear (debido a que a la mujer le fue diagnosticada una enfermedad congénita que le impedía gestar, pero no producir óvulos) aportó sus gametos para la gestación de su hija, respecto de la cual habían expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, libre e informado. La hermana de la mujer se ofreció como gestante, quien al momento de la práctica era casada y tenía tres hijos menores de edad y todos conocían su decisión. Así las cosas, se requirió la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los integrantes de la pareja que había expresado su voluntad procreacional en el consentimiento informado, y no como hija de la mujer gestante. La jueza resolvió haciendo lugar a la gestación por sustitución ordenando su inscripción inmediata como hija de los comitentes, declarando “la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto 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”. De esta forma la jueza entendió que la gestación por sustitución “contaría con recepción implícita en el CCCN, por considerar que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición”. Asimismo, opinó que la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libre y responsable, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado”. Concluyó que: “La gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsable y en igualdad de condiciones que los demás. (Fallo del Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora “ B.J.D y otros s/Materia a categorizar).

Posteriormente, la misma magistrada, en el fallo del Juzgado Nro. 7 de Familia de Lomas de Zamora en autos “B.J.D y otros s/ materia a categorizar” declara nuevamente, la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCyCN al reconocer la gestación por sustitución de una abuela que dio a luz a su nieto, inscribiéndose inmediatamente el nacimiento del niño como hijo de la pareja matrimonial que había expresado su voluntad procreacional mediante los correspondientes consentimientos informados.

Con el objeto de contrarrestar el silencio del nuevo CCyCN y con el fin de evitar que las personas dependan del criterio judicial para el caso en concreto, ya se han presentado, como mencionaba en el apartado anterior, varios proyectos de ley, con el fin de legislar y regular la Gestación por Sustitución. El último de ellos, presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación en el mes de marzo del 2018, da cuenta de las 23 resoluciones judiciales recaídas a favor del uso de la técnica. A continuación, y tal como lo remarca dicho proyecto, se señalan los casos en cuestión:

<b>JUZGADO</b>	<b>FECHA</b>	<b>AUTOS</b>
1) Juzgado de Familia de Gualeguay	19/11/2013	“B., M. A. v. F. C., C. R. – ordinario
2) Juzgado Nacional en lo Civil N ° 86	18/06/2013	“N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento”
3) Tribunal de Familia de Rosario N ° 7	2/12/2014	“F. M. L. y otra s/Autorización judicial”
4) Juzgado Nacional en lo Civil N ° 102	18/05/2015	“C., F. A. y otro c/R. S., M. L.s/Impug. Matern.”
5) Juzgado Nacional en lo Civil N ° 83	30/06/2015	“N. N. O. s/Inscripción de nacimiento”
6) Juzgado de Familia N ° 1 de Mendoza	29/07/2015	“O. A. V. p/Medida Autosatisfactiva”

7) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	15/12/2015	“C. M. E. y J. R. M. por Inscrip. de nacimiento”
8) Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche	29/12/2015	“Dato reservado Expte. N° 10.178 14”
9) Juzgado de Familia N° 7 de L. Zamora	30/12/2015	“H. M. y otro/a s/Medidas precautorias”
10) Trib. Coleg. Familia N° 5 - Rosario	27/05/2016	“S. G. G. y otros s/Filiación”
11) Juzgado Nacional en lo Civil N° 7	23/05/2016	“A. R., C y otros c/ C., M. J. s/Impug. filiación”
12) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4	30/06/2016	“S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento”
13) Juzgado Unip. Fam. N° 2 de Moreno	4/07/2016	““S.P.,B.B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar”
14) Juzgado Nacional en lo Civil N° 8	20/09/2016	“B.,B.M. y otro c/G.,Y.A. s/impug. de filiación”
15) Juzg. Familia N° 3 Gral. San Martín	22/08/2016	“M., I. M. y otro s/autorización judicial”
16) Juzg. de Familia N° 12 de L. Zamora	3/10/2016	“G.M.,C y otro c/W.B.,A.V s/rectif. de partida”
17) Juzg. de Familia N° 7 de L. Zamora	30/11/2016	“B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar”
18) Juzgado Nacional en lo Civil N° 81	14/06/2017	“S.,I. N. y otro c/A., C. L. s/Impug. de Filiación”
19) Juzgado de Familia N° 7 de Viedma	6/07/2017	“Reservado s/ Autorización Judicial”
20) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	6/09/2017	“M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. Medidas Autosatis.”
21) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4	20/10/2017	“S.T.,V. s/inscripción de nacimiento”
22) Juzgado de Familia N° 3 Córdoba	22/11/2017	“R., L. S. y otros – solicita homologación”
23) Trib. Coleg. de Familia N° 7 Rosario	5/12/2017	“H., M.E. y otros s/ venias y dispensas”.

Del análisis de dichos precedentes surgen particularidades, a saber: En los casos N° 9 y N° 12 la persona gestante era familiar de los comitentes. En el caso N° 10 el embrión transferido a la persona gestante se conformó, parcialmente, con material genético del matrimonio comitente, en tanto los gametos masculinos los aportó el cónyuge comitente y los gametos femeninos una persona ovo donante. En los casos N° 11 y N° 13 la Gestación por Sustitución se reconoció a favor de parejas de dos hombres. En los casos N° 9 y N° 13 se declaró la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC actualmente vigente. En los casos N° 3, 8, 15, 19, 22 y 23 el/los comitentes requirieron autorización judicial previa a la realización del procedimiento de la Gestación por Sustitución.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con fecha 26/06/2014 ha tenido la oportunidad de expedirse a favor de la gestación por sustitución ante dos casos similares tramitados en Francia, estos son: “Mennesson” y “Labassee”. En ambos casos, con argumentos similares, y por unanimidad el Tribunal ha dicho que si bien no se encuentra violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Derecho a la vida privada) con relación a los demandantes, sí hubo tal violación con relación al derecho de los niños involucrados a que se les respete tal derecho. El TEDH consideró que las medidas adoptadas por el Estado Francés fueron

contrarias al interés superior de los niños perjudicados en tanto el respeto de la vida privada se vincula con la esencia de la identidad incluyendo la filiación. Una vez más, al momento de resolver, y en esta ocasión un tribunal especializado en materia de derechos humanos, se pronunció a favor de la gestación por sustitución, ponderando la verdad consentida por encima de la genética.

Por último, resulta relevante señalar que en el ámbito del derecho internacional privado de nuestro país, a través del art. 2634 del CCyCN, se reconoce el emplazamiento filial de los casos de Gestación por Sustitución llevadas a cabo en el extranjero.

## **CAPÍTULO VI: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN – Instrumento Jurídico.**

### **4.1 INSTRUMENTO JURÍDICO PARA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿CONTRATO?**

En cuanto al objeto de los contratos, el Código Civil y Comercial de la Nación establece en su artículo 1003, que el mismo “debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial”. A su vez, en su artículo 1004, dispone que “no pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.”

Así las cosas, el artículo 17 del CCyC prevé que “los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”. Además, el artículo 56 del mismo plexo normativo, indica que “están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico”.

En virtud de lo dispuesto anteriormente, un contrato oneroso de maternidad subrogada a modo de “alquiler de vientres”, sería nulo de nulidad absoluta, e inexigible en el derecho argentino, porque tiene por objeto derechos sobre el cuerpo humano que, tal como establece el artículo 17, “no tienen un valor comercial, sino afectivo, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores...”. Si se alquilara el cuerpo humano con un fin pecuniario, sería un acto contrario a la moral, a las buenas costumbres, a la dignidad e integridad de la persona humana. Además, las partes del cuerpo humano no son jurídicamente “cosas” ni forman parte del comercio, por ende no son susceptibles de ser arrendadas.

Entre los doctrinarios que opinan respecto al tema se encuentra, Javier Gafo Fernández (1985), jesuita madrileño, indiscutiblemente pionero en bioética. Tras rechazar el acuerdo oneroso de

alquiler de útero, considera éticamente aceptable el caso de la mujer que presta su útero (no alquila) para que una hermana o una amiga puedan tener un hijo.

Fábrega Ruiz (1999), no ve inconveniente jurídico o moral respecto del contrato de maternidad subrogada, si se cumple con determinadas condiciones, tales como que el contrato se lo celebre en documento público, que la pareja requirente se comprometa a aceptar al niño, careciendo la madre biológica de responsabilidad en caso de que naciera con defectos físicos o psíquicos, que exista la posibilidad de la madre sustituta de quedarse con el niño una vez nacido, y que la prestación del útero sea voluntaria y gratuita, sin perjuicio del pago de gastos.

Soto Lamadrid y Moreno-Luque Casariego sostienen que, si se trata de un contrato de alquiler de útero, cuando no hay precio y existe, además, un fundamento altruista, el convenio donde se fija las condiciones del servicio debería ser válido y por ello, de necesario cumplimiento.

Sin embargo, es importante la gran distinción que realiza Zannoni (2000), entre “madre portadora” y “madre de alquiler”, la primera acepta llevar el embarazo por razones altruistas y la segundas por un precio, es decir, alquila su útero, cuestión que no es posible dentro de nuestro ordenamiento. Por otro lado hay que hacer otra distinción, Borda nos enseña que el “contrato” es un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales. “Convención”, es todo acuerdo de voluntades, sea o no de carácter patrimonial. Es decir, convención es el género y contrato la especie. En conclusión, sería viable instrumentar jurídicamente el acuerdo de voluntades entre las partes mediante una convención de “Gestación por Sustitución” a título gratuito (es decir, sin fines de lucro), mediante la intervención de una “madre portadora”. De esta forma se incorporaría a la Maternidad Subrogada en el marco de un “programa altruista” de reproducción y no como un “contrato comercial de alquiler de vientres”, con el objeto de brindar una solución médica a los problemas de salud reproductiva, no sólo de aquellas madres subrogadas que no pueden naturalmente gestar en su útero, sino también en el caso de parejas homosexuales masculinas donde resulta anatómicamente imposible.

#### **4.2 REQUISITOS LEGALES DE LAS PARTES Y REQUISITOS DE FORMA.**

En el Libro II, Título V, Capítulo 2, art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, donde se regulaba la gestación por sustitución, se enunciaban los requisitos legales exigidos (sin perjuicio de los que pudiese contener una ley especial complementaria) y se establecía el procedimiento judicial previsto para su realización.

En primer lugar, debían reunirse los siguientes recaudos:

A. Respecto del/a niño/a por nacer: El Superior Interés del Niño (ISN) constituía el principio fundamental que había que tenerse en miras; imponiéndose al juez el deber de evaluar la idoneidad del/de los comitente/s a los fines de concederles el permiso correspondiente.

B. Respecto de la gestante: Partiendo de la consideración por la cual la mujer goza de plena capacidad civil y, por ello, ejerce el derecho a decidir y disponer de su propio cuerpo es que el Anteproyecto, con prudencia y sin sobreestimarla, diagrama un escenario propicio para garantizar la posibilidad de otorgar su consentimiento en forma previa (a la implantación), libre (sin condicionamientos) e informada (valiéndose de un gabinete interdisciplinario); incorporando, además, una serie de requisitos con miras a la protección de sus derechos humanos y fundamentales. Se exigía, asimismo, que la gestante gozara de un buen estado de salud psicofísico, que no haya proporcionado su propio material genético (para evitar compartir carga genética con el niño/a por nacer, disminuyendo así la posibilidad de ulteriores retractaciones); haber dado a luz al menos un/a hijo/a propio/a (ya que solo podrá consentir válidamente quien ha experimentado dicha vivencia); no se hubiese sometido a este procedimiento más de dos veces (teniendo por objetivo salvaguardar la vida y la salud de la gestante, a la vez que impedir la profesionalización de esta actividad); y que no haya recibido retribución alguna.

C. Respecto del/de los comitente/s: Coherente con el espíritu plural e inclusivo, en un marco de respeto y promoción del derecho a una progenitura libre y responsable es que el codificador admite la posibilidad de constituirse como comitente a cualquier persona, sin ningún tipo de discriminación, siempre y cuando se cumplimenten dos extremos.

a. Que al menos uno de ellos aporte sus gametos. Parte de la doctrina considera necesario que una legislación complementaria contemple la posibilidad de recurrir a la donación de gametos de terceros ante supuestos excepcionales; por ejemplo, cuando una persona decida conformar una familia de tipo monoparental y no cuente con material genético apto para tal cometido; ello se hace extensivo al caso -infrecuente, pero posible- de parejas en las que ambos integrantes se encuentren en la situación descripta.

b. Que se encuentren impedidos de concebir o llevar un embarazo a término. Esta limitación reposa en la idea del carácter restrictivo de la práctica, debiendo solo resultar posible ante supuestos de infertilidad médica o imposibilidades fácticas-estructurales (tal es el caso de parejas igualitarias

de varones u hombres solos); vedándose la posibilidad de acceder a esta por motivos estéticos o laborales (“subrogación social”).

Secundariamente, se preveía un verdadero proceso judicial conformado por dos instancias diferenciadas:

– Homologación judicial: Resultaba indispensable que la gestante y el/los comitente/s otorguen su consentimiento previo, libre e informado ante el magistrado competente.

– Autorización judicial: En esta etapa, el juez debía constatar, en primer lugar, la efectiva cumplimentación de los recaudos legales exigidos, para luego dar su conformidad, quedando así habilitados para proceder a la implantación del embrión en la gestante. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carecía de autorización judicial previa, la filiación se determinaba por las reglas de la filiación por naturaleza.

Como resultado de todo este proceso regulado, se brindaba seguridad jurídica a sus intervinientes y la filiación quedaba 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.

Considero que la supresión de esta figura del texto definitivo del Código Civil y Comercial de la Nación constituye la pérdida de una histórica y valiosa oportunidad, y que debería incorporársela en el futuro con el procedimiento y los recaudos legales antes explicados, para garantizar “a priori” (antes de la implantación del embrión en la gestante) los derechos humanos y fundamentales de las personas involucradas, en lugar de acudir a su posterior judicialización.

#### **4.3 CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO.**

Al someterse a la aplicación de una TRHA, es necesario que se exprese la voluntad de someterse a dicha técnica con todo lo que ello implica. Gunter Balarezo (1999, p. 30), “el consentimiento informado es una prueba que el procedimiento al cual va a ser sometido el paciente, le ha sido explicado en forma clara y que éste dio su autorización para llevarlo a cabo”. Es fundamental que cada procedimiento tenga un formato que debe ser escrito en lenguaje simple que permita ser entendido por personas que no pertenecen al ámbito biomédico y que no reflejen ambigüedad. El formato del consentimiento consta de tres partes: a) la propuesta o toma de decisión consciente; b) el certificado de consentimiento; c) respeto de la confidencialidad y el anonimato.



El certificado de consentimiento también se lo conoce con el nombre de “consentimiento informado”, “consentimiento voluntario” o “consentimiento libre” y es un recurso destinado a amparar el derecho que tienen los pacientes a ser informados de los riesgos involucrados en cierta práctica médica. El certificado de consentimiento debe empezar con un resumen de los puntos principales de la propuesta: explicación al sujeto en lengua materna y en términos que puedan ser entendidos, porqué hacer el tratamiento, qué es lo que se va a hacer, qué tipo y probabilidad de alguna molestia anticipada o efecto adverso y si el procedimiento ofrece algún beneficio al sujeto. Es importante que se exprese por escrito y debe ser firmado por el paciente.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 59, la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, la ley 26.657 de Salud Mental, la ley 26.529 de Derechos del Paciente y la Convención sobre Derechos de las personas con Discapacidad (ley 26.378), garantizan a toda persona el derecho al consentimiento informado para todo tipo de intervención médica como una forma de declaración de voluntad expresa por parte del paciente. Además, le garantizan: recibir información clara, precisa, adecuada y comprensible, a través de los medios y tecnologías pertinentes, acerca del estado de salud y tratamiento (procedimiento a seguir, objetivos, beneficios esperados, riesgos, efectos adversos posibles, procedimientos alternativos, consecuencias de su no aplicación); que la información sea brindada a familiares, allegados y representantes legales de la persona, en caso de que tenga dificultades de comprenderla y así lo convalidare; no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin consentimiento fehaciente.

Según la Ley N° 26.862, “el consentimiento informado deberá ser prestado [...] antes del inicio de cada una de TRHA” y “en los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión.”

Mediante el consentimiento informado en las prácticas de salud se respeta el principio de no discriminación, la autonomía y la libre determinación, la integridad física y psíquica y la dignidad de toda persona.

## **CONCLUSIONES FINALES**

Del análisis de este instituto no regulado, se desprende la imperiosa necesidad de contar con un marco legal que lo contemple y que tenga como principal objetivo la salvaguarda de los derechos de los sujetos intervinientes.

Si bien la propuesta de regulación efectuada oportunamente por el Anteproyecto resultaba adecuada e incluso novedosa, podríamos decir que su eliminación no es coincidente con los nuevos modelos familiares que el actual ordenamiento, en consonancia con la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, ha venido a proponer. Como se ha dicho, la no regulación no implica prohibición. Sin embargo, la falta de regulación genera desprotección.

En este orden de ideas, tenemos por un lado nuestra Constitución Nacional que garantiza el Derecho a la Salud de sus habitantes y por el otro, la infertilidad que es una enfermedad que afecta la salud reproductiva comprendida dentro del concepto global de salud.

Para brindar una solución (no curar) a esta afección, la ciencia desarrollo técnicas de reproducción asistida, que tienen diferentes matices según su complejidad, las cuales fueron ya desarrolladas en el presente trabajo. Garantizando la Ley 26.862 el acceso igualitario a dichas técnicas, a través del consentimiento informado.

En este marco aparece la “Gestación por Sustitución”, la cual consiste, sintéticamente, en un convenio por el cual una persona o una pareja, acuerdan con una tercera parte (mujer) que lleve adelante un embarazo, aplicando una TRHA (técnica de reproducción humana asistida), y que luego de dar a luz, renuncie a sus derechos sobre el niño/a nacido a favor de los contratantes, quienes serían reconocidos como sus legítimos padres fundado en su voluntad procreacional.

Como se desprende del concepto antes brindado, existe un instrumento jurídico que formaliza el vínculo entre las partes, que los autores que han estudiado el tema consideran que no debería adoptar la forma de contrato comercial a modo de “alquiler de vientres” ya que los derechos sobre las partes del cuerpo humano no tienen un valor comercial y darle un fin lucrativo a ello, implicaría atentar contra la moral, la dignidad humana y las buenas costumbres; sino más bien, otorgarle la forma de una “convención privada a título gratuito”, es decir, con un fin altruista, la cual debe ser homologada por un juez en forma previa, debe respetar ciertos requisitos de forma y cumplir determinados recaudos por parte de los sujetos involucrados, entre los cuales se destacan: a) que se haya tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) que la gestante tenga plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) que al menos uno de los comitentes haya aportado sus

gametos (a los fines de crear un nexo biológico); d) que el o los comitentes posean imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) que la gestante no haya aportado sus gametos (para evitar conflictos derivados de un eventual reclamo de reconocimiento de la maternidad de la criatura, la cual sería muy difícil negarle porque además de gestarla y parirla, aportó sus propios genes); f) que la gestante no haya recibido retribución; g) que la gestante no se haya sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) que la gestante haya dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Sin perder de vista el fundamento de la “Gestación por Sustitución”, que es brindar una solución a las afecciones reproductivas que impiden fundar una familia por verse imposibilitada la “madre subrogada” (o la pareja homosexual masculina) de concebir y gestar naturalmente un niño en su vientre, muchos autores sostienen que no debería permitirse su utilización cuando pudiendo concebir por medios naturales, se opta por esta alternativa obedeciendo a un motivo mezquino y ajeno a la salud como cuestiones de estética, genética de los hijos, entre otros, ya que se trata de la vida de un nuevo ser, no de un producto creado conforme a la voluntad egoísta de otra persona.

Con la utilización de esta práctica, no se le estaría negando la identidad al recién nacido, debido a que su filiación correspondería a su realidad biológica, ya que ambos o al menos uno de sus padres subrogados aportará material genético y lo más importante, manifestaran su voluntad procreacional, que no es otra cosa que el deseo de convertirse en padres.

Estamos en una sociedad donde el vínculo entre padres e hijos está en crisis, padres que no cumplen con su rol, niños abandonados, familias numerosas (que no pueden sustentarse), abortos clandestinos, abusos hacia los menores por parte de sus progenitores, violencia infantil; frente a este panorama, ¿porque no aceptar la Gestación por Sustitución como una oportunidad de convertirse en padres a aquellas parejas que sí desean serlo?

Si el Derecho acepta que los progenitores de un niño renuncien a su patria potestad luego de su nacimiento, dándolos en adopción, e incluso hoy, en nuestro país, hay proyectos de ley en pleno tratamiento legislativo para legalizar el aborto, siendo éste, más allá de los fundamentos y motivos, una renuncia expresa a ser madre/padre, ¿por qué no aceptar la idea de que existan parejas que, incluso ante la imposibilidad de engendrar a un niño, tenga la voluntad de ser padres y que para ello, requieran de la solidaridad de otra persona?

Vivimos en una sociedad donde somos libres de elegir, pero para elegir deben existir alternativas. No tenemos libertad de elegir, si ante la imposibilidad de gestar un niño en el vientre,

solo se puede recurrir a la adopción, es decir, si frente a la decisión de ser padres y no lograrlo naturalmente, es obligatorio adoptar. Soto Lamadrid (1990, p 180) decía “si el Estado lograra erradicar, a través de la educación sexual y cívica a sus ciudadanos y el mejoramiento de las condiciones de vida, la miseria, el exceso de hijos, así como la irresponsabilidad paterna, hasta lograr la inexcusable meta de que no haya niños para entregar en adopción, porque tienen propia familia; si esto ocurriera alguna vez ¿qué diremos entonces a la pareja estéril?”.

Además, si en Argentina se registran niños nacidos en el extranjero producto de un alquiler de vientres, ¿por qué no legislar sobre la materia en nuestro país y así garantizar la igualdad de oportunidades? Autorizando el registro de estos niños, se está aceptando indirectamente la legalidad de esta práctica, pero no se está siendo coherente ni respetando el principio de justicia e igualdad por el cual brega nuestra Carta Magna, ya que sólo las parejas con recursos económicos suficientes pueden viajar al exterior con fines de “turismo reproductivo”.

En síntesis, si se regulara la figura de la “Gestación por Sustitución”, se otorgaría un marco normativo que brindaría seguridad jurídica a todos los sujetos implicados en dicha práctica, quedando resuelto el emplazamiento filial de la persona por nacer, amparando su derecho a la identidad y permitiendo que sea inscripta registralmente tras su nacimiento, respetándose, además, su derecho a la identificación como presupuesto indispensable del goce de múltiples derechos que de ella derivan (por ejemplo, la libertad de circulación, el acceso a servicios médicos y educativos, bienestar social básico, entre otros). Al mismo tiempo, se respetaría la voluntad procreacional del/de los comitente/s como elemento constitutivo del vínculo parental, dejándose atrás la ficción de la maternidad que recae en la mujer gestante con motivo del parto; recibiendo además ésta última, especial protección ante el acto de amor y solidaridad que efectúa.

Ante los numerosos proyectos legislativos recientemente presentados con el fin de regular este instituto y los más de veinte fallos judiciales resueltos favorablemente, continuar acallando esta TRHA carece de sentido pragmático y no impide que la misma se siga llevando a cabo, todo lo contrario, lo único que provoca son múltiples inconvenientes jurídicos.

Por todo ello, la sanción de la ley especial resulta urgente e impostergable, en el marco de una sociedad que ha decidido sancionar un código de fondo basado en el principio rector de igualdad y no discriminación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **A) DOCTRINA**

ABELLÁN, Fernando (2008). Tribuna. Reproducción asistida e iglesia católica: Instrucción “Dignitas personae”. España. Disponible en <http://www.diariomedico.com/2008/12/23/area-profesional/normativa/tribuna-reproduccion-asistida-e-iglesia-catolica-la-instruccion-dignitas-personae>.

ATIENZA, Manuel (1999). “Justificar la bioética”, en Vásquez, Rodolfo, “Bioética y Derecho: Fundamentos y problemas actuales”. México: Instituto tecnológico Autónomo de México.

AZPIRI, J. O. (Julio de 2012). La Filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Revista de Derecho de Familia y Persona (N° 6), 116.

BORDA, Guillermo A. (décimoctava edición actualizada). Manual de contratos. Buenos Aires: Editorial Perrot.

BOSSERT, G. A. (2000). Manual de derecho de familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Astrea.

BOVONE, A. (22 de febrero de 1987). Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Obtenido de Congregación para la doctrina de la fe: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html)

BRODSKY, J. M. (marzo de 2015). El “nuevo” Código Civil y Comercial de la Nación y la gestación por sustitución: otra oportunidad perdida para una regulación necesaria. Revista de Derecho de Familia(N° 68), 213.

CHIAPERO, S. M. (2012). Maternidad Subrogada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Astrea.

CONGRESO MUNDIAL DE BIOÉTICA (Junio de 2000). Declaración Bioética de Gijón 2000. España (Gijón).

DWORKIN, Ronald Ariel (1984). Los derechos en serio. Barcelona.

FAMÁ, M. V. (2011). Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación. Revista de Derecho de Familia y Persona.

FAMÁ, M. V. (07 de diciembre de 2015). La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar. Revista de Derecho de Familia y Persona, 197.

FRANCESC, Abel (1989). La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas. Madrid (UPCM).

GARCIA, Diego (1991). Procedimientos de decisión en ética clínica. Madrid: Ed. Eudema.

GIL DOMÍNGUEZ, A. (11 de Julio de 2017). La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico. Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos N° 30.

GIL DOMÍNGUEZ, A. F. (2011). Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. EDIAR.

GONZÁLEZ MAGAÑA, I. (Noviembre de 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. Revista de Derecho de Familia y Persona, 181.

GROSMAN, C. P. (2009). Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.

HERRERA, M. y. (2015). Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Revista de Derecho de Familia y Persona, 295.

HERRERA, M. y. (2016). La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa. Revista de Derecho de Familia y Persona.

KEMELMAJER de CARLUCCI, A., & HERRERA, M. y. (2010). «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual». Revista de Derecho de Familia y Personas, 1 y ss.

KEMELMAJER de CARLUCCI, A., & HERRERA, M. y. (2013). Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. Revista de Derecho de Familia y Persona, 195.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., & HERRERA, M. y. (s.f.). Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación (Vol. 2). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

LAFFERRIERE, J. N. (06 de Julio de 2012). Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012. Obtenido de elDial.com.

LAMM, E. (2011). La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal. Revista de Derecho de Familia, 50.

LAMM, E. (Julio de 2012). Gestación por sustitución. *Revista para el Análisis del Derecho*, III, 1-49.

LAMM, E. (2013). Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. *Observatorio de Bioética*.

MENDEZ COSTA, María Josefa (1986). *La Filiación*. Buenos Aires: Ed. Rubizal – Culzoni.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (octubre de 2014). *Diccionario de la Lengua Española* (vigéimatercera edición).

RODRÍGUEZ ITURBURU, M. (2018). Gestación por sustitución: las cosas por su nombre, ni alquiler de vientre ni maternidad subrogada. Estado actual en la Argentina. *Diario DPI suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos* nro. 34, 21-02-2018, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/02/Iturburu-Civil-Bioetica-y-Derechos-Humanos-21.2.pdf>.

SAMBRIZZI, E. A. (2001). *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

SAMBRIZZI, E. A. (24 de Abril de 2012). Apuntes varios sobre el derecho de familia en el Anteproyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio. Obtenido de *Microjuris.com*.

SANDERS BRULETTI, Miriam Magdalena (noviembre de 2018). La maternidad subrogada en la legislación argentina: una mirada bioética. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/11/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacion-argentina-una-mirada-bioetica-2/>

SCOTTI, L. B. (Febrero de 2014). La “maternidad subrogada” en la legislación y jurisprudencia argentinas. Obtenido de *Revista digital En Letra*: <http://enletra.com/>

SOSA, G. L. (1989). El régimen internacional de la filiación y las nuevas técnicas genéticas. *Balance de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*.

SOTO LAMADRID, Miguel Á (1990). “Biogenética, filiación y delito”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Astrea.

VIEYTES, R. (2004). *Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. De las ciencias.

WAGMAISTER, A. M. (1990). Maternidad subrogada. *Revista de Derecho de Familia*(N° 3), 19

YUNI, J., & URBANO, C. (2003). *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*. Córdoba: Ed. Brujas.

## **B) LEGISLACIÓN**

Constitución de la Nación Argentina.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación.

Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Ley 26.862 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Decreto 956/2013. Reproducción médicamente asistida.

Proyectos de Ley N° 4098-D-2011, N° 5201-D-2011, N° 300-D-2013, N° 5491-D-2013; N° 5700-D-2016; N° 5759-D-2016; N° 3202-D-2017 y N° 3765-D-2017.

Biblioteca del Congreso de la Nación, <http://www.bcnbib.gov.ar/>.

Honorable Senado de la Nación Argentina, <http://www.senado.gov.ar/>.

Honorable Cámara de Diputados de la Nación, <http://www.diputados.gov.ar/>.

## **C) JURISPRUDENCIA**

«A. R., C. y otros c/ C., M. J. s/ Impugnación de Filiación» (Juzgado Nacional Civil N° 7, CABA, Argentina 15 de Junio de 2016).

«A. V. O., A. C. G. y J. J. F. s/ Medida Autosatisfactiva» (Juzgado de Familia N° 1, Mendoza, Argentina 29 de Julio de 2015).

«B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación» ( Juzgado Nacional Civil N° 8, CABA, Argentina 20 de Septiembre de 2016).

«B. J. D. y otros s/ materia a categorizar» (Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina 30 de Noviembre de 2016).

«B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario» (Juzgado de Familia de Gualeguay, Entre Ríos, Argentina 19 de Noviembre de 2013).

«Baby M.» (Corte Suprema de Nueva Jersey - Estados Unidos 03 de Febrero de 1988).

«C. M. E. y J. R. M. s/ Inscripción Nacimiento» (Juzgado Familia N° 1, Mendoza, Argentina 15 de Diciembre de 2015).

«C., F. A y otro c/ R. S., M.L.» (Juzgado Nacional Civil N° 102, CABA, Argentina 18 de Mayo de 2015).



«D. C. G y G. A. M. c/ GCBA s/ Amparo» (Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario N° 5, CABA, Argentina. 22 de Marzo de 2012).

«Dato Reservado», Expte. N.º 10178-14 (Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, Río Negro, Argentina 29 de Diciembre de 2015).

«G. G. S. y J. G. G. s/ filiación» (Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, Santa Fe, Argentina 27 de Mayo de 2016).

«H.M. y otro/a s/ Medidas Precautorias (art. 232 del CPCC)», Exp. N° LZ-62420-2015 (Juzgado de Familia N° 7, Lomas de Zamora, Argentina 30 de Diciembre de 2015).

«L.R.R. y M.H.J. c/ GCBA s/ Amparo» (Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, CABA, Argentina 11 de Enero de 2013).

«N. N. O. s/inscripción de nacimiento» (Juzgado Nacional Primera Instancia Civil N° 83, CABA, Argentina 25 de Junio de 2015).

«N.N. o DGMB s/ Inscripción de Nacimiento» (Juzgado Nacional Primera Instancia Civil N° 86, CABA, Argentina 18 de Junio de 2013).

«Reservado s/ Autorización Judicial» , Expte. N.º 0260/17/17 (Juzgado de Familia N° 5 de Viedma, Río Negro 07 de Julio de 2017).

«S. G., E. F. y G. C. E.» (Juzgado de 1ra Instancia de Distrito de Familia, San Lorenzo, Argentina 02 de Julio de 2012).

«S. P., B. B. c/ S. P., R. F. s/ Materia a categorizar» (Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno, Buenos Aires, Argentina 04 de Julio de 2016).

«S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ Impugnación de filiación» (Juzgado Nacional en lo Civil N° 81, CABA, Argentina 14 de Junio de 2017).

«Sentencia N° 826» (Sección 10 de la Audiencia Provincial de Valencia, España 23 de Noviembre de 2011).

«XXX y otra s/Autorización Judicial» (Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, Santa Fe, Argentina 02 de Diciembre de 2014).