



Universidad de Belgrano
Facultad de Abogacía

Trabajo Final de Carrera

Gestación por Sustitución, la ausencia de una legislación adecuada.

Autor: Leonardo Hereter

Matrícula: 26622

Tutor: Dr. Francisco Brischetto

Buenos Aires, 06 de Abril de 2021.

A mis padres, por regalarme una educación de excelencia.
Especialmente a mi Papá por la inspiración,
y a mi Mamá por la persistencia y la fuerza.
Además agradezco al Dr. Francisco Brischetto, por su tiempo y dedicación.

Índice

Capítulo I: Introducción	4
Capítulo II: Desarrollo	6
1. Antecedentes Históricos de la Gestación por Sustitución	6
2. La situación legislativa en Argentina	11
3. Antecedentes Jurisprudenciales	12
3.1 La gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero	17
4. Infertilidad	20
5. Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)	21
6. Gestación por sustitución	23
7. Tipos de Gestación por Sustitución	28
8. Definiciones legales	29
8.1 Proyecto de Códigos Civil y Comercial de la Nación 2012	29
8.2 Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución 2018	32
8.3 Proyecto de incorporación de la gestación por sustitución al CCyCN 2020 . 33	
9. Las prácticas y estrategias procesales en nuestro país	35
9.1 Iniciación del proceso luego del nacimiento	36
9.1.1 Impugnación de la maternidad	37
9.1.2 Medida autosatisfactiva, acción declarativa de certeza o impedir la inscripción del nacimiento del niño en cabeza de la gestante y que esta se efectúe a favor de los requirentes	38
9.2 Iniciación del proceso con el embarazo en curso	39
9.3 Iniciación del proceso previo a la transferencia del embrión	39
10. Las soluciones plasmadas en las sentencias	40
11. Breve análisis del Art 562 que incluía la figura al Anteproyecto de Códigos Civil y Comercial de la Nación 2012	43
12. La disociación de maternidades	45
12.1 Teoría de la contribución genética	46
12.2 Teoría de la preferencia de la gestante	49
12.3 Teoría de la intención	51
13. La Voluntad procreacional	55

14. Las prácticas médicas según la Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución en Argentina, CATRHA	57
15. La GS en el Derecho Comparado	62
15.1 Estados que permiten la GS medie o no una prestación económica	63
15.2 Estados que permiten la GS altruista	72
15.3 Estados cuya legislación prohíbe la GS	82
Conclusión	83
Bibliografía.....	86

Introducción

“Un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa, ni el término de un progreso”.

Damancio Vélez Sarsfield.¹

Dentro de las técnicas de reproducción medicamente asistida la gestación por sustitución pareciera ser el instituto más contradictorio. El cual, sin estar autorizado ni penado, se empieza a practicar eventualmente –y casi sin notoriedad– en nuestro país desde el 2010², abriendo camino al uso de estas prácticas, haciéndose cada vez más frecuente en nuestra sociedad.

El presente trabajo abordará un tema de suma sensibilidad que ha sido objeto de duras críticas por gran parte de la doctrina.³ Los argumentos de esta postura acusan de que se trata de contratos inmorales y que de celebrarse un convenio de esta naturaleza, sería nulo –de nulidad absoluta– por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano, suponiendo también, la explotación de la mujer.⁴

Es por eso que nos proponemos analizar con mayor profundidad –y absoluta neutralidad– esta figura que tiene antecedentes históricos remotos y que a raíz de los avances científicos y tecnológicos, se incorpora a nuestra realidad social como un método para superar la esterilidad.

¹ Alterini, Atilio Anibal. 2012, p. 7.

² Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14/04/2010, «B., M. A. c. F. C., C. R.».

³ En Argentina entre los partidarios en contra se encuentran: ZANNONI (1998, p. 533), BOSSERT et al. (1985, p. 237), RIVERA (2007, p. 414), BORDA (2008, pp. 28 y ss.), D’ANTONIO et al. (2001, p. 71), WAGMAISTER (1990, p. 20), LEVY et al. (1995, p. 440), IÑIGO et al. (1991, p. 1135), HOOFT (1999, p. 45), BASSET et al. (2011, p. 47), SAMBRIZZI (2010, La Ley on line), SAMBRIZZI (2012, p. 24)

⁴ Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012.

Pondremos en ponderación el rol de la mujer, dentro de un ambiente socioafectivo, y su derecho a formar familia en uso de las técnicas de reproducción humanas asistidas.

Examinaremos además la agenda legislativa a lo largo del tiempo, y los continuos proyectos que se pusieron en consideración, desde el intento de inclusión en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y su posterior rechazo, hasta los varios proyectos de ley específica, que se dilatan en debate y sanción.

Expondremos también, cómo la jurisprudencia ha tenido el papel principal para dar respuesta a la falta de una prohibición expresa en el cuerpo normativo vigente, estableciendo precedentes que sirven como fuente del derecho.

Además nos preocuparemos por reflexionar sobre los procedimientos de autorización judicial, las estrategias procesales para lograr su uso, las soluciones plasmadas en las sentencias y los procesos médicos de la gestación por sustitución; para empezar a debatir la ética de estas prácticas y descubrir las problemáticas que la rodean.

Asimismo intentaremos develar el interés académico, doctrinario y científico que existe por esta materia, así como sus usos en el derecho comparado, considerando los principios del derecho que se encuentran involucrados.

Estaremos preparados, recién entonces, para cuestionarnos por qué no se encuentra prohibida, así como para empezar a deliberar cuáles son las posibilidades y los impedimentos de legislar una figura tan contradictoria.

Desarrollo

“Como mujer [...] no puedo partir de que las mujeres son incapaces de consentir, pero si en algún supuesto existe vulneración de su voluntad, entonces necesitamos un marco legal para evitar estas situaciones y proteger efectivamente sus derechos”.⁵

Eleonora Lamm.

1. Antecedentes Históricos de la Gestación por Sustitución

Si bien podríamos imaginar a la GS como una figura de la modernidad y asociarla exclusivamente a los avances científicos de esta época, lo cierto es que los primeros registros de su uso datan del Antiguo Testamento.⁶ El Génesis en su libro 16 relata que Sarai, la esposa de Abram, ante su imposibilidad de lograr un embarazo, le ofrece a su marido la esclava Agar, con el fin de que le gestara un hijo.⁷

“Sarai dijo a Abram: *«Y que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos»*. Abram accedió al deseo de Sarai y en 1910 a.C. Agar dio a luz a Ismael. En este caso estamos ante el primer niño nacido por una técnica de fertilidad

⁵ Lamm, Eleonora, Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo. Microjuris. 16-nov-2018.

Cita: MJ-DOC-13769-AR | MJD13769

⁶ Es de conocimiento común que las Antiguas Escrituras son avaladas por las religiones católicas, judaicas y musulmanas.

⁷ También en lo que respecta a los hijos de Jacob y Raquel. «Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella. Así le dio a Bilha su sierva por mujer; y Jacob se llegó a ella. Y concibió Bilha, y dio a luz un hijo a Jacob. Dijo entonces Raquel: Me juzgó Dios, y también oyó mi voz, y me dio un hijo. Por tanto llamó su nombre Dan.» (Génesis 30:1-6.)

asistida, dentro de la subrogación de vientre tradicional”⁸ (en términos actuales se refiere a la *gestación por sustitución* con gametos del padre procreacional y óvulos de la madre gestante).

Más tarde, en la Mesopotamia sumeriana, esta práctica queda regulada por el Código del rey Hammurabi⁹ (1780 a.C.) disponiendo que la mujer estéril que quisiera tener hijos podía recurrirse de dar una esclava a su marido con fines de procreación, incluso abasteciendo de “garantías sociales” para las madres subrogantes que tuvieran hijos.¹⁰

Los datos del Génesis a su vez nos demuestran que, tal vez, desde una perspectiva androcéntrica, en un principio sólo se contempló la gestación por sustitución como una manera de solucionar las necesidades y los intereses del hombre en tener descendencia si su mujer tenía algún impedimento.¹¹ Ante esto, Mir Candal se cuestiona: “¿Será porque ancestralmente se le ha imputado la esterilidad a la mujer, entonces existe como una aceptación antropológica y social a esta situación como modo de que las mujeres reparen sus culpas?”.¹²

A pesar de estas citas nos abstendremos de entrar en un interrogante sobre posibles desigualdades que podrían derivar de las prácticas. Teniendo en cuenta que bajo una regulación adecuada, las mismas se usan como una herramienta para superar los impedimentos uterinos de gestar en mujeres que aún siguen produciendo óvulos,

⁸ Rodolfo Federico Escobar Enríquez. “Importancia de la Institución Jurídica de la Maternidad Subrogada, Análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al Sistema Jurídico Guatemalteco”. Tesis de Grado. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2011.
http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8881.pdf

⁹ En los artículos 144, 145, 146, 170 y 171 del Código se reglamentaban los derechos de las esclavas, concubinas e hijos. Art. 170: Si uno tuvo una primera esposa que le dio hijos, y si su esclava le dio hijos, si el padre en vida dice a los hijos de la esclava: "vosotros sois mis hijos" se los contará con los hijos de la esposa; cuando el padre haya ido a su destino, los hijos de la primera esposa y los hijos de la esclava repartirán por partes iguales; el hijo heredero nacido de la primera esposa, elegirá y tomará.
https://www.eumed.net/cursecon/economistas/textos/codigo_de_hammurabi.htm

¹⁰ Rodolfo Federico Escobar Enríquez. “Importancia de la Institución Jurídica de la Maternidad Subrogada, Análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al Sistema Jurídico Guatemalteco”. Tesis de Grado. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2011.
http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8881.pdf

¹¹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹² Mir Candal, L. “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. *Revista Redbioética/UNESCO*, vol. 1, núm. 1, julio 2010, pp. 174-188.

permitiendo dar nacimiento a un hijo con material genético propio; que de otra manera resultaría imposible. Siempre garantizando una protección suficiente en la gestante.

Más allá de estos archivos que tenemos de la antigüedad, el primer acuerdo de gestación por sustitución documentado se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, quien creó en Michigan la Surrogate Family Service Inc. Cabe resaltar que en los primeros casos de gestación por sustitución la gestante aportaba sus gametos (conocida como gestación por sustitución «tradicional») debido a que se hacía uso de la inseminación artificial.¹³

Con la aparición de la fertilización in vitro, en el año 1978 se dio paso al primer caso de gestación por sustitución “gestacional”¹⁴ reportado en el mundo ocurrió en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética.¹⁵ (Lamm, Eleonora. 2013).

“Este hecho implicó un hito en la medicina reproductiva y en el tratamiento de la infertilidad, dado que, por primera vez, fue posible medicamente que personas que padecen de infertilidad pudieran tener un hijo genéticamente propio sin que la mujer que gesta sea también «madre genética». Esto provocó un enorme incremento de los casos de gestación

¹³ Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁴ En esta práctica la gestante no aporta sus óvulos.

¹⁵ Utian, W. H., Sheehan, L., Godfarb, J., Kiwi, R. ‘Successful pregnancy after in vitro fertilization-embryo transfer from an infertile woman to a surrogate’. *New England Journal of Medicine*, núm. 313, 1985, pp. 1351-1352. En 1983 se logró el primer embarazo después de una donación de ovocitos, que terminó con un aborto durante el primer trimestre. Trounson, A., Leeton, J., Besanko, M., Wood, C., Conti, A. “Pregnancy established in an infertile patient after transfer of a donated embryo fertilised in vitro”. *British Medical Journal*, 1983, pp. 835-838. En 1984, Buster informó sobre los primeros embarazos obtenidos después de lavado uterino. Buster, J. E., Bustillo, M., Thorneycroft, I. et al. “Non-surgical transfer of in-vivo fertilized donated ova to five infertile women: Report of two pregnancies”. *Lancet*, núm. 22, 1983, pp. 2223-2244. Ese mismo año, Lütjen informó sobre el primer nacimiento de un niño con ovocitos donados, y fue pionero en el uso de la hiperestimulación ovárica controlada para la donante. Lutjen, P., Trounson, A., Leeton, J., Findlay, J., Wood, C., Renou, P. “The establishment and maintenance of pregnancy using in-vitro fertilization and embryo donation in a patient with primary ovarian failure”. *Nature*, 307, 1984, pp. 174-175. En 1985, Dellenbach comenzó con la aspiración folicular para obtener ovocitos, guiada por ultrasonido transvaginal para FIV. Dellenbach, P., Nisand, I., Moreau, L., Feger, B., Plumere, C., Gerlinger, P. “Transvaginal onography controlled follicular puncture for oocyte retrieval”. *Fertility Sterility*, núm. 44, 1985, pp. 656- 662.

por sustitución, dado que permite que una mujer incapaz de gestar tenga hijos genéticamente propios con la ayuda de otra”.¹⁶

La visibilidad pública de la GS no tardó en llegar, cuando el primer caso tomo notoriedad internacional,¹⁷ atendiendo a la problemática de las prácticas: El caso *Baby M.*¹⁸

“En el caso de *Baby M*, el señor Stern, bioquímico —ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo— convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución. A la gestante se le pagarían 10.000 dólares más gastos médicos. De conformidad con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía el niño y lo entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento. La niña nació el 27 de marzo de 1986. Los esposos Stern permitieron a la señora Whitehead permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo ella luego que no la entregaría a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de gestación por sustitución. Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante era el bienestar y el interés superior de la niña. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer de un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita”.¹⁹

Un año más tarde el primer caso de gestación por sustitución ocurrido en el mismo seno familiar tuvo lugar en Sudáfrica, cuando Pat Anthony gestó y dio a luz a sus propios nietos

¹⁶ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁷ Nota del diario El País: http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html

¹⁸ *In Re Baby M*, 537 a.2d 1227 (N.J. 1988).

¹⁹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

para su hija Karen Ferreira-Jorge.²⁰ A Karen se le había extirpado el útero. De acuerdo con la ley vigente entonces en la República de Sudáfrica *Child Status Bill*, Pat tuvo que ceder la patria potestad a favor de su hija y yerno, quienes se vieron obligados a adoptar a sus propios hijos.

Desde entonces el método se popularizó y se utilizó como un recurso de tecnología reproductiva a pesar de que su aceptación no es pacífica.²¹

A partir de la problemática planteada en el famoso caso *Baby M*, las parejas en Estados Unidos son muy cuidadosas y procuran que la gestante no aporte sus propios óvulos.

La evidencia y la jurisprudencia demuestran que las disputas y los problemas son más frecuentes en la gestación por sustitución tradicional,²² por esto es por lo que, en Estados Unidos, se estima que el 95 % de todas las gestaciones por sustitución (en el que un abogado está implicado) son *gestacionales* en lugar de *tradicionales*.²³ (Lamm 2013)

Además, como sostiene Farnós, a pesar de las mayores cargas físicas, emocionales y económicas que conlleva la fertilización in vitro frente a la inseminación artificial, la mayor incidencia práctica de la gestación por sustitución gestacional se explica porque permite establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente. Por otro lado, la inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la gestante conlleva que algunos ordenamientos la vean con mejores ojos.²⁴ (Lamm 2013).

²⁰ Diario New York Times. *South Africa Woman Gives Birth To 3 Grandchildren, and History*, 2 de Octubre de 1987. Disponible en:

<https://www.nytimes.com/1987/10/02/world/south-africa-woman-gives-birth-to-3-grandchildren-and-history.html#:~:text=A%2048%2Dyear%2Dold%20South,birth%20to%20three%20grandchildren%20today.&ext=Anthony%20was%20implanted%20with%20the,son%2Din%2Dlaw's%20sperm>.

²¹ Investigaciones muestran que las personas que practican alguna religión aceptan menos la gestación por sustitución que otras que no practican ninguna. Murphy, M., Jones, D., Hallam, Z., Martin, R., Hakin, R., Van Den Akker O. B. A. "Infertility in focus: how far would you go?". *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, núm. 20, 2002, pp. 192.

²² Uno de los casos reportados en Australia en el que hubo conflictos implicó un acuerdo de GS tradicional: *Re Evelyn* (1998) 23 Fam LR 53. También en los casos *In re Marriage of Moschetta*. 30 Cal. Rptr. 2d 893 -903 (1994); «*H.L.W. v. J.C.T.*» (2005) BCSC 1679 (Can.); *Re TT (Surrogacy)* [2011] EWHC 33 (Fam) [2011] 2 FLR 392 y en el caso *Donna (Rechtbank Utrecht*, del 26 de octubre de 2005, LJN: AU4934), la gestante aportó sus gametos.

²³ Hinson, D. S., McBrien, M. "Surrogacy Across America". *Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012, p. 32.

²⁴ Farnós Amorós, E. "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009". En: *Indret*, 1/2010, pp. 1-25. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf

2. La situación legislativa en Argentina

En nuestro país la GS no está regulada, así como tampoco hay una norma general que regule las TRHA, a pesar de que existe una práctica frecuente y en aumento.²⁵

No obstante, sí existe una norma expresa, la **Ley 26.862**, que regula el acceso integral a la reproducción humana médicamente asistida (RHMA).²⁶ “Luego de más de 30 años de práctica de este tipo de técnicas y ante el silencio legislativo en la materia, la fuerza del principio de realidad se fue abriendo camino poniendo en jaque el derecho filial tradicional centrado en la visión binaria, filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva, y nos manifestó otra manera de alcanzar el vínculo filial mediante el uso de las TRHA con una entidad, características, autonomía propia que ameritaba su incorporación a la legislación civil y comercial, como una causa fuente independiente que la hace ser un tercer tipo filial”.²⁷

No obstante la amplitud de esta ley destinada a regular la cobertura,²⁸ se considera que no se refiere ni comprende la GS. Responden únicamente a garantizar una cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo, los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida, por lo tanto, he aquí una exclusión consciente.

En contra de esta postura, Gil Domínguez sostiene que “la combinación de artículos²⁹ 2º, 7º y 8º sumado a que el Ministerio de Salud de la Nación tiene como obligación legal

²⁵ La información relativa a la frecuencia e importancia de las TRHA en Argentina y en Latinoamérica se acopian en el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA), el cual un organismo de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA), cuyas funciones son la recopilación, análisis y publicación de los procedimientos de Reproducción Asistida (RA) realizadas en los centros acreditados o afiliados a la RED.

²⁶ Término equivalente a Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

²⁷ Rodríguez Iturburu, Mariana. La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. *Revista de Medicina Reproductiva SAMER*. Vol. 30 / Nº 4 / Diciembre 2015.

²⁸ La cobertura comprende las TRHA de baja y alta complejidad, homólogas y heterólogas sin exigir demostrar infertilidad, con lo que también quedan comprendidas las parejas homosexuales y las personas solas.

²⁹ Artículo 2º.- Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

«arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso igualitario de todos los beneficiarios», trae como ineludible consecuencia que la maternidad subrogada ha quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino”.³⁰

3. Antecedentes Jurisprudenciales.

En Argentina aunque no haya una ley que regule estas prácticas, sí encontramos casos jurisprudenciales.

El primer caso en el escenario judicial fue una sentencia del 14 de Abril de 2010 de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos³¹ y pasó inadvertido tanto en la realidad como en el campo jurisprudencial.

En este caso la madre procreacional, que aportó sus óvulos, planteó la impugnación de la maternidad de la gestante, quien aparecía como madre legal en la partida de nacimiento.

Artículo 7°.- Beneficiarios. 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. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Artículo 8°.- Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

³⁰ Gil Domínguez, A., Famá, M. V., Herrera, M. “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”. Derecho de Familia y de las Personas, 20/08/2013, p. 24, y Gil Domínguez, A. “Fecundación asistida: una norma igualitaria”. Diario Clarín, 23/07/2013.

³¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14/04/2010, “B., M. A. c. F. C., C. R.”.

Exigiendo que se le reconozca la filiación con el nacido, por ser ella la titular del material genético aportado.

El juez de primera instancia desestimó la demanda en tanto negó legitimación a la actora, fundando su decisión en el antiguo art. 262 del Código Civil argentino, que disponía que la acción intentada por la madre sólo era procedente cuando alegaba sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo.

En la apelación, la actora calificó de arbitraria la resolución, por obstruir el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad objetiva. Fundó la necesidad de flexibilizar los principios procesales que rigen en una materia en la que está en juego la identidad de la persona en diversos principios constitucionales.

La cámara luego revocó esa decisión. Interpretó que en el supuesto de impugnación de maternidad previsto en el antiguo art. 261 del Código Civil -actualmente reemplazado por el artículo 588 CCyCN- prima el vínculo biológico de la filiación, el texto requiere que para impugnar la maternidad, basta con no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo, facultando para impugnar la maternidad a “todo tercero que invoque un interés legítimo” de acuerdo a “la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico” con lo cual, determinaron que quien pretende el reconocimiento de su vínculo biológico como madre impugnando el emplazamiento de quien figura como tal, no se encuentra excluida por el art. 262, norma que debía interpretarse de modo armónico con el art. 261 del mismo cuerpo legal.

Al resolver favorablemente la cuestión de la legitimación, la Alzada remitió el caso a primera instancia para que, oportunamente, dicte sentencia sobre el fondo del asunto. El pronunciamiento del tribunal de origen se dilató hasta noviembre de 2013 para finalmente hacer lugar a la impugnación y la inscripción del nacido a favor de los padres procreacionales.

En este fallo se evitó mencionar abiertamente la cuestión de la gestación por sustitución hasta el dictado de sentencia sobre la cuestión de fondo y fue caratulado como “S/ ORDINARIO”. Algo que sí sucedió desde el inicio en otro caso, que por su celeridad, en

junio de 2013 se autorizó expresamente la inscripción de una niña nacida por GS a nombre de los comitentes adelantándose a sentenciar antes que el primero³².

El segundo caso se trató de una pareja heterosexual casada que recurrió a la gestación por sustitución con la ayuda de una amiga que se ofreció de manera altruista a gestar el embrión compuesto por el material genético de ambos cónyuges. La comitente cursó dos embarazos que no llegaron a término, y al perder el segundo de ellos en el año 2010, fue necesario practicarle una intervención de complejidad que incluyó la extirpación de su útero, imposibilitando terminalmente su capacidad de gestar.

La futura gestante ya era madre de dos hijos de 18 y 21 años, y expresó a su amiga el deseo de ayudar al matrimonio. Le ofreció su vientre con el fin de que pudieran formar familia.

Cuando la niña gestada nace, se expide un certificado de nacimiento que tiene como madre a la gestante, pero no se la inscribe en el registro, de modo que la niña carece de partida de nacimiento y del correspondiente documento nacional de identidad. Ante esta situación fáctica, se interpone una acción judicial solicitando la inscripción del nacimiento de la niña nacida en una clínica privada de la Ciudad de Buenos Aires.

El 18 de Junio de 2013, la jueza interviniente hace lugar a la demanda y ordena al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas local la inscripción del nacimiento de la niña “*N. N. o B. M. D. G. M.*”, nacida el 19 de abril de 2012 como hija del matrimonio integrado por *J. L. D. G. y M. S. M.*

³² N.N. s/ inscripción de nacimiento. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil num. 86. 18 de junio de 2013. MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552. Para ampliar véase Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., Herrera, M. “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”. Cit., p. 3; Stilerman, M. N. “Maternidad subrogada. Comentario al caso «N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento»”. 28 de agosto de 2013. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>

En primer lugar, el fallo resalta que en la República Argentina no existe aún regulación legal que habilite o prohíba, en su caso, la gestación por sustitución. Consecuentemente, no está, pues, ni prohibida, ni permitida legalmente. (Lamm, Eleonora. 2013).

En segundo lugar, se argumenta que la GS está regulada en el proyecto de reforma del Código Civil de 2012. Se sostiene que “en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en el proyecto de reforma al Código Civil que de algún modo y aun cuando no se conoce si el proyecto pueda o no convertirse en ley, sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada”. Además, se resalta que recientemente se ha aprobado en el Congreso Nacional una ley que regula los alcances de la llamada reproducción médicamente asistida (ley 26862), quedando demostrado el avance legislativo en estas materias. (Lamm, Eleonora. 2013).

En tercer lugar, a los efectos de determinar la filiación a favor de los comitentes, el fallo apela a la voluntad procreacional. Sostiene que en “este supuesto, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada «*voluntad procreacional*», y esto importa, 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. Este tercero, por aplicación de las reglas referidas a la identidad filial, en particular principio «*Mater certa est*» carece de esa voluntad, por ende aun cuando correspondería, en el caso y por aplicación de los principios legales ya reseñados, derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido. [...] A los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo, se debe considerar la voluntad procreacional del matrimonio D. G. M. así como también, lo que surge de la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio que, en definitiva, es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica”. (Lamm, Eleonora. 2013).

De lo dicho se desprende que si bien el fallo determina la filiación sobre la base de la voluntad procreacional, también tiene en cuenta el aporte genético, el hecho de que ambos comitentes aportaron su material genético.

Para finalizar, el fallo entiende que determinar la filiación a favor de los comitentes es la solución “que más responde al interés superior de la nacida”. Así se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que “el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)”. (Lamm, Eleonora. 2013).

De lo dicho se desprende que si bien el fallo determina la filiación sobre la base de la voluntad procreacional, también tiene en cuenta el aporte genético, el hecho de que ambos comitentes aportaron su material genético.

Si como bien se señala en el fallo, la voluntad procreacional o el elemento volitivo es el más relevante, el determinante en términos filiales, a quién pertenece el material genético con el cual se formó el embrión no sería un dato importante para el derecho filial (aunque sí lo es para la efectividad del derecho a conocer los orígenes, cuestión que no está en discusión en la sentencia que se comenta).³³

“Para finalizar, el fallo entiende que determinar la filiación a favor de los comitentes es la solución «que más responde al interés superior de la nacida». Así se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que «el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)».

Este fallo es valioso, porque reconoce de manera acertada el vínculo filial con quienes tienen la voluntad procreacional de ser padres; al hacerlo, muestra que la gestación por sustitución no es sólo una situación que se observa en el derecho comparado, sino que también es parte de la realidad social, con mucha más frecuencia de lo que se conoce o se pueda imaginar”.³⁴

³³ Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., Herrera, M. “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”. LA LEY 11/07/2013.

³⁴ Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

El fallo pone en crisis una regla del derecho filial, hasta ahora considerada incontrastable “madre es quien da a luz, quien pare”; moviendo una barrera que hasta antes era considerada infranqueable y que aún sigue siendo sostenida en el actual Art. 562 CCyCN. Además admite que el principio puede tener una excepción y ello acontece, precisamente, cuando se trata de una gestación por sustitución, en la que la filiación se establece a favor de los padres procreacionales. Por otra parte actúa como un claro precedente para las posteriores declaraciones de inconstitucionalidad de aquel artículo.

3.1 La gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero

En la Argentina como en varios países, aquellas parejas imposibilitadas de llevar a cabo un embarazo, recurren a la GS en el extranjero para cumplir sus deseos de ser padres. Es así como en la jurisprudencia de nuestro país se encuentran casos de gestación por sustitución internacional.

Estos casos tratan cuestiones que no pueden dejarse sin amparo, porque de hacerlo se estarían violando derechos humanos que tutelan un sector vulnerable de la sociedad y que internacionalmente tienen una protección especial: los niños que nacen de este tipo de técnicas.

El primer caso resuelto en nuestro país trata de una pareja conformada por dos hombres, Alejandro y Carlos, que ya convivía desde el año 2000, y tras la sanción de la Ley 26.618 decidió contraer matrimonio. Al tiempo, a los fines de alcanzar la paternidad, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India, donde nació Tobías, su hijo.

El problema es que, como se verá con detalle luego, la India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio, por lo que, si al nacido no se le confiere la nacionalidad de los padres, adquiere el status de «apátrida».

El 28 de junio de 2011, el jefe de la Sección Consular de la embajada argentina en la India comunicó al matrimonio lo dictaminado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos respecto de los nacimientos operados bajo la figura de la gestación por sustitución. Para la Representación Consular Argentina no es posible dar curso a la inscripción de una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre, dado que ello no se ajusta al artículo 36 inciso c) de la Ley 26.413 de registro del estado civil y capacidad de las

personas, que impone que dicha inscripción debe contener el nombre y apellido de ambos padres (del padre y de la madre), salvo que se trate de un hijo extramatrimonial (hijo de madre soltera), situación en la que no se hará mención del padre (art. 38 de la Ley 26.413). El cónsul general adjunto del Consulado de Mumbai sostuvo que la única vía posible era una autorización judicial específica (esto es, una resolución judicial expedida por una juez competente de la República Argentina) que ordenara la inscripción en los registros del Estado argentino del niño nacido en la India, a efectos de otorgarle la nacionalidad argentina por opción. (Lamm, Eleonora. 2013).

Ante este complejo panorama, se presentó un recurso de amparo el 15 de diciembre de 2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores –a través de la Embajada de Argentina en la India– otorgara la documentación pertinente reconociendo la paternidad legal o copaternidad por parte de ambos integrantes del matrimonio y que el niño requiera para salir de la India. Teniendo en cuenta la voluntad procreacional de ambos, y la identidad genética con relación a uno de ellos.

El amparo judicial dio lugar a una negociación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, quien manifestó que no existían obstáculos para la expedición de la documentación solicitada, pero que como el consulado ejerce funciones delegadas por el Registro Civil de la ciudad de Buenos Aires, se requería una autorización expresa de dicho organismo. Ante esta respuesta, se solicitó una declaración de certeza administrativa. El 6 de marzo de 2012, el Registro Civil informó que el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene facultades propias —y no delegadas— para inscribir nacimientos, defunciones y matrimonios en sus consulados requeridos por argentinos nativos o naturalizados, por lo que no correspondía autorizar a dicho ministerio a efectuar los actos peticionados.³⁵ (Lamm, Eleonora. 2013).

Esta respuesta habilitaría que el niño sea inscrito sin dificultades como hijo de ambos padres. Es decir, permitiría la coparentalidad legal, en consonancia con la resolución 38/12, que instruye a la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas para que *“en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la Ley 26.618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias*

³⁵ Informe N° 0.836. DGRC-2012. Motivo: S/ declaración de certeza administrativa.

entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as” (Art. 1). (Lamm, Eleonora. 2013).

El 22 de Marzo se hace lugar al amparo incoado,³⁶ autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño de los actores ante la solicitud que formule la embajada argentina en la India a favor de ambos integrantes (hombres) de la pareja matrimonial fundado en el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el principio rector en todo asunto que involucre a personas menores de edad: el interés superior del niño. (Lamm, Eleonora. 2013).

Ahora bien, no obstante este precedente judicial, a los efectos de tener mayores garantías antes de viajar a la India, en el marco de la demanda judicial que iniciaron para allanar el camino de regreso de su hijo a Argentina, la jueza Elena Liberatori, del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, homologó el 22 de junio un acuerdo por el cual ordenó la inscripción bajo copaternidad del hijo por nacer en Nueva Delhi.³⁷ (Lamm, Eleonora. 2013).

No obstante, a pesar de haber recurrido a la justicia, una vez en la India, el consulado argentino en Nueva Delhi les ponía trabas para inscribir al bebé como hijo de ambos.³⁸ Por ello, se gestionó un acuerdo entre el subsecretario de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y el subsecretario de Asuntos Institucionales de la Cancillería, que concertaron que no habría obstáculos para inscribir a Tobías como hijo de los dos hombres, según lo establecido en el fallo judicial. Fue un acuerdo entre los dos poderes ejecutivos, el Nacional, del cual depende el consulado, y el de la Ciudad de Buenos Aires, del que depende el Registro Civil. De conformidad con esto, y atendiendo al acuerdo homologado judicialmente el 22 de junio de 2012, se resolvió ordenar a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que inscribiera la partida de nacimiento de Tobías, garantizando la copaternidad registral

³⁶ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, “D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo”. 22/03/2012.

³⁷ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, “Dermgerd, Carlos Gustavo y otros contra GCBA y otros sobre amparo”. (Art. 14 CCABA) Expte. N 44004-0. 22/06/2012.

³⁸ Alegaba, entre otras razones, que no tenían formularios *aggiornados* para anotar a dos padres, en lugar de una madre y un padre, y que un dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Cancillería demandaría una orden del Registro Civil de la ciudad para realizar la inscripción.

igualitaria, el derecho a la no discriminación por orientación sexual, el interés superior del niño, la protección integral de la familia y la voluntad procreacional ante la solicitud de la embajada de Argentina en la India. (Lamm, Eleonora. 2013).

4. Infertilidad

La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más.³⁹ Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica.⁴⁰ Se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un aproximadamente 10% de las mujeres en edad reproductiva.⁴¹

La ley 14.611 de la Provincia de Buenos Aires, regula la infertilidad, la define y toma a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA) como la solución a dicha patología.

“Artículo 2º: La infertilidad es la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa. A su vez, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo.”

Esta ley tiene por objeto *“el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral e*

³⁹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820). CIDH, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“Fecundación in vitro”). 28/11/2012.

⁴⁰ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820). CIDH, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“Fecundación in vitro”). 28/11/2012.

⁴¹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820). CIDH, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“Fecundación in vitro”). 28/11/2012.

interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como de reproducción médicamente asistida” (Art. 1°).

Y además el objetivo de “*Garantizar el mayor nivel de tratamiento médico asistencial integral dentro del ámbito de las parejas que padezcan esta patología, para la procreación de un hijo biológico*” (Art. 3°). Asegurando así, el derecho a formar familia a través de las técnicas médicamente asistidas o TRHA, con el fin de solucionar los impedimentos de esta enfermedad.

5. Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”.⁴² Entre dichas técnicas se encuentran la FIV,⁴³ la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos,⁴⁴ la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el *útero subrogado*.⁴⁵

Podemos adelantarnos a decir que el término *útero subrogado* actualmente está en desuso y que la figura está incluida como una de las TRHA. Dichas técnicas son métodos o tratamientos que utiliza la ciencia médica para combatir la esterilidad o infertilidad humanas. Constituyen métodos asistenciales que favorecen a la reproducción de nuestra

⁴² Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2821). CIDH, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“Fecundación in vitro”). 28/11/2012.

⁴³ Fecundación in vitro. (Nota del autor).

⁴⁴ Célula reproductora masculina o femenina de un ser vivo (en plural).

⁴⁵ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820). CIDH, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“Fecundación in vitro”). 28/11/2012.

especie, y garantizan el derecho a formar familia, a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, de acuerdo al principio de igualdad y de no discriminación.⁴⁶

En nuestra legislación la Ley 26.862 promulgada el 25 de Junio de 2013, de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, define las TRHA:

“Artículo 2: Definición. (...) se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones”.

Las técnicas de *baja complejidad* son aquellas en que favorecen la fecundación natural y comprenden las relaciones sexuales programadas, la inseminación cervical y la intrauterina. La última consiste en la inserción de gametos capacitados dentro del útero en sincronización con la ovulación natural de la mujer.

Las de *alta complejidad*, en cambio reemplazan la fecundación natural por una *in vitro*, en un laboratorio de embriología. Dentro de las cuáles podemos encontrar la Fertilización In Vitro (FIV), la Transferencia de Embriones (TE) y la Inyección Intracitoplasmática del Espermatozoide (ICSI) entre otras.

La ley 26.862 tiene por objeto *“garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”*,⁴⁷ pero es clara al omitir la figura de gestación por sustitución. Esto incluso teniendo en cuenta que el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la

⁴⁶ “El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Sentencia, en la cual desestimó las excepciones preliminares interpuesta por el Estado de Costa Rica. Asimismo, la Corte declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH”. CIDH, resumen oficial de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“Fecundación in vitro”). 28/11/2012. Página 1.

⁴⁷ Artículo 1°.- Objeto. Ley 26.862. 2013.

Nación⁴⁸ preveía la figura hasta que fueron eliminadas en fecha 20 de noviembre de 2013 mediante un dictamen de la Comisión Bicameral creada al efecto, y que poseía el proyecto de reforma bajo análisis, obteniendo finalmente media sanción en la Cámara de Senadores el día 28 del mismo mes,⁴⁹ cuestión que analizaremos ut infra con mayor profundidad.

De esta manera quedan comprendidas y definidas las TRHA, garantizado el derecho de acceso a las mismas y determinada la autoridad de aplicación,⁵⁰ que va a estar bajo el cargo del Ministerio de Salud de la Nación, creándose en el ámbito de dicho órgano un registro de los establecimientos sanitarios habilitados para éstas prácticas, incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.⁵¹ Se establecen además las funciones de la autoridad de aplicación,⁵² los beneficiarios⁵³ y la cobertura por parte del sector público de la nación, las obras sociales y los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos.⁵⁴

6. Gestación por sustitución

En balance con la intención de regular e incluir la figura de gestación por sustitución (en adelante, GS), el anteproyecto de reforma del CCyCN lo trataba de manera expresa en el

⁴⁸ En Argentina, el 23 de febrero de 2011, mediante el Decreto 191/2011 (B.O. 28/02/11), se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Esta comisión se integró por los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes, en marzo de 2012, elevaron al poder ejecutivo nacional un proyecto de ley de Reforma, Actualización y Unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación, que por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional ingresó el 8 de junio en la Cámara de Senadores, con número de expediente 884-PE-2012. (Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.) Habiéndose creado una comisión especial para analizar y considerar la inclusión de la gestación por sustitución.

⁴⁹ Ditieri, M.; Cortese, G.B. y González Demaría, Y. G. "Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem". Los efectos de su omisión. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018. Nº 18. (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial) Págs 62-81 ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

⁵⁰ Artículo 3°. Ley 26.862.

⁵¹ Artículo 4°. Ley 26.862.

⁵² Artículo 6°. Ley 26.862.

⁵³ Artículo 7°. Ley 26.862.

⁵⁴ Artículo 8°. Ley 26.862.

artículo 562 el cual fue descartado mediante dictamen (ver ut supra). Actualmente un proyecto⁵⁵ que se encuentra en debate para su incorporación al CCyCN convive en conjunto con un proyecto de ley específica.⁵⁶ Ambos nos otorgan una definición ajustada de la GS con una adecuada apreciación del avance científico y práctico de la práctica, como veremos más adelante.

Si bien en la doctrina se encuentran numerosos conceptos de gestación por sustitución, dadas las variantes que puede presentar esta figura, nos limitaremos a exponer aquellos que consideramos más significativos.

Dentro de las primeras definiciones que parecieran ser acertadas teniendo en cuenta los procedimientos jurídicos, sociales y científicos de esta práctica, encontramos la definición brindada por Brazier, para quien la gestación por sustitución es *“la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer”*.⁵⁷ Así como el Informe Warnock de Reino Unido, que ha definido a la gestación por sustitución como *“la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”*.⁵⁸

El Comité Consultivo de Bioética de Francia distingue dos perspectivas y sostiene que *“desde un punto de vista humano, consiste en la transferencia del niño de la familia de la mujer que da a luz a los padres comitentes, y desde un punto de vista jurídico, consiste en una transferencia de derechos y responsabilidades respecto del niño”*.⁵⁹

La Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida es un equipo multidisciplinario independiente y ad honorem, cuyo objeto es el asesoramiento en la aplicación e implementación de un programa integral de TRHA en el Sistema de Salud en nuestro país a partir del contexto legislativo actual y futuro⁶⁰, dentro de este programa nos

⁵⁵ Proyecto de incorporación de la gestación por sustitución al CCyCN. Expediente N° 3524-D-2020. Presentado el 15/07/2020.

⁵⁶ Proyecto de Ley N° de Expediente S-1429-2020

⁵⁷ Brazier, M., Campbell, A., Golombok, S. Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation (Cm. 4068). Department of Health, Londres, 1998.

⁵⁸ Informe Warnock (1984) sobre fertilización humana y embriología.

⁵⁹ Comité Consultatif de Bioethique. Avis n.º 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui (mères porteuses). Ministère de la Santé publique et des Pensions, Bélgica, 2004, p. 4.

⁶⁰ Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de Técnicas de Reproducción

acercan una guía de buenas prácticas donde dan una descripción que consideramos pertinente por su claridad y detalle de la figura, para ellos “*La gestación por sustitución (GS) es una técnica de reproducción humana médicamente asistida (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 GS tiene vínculos jurídicos de filiación con el/los comitente/s*”.⁶¹

Similarmente Eleonora Lamm⁶² entiende que “*la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, **acuerda con otra persona**, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente*”.⁶³ Y luego ahonda en una observación muy precisa sobre la terminología de la GS dentro de la realidad médica y jurídica de la práctica, expresando que “La gestación por sustitución es generalmente conocida con la expresión maternidad subrogada, aunque se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro,

Humana Asistida en el Sistema de Salud Argentino. Pág 1, 2015. <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Recomendaciones-y-gu%C3%ADas-para-la-implementaci%C3%B3n-de-un-programa-integral-de-T%C3%A9cnicas-de-Reproducci%C3%B3n-Humana-Asistida-en-el-Sistema-de-Salud-Argentino.pdf>

⁶¹ Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución en Argentina. Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Asistida, CATRHA. Agosto 2017.

⁶² Integrante de la Comisión de Bioética para la reforma del CCyCN. Subdirectora de Derechos Humanos, Suprema Corte de justicia de Mendoza. Investigadora del CONICET. Ph.D. Doctora en Derecho y Bioética por la Universidad de Barcelona (UB). Máster en Bioética y Derecho (UB). Máster en Derecho de Familia (UB). Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UNCuyo. Miembro del Comité Nacional de ética en la Ciencia y la tecnología. Coordinadora del doctorado en derecho de las familias, Universidad de Mendoza. Co Directora de la Diplomatura en Violencias de géneros. Jueza en el Tribunal Internacional Monsanto. Consultora de Bioética y Derecho, Universidad Abierta de Cataluña. Tutora del Master de Bioética y Derecho, UB. Miembro del Observatorio de Bioética de la UB. Miembro de la Red Bioética UNESCO. Designada para elaborar el reporte relativo a Latinoamérica del proyecto “sobre gestación por sustitución internacional” de la Universidad de Aberdeen, Escocia para la Convención internacional de La Haya.

⁶³ Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros”.⁶⁴

Afirmando que “La evolución de la figura y la distinción entre distintas situaciones ha permitido advertir que la expresión subrogación no es jurídicamente correcta por no englobarlas a todas. Según el diccionario de la Real Academia Española, subrogar es «sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra», por lo que hoy se identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término sustitución para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo [...] Además, la gestante no es la madre, por lo que la palabra «maternidad» no es la adecuada. La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto [...] En definitiva, es incorrecto hablar de «maternidad subrogada»; la maternidad es un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación”.⁶⁵

Cuando nos ocupemos con mayor profundidad de la etimología de la práctica de la GS y observemos más a fondo los procedimientos y antecedentes de los usos, podremos entender mejor cuáles son sus fines y la terminología elegida para proyectar una posible regulación.

Podemos ver que “En España, además de ser la terminología adoptada por la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), la denominación «*gestación de sustitución*» fue también la que acuñó la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios)”.

⁶⁴ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

⁶⁵ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

En Argentina el Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, iniciado por decreto el 23 de febrero de 2011, fue el primero de los tres proyectos nacionales en tratar el tema utilizando la expresión *gestación por sustitución*.

La doctrina mayoritaria que se encuentra a favor de la regulación de las prácticas pareciera convenir en señalar algunas precisiones, con el fin de entender mejor de qué hablamos cuando hablamos de GS:

“La GS –en tanto procedimiento reconocido por la OMS– permite que aquellas personas que quieren formar una familia y no pueden hacerlo por su imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud (infertilidad) o social (infertilidad estructural), no vean cercenados sus derechos a la paternidad/maternidad y el mencionado derecho a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud y con el derecho de asirse de los avances científicos, reconocidos por nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna). “No hay ninguna norma en la Constitución o en los IIDH que inhiba la gestación por sustitución. Al contrario, el principio pro persona expande la gestación por sustitución en base “a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH) en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme art. 17 de la CADD”.⁶⁶

⁶⁶ Gil Domínguez, Andrés, “*La Gestación por Sustitución como derecho fundamental y derecho humano*”, en DFyP 2015 –diciembre–, 237.

7. Tipos de Gestación por Sustitución

Teniendo en cuenta la **procedencia de los óvulos** o el aporte genético utilizados durante el tratamiento, se pueden distinguir dos tipos de GS. Así, según el caso, vamos a hablar de GS *completa* o *total* y de GS *parcial* o *tradicional*.⁶⁷

- **Gestación subrogada tradicional o parcial:** La gestante aporta los óvulos. Es decir que es la madre biológica además de ser la gestante. Actualmente en desuso.

- **Gestación subrogada completa o total:** La gestante aporta la capacidad gestacional del útero y no tiene vínculo genético con el nacido, además renuncia al vínculo filial. Se puede subdividir en tres clases: 1) Se utilizan gametos de ambos padres: óvulo y espermatozoides son aportados por los padres intencionales; 2) Los dos gametos (óvulo y espermatozoide) proceden de donante o se recurre a embriones donados; 3) Un progenitor proporciona uno de los gametos mientras el otro proviene de donación.

La GS *total* utiliza el procedimiento de la TRHA fertilización in vitro, sea la FIV o la ICSI, y luego la transferencia de embriones (TE).

Teniendo en cuenta la **gratuidad u onerosidad** del acuerdo con la gestante:

- **Gestación por sustitución altruista:** es aquella que se realiza sin una motivación económica por parte de la mujer gestante. No admite el pago de una retribución económica a la gestante, pero sí una compensación por gastos y daños asimilable a una indemnización reparatoria.

- **Gestación por sustitución onerosa:** se realiza un pago de una retribución económica a la gestante, que excede los gastos ocasionados y las molestias sufridas. La gestante cobra un monto de dinero por brindar su capacidad de gestar.

⁶⁷ Desarrollado a partir de: <https://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/67-maternidad-subrogada-tipos> y <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/#desde-un-punto-de-vista-genetico>

Teniendo en cuenta el **vínculo** de los padres procreacionales⁶⁸ con la gestante

- **Gestación por sustitución sin lazos afectivos con los progenitores:** La mujer gestante es una tercera persona que ofrece su capacidad de gestar (generalmente de manera onerosa) sin existir ningún tipo de afinidad con los padres comitentes.

- **Gestación por sustitución con lazos afectivos entre la gestante y los progenitores:** La gestante posee lazos consanguíneos o de afinidad con los padres procreacionales. Esta relación puede plantearse entre coetáneos (hermanas, primas o familiares de la misma generación), o entre generaciones (de madre a hija, o viceversa).

Desde el punto de vista biológico o médico es irrelevante en cuanto a los resultados de la técnica de reproducción o la tasa de éxito. Los aspectos técnicos son independientes de la relación existente entre los padres y la gestante. Aunque las principales preocupaciones surgen en la GS entre familiares se tornan relevantes ante la posibilidad de coacción moral entre familiares, o el desconcierto relacional (confusión de roles familiares) para el recién nacido.

8. Definiciones legales

Dentro de las definiciones legales podemos encontrar tres que valdrán la pena analizar para apreciar la evolución de las intenciones legislativas, para ello seguiremos un orden cronológico. Dejaremos de lado algunos otros proyectos que aun habiendo tratado el tema, no han llegado a tener trascendencia.⁶⁹

8.1 Proyecto de Códigos Civil y Comercial de la Nación 2012

Mediante el Decreto 191/2011 se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

⁶⁸ También llamados comitentes. (Nota del Autor).

⁶⁹ Proyecto de Ley N° de Expediente 5700-D-2016, Proyecto de Ley N° de Expediente 5759-D-2016, Proyecto de Ley N° de Expediente 3765-D-2017, entre otros.

En marzo de 2012, esta comisión elevó al poder ejecutivo nacional un proyecto de Código Civil y del Código de Comercio de la Nación, que por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional ingresó el 8 de junio a la Cámara de Senadores con número de expediente 884-PE-2012, con el fin de que sea analizado por los legisladores.

Además se crearon treinta subcomisiones integradas por tres o cuatro juristas con el propósito de colaborar con la redacción del proyecto. La redacción del articulado relativo a la gestación por sustitución estuvo a cargo de la Subcomisión de Bioética y la Subcomisión de Familia, que preveía la inclusión de la figura que nos convoca⁷⁰ dentro de los siguientes alcances:

*“**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.*

⁷⁰ Además incluía la figura de la filiación pos mortem, otra temática dentro de las TRHA. (Nota del autor).

Los centros de salud no pueden proceder 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”.⁷¹

El Anteproyecto seguía la postura reguladora, en primer lugar, por la fuerza de la realidad, en ese sentido se entiende que es más beneficioso para la comunidad contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas. En este aspecto ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición.

Además “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”,⁷² en correspondencia con los fundamentos antes nombrados de la CIDH.⁷³

⁷¹ Ditieri, M.; Cortese, G.B. y González Demaría, Y. G. “Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem”. Los efectos de su omisión. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018. Nº 18. (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial) Págs 62-81 ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

⁷² Ditieri, M.; Cortese, G.B. y González Demaría, Y. G. “Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem”. Los efectos de su omisión. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018. Nº 18. (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial) Págs 62-81 ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

⁷³ En 1997, el poder ejecutivo de Costa Rica reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV); en el año 2000, el decreto del ejecutivo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de ese país; ese tribunal consideró que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. El resultado de esa decisión judicial fue la prohibición de la práctica. En 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La comisión sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, tras tres prórrogas, el 29/07/2011, la comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica; dijo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, compulsado el 26/08/2013.

Ahora bien, como antes se señaló, dicha disposición fue eliminada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. El dictamen de la Comisión Bicameral sostuvo que: *“...La gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma”* (Honorable Congreso de la Nación, 2012).⁷⁴

A raíz de dicha eliminación nos encontramos con el actual Artículo 562 CCyCN que establece que los nacidos son hijos de quien dio a luz, eliminando la posibilidad de ampliar las TRHA a la GS.

8.2 Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución 2018⁷⁵

En continuidad con la definición que nos han dado Eleonora Lamm y CATRHA, el proyecto de ley específica define la GS en su *“Artículo 3° - Concepto y sujetos. La gestación por sustitución es un procedimiento de técnicas de reproducción humana médicamente asistida a través del cual una persona, denominada «gestante» lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga únicamente vínculos de filiación con una persona o pareja, denominada «padres procreacionales» y sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la «gestante»”*.⁷⁶

Luego agrega de qué manera se establece ese vínculo de filiación, en su Capítulo III, titulado Procedimiento de la Gestación por Sustitución, que reza:

*“Artículo 12.- **Acuerdo** de gestación por sustitución. Es el documento legal por medio del cual la gestante y los padres procreacionales **convienen** llevar a cabo el procedimiento de gestación por sustitución con el centro médico autorizado, manifestando expresamente que **consienten** el vínculo jurídico de filiación que se establece entre los padres*

⁷⁴ Ditieri, M.; Cortese, G.B. y González Demaría, Y. G. “Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem”. Los efectos de su omisión. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018. Nº 18. (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial) Págs 62-81 ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

⁷⁵ Proyecto de ley 825/18, presentado por el Senador Julio Cobos ante la Honorable Cámara de Senadores en 2018. Actualmente Proyecto de Ley Nº de Expediente S-1429-2020.

⁷⁶ Proyecto de Ley Nº de Expediente S-1429-2020

*procreacionales y la persona nacida como consecuencia del procedimiento de gestación por sustitución, y que la gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestará y dará a luz”.*⁷⁷

8.3 Proyecto de incorporación de la gestación por sustitución al CCyCN 2020

Este proyecto, en concordancia con el proyecto de ley específica de GS (ut supra) plantea el vínculo filial y define:

“Artículo 4°. Incorpórese el art. 562 bis al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto:

*Determinación de la filiación en la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución. La gestación por sustitución constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona denominada gestante, **sin ánimo de lucro**, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja, pretensu/s progenitores, **con quien/es la gestante posee lazos afectivos**. Este procedimiento debe ser autorizado por autoridad judicial de conformidad con las pautas que se establecen en el artículo siguiente, de lo contrario, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.*⁷⁸

Además manifiesta en sus fundamentos que se pretende “regular un conflicto sociojurídico que cada vez tiene mayor incidencia cuantitativa en la realidad social [...] que obliga a la justicia a tener que intervenir con la consecuente inseguridad jurídica que genera en un ámbito tan sensible como lo es la filiación de las personas que nacen por esta vía” y que “La Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) a la Gestación por Sustitución (GS)”.⁷⁹

De todos modos debemos resaltar que los tres proyectos (puntos 5.1, 5.2 y 5.3) esconden dos conceptos similares, pero en realidad aportan dos regulaciones diferentes para la misma figura:

⁷⁷ Proyecto de Ley N° de Expediente S-1429-2020

⁷⁸ Proyecto de incorporación de la gestación por sustitución al CCyCN. N° de Expediente 3524-D-2020.

⁷⁹ *Ibidem*

El segundo proyecto –Artículo 12 de la ley específica– en concordancia con la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida regula la técnica de manera amplia, a través de un convenio que puede ser oneroso y se elabora a partir de la autonomía de la voluntad (basado en el consentimiento informado) y bajo un procedimiento reglado, con el fin de proteger y evitar el abuso de las partes.

El primero y el tercero –Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial y el de Incorporación del artículo 562 bis al CCyCN– lo regula de manera restringida, exige que sea altruista y con un lazo afectivo entre la gestante y los padres procreacionales, se instrumenta con un acuerdo gratuito y solidario (con una posible indemnización reparatoria) que se asemeja a la donación de sangre o a la de órganos. Pareciera ser una figura prohibida por el orden público, que ante un acto de altruismo con un sentido gregario configura el permiso que da excepción a la regla.

Al margen de dicha diferencia regulatoria ambos proyectos concuerdan en que la filiación se determina por la voluntad: El Artículo 3º, segundo párrafo, del proyecto de ley específica establece que *“se entiende por «padres procreacionales» a quienes tienen la voluntad procreacional, independientemente del aporte genético”*⁸⁰. Y el Artículo 3º que pretende reemplazar el Artículo 562 del CCyCN sienta que *“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quién o quiénes prestan su voluntad procreacional manifestada en el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”*.⁸¹

En ese aspecto todos los proyectos de inserción de la figura de GS se encuentran en armonía con aquellas normas que garantizan y aseguran el acceso a las técnicas médicas y científicas para superar el impedimento patológico de la esterilidad y acceder al derecho a formar familia biológica. Aunque colisionan de manera directa con el actual Artículo 562 CCyCN que fija que *“Los nacidos [...] son hijos de los que dan a luz”*, resaltando que madre es la que puja, la que da nacimiento a través del canal de parto. Este principio basado en

⁸⁰ Proyecto de Ley N° de Expediente S-1429-2020

⁸¹ Proyecto de incorporación de la gestación por sustitución al CCyCN. N° de Expediente 3524-D-2020.

el aforismo del derecho romano “*mater semper certa est*” es, como iremos viendo más adelante el mayor obstáculo para la regulación.

9. Las prácticas y estrategias procesales en nuestro país

Hasta el año 2020 existían “52 sentencias, ellas corresponden a un total de 47 casos, ya que algún proceso judicial involucra más de una sentencia sobre el mismo caso. Por otra parte, es dable destacar que en un 38% de los casos judicializados la relación entre la gestante y las personas que pretenden ser padres es de parentesco (hermanas, cuñadas, madres, sobrina, etc.); un 38% la gestante es una amiga íntima tal como surge de las pruebas arrimadas en los procesos, es decir, una cercanía fácilmente comprobable y sólo en el 24% restante la gestante es una “conocida”, lo cual se podría presumir que se trata de alguien que no tiene un fuerte vínculo o lazo afectivo con quienes pretenden ser progenitores mediante esta figura. De este modo, en el 76% de los casos planteados en la justicia, la relación afectiva está comprobada y, por lo tanto, existe una fuerte presunción de ser o tratarse de una gestación por sustitución altruista”.⁸²

Por otra parte, es dable destacar que del total de 47 casos planteados, 26 fueron peticiones de autorización judicial previa,⁸³ precisamente, la modalidad que propone y regula el proyecto de incorporación de la GS al CCyCN de 2020.

Estas cifras demuestran que a pesar del silencio legal, las prácticas de GS realizadas en argentina no se consideran prohibidas por los tribunales. Ante la situación de incertidumbre jurídica y para evitar los abusos de las partes, los procedimientos se realizan mediante autorización judicial incluso desde antes de la eliminación de la figura del anteproyecto de unificación del Código Civil con el Código Comercial, que nombramos ut supra. Fue en aquel momento cuando la doctrina y los juristas se cuestionaron sobre la prohibición o la permisión de la GS.

⁸² Proyecto de incorporación de la gestación por sustitución al CCyCN, 2020. N° de Expediente 3524-D-2020. Fundamentos, pág 13.

⁸³ Proyecto de incorporación de la gestación por sustitución al CCyCN, 2020. N° de Expediente 3524-D-2020. Fundamentos, pág 13.

“Dichos cuestionamientos tuvieron una pronta respuesta desde la academia, poco después de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial [...], a partir de las conclusiones arribadas en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en octubre del año 2015. Allí la Comisión N° 6 sobre Familia: “Identidad y filiación” resolvió por unanimidad que: «*Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida*»⁸⁴.

Además 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 GS llevadas a cabo en el extranjero.⁸⁵ (Ditieri, M.; Cortese, G.B. y González Demaría, Y. G. 2018)

Las estrategias procesales para la autorización judicial pueden variar de acuerdo al momento de ser solicitadas, por eso se pueden iniciar de tres maneras diferentes⁸⁶: a) Iniciación del proceso luego del nacimiento; b) Iniciación del proceso con el embarazo en curso; y c) Iniciación del proceso previo a la transferencia del embrión.

9.1 Iniciación del proceso luego del nacimiento⁸⁷

Una vez que el/la niño/a ya nació, los/as interesados/as han utilizado distintas estrategias, entre ellas: iniciar una acción de impugnación de maternidad; plantear una

⁸⁴ Ditieri, M.; Cortese, G.B. y González Demaría, Y. G. Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión. *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs. 62-81 ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

⁸⁵ Artículo 2634 CCyCN: Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

⁸⁶ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. RCCyC 2019 (diciembre), 05/12/2019, Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

⁸⁷ Esta estrategia se llevó adelante —entre otros— en los siguientes casos: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, "B., M. A. c. F. C., C. R.", 14/04/2010, cita online: AR/JUR/75333/2010.;

acción declarativa de certeza, una medida autosatisfactiva o simplemente, impedir la inscripción de nacimiento del/la niño/a y solicitarla a nombre de los/as peticionantes o requirentes.⁸⁸

Estas estrategias fueron –mayormente– utilizadas en los primeros casos que se ventilaron en nuestros tribunales (ver ut supra 3. Antecedentes Judiciales).

9.1.1 Impugnación de la maternidad

En este procedimiento se busca impugnar la maternidad de la gestante por no ser la “*madre biológica*” y luego reclamar el emplazamiento de los requirentes con carga genética.

“Consiste en llevar adelante una de las acciones de filiación establecidas en el capítulo de la filiación por naturaleza pero en el marco de una filiación por TRHA. Aquí, se requerirá que el examen de ADN coincida con los requirentes y no con la persona gestante”.⁸⁹

Esto genera un problema principal: se aplican normas a las TRHA basadas en el contenido genético pasando por alto la *voluntad procreacional*. Sin poder dar una solución a los casos en que el ADN del nacido no coincide con el de sus progenitores.

“Esta estrategia genera consecuencias negativas en quienes nacieron. Existe una violación del derecho legal de la filiación y de la identidad, en cuanto el DNI y partida de nacimiento del/la niño/a nacido/a, no se corresponde con su realidad familiar, sino que aparece inscripto como hijo/a de alguien que efectivamente no es su progenitor/a, sino que solo actuó como gestante. Esto vulnera el vínculo filial y se pierde la celeridad en la determinación de esta. Y por otro, no permite determinar la filiación respecto de la requirente

Juzgado de Familia de Gualaguay, "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario", 19/11/2013. Cita online: AR/JUR/89976/2013; Juzgado Nacional en lo Civil N.º 102, "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad", cita online: AR/JUR/12711/2015.

⁸⁸ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. RCCyC 2019 (diciembre), 05/12/2019, Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

⁸⁹ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

sino hasta luego de la sentencia que así lo reconoce, y esto genera que durante lo que dure el proceso —que podrían ser largos meses o años— el vínculo sea falso”.⁹⁰

9.1.2 Medida autosatisfactiva,⁹¹ acción declarativa de certeza⁹² o impedir la inscripción del nacimiento del niño en cabeza de la gestante y que esta se efectúe a favor de los requirentes⁹³

“En el primer supuesto, los requirentes solicitaron, como medida cautelar, que se ordene al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que, hasta tanto se resuelvan las actuaciones, no inscriba de oficio al niño y, como medida autosatisfactiva de fondo, que se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño como hijo del matrimonio.

En el segundo, al producirse el nacimiento de los niños, debido a que ya habían sido inscriptos, se ordenó la inmovilización de las actas de nacimiento y la inscripción en nuevas actas donde los niños figuren como hijos de quienes habían expresado su voluntad de ser padres. Es por ello que los requirentes solicitaron judicialmente que se los inscriba y se emitan, de manera correcta, los respectivos documentos de identidad, como hijos suyos.

La última estrategia consiste en no inscribir al niño nacido mediante el uso de la GS hasta tanto se pueda determinar la filiación a favor de los requirentes.

Todas ellas, generan otro tipo de consecuencias aunque también todas negativas. Es que el/la niño/a reside efectivamente con quienes son sus progenitores, pero no tiene acreditado el vínculo jurídico con ellos, no tiene partida de nacimiento ni DNI y esto produce la violación del derecho humano a estar inmediatamente inscripto, a tener un vínculo filial,

⁹⁰ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

⁹¹ Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, "A. V. O., A. c. G. Y J. J. F.", 29/07/2015, cita online: AR/JUR/28597/2015.

⁹² Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. por inscrip. nacimiento", 15/12/2015, cita online: AR/JUR/58729/2015.

⁹³ Así se procedió en los siguientes casos: Juzgado Nacional en lo Civil N.º 86, "N. N. o D. G. M. B. s/ inscripción de nacimiento", Microjuris: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401; Juzg. Nac. Civ. N.º 83, "N. N. O. s/ inscripción de nacimiento", 30/06/2015, en <http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/>, compulsado el 07/02/2017.

a la identidad, y con ello, su derecho a la salud, a la vida privada y familiar, a la educación, entre muchos otros".⁹⁴

9.2 Iniciación del proceso con el embarazo en curso

"En este tipo de casos, las partes peticionaron, con carácter urgente, la autorización judicial para que, al momento del nacimiento de la niña, se efectúe su inscripción ante el Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, ya mencionando el prenombre seleccionado y con los apellidos de quienes tienen la voluntad procreacional, mas no de la gestante".⁹⁵

9.3 Iniciación del proceso previo a la transferencia del embrión

En estos casos, siguiendo la línea de lo que se quiso regular en el Código Civil y Comercial, se planteó como procesos de autorización judicial⁹⁶ o como homologación de convenio.⁹⁷

En el primer supuesto, todas las partes solicitaron al juez que se les permita iniciar el procedimiento médico para que una vez transferido el embrión a la gestante, el nacido sea inscripto directamente a nombre de los requirentes, todo ello en beneficio de interés del niño evitando los efectos negativos que se enumeraron en los casos en que se plantearon después del nacimiento.

"En el segundo caso, se presentaron ante la justicia los convenios suscriptos entre quienes tienen la voluntad procreacional y quien gestará al/la hijo/a de los primeros para que homologados estos, se comience en el centro de salud elegido el tratamiento correspondiente, con el mismo objetivo que el anterior: una vez producido el nacimiento, el/la niño/a nacido/a sea inscripto como hijo/a de los primeros.

⁹⁴ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

⁹⁵ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

⁹⁶ Juzgado de Familia N.º 6 de San Isidro, "S., M. J. y otro s/ autorización judicial", inédito.

⁹⁷ Juzgado de Familia N.º 2 de Córdoba, "R., L. S. y otros - solicita homologación", 22/11/2017, inédito.

En definitiva, nada negativo ocurre si la autorización judicial se otorga previamente a la transferencia del embrión en el cuerpo de la persona gestante, ya que antes de comenzar el procedimiento de GS ya se tendrán reglas claras que hacen al debido vínculo jurídico con sus progenitores, a la identidad del/la niño/niña que nacerá y con ello, todos sus derechos humanos garantizados. Sin duda alguna, esta es la mejor estrategia y así debería regularse la figura”.⁹⁸

Fue este el sistema consagrado en el anteproyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial de 2012 que al requerir una intervención judicial previa, impide que los médicos puedan proceder a la transferencia sin autorización judicial. “De esta manera, se asegura el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo”.⁹⁹

10. Las soluciones plasmadas en las sentencias

Como vimos, se tuvieron que elaborar distintas estrategias judiciales para que la determinación de la filiación del nacido quede a favor de los padres procreacionales.

Dentro de esta realidad jurídica, dadas la ausencia de normas específicas que regulan la GS, los jueces tienen que fundar sus razones para hacer lugar a los pedidos, cualquiera haya sido la forma en que se haya planteado, “cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con el o los comitentes”.¹⁰⁰

Frente a la variedad de opciones, y dadas las circunstancias, la forma de resolver estos casos se da a través del actual art. 562 del CCyCN, referido a la voluntad procreacional, el cual, con el objetivo de recordar, declara: "*Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de*

⁹⁸ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

⁹⁹ Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁰⁰ Rodríguez Iturburu, Mariana. Aspectos Medulares de la Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Derecho Argentino. BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 2/2016.

la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, **con independencia de quién haya aportado los gametos**".

"La solución que más se ajusta a la realidad es declarar inconstitucional el citado artículo, –en cuanto a que determina que «quien da a luz» es progenitor/a del/la niño/a que nació producto de esta TRHA–, basándose en argumentos constitucionales-convencionales".¹⁰¹

Si bien se sabe que "la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de ultima ratio que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, lo cierto es que la claridad meridional del art. 562 del CCyCN es tal que resulta dificultoso compatibilizarla con el ordenamiento jurídico sistémico, es decir, de acuerdo con las fuentes de interpretación previstas en el título preliminar, en particular, con los tratados de derechos humanos, sin tachar su letra de constitucional".¹⁰²

"La revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad".¹⁰³

Además, "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".¹⁰⁴

Es así como lo sostuvo una de las juezas que optó por esta medida declarando que el Art. 562 "es inconstitucional y anticonvencional, en este caso concreto, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su **voluntad procreacional** mediante

¹⁰¹ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

¹⁰² De La Torre, Natalia. *La gestación por sustitución "hecha en casa": el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo*, en RDF, 2017-I, Ed. Abeledo Perrot, febrero de 2017, p. 134.

¹⁰³ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

¹⁰⁴ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, lo que implica que de no declararse la inconstitucionalidad de la norma –atento su imposible compatibilización con el ordenamiento jurídico de acuerdo con una interpretación literal, teleológica y sistémica, como lo establece en el articulado del Título Preliminar del Código de fondo, y atento que no puede obviarse la relevancia del artículo por formar parte de las reglas generales en materia de TRHA–, la niña por nacer habría de ser inscripta como hija de su tía (que además será su madrina), hermana de sus primas y primo, y sobrina de sus padres, lo que resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción, máxime cuanto las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial (arts. 75, incs. 22 y 23 de la CN; 1º y 2º, Convención Americana de Derechos Humanos)".¹⁰⁵

“Ahora bien, cabe poner de resalto que, para algunos autores, la declaración de inconstitucionalidad de la mencionada norma, no haría falta, porque –para esa corriente– con la interpretación y el dinamismo de los arts. 1º y 2º del CCyCN¹⁰⁶, llegaríamos al mismo resultado”.¹⁰⁷ Dentro de esta postura argumentan que de acuerdo al modelo constitucional y convencional de derecho será preferible resolver apelando a un diálogo entre fuentes¹⁰⁸ y a la interpretación de las normas¹⁰⁹, sin que sea necesario recurrir a lo que la Corte ha definido como “*la ultima ratio*”.

¹⁰⁵ Juzgado Familia N.º 7, Lomas de Zamora, "B. J. D. y otros s/ materia a categorizar", 30/11/2016, cita online: AR/JUR/85614/2016.

¹⁰⁶ Esta solución fue adoptada en las resoluciones de los siguientes casos: Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas", 06/09/2017, cita online: AR/JUR/60950/2017; Juzgado de Familia N.º 2 de Córdoba, "R., L. S. y otros - solicita homologación", 22/11/2017; Tribunal Colegiado N.º 7 de Rosario, "H., M. E. y otros s/ venias y dispensas", 05/12/2017, cita online: AR/JUR/105404/2017.

¹⁰⁷ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

¹⁰⁸ ARTÍCULO 1º. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

¹⁰⁹ ARTÍCULO 2º. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

“En definitiva, las respuestas que se vislumbran para resolver los casos mientras no exista norma específica en la materia, son, por un lado, la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 y, por otro, la interpretación y dinamismo que brindan los arts. 1º y 2º del CCyCN ayudarían a resolver la cuestión”.¹¹⁰

Lo más relevante es que a través de cualquiera de las dos vías de solución, se brindan respuestas satisfactorias para resolver los conflictos que se presentan ante los tribunales, superando la ausencia normativa.

En las TRHA “Indubitablemente, el elemento central en la determinación de la filiación de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas es la exteriorización de la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento previo, informado y libre. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal”.¹¹¹

11. Breve análisis del Art 562 que incluía la figura al Anteproyecto de Códigos Civil y Comercial de la Nación 2012¹¹²

El sistema consagrado requería una **intervención judicial previa**, previéndose que los médicos no puedan proceder a la transferencia sin autorización judicial.

De esta manera, se aseguraba el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo.

Con respecto a los **padres procreacionales** permitía acudir a la gestación por sustitución tanto a las parejas casadas como a las no casadas, heterosexuales y homosexuales. Así también a las personas solas.

¹¹⁰ Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. 05/12/2019. Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

¹¹¹ M. HERRERA, E. LAMM, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", ob. cit. 12/4/ 2012, MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.

¹¹² Elaborado a partir de Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

La **determinación de la filiación**, iría a ser análoga a la de las TRHA, estableciéndose sobre la base de la voluntad procreacional. De allí que el artículo exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de GS, debiéndose ajustar a lo previsto por el Código y la ley especial que lo rige.

El consentimiento informado debía **homologarse por autoridad judicial** y reemplazar al consentimiento protocolizado que se exige en los otros supuestos de TRA, es decir, aquí, por las especiales características y por la mayor complejidad de la figura, se exigía que en lugar de protocolizarse, se homologue a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

Este consentimiento debidamente homologado (la autorización judicial), junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes, se debían presentar al registro civil para la correspondiente inscripción del nacido.

Si el juez no homologaba (y a pesar de esto las partes continúan con el proceso de gestación por sustitución), o las partes no solicitaban la autorización judicial, el proyecto de ley establecía que la madre legal era la mujer que dio a luz al niño.

Los **requisitos** para la homologación judicial eran:

- Que se haya tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer.
- Que la gestante tuviera plena capacidad, buena salud física y psíquica.
- Que al menos uno de los comitentes debería aportar su material genético.
- Que el o los comitentes debían poseer la incapacidad de concebir o de llevar a término un embarazo.
- Debía tratarse de gestación por sustitución gestacional, es decir que la gestante estaba impedida de aportar su material genético.
- El contrato, en principio, debía ser gratuito, es decir, el móvil debía ser altruista.
- La gestante no debía haberse sometido a un proceso de GS más de dos (2) veces.
- La gestante debía tener al menos un hijo previo propio.

12. La disociación de maternidades

En la actualidad las TRHA se utilizan como una herramienta para combatir la esterilidad o los impedimentos para lograr un embarazo, permitiendo acceder a la maternidad o paternidad a quienes no lo pueden lograr de manera natural. Anteriormente, en la procreación, la mujer aportaba tanto el óvulo como la gestación. Hoy, con la incorporación de estas técnicas, es posible la diversificación de las funciones maternas.

En concreto, la aportación del gameto femenino, la gestación, el deseo y la voluntad de ser madre (comitente) y la atribución de la función jurídico-social de madre pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el derecho debe resolver cuál es la maternidad relevante jurídicamente.¹¹³

“Todas las posibilidades ofrecidas por la ayuda médica a la procreación en los últimos treinta años han cambiado profundamente el acceso al parentesco al hacer intervenir varios personajes, ya sea los/as donantes de gametos, la «prestadora» de útero, los padres de intención”.¹¹⁴

“El dominio de los mecanismos biológicos de la procreación se desarrolla e influye sobre los modos de adquisición del parentesco. Así, una vez que la ciencia permite distinguir dos «cuerpos» maternos, la donante de ovocito y la prestadora de útero, de la figura de madre, la madre de intención, ¿cómo se define el parentesco? ¿Quién es la madre? ¿Puede aún estar fundada sobre las relaciones bio-genéticas? ¿O bien el parentesco podría estar fundado, en última instancia, sobre la intencionalidad de convertirse en padre o madre?”.¹¹⁵

El progreso de las técnicas médicas hace nacer todos estos interrogantes, acabando con la certidumbre de la maternidad como la conocíamos antes. Es decir que el principio «mater semper certa est», según el cual la maternidad siempre se conoce con certeza y se determina por el parto, se ve destruido con la fecundación extrauterina cuando quien lleva

¹¹³ Pérez Monge, M. La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Centro de estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.

¹¹⁴ Cadoret, A. “Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay”. Revista de Antropología Social, núm. 18, Madrid, 2009.

¹¹⁵ Cadoret, A. “Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay”. Revista de Antropología Social, núm. 18, Madrid, 2009.

adelante el embarazo no es la misma mujer que ha proporcionado el óvulo y cuya carga genética será heredada.¹¹⁶

En otras palabras la determinación de la maternidad ha dejado de ser un hecho incuestionable, a partir de las TRHA no solo debemos observar la circunstancia cierta del parto, porque también podemos definir el vínculo maternal fijándonos en el hecho de la titularidad del gameto femenino, y finalmente cabe receptar una relación de la filiación más social, afectiva y cultural en demérito de una concepción puramente biogenética. Surge a través de estas técnicas que madre es la comitente, la que desea ser madre, con independencia de su aporte biológico o genético.

Es así como la maternidad ha dejado de determinarse únicamente por el hecho del parto a partir de la GS,¹¹⁷ dando lugar a diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales.

12.1 Teoría de la contribución genética.

Un sector de la doctrina considera que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto.

“En el derecho argentino¹¹⁸, en el que la maternidad legalmente se determina por el parto, los sostenedores de esta postura admiten que se podría impugnar la maternidad «por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo» sobre la base de la realidad genética,

¹¹⁶ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹¹⁷ Esto fue lo que se dijo en el caso *M.R & Anor -v- An tArd Chlaraitheoir & Ors* [2013] IEHC 91. En este caso, una pareja recurrió a la gestación por sustitución con la ayuda de la hermana de la comitente, que actuó como gestante. El embrión formado con material genético de los comitentes fue implantado en la gestante. Una vez nacidos los gemelos, se le denegó a la comitente la posibilidad de poner su nombre en el certificado de nacimiento en virtud de la regla «*mater semper certa est*». Los comitentes recurrieron a los tribunales y el 5 de marzo de 2013 la High Court falló a su favor. Se puso en jaque la regla de que la madre es siempre cierta, y se afirmó su inaplicabilidad ante los avances tecnológicos, la FIV y la gestación por sustitución, ordenándose la inscripción de los gemelos a nombre de la comitente, también madre genética.

¹¹⁸ En este sentido: Bossert, G., Zannoni, E. *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1986; Méndez Costa, J., D'Antonio, D. *Derecho de familia*, t. III. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 710. Véase también Wagmeister, A., Levy, L. «La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica». *Jurisprudencia Argentina*, núm. i, 1995, p. 440; Mazzinghi, J. A. *Tratado de derecho de familia*, 4.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. 4, p. 727; Perrino, J. O. *Derecho de familia*. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 1412.

conforme a los art. 261¹¹⁹ y 253¹²⁰ del Código Civil, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo”.¹²¹ Esta solución se analizó *ut supra* en el primer caso jurisprudencial de nuestro país.¹²²

Entre los argumentos a favor de esta postura se manifiesta la certeza que provee a las partes, dado que todo niño puede tener sólo un padre y sólo una madre genética. De esta manera, los padres legales son “científicamente verificables”.¹²³

“Se entiende que esta teoría es más neutra que aquella que se basa en la gestación (la cual sólo puede ser utilizada en mujeres), porque da igual valor a la contribución masculina y femenina. También se destaca que es precisamente la conexión genética entre los padres y el niño lo que los lleva a optar por las técnicas de reproducción asistida en lugar de la adopción”.¹²⁴ Podemos agregar que la adopción es un instituto especialmente dirigido a la protección de niños ya engendrados, a diferencia de la GS que es un procedimiento de procreación.¹²⁵

“En materia jurisprudencial, el leading case en apoyo a la teoría genética es *Belsito v. Clark*.¹²⁶ En este caso, un Tribunal de Justicia de Ohio fue llamado a determinar los nombres de quienes debían figurar en la partida de nacimiento de un niño, esto es, si los de la madre gestacional o los de la madre genética. La madre genética era Shelly Belsito, a quien, después de habersele diagnosticado un cáncer, le fue hecha una histerectomía. Afortunadamente, los médicos fueron capaces de salvar algunos de sus óvulos. Su hermana, Carol Clark, se ofreció voluntariamente a servir de gestante a Shelly y su esposo,

¹¹⁹ Art. 261 CC: “La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”. Reemplazado por Art. 558 CCyCN.

¹²⁰ Art. 253: “En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”. Reemplazado por Art. 579 CCyCN.

¹²¹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹²² Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14/04/2010, «B., M. A. c. F. C., C. R.»

¹²³ Bender, L. “Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race, & Law”. *Columbia Journal of Gender and Law*, 43, 2003. Disponible en: http://www.law.syr.edu/faculty/bender/bioethics/legalnews/genes_parents_arts.pdf

¹²⁴ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹²⁵ Seleme, Hugo Omar. *La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía*. Publicado en: LA LEY 18/01/2013.

¹²⁶ *Belsito v. Clark*, 644 N.E.2d 760 (1994).

Anthony. Con el fin de hacer constar sus nombres en el certificado de nacimiento del niño, los Belsito presentaron una acción ante los tribunales a los efectos de determinar quiénes eran los padres legales.

Para determinarlo, el Tribunal de Justicia desarrolló un análisis en dos fases. En primer lugar, el tribunal decidió utilizar la teoría genética para determinar a los padres naturales del niño. En segundo lugar, determinó quiénes eran los padres legales del niño. Así, el tribunal consideró que una persona distinta de los padres naturales (los padres genéticos) podrían ser los padres legales sólo si los padres genéticos renuncian a sus derechos. Shelly y Anthony, la pareja comitente, eran los contribuyentes genéticos, por lo que también eran los padres naturales.

De esta manera, el Tribunal de Justicia declaró que como los padres naturales no habían renunciado a sus derechos, Shelly y Anthony eran los padres legales.

La Corte Suprema de Ohio decidió adoptar la teoría genética por considerar que es más fácil su aplicación que la teoría basada en la intención, sin perjuicio de que, además, es más respetuosa con quien aporta el material genético y es más acorde con la política pública, ya que hace al mejor interés del niño el compartir rasgos genéticos con sus padres".¹²⁷

Esta teoría presenta problemas principalmente, cuando una tercera mujer dona el óvulo. En este caso, el niño no tiene relación genética ni con la mujer gestante ni con la que tiene la intención de criar al niño.¹²⁸

Ahora bien, no se puede dejar de advertir que en varias ocasiones, en especial en países que no tienen regulada la gestación por sustitución, se ha apelado a la contribución de material genético a los efectos de determinar la filiación en los comitentes o en al menos uno de los comitentes.¹²⁹ (Lamm, Eleonora. 2013).

¹²⁷ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹²⁸ *Buzanca v. Buzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

¹²⁹ En algunos casos, sobre la base del vínculo genético, se reconoce la filiación del comitente que aportó el semen, mientras que el otro comitente (hombre o mujer) tiene que acudir a la adopción. Véase, entre otros, Liège, del 6 de septiembre de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, n.º 4, pp. 1139; *Rechtbank's-Gravenhage*, del 14 de septiembre de 2009, LJN: BK1197; el caso de *Hanne y Elke*, *Civ. Antwerp*, del 19 de diciembre de 2008 y *Youth Court Antwerp*, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, pp. 43.

“Si bien en algún sentido esto puede considerarse un paso provisorio hacia la admisión de la gestación por sustitución y su correcta regulación con la consecuente determinación de la filiación a favor de los comitentes, entiendo que la apelación a la contribución genética no debería ser el criterio determinante por las razones expuestas”.¹³⁰

12.2 Teoría de la preferencia de la gestante

“Para esta postura, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto. Madre es aquella mujer que ha gestado y ha parido, siguiendo la regla del derecho romano”.¹³¹

“Esta postura fue la adoptada por la Comisión Palacios en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (aprobado en el pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986). Los parlamentarios de la comisión especial reflexionaron sobre el valor biológico de dos aspectos presentes en la GS: los aspectos genéticos de la maternidad y la gestación. Concluyeron en este punto que «ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer gestante y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros. Por este motivo recomiendan que se admita la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética y que la madre legal lo sea siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes»”.¹³²

La Ley sobre TRHA asume, casi en su totalidad, la recomendación del informe elaborado por la Comisión Palacios.¹³³

¹³⁰ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹³¹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹³² Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹³³ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

“Como se puede observar, los defensores de esta postura se oponen a la gestación por sustitución. Es por esto que sostienen que esta teoría puede servir como salvaguarda judicial en contra de la explotación³⁶ de mujeres económicamente débiles que son forzadas a renunciar a sus niños como consecuencia de haber firmado un acuerdo de gestación por sustitución. Se afirma que «la presunción de la gestación puede servir como una garantía judicial contra los contratos de gestación por sustitución injustos en los que los intermediarios o la pareja comitente procuran explotar a la mujer contratada para gestar al niño»”.¹³⁴

“En materia jurisprudencial, un tribunal de Nueva Jersey encontró los argumentos de esta teoría persuasivos en el caso *A.H.W. v. G.H.B.*¹³⁵ y no permitió a los padres genéticos poner sus nombres en el certificado de nacimiento del niño, inmediatamente después del nacimiento.

La negativa al requerimiento de los padres genéticos se fundó en dos razones: primero, las leyes de Nueva Jersey establecen que la mujer que da a luz debe ser inscrita como la madre del niño; y en segundo lugar, La ley de Nueva Jersey prohíbe a la mujer que da a luz renunciar a sus derechos parentales dentro de las 72 horas posteriores al nacimiento del niño, período que la ley prevé para que la mujer reflexione sobre su decisión. Al negar la posibilidad de que los comitentes pudieran figurar en el certificado de nacimiento antes de vencido este plazo, el tribunal dio preferencia a la madre gestante”.¹³⁶

Las críticas a esta teoría se fundan en que interfiere en los asuntos reproductivos privados y desacredita las decisiones tanto de la pareja o persona comitente como de la gestante. Además, la teoría de la gestación no se acomoda a todas las opciones de planificación familiar.

¹³⁴ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹³⁵ *A.H.W. v. G.H.B.*, 772 A. 2d 948, 954 (N.J. 2000).

¹³⁶ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

12.3 Teoría de la intención

Para esta postura, madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico.

Esta teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de *Johnson v. Calvert* de 1993.¹³⁷ En este caso, por primera vez una Corte se enfrentó al interrogante sobre si la madre legal es aquella que da a luz al niño o la que provee del material genético.

“Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Crispina se vio obligada a hacerse una histerectomía en 1984; sin embargo, como sus ovarios siguieron en condiciones de producir óvulos, finalmente la pareja consideró la posibilidad de una gestante. En 1989, Anna Johnson se enteró por un colega de la situación de Crispina y se ofreció a actuar como gestante para los Calvert. El 15/1/1989, Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato en el cual se establecía que un embrión creado por el esperma de Mark y el óvulo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina, como hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a «todos sus derechos como madre» respecto del niño en favor de Mark y Crispina. Como contraprestación, Mark y Crispina iban a pagar a Anna la suma de 10.000 dólares en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, Mark y Crispina se comprometieron a pagar un seguro de vida para Anna, por valor de 200.000 dólares.

El embrión fue entonces implantado el 19/1/1990 y Anna quedó embarazada. Desgraciadamente, las relaciones entre ambas partes se deterioraron.

En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se opondría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina le contestaron con una acción legal, en la que solicitaban una declaración en el sentido de que ellos eran los padres legales del niño que aún no había nacido. Por su parte, Anna inició una acción en la que requería que se declarara que era la madre. Finalmente, ambos casos fueron unificados.

¹³⁷ *Johnson v Calvert*. 5 Cal.4Th 84, 19 Cal.Rptr.2D 494, 851 P.2d 776 (cert. Denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993).

El juez de primera instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre «genéticos, biológicos y naturales» y que el contrato de gestación por sustitución era válido y exigible, en contra de los planteamientos de Anna. Ésta apeló y la Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó la decisión.

El caso llegó a la Suprema Corte. Por un lado, Johnson sostenía que ella debía ser declarada la madre legal del niño, conforme el artículo 7003 del Código Civil de California porque, precisamente, ella había sido quien había dado a luz al niño; por el otro, Crispina Calvert sostenía que por el vínculo genético quedaba demostrado que ella era la madre, conforme resulta del artículo 7015 del CC de California.

Dado que tanto la madre genética como la gestante tenían una reclamación válida en cuanto a la maternidad, la Corte se vio en la obligación de buscar un nuevo método para la atribución de maternidad y optó por recurrir a la intención de las partes al analizar el contrato de gestación por sustitución. Concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar el niño.

Así, la Corte Suprema de California determinó que Crispina Calvert, la madre genética, era también la madre legal porque ella había tenido siempre la intención de criar al niño como propio, y sin esa intención el niño jamás habría nacido. Para el razonamiento del tribunal, la gestante fue sólo una facilitadora de la intención de Crispina”.¹³⁸

Es así como podemos observar que “si ha mediado un contrato (a pesar de que no produce efectos jurídicos, por ser nulo) y en el mismo se ha estipulado por las partes que la maternidad corresponde a una determinada persona, cree que es ella la que debe ostentarla. El contrato es nulo, pero ha nacido una persona que tiene derecho a tener una madre”.¹³⁹

¹³⁸ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹³⁹ Hernández Ibáñez, C. «La atribución de la maternidad en la gestación contratada». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988.

Es por ello que Hernández Ibáñez entiende que “la maternidad debe corresponder a la comitente por muchas circunstancias: en primer lugar, porque es la que ha deseado tener ese niño. [...]. En segundo lugar, porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre ese niño [...]. En tercer lugar, cree que no cabe alegar por la gestante, una vez que ha dado a luz, motivos sentimentales y lazos de cariño con ese niño que ha llevado en su seno durante nueve meses, porque si bien es cierto que éstos existen, también es verdad que todos esos detalles se le han dado a conocer antes de prestarse a cumplir este tipo de pacto. En cuarto lugar, porque la mujer que ha llevado a cabo la gestación conoce que su misión en este tipo de técnicas es dar a luz, para posteriormente entregar el hijo a la mujer que se lo ha encargado”.¹⁴⁰

Esta tendencia a favor de esta postura va aumentando en adeptos y se fundamenta en la creencia de que sin el interés de la pareja que recurrió a la gestante el niño no hubiese sido creado. Se señala que si bien todos los participantes en el acuerdo de GS son necesarios para traer al niño al mundo, éste no habría nacido si no hubiese sido por los esfuerzos de aquellos que tenían la intención de ser sus padres. Los que poseen la intención de ser padres son la causa primera o los que ponen en movimiento a la relación de procreación. (Lamm, Eleonora. 2013).

En este sentido, se observa que los recientes desarrollos en el campo de la tecnología reproductiva “extienden dramáticamente la intencionalidad” para ser padres. Dentro del contexto de las técnicas de reproducción asistida, sostiene este autor, “las intenciones que resultan elegidas voluntariamente, que son deliberadas, expresas y que han sido negociadas, deberían determinar, presuntivamente, la paternidad legal”.¹⁴¹

Además, los intereses de los niños difícilmente van a ser contrarios a aquellos de los adultos que han elegido traerlos al mundo. De tal forma, “al respetar los planes y las expectativas de los adultos que serán responsables por el bienestar del niño, resulta

¹⁴⁰ Hernández Ibáñez, C. «La atribución de la maternidad en la gestación contratada». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium, Madrid, 1988.

¹⁴¹ Shultz, M. M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality». Wisconsin Law Review, 1990 (2), pp. 297-398.

probable que ello tenga como correlato resultados positivos tanto para los padres como para los niños”.¹⁴²

“De esta manera, [...] nuevas concepciones que conllevan a un avance en la desmitificación de la importancia de lo biológico, [...] como consecuencia de la aparición de las TRA, se está ante nuevas realidades que importan una «desbiologización de la paternidad», y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos en sede doctrinaria y jurisprudencial. Se ha comenzado a hablar de «parentalidad voluntaria»: hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas”.¹⁴³

En paralelo con las expresiones usadas por varios referentes del derecho brasileiro, en la TRA se estaría ante una filiación «socioafectiva»¹⁴⁴, en la que el elemento volitivo ocupa un espacio de mayor envergadura que el componente genético.

En definitiva, las técnicas de reproducción asistida, al permitir la procreación sin necesidad de mantener relaciones sexuales, permiten y provocan la distinción entre paternidad/maternidad voluntaria, paternidad/maternidad biológica, paternidad/maternidad genética, prevaleciendo, como señalaré a continuación, la paternidad/maternidad voluntaria a los efectos de la filiación

Con las nuevas técnicas de reproducción humana, el principio cardinal del que hay que partir para entender con sensatez sus consecuencias en orden a las relaciones de filiación es que la figura de la paternidad, tanto como la de la maternidad, aparecen esencialmente disociadas, disipando o difuminándose el componente genético y biológico y realzando el volitivo,¹⁴⁵ de modo que, en concordancia con la idea según la cual la relación de filiación debe ser consecuencia, más que de una relación genética o biológica, de una relación social

¹⁴² Shultz, M. M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality». *Wisconsin Law Review*, 1990 (2), pp. 297-398.

¹⁴³ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁴⁴ Ver, entre muchos, Dias, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. 6.ª ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010; Chaves de Farias, C., Rosenvald, N. *Direito das Famílias*. Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, pp. 517 y ss.; Welter, B. P. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafectiva*. Editora Dos Tribunais, São Paulo, 2003; Da Silva Sapko, V. *Do direito a paternidade e maternidade dos Hommossexuais*. Juruá Editora, Curitiba, 2005; Harmatiuk Matos, A. C. «Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade». En: Da Cunha Pereira, R. (coord.). *Família e Responsabilidade*. IBDFAM-Magister, Porto Alegre, 2010, pp. 39 y ss.

¹⁴⁵ Lledó Yagüe, F. *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid, 1988

y cultural, deberá entenderse que la mera aportación del material genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o maternidad que hunde su razón de ser en la voluntariedad.¹⁴⁶

13. La Voluntad procreacional

Como bien lo expresa Malaurie,¹⁴⁷ en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva («verdadero padre es el que ama»); la biológica («los lazos sagrados»); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual («para ser padre o madre es necesario quererlo»); la del tiempo («cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo»). (Lamm, Eleonora 2013)

Podríamos afirmar entonces que todas estas dimensiones del vínculo filial se forjan de acuerdo a una realidad social que se empieza a ver modificada con la aparición de las TRHA –y más aún con la de la GS–, desplazando la importancia que alguna vez se le atribuyó a la verdad biológica. Es así que la verdadera paternidad, actualmente exige una concreta relación paterno-filial, padre e hijo que se tratan como tal, de donde emerge la verdad socioafectiva.

En esta línea de pensamiento, se sostiene que la relación jurídica de filiación goza de autonomía propia, ya que en alguna medida se ha desprendido de su corriente soporte biológico; en consecuencia, no siempre ha de operar, ni es conveniente que así sea en todos los casos, la concordancia entre realidad biológica y vínculo jurídico filiatorio. Y aquí interviene con un rol esencial el fenómeno contemporáneo de la interpenetración entre las diferentes ciencias humanas y sociales. Adviértase que al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. La identidad filiatoria tiene también una perspectiva

¹⁴⁶ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁴⁷ Malaurie, P. «La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines. L’affaire Odièvre». *La semaine juridique*, núm. 26, 2003, p. 546.

dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo.¹⁴⁸

Como se puede advertir, la verdad biológica empieza a sufrir de cierta relatividad y se enfrenta con grandes excepciones en su aplicación. Las TRHA resaltan la importancia del elemento volitivo por encima del biológico o genético, se puede concluir que esta verdad está en crisis, ante la aparición de nuevas realidades que importan una «desbiologización de la paternidad», y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos en sede doctrinaria y jurisprudencial.

Se ha comenzado a hablar de “parentalidad voluntaria”: hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

“Sucede que antes de la aparición de las TRHA sólo existía la procreación por medios naturales [...] Quien dejaba embarazada a la mujer era necesariamente el mismo que aportaba el material genético; además, la mujer que gestaba el niño lo hacía siempre con óvulos propios. Es decir, el elemento genético, el biológico y el volitivo, en general, coincidían en una misma persona. Digo en general, porque puede que ese hombre no haya deseado tener ese niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico, siempre determinante”.¹⁴⁹

“En suma, el «vínculo biológico» era el presupuesto de una serie de «certezas»: la maternidad siempre se conoce con certeza; hay una presunción de paternidad del marido de la madre; si nace fuera del matrimonio, el vínculo surge del reconocimiento o, en su defecto, de la acción judicial contra quien es biológicamente el progenitor”.¹⁵⁰

Dicho en otras palabras, las TRA modificaron la realidad social al permitir la reproducción sin necesidad de relación sexual alguna.¹⁵¹ Por ende, quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de Mendoza —Sala I— 12/05/2005. «L.C.F. por la menor A.M.G. c/ A.C.A.G.P.A.C. p/ Filiación s/ Inc. Casación» Filiación. Impugnación de la paternidad del marido de la madre. Art. 259 C.C. Legitimación del padre biológico.

¹⁴⁹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁵⁰ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁵¹ Rivero Hernández, F. *Las acciones de filiación en el Código de Familia catalán*. Atelier, Barcelona, 2001.

palabras, lo biológico no comprende siempre lo genético,¹⁵² ni lo genético comprende siempre lo biológico.¹⁵³ Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que a su vez dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria.¹⁵⁴ (Lamm, Eleonora 2013).

“a) Verdad genética: lo relevante es haber aportado el material genético. Es un puro reduccionismo genetista.

b) Verdad biológica: el origen cuenta con un acto humano: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes. La verdad biológica importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon.

c) Verdad voluntaria o consentida: la paternidad y/o maternidad se determina por el elemento volitivo: la voluntad procreacional”.¹⁵⁵

En consecuencia, la filiación dentro de las TRHA –que comprenden a la GS– “corresponde a quien desea ser «parent» (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido”.¹⁵⁶

14. Las prácticas médicas según la Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución en Argentina,¹⁵⁷ CATRHA¹⁵⁸

Acceso

¹⁵² Puede darse una mujer que gesta con óvulos donados, además se da en la GS gestacional.

¹⁵³ Es el caso del donante anónimo de material genético masculino.

¹⁵⁴ Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual». La Ley, 20/09/2010, pp. 1.

¹⁵⁵ Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁵⁶ Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”. La Ley, 20/09/2010.

¹⁵⁷ Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución en Argentina. Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Asistida, CATRHA. Agosto 2017.

¹⁵⁸ La comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (CATRHA) es un equipo multidisciplinario independiente y ad honorem, cuyo objeto es el asesoramiento en la aplicación e implementación de un programa integral de TRHA en el Sistema de Salud en nuestro país a partir del contexto legislativo actual y futuro: 1) Ley de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su

Para el acceso a las prácticas es necesaria la imposibilidad de gestar y/o llevar un embarazo a término por razones de salud, sexo, género u orientación sexual.

Modelos o tipos de GS

Con respecto al modelo o tipo de GS, las gametas únicamente pueden ser aportadas por los comitentes (padres procreacionales) o por terceras personas (donantes). Siendo importante considerar que la gestante no puede aportar las gametas femeninas.

Criterios para ser gestante

La gestante será elegida por los comitentes. Debe ser una mujer de su conocimiento y confianza, es decir, con quien los una un cierto lazo afectivo (pudiendo ser familiar de algún miembro de la pareja o no). La aprobación de la postulante quedará supeditada a la evaluación del equipo multidisciplinario. En caso de no ser aprobada, será la pareja quien tendrá que buscar y proponer una nueva posible gestante.

A la gestante se le exigirán los siguientes criterios de inclusión: 1) Tener plena capacidad civil; 2) Acreditar aptitud física y psíquica conforme a la evaluación del equipo multidisciplinario; 3) No aportar sus gametos; 4) No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos veces; 5) Haber dado a luz y tener un hijo propio; 6) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa; 7) Contar con el debido asesoramiento legal independiente.

Criterios para ser padres procreacionales

Para ser padres procreacionales se exigirá infertilidad uterina absoluta.

decreto reglamentario, 2) Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación y 3) Una potencial Ley Especial de TRHA.

La cual se puede dar por ausencia de útero congénita (Malformaciones Mullerianas, ej: Síndrome de Mayer - Rokitansky - Küster – Hauser), o adquirida (Histerectomía de causa ginecológica benigna o maligna).

También en presencia de útero por las siguientes patologías:

-Útero afuncional: Miomatosis múltiple. Síndrome de Asherman severo, atrofia endometrial post radioterapia, malformaciones uterinas.

- Útero funcional: Contraindicación de gestación por patología sistémica (ej.: Síndrome de Marfan, Lupus no controlado, etc.); o condición médica existente que puede empeorar con la gestación (Hipertensión pulmonar, cardiológica, renal, etc.)

- Útero funcional con historia de fracasos reproductivos: Fallas de implantación, abortos a repetición.

Además se propone la inclusión al acceso por motivos de sexo, género u orientación sexual: en parejas del mismo sexo varones o para fundar familia monoparental de progenitor varón.

A los padres procreacionales se le exigirán los siguientes criterios de inclusión: 1) Tener plena capacidad civil; 2) El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos; 3) Tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; 4) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa; 5) Contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

Formación de equipo multidisciplinario

- Especialista en Medicina Reproductiva:

Es quién deberá fundamentar la imposibilidad de llevar adelante la gestación por parte de la pareja comitente. Realizará interconsulta con el genetista clínico y psicólogo para la correcta evaluación inicial tanto de la pareja comitente como la de la futura gestante.

Solicitará los estudios correspondientes a fin de evaluar la posibilidad de utilizar en el tratamiento gametas propias o necesidad de recurrir a la donación de las mismas. Coordinará todas las prácticas en la gestante y aportantes de gametos.

- Equipo de Abogados Especialistas:

Serán quienes brindarán asesoramiento legal sobre el procedimiento para lograr que la filiación se determine a favor del o los padres procreacionales. Elaborando y fiscalizando los consentimientos informados.

Se recomienda que la petición de autorización judicial lo sea por un plazo a los fines de cumplir con los objetivos de protección y cuidado a todas las partes intervinientes en un proceso de gestación por sustitución.

También se deberá asesorar y/o solicitar en el marco de la petición judicial sobre:

1) Cobertura médica de la gestante; 2) La necesidad de fijar una compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante, la cual es válida sólo para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud de conformidad con el artículo 8° de la ley 26.862;¹⁵⁹ 3) Licencia por maternidad y/o paternidad de los comitentes; 4) Licencia post nacimiento en la gestante.

¹⁵⁹ Ley de THRA. ARTICULO 8° — Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

Por último, también se debería informar acerca del cumplimiento del derecho a la información de los niños nacidos por gestación, ya sea tanto el origen gestacional como genético en aquellos supuestos de TRHA heteróloga¹⁶⁰ (conf. arts. 563 y 564 del Código Civil y Comercial).

- Psicólogo

Integrante del equipo multidisciplinario que estará disponible, pudiendo, intervenir y acompañar tanto a los comitentes como a la gestante, en las diferentes etapas del proceso: evaluación y aptitud de la gestante, contención de todos los participantes, parto y puerperio de la gestante, etc.

- Equipo de Obstetricia:

Si se logra la autorización, se debe contar con un equipo de profesionales encargados de controlar a la gestante durante todo el proceso de embarazo, parto y puerperio.

El obstetra definirá la forma de finalización del embarazo, y estará a su cargo, o el de su equipo, la realización de la ficha de nacimiento con los datos del recién nacido y los comitentes. (Será el registro civil quien confeccionará el certificado de nacimiento)

Inscripción del recién nacido

Siendo la gestación por sustitución un tipo de técnica de reproducción asistida, la filiación se deriva de la *voluntad procreacional* debidamente expresada en el o los consentimientos

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

¹⁶⁰ La TRHA heteróloga es aquella en donde no se utiliza material genético de la pareja, sino de donantes. Al contrario en la TRHA homóloga, es en la que sí se utiliza.

informados que formarán parte del legajo, de conformidad con la autorización judicial otorgada.

15. La GS en el Derecho Comparado

La materia que nos ocupa ha sido objeto de distintos abordajes en los diferentes Estados y resulta difícil encontrar unidad en las regulaciones sobre la GS, ya que cada país ha legislado con base en su realidad social y de acuerdo a su voluntad legislativa.

Hay un número reducido de países que han legislado para permitir la gestación subrogada, medie o no una contraprestación económica para la gestante.

“Es común que personas que viven en países que no permiten o no regulan los acuerdos de gestación por sustitución se trasladen para realizar este tipo de acuerdos a los Estados en donde la regulación es más abierta o permisiva. Así es como nació el denominado “turismo reproductivo”.¹⁶¹ inician el proceso en ese Estado y, una vez que nace el o los hijos, vuelven a su país de origen. Desde luego, estos acuerdos de gestación por sustitución han evidenciado problemas legales que los individuos o parejas han enfrentado al momento de buscar que en su Estado se les reconozca como padres legales de los niños nacidos mediante este tipo de acuerdos en otro país”.¹⁶²

La European Society of Human Reproduction and Embryology ha criticado esta denominación del fenómeno, porque considera que se banalizan las razones por las que

¹⁶¹ Eleonora Lamm define “*turismo reproductivo*” como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRHA. Véase Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012, p. 21, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

¹⁶² La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

los individuos acceden a las TRHA, por lo que prefiere utilizar el término cross-border reproductive care.¹⁶³

Es muy difícil hacer un análisis de la situación legal actual de la gestación subrogada a nivel mundial, porque los marcos normativos, cuando existen, constantemente son modificados o nuevas interpretaciones que sustituyen las previas se producen de manera frecuente. En el plano internacional no se ha logrado, hasta este momento, un instrumento normativo que aborde aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución.

Por otro lado existen autores que definen “al menos tres grandes sistemas: los que prohíben la práctica; los que la admiten ampliamente, y entre estas dos alternativas extremas, los ordenamientos que la admiten pero condicionada a estrictos requisitos”.¹⁶⁴

15.1 Estados que permiten la GS medie o no una prestación económica

Entre los países que, por el momento, cuentan con una regulación permisiva y admiten la celebración de acuerdos de gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica, son los siguientes: Georgia, Israel, Rusia, Ucrania y algunos estados en Estados Unidos de América.

Georgia

La gestación subrogada es legal desde 1997 y está regulada en la Ley de Atención a la Salud.¹⁶⁵ La Oficina de la Defensa del Pueblo en Georgia ha declarado que desde aquel

¹⁶³ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

¹⁶⁴ Scotti, Luciana Beatriz, “La gestación por sustitución y el derecho internacional privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho, Uruguay*, núm. 38, 2015, p. 227, disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/511/558>

¹⁶⁵ “Law on health care of December 10 th., 1997. Chapter XXIII (Family Planning), Section 143. In vitro Fertilization Shall be Authorized”, en Brena Sesma, Ingrid y Romeo Casabona, Carlos María (comps.), *Código de leyes sobre genética*, México, UNAM-Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco, 2006, t. I, pp. 637 y 638.

año han nacido alrededor de 3,000 niños por gestación subrogada; sin embargo, esta cifra es sólo una estimación, ya que las clínicas no están obligadas a reportar esa información. Los únicos datos reales que se pueden obtener proceden de las oficinas de registros notariales, que en 2012 consignaron 150 de estos registros y 170 en 2013, de acuerdo con los datos ofrecidos por el Ministerio de Salud de ese país.¹⁶⁶ Están permitidos los acuerdos altruistas y los onerosos.¹⁶⁷

El acceso a la GS es únicamente para una mujer que no tenga útero. Los solicitantes deberán ser matrimonios y quedan excluidos individuos solos, uniones de hecho o parejas del mismo sexo, y deberá obtenerse el consentimiento firmado por los padres intencionales (artículo 143, Ley de Atención a la Salud).

En cuanto al registro de nacimiento de los nacidos por GS,¹⁶⁸ también establece que los padres intencionales serán considerados como los padres legales de los nacidos, y así serán inscriptos en los certificados de nacimiento, asumiendo derechos y obligaciones; los donantes o la gestante no tendrán ningún derecho u obligación parental, ni tampoco figurarán en el certificado de nacimiento.¹⁶⁹

Un precedente importante relativo al registro de los niños nacidos por GS en ese país fue resuelto el 23 de julio de 2015 por el tribunal civil de la ciudad de Tbilisi, Georgia.¹⁷⁰ Un matrimonio que recurre a la GS entra en desacuerdo en el momento anterior a la transferencia del embrión fertilizado con gametos de ambos. El padre intencional se negaba a la transferencia del embrión a la gestante, sin embargo la mujer deseaba que se continuara con el tratamiento por ser ésta la única manera de tener un hijo.¹⁷¹

¹⁶⁶ Ellena, Monica, "Georgia Considers Ending Fee-Based Surrogacy", Eurasianet, 25 de marzo de 2014, disponible en: <https://eurasianet.org/georgia-considers-ending-fee-based-surrogacy>

¹⁶⁷ Khurtsidze, Ia, "Legal Regulation of Surrogacy in Georgia", *European Scientific Journal*, 2016, pp. 165-169, disponible en: <http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/8597/8227>

¹⁶⁸ Regulado por el Art. 143 de la Ley de Atención a la Salud, en conjunto con el Art. 30 de la Ley para Actos Civiles, que señala el procedimiento para el registro de los hijos nacidos por TRHA.

¹⁶⁹ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

¹⁷⁰ Khurtsidze, Ia, "Legal Regulation of Surrogacy in Georgia", *European Scientific Journal*, 2016, pp. 165-169, disponible en: <http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/8597/8227>

¹⁷¹ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

El tribunal se centró en analizar los derechos de las partes, los intereses opuestos y, entre otras cosas, la necesidad de proteger un equilibrio justo. Así, dicho tribunal resolvió que el derecho de la mujer a convertirse en madre debía prevalecer, ya que la mujer no contaría con la oportunidad de tener un hijo genético de otra manera.

Para que el Estado autorice la salida del país a los niños nacidos por GS, “el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Interiores de Georgia emitieron, en abril de 2016, la Orden Ejecutiva núm. 133-núm. 144.¹⁷² Este documento determina el procedimiento, las condiciones y las restricciones para autorizar la salida del país de los niños que han nacido mediando un acuerdo de gestación por sustitución, con la finalidad de proteger los derechos de la niñez y evitar el tráfico de menores. Se establece que la Agencia del Desarrollo de Servicios Gubernamentales, dependiente del Ministerio de Justicia, es la autoridad responsable de elaborar un registro, con base en la notificación generada por el establecimiento médico, relativa al procedimiento de fertilización extracorpórea y la solicitud de registro del acta civil de nacimiento presentada por o en nombre de las personas que figurarán en la inscripción como padres. Este registro servirá para que las autoridades migratorias de ese país verifiquen la información del menor cuya salida del territorio de Georgia se pretende lograr”.¹⁷³

Israel

Desde 1996, año de la promulgación de la Ley 5746, se admite en este país la práctica de la gestación por sustitución. La autoridad estatal encargada de autorizar los acuerdos es la National Statutory Approvals Committee, creada específicamente a tal efecto.¹⁷⁴

¹⁷² Joint Order No. 133-No. 144 of the Minister of Justice of Georgia and the Minister of Internal Affairs of Georgia, “On Approval of the Rule of Exist of a Child Born as a Result of In Vitro Fertilization (Surrogacy) from Georgia”, dated April 11, 2016 and April 5, 2016 (documento disponible en georgiano; traducción no oficial realizada por Aleksí Asatashvili).

¹⁷³ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

¹⁷⁴ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

Dicho comité está autorizado por ley a aprobar acuerdos en que se contemplen pagos compensatorios a la gestante por el “dolor y sufrimiento”, así como el reembolso de sus gastos. Esta compensación no es obligatoria, y tampoco está determinado un pago mínimo ni un máximo, todo queda a criterio de las partes y, en última instancia, del Comité.¹⁷⁵

En un principio la filiación del nacido será definida judicialmente; sin embargo, por regla general los padres intencionales serán los padres legales del niño. Además, las partes del contrato deben residir en Israel y, a su vez, profesar la misma religión.¹⁷⁶

Asimismo, la gestante no podrá rescindir el contrato, salvo que el tribunal considere que haya existido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción y sólo si se prueba ante el tribunal que es en el mejor interés del niño. Tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá rescindir el contrato.¹⁷⁷ Se ha registrado que, desde que la Ley ha entrado en vigor en 1996 (y hasta 2009), ninguna gestante ha tratado de rescindir el contrato¹⁷⁸ y convertirse en la madre legal.¹⁷⁹

La Ley exige los siguientes requisitos: la comitente debe acreditar ser infértil o incapaz de llevar a cabo el proceso de gestación; los embriones deben haberse fecundado in vitro con óvulos de la madre intencional o de una donante, y con el esperma del padre intencional o de un donante, pero la gestante no podrá aportar sus gametos; la gestante no puede estar relacionada con la comitente y debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja intencional acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera.¹⁸⁰

¹⁷⁵ HCCH, A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Prel. Doc. No. 10, marzo de 2012, disponible en:

<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>

¹⁷⁶ Scotti, Luciana Beatriz, “La gestación por sustitución y el derecho internacional privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 38, 2015, p. 227, disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/511/558>

¹⁷⁷ Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

¹⁷⁸ Shalev (2011, p. 182). Los datos recogidos se refieren al período 1996-2009, en el que 265 niños nacieron en Israel de 208 nacimientos de alquiler de vientres, y se basan en los registros del comité legal.

¹⁷⁹ Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

¹⁸⁰ Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

En julio de 2018, asambleístas del parlamento e integrantes del Comité de Bienestar y Salud de Israel aprobaron un proyecto de ley en el que se permite celebrar acuerdos de gestación subrogada a mujeres solteras que, por razones médicas, estén impedidas para tener hijos; sin embargo, no se aprobó para parejas del mismo sexo, ni para hombres solteros.¹⁸¹

Rusia

En Rusia es legal la GS desde 1993 y admite los acuerdos onerosos. Éstos pueden celebrarlos personas extranjeras no residentes en ese país.¹⁸² Actualmente, la figura está regulada por el Código de Familia de la Federación Rusa, la Ley Federal de Salud, la Orden del Ministerio de Salud núm. 67 “Sobre la aplicación de tecnologías de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina” y la Ley de Registro del Estado Civil de 1997.¹⁸³

La Ley Federal de Salud define a la gestación subrogada como “la gestación y el nacimiento de un hijo en virtud de un contrato firmado entre una madre sustituta y los futuros padres cuyos gametos se utilizaron para la fertilización de una mujer soltera para quien la gestación y el nacimiento de un niño es imposible por razones médicas”. Además, la misma ley prevé que la gestante no podrá aportar sus gametos.¹⁸⁴

Para poder ser gestante, las mujeres deberán ser mayores de edad y máximo 35 años; tener un hijo propio sano, y contar con buena salud psíquica y somática.

¹⁸¹ Willows, Jen, “Protets in Tel Aviv as Gay Amendment in Israeli Surrogacy Bill Thrown Out”, *BioNews*, 23 de julio de 2018, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_137284

¹⁸² Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final, 2018. Disponible en: https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf

¹⁸³ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

¹⁸⁴ Brunet, Laurence et al., Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States, Bruselas, European Parliament, 2012, p. 333, disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/51063/1/_libfile_REPOSITORY_Content_Davaki%2C%20K_Comparative%20study%20regime%20surrogacy_Davaki_Comparative_study_regime_surrogacy_2013.pdf

En el certificado de nacimiento se registrará a los padres intencionales como los padres legales, siempre y cuando la gestante haya dado su consentimiento por escrito, el cual consta en la declaración médica, emitida por la clínica en la que se realizaron las prácticas de GS.¹⁸⁵

En 2012, el Tribunal Constitucional de ese Estado falló en un caso en el que la gestante se negó a dar su consentimiento para el registro de los padres intencionales como los padres legales y registró como suyo al hijo que gestó, con gametos provenientes de los padres intencionales. La pareja intencional argumentó la inconstitucionalidad del Código de Familia, que permite a la gestante conservar al niño que gestó y dé a luz. El Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de esta disposición y rechazó la solicitud de los padres intencionales.¹⁸⁶

Para poder realizar el registro del nacido, se exige que los padres intencionales estén casados, aunque algunas sentencias lo han extendido analógicamente a personas solas o parejas de hecho. Así, en agosto de 2009, la Corte de San Petersburgo obligó a la autoridad registral a realizar la inscripción de una mujer soltera como madre de un niño cuyo embarazo lo llevó a término una gestante sustituta.¹⁸⁷

Ucrania

“Después de que países como la India,30 Tailandia,31 Nepal32 y México (Tabasco) 33 reformaran su marco normativo y prohibieran a los extranjeros y/o no residentes celebrar acuerdos de GS dentro de su jurisdicción, 34 Ucrania se colocó como un destino al que miles de parejas con problemas de infertilidad se trasladan para celebrar este tipo de acuerdos; sin embargo, no hay información disponible sobre el número de acuerdos

¹⁸⁵ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

¹⁸⁶ Consejo de Europa, Surrogacy, Comité de Bioética, 5 de enero de 2017, p. 14, disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-e/168077cac9>

¹⁸⁷ Brunet, Laurence et al., Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States, Bruselas, European Parliament, 2012, p. 337, disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/51063/1/_libfile_REPOSITORY_Content_Davaki%2C%20K_Comparative%20study%20regime%20surrogacy_Davaki_Comparative_study_regime_surrogacy_2013.pdf

celebrados y cuántos niños, hasta este momento, han nacido a consecuencia de la gestación por sustitución en ese país”.¹⁸⁸

En julio de 2018 se presentó una iniciativa para prohibir el acceso a procedimientos de reproducción asistida a extranjeros, a menos que sean residentes permanentes en Ucrania. Esta iniciativa se propuso a raíz de un escándalo a nivel mundial en el que la principal agencia para contratación de servicios de GS en ese país fue acusada de la comisión de los delitos de tráfico de personas y falsificación de documentos.¹⁸⁹

Actualmente, en Ucrania, el marco normativo para el acceso a TRHA está determinado por los siguientes ordenamientos: el Código Civil, el Código de la Familia, el Registro de Actos del Estado Civil y la Orden del Ministerio de Salud núm. 787 “Sobre la aprobación del procedimiento de uso de tecnologías de reproducción asistida”.¹⁹⁰ Para poder celebrar un acuerdo, los padres intencionales deberán estar casados o en una relación similar; además, el embrión deberá generarse con gametos de, al menos, uno de los padres de intención. La gestante no podrá aportar sus gametos para fertilizar el embrión.¹⁹¹ El artículo 123.2 del Código de la Familia¹⁹² determina que si un embrión fertilizado con gametos provenientes de los padres intencionales, se implanta en el útero de la gestante, aquellos serán los padres legales del nacido y en el registro civil no figurarán los datos de quien llevó a cabo el embarazo.¹⁹³

¹⁸⁸ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

¹⁸⁹ Quaini, Fabiana, “Escándalo en alquiler de vientre en Ucrania”, *Derecho Internacional de Familia*, 16 de julio de 2018, disponible en:

<https://fabianaquaini.blogspot.com/2018/07/ucrania-maternidad-subrogada.html>

¹⁹⁰ HCCH, Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Name of State (or territorial unit, where applicable): Ukraine, Prel. Doc. No. 3, abril de 2013, p. 16, disponible en:

<https://assets.hcch.net/docs/5c44d8c6-86d9-48f2-af43-d272da4cb303.pdf>

¹⁹¹ HCCH, Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Name of State (or territorial unit, where applicable): Ukraine, Prel. Doc. No. 3, abril de 2013, p. 14.

¹⁹² Family Code of Ukraine, disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4c4575d92.pdf>

¹⁹³ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

En 2009, un tribunal en Ucrania resolvió el caso de una pareja que recurrió a la GS utilizando sus propios gametos. La gestante dio su consentimiento para participar en el acuerdo; sin embargo, después del nacimiento, registró a los niños como propios y se negó a entregarlos a los padres intencionales. El tribunal resolvió que la gestante no podía aparecer en el registro de nacimiento como la madre legal y agregó que, independientemente del periodo de permanencia del nacido con la gestante, el niño tenía derecho a residir con sus padres biológicos.¹⁹⁴

Estados Unidos

“Los acuerdos de GS en Estados Unidos comenzaron a finales de 1970 y principios de 1980, cuando las agencias y clínicas privadas ofrecían estos procedimientos a parejas infértiles. Uno de los primeros casos que se conoció sobre GS internacional sucedió en 1987, cuando una mujer mexicana cruzó de manera ilegal hacia Estados Unidos para fungir como gestante, usando el esperma del marido de su prima. A mediados de 1990, parejas provenientes del Reino Unido, Australia y otros países comenzaron a buscar mujeres gestantes en Estados Unidos debido a las restricciones legales en sus Estados para celebrar estos acuerdos.

En este país, cada estado tiene sus propias reglas y legislación sobre la gestación por sustitución. No hay una regulación a nivel federal. En consecuencia, estos acuerdos están normados de manera diversa de estado a estado: en algunos es con base en legislación, y en otros, en resoluciones judiciales. Es por ello que resulta común que, para practicar este tipo de acuerdos, las personas o parejas prefieran viajar hacia estados con una regulación más amigable, como California.

En Estados Unidos, dieciocho estados admiten la celebración de acuerdos de GS onerosos, de los cuales doce tienen una regulación estatutaria específica y seis cuentan con precedentes judiciales.¹⁹⁵

¹⁹⁴ HCCH, Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Name of State (or territorial unit, where applicable): Ukraine, Prel. Doc. No. 3, abril de 2013, p. 35.

¹⁹⁵ Sobre la regulación de la gestación por sustitución en Estados Unidos de América, véase Cornell Law School. International Human Rights Policy Advocacy Clinic y National Law University, Delhi, Should Compensated

Estado de California

En California, el procedimiento se basa en la jurisprudencia; en consecuencia, hay relativamente mayor flexibilidad para celebrar acuerdos de gestación subrogada y dicho estado es un destino al que suelen viajar un gran número de parejas y personas a nivel global. Los padres intencionales deben notificar el acuerdo a la corte estatal para poder figurar como padres legales en el certificado de nacimiento.

En este estado se admite desde 1993, fecha en la que la Corte Suprema de California dictó la sentencia sobre el caso *Johnson vs. Calvert*.¹⁹⁶ El asunto versó sobre los siguientes hechos: una pareja fecundó un embrión in vitro, el cual se transfirió al vientre de una mujer que voluntariamente aceptó gestar a cambio de una remuneración económica. Antes de que el niño naciera, la gestante dijo que quería quedarse con el niño. La Corte Suprema resolvió que, cuando una mujer aporta su material genético y otra mujer gesta el embarazo, la madre legal será la que había tenido la intención de procrear; en consecuencia, los padres intencionales fueron considerados los padres del niño. La maternidad se definió por un acto de voluntad cuando dos elementos de la maternidad (el óvulo y la gestación) estaban en conflicto. Además, se dispuso que el contrato era vinculante para la gestante y que los padres intencionales eran los padres legales.¹⁹⁷

Otro asunto que marcó las directrices sobre los acuerdos de gestación subrogada es el caso *Buzzanca vs. Buzzanca*.¹⁹⁸ El matrimonio Buzzanca —John y Luanne— celebró un contrato con una mujer para que gestara el embarazo de un embrión generado con gametos provenientes de donantes anónimos. Durante el embarazo, la pareja se divorció y el ex cónyuge se negó a aceptar la paternidad; la gestante declaró no querer a la niña y, al no tener vínculo genético con ella, tampoco había responsabilidad ni obligación hacia la niña.

Surrogacy Be Permitted or Prohibited?, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, disponible en: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2685&context=facpub>

¹⁹⁶Johnson vs. Calvert (1993) 5 Cal. 4th 84, disponible en: <http://scocal.stanford.edu/opinion/johnson-v-calvert-31446>

¹⁹⁷Sobre el caso, véase Valdés Díaz, Caridad del Carmen, “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, Anuario de la Facultad de Derecho, Badajoz, vol. XXXI, 2014, pp. 469-471, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212185>

¹⁹⁸ Buzzanca v. Buzzanca, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

Por su parte, Luanne reclamó la maternidad. En primera instancia se resolvió que la niña no tenía padres legales. En apelación, la Corte de Apelaciones de California determinó que Luanne era la madre legítima y tendría la custodia de la niña, y que John era el padre legítimo, por lo que tenía responsabilidades frente a la niña. En cuanto a la paternidad, se estableció que el esposo, al consentir que se realizara el procedimiento, era el padre legal, independientemente de no tener lazos genéticos con la niña.

En el derecho californiano, ni la gestante ni su pareja —si estuviera casada— tienen derecho o responsabilidad parental alguna sobre el nacido, disponiéndose expresamente que el personal del establecimiento donde tenga lugar el parto debe consignar el nombre de los padres intencionales en la declaración de nacimiento. Además, la legislación en ese estado dispone que la gestante debe residir en California, no estableciendo ningún otro requisito relativo al domicilio de los padres de intención. Esta circunstancia es la que deja la puerta abierta para que personas residentes en el extranjero recurran a California para llevar a cabo esta práctica y tener un hijo.¹⁹⁹

15.2 Estados que permiten la GS altruista

Según datos obtenidos en 2016 por la International Federation of Fertility Societies²⁰⁰ (en adelante, IFFS), en los países que permiten la GS, de los sesenta y un Estados que han dado respuesta, dieciséis afirmaron que no está permitida ninguna compensación, siete únicamente permiten el pago por el tiempo y los gastos realizados, y ocho autorizan que se entregue un pago adicional al reembolso de los gastos efectuados por la gestante. Sin embargo, treinta países no respondieron o contestaron que no sabían.

Algunas de las razones que se han dado para prohibir los acuerdos mediando compensación económica son que los incentivos económicos pueden forzar la libertad y explotar a mujeres de escasos recursos;²⁰¹ no obstante, otros autores han señalado que la

¹⁹⁹ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²⁰⁰ IFFS Surveillance 2016, Global Reproductive Health, vol. 1, núm. 1, 2016, pp. 73-75, disponible en: https://journals.lww.com/grh/Fulltext/2016/09000/IFFS_Surveillance_2016.1.aspx

²⁰¹ Bellver Capella, Vicente, “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, Valencia, vol. 28, núm. 93, 2017, pp. 229-244, disponible en: <http://www.redalyc.org/html/875/87551350007/>

exigencia de gratuidad no se contradice con la compensación por las molestias, reconociendo siempre la dificultad de definir cuándo una compensación resarcitoria se convierte en una verdadera retribución.²⁰² Una tercer postura cree, que asumir que la GS siempre implique la explotación de la gestante, es un reduccionismo paternalista que subestima la autonomía y la capacidad de consentir de la mujer.²⁰³

Si analizamos los Estados que cuentan con una regulación de los procedimientos de GS, encontramos que la mayoría permiten únicamente los celebrados de manera altruista, prohibiendo los de carácter oneroso. Entre ellos se distinguen dos grupos: los que desde el inicio sólo permitieron la GS altruista; y los que al principio admitieron la GS onerosa, pero que posteriormente restringieron la regulación sólo a la GS altruista.

A su vez, es válido diferenciar del primer grupo, los Estados que tienen un régimen uniforme de la GS, de aquellos en que cada estado o entidad federativa cuenta con un marco normativo propio.

Estados Unidos, Florida

La ley en Florida establece que, para que el contrato de gestación por sustitución sea obligatorio entre las partes, la gestante deberá tener al menos 18 años de edad y la pareja comitente deberá estar legalmente casada y tener 18 años de edad o más. Se podrá celebrar el contrato sólo cuando la comitente esté imposibilitada físicamente para llevar a término el embarazo o la gestación pueda afectar su salud o la del feto.²⁰⁴ Después del nacimiento, los padres intencionales deberán solicitar ante la corte que se les reconozca como los padres legales.²⁰⁵

²⁰² Ortega Lozano, Ramón et al., "Gestación subrogada: aspectos éticos", Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas, Madrid, núm. 28, 2018, pp. 69 y 70, disponible en:

<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000248>

²⁰³ Lamm, Eleonora, "Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo", Microjuris, 3 de diciembre de 2018, disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/>

²⁰⁴ Florida Statue, chapter 742.15. Gestational surrogacy contract, disponible en:

http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.15.html

²⁰⁵ Florida Statue, chapter 742.16. Gestational surrogacy contract.

Los contratos deben incluir las siguientes disposiciones: la gestante será la única que pueda dar consentimiento para cualquier intervención clínica sobre el manejo del embarazo; la gestante acepta someterse a una evaluación y tratamiento médico; la gestante acepta renunciar a cualquier derecho parental al nacimiento del niño; los padres intencionales se comprometen a aceptar la custodia y asumir los derechos y las obligaciones con relación al niño al momento del nacimiento; la gestante acepta asumir los derechos y las responsabilidades del nacido si se determina que ninguno de los padres de intención es progenitor genético.²⁰⁶

Por último, los padres intencionales solamente podrán pagar a la gestante los gastos razonables que estén directamente relacionados con la atención del embarazo, el parto y el posparto.²⁰⁷

Reino Unido

En respuesta a los hallazgos reportados en el informe Warnock de 1984,²⁰⁸ se aprobó en 1985 en el Reino Unido la Surrogacy Arrangements Act,²⁰⁹ admitiendo la gestación por sustitución no onerosa y sin intermediarios.²¹⁰ Además se estableció la prohibición de GS con finalidad comercial y se prohibió participar o promover negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de GS, penalizando esta actividad. Posteriormente, la Human Fertilisation and Embryology Act de 1990²¹¹ estableció que, si bien celebrar un acuerdo de

²⁰⁶ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²⁰⁷ Florida Statute, chapter 742.14. Gestational surrogacy contract.

²⁰⁸ Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology, Warnock Report, 1984, disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/warnock-report/>

²⁰⁹ Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf

²¹⁰ Se admite el pago a la mujer gestante de los gastos razonables, pero esta retribución no priva al contrato de su gratuidad.

²¹¹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990, disponible en:

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf

sustitución no constituía un delito, ningún contrato suscrito entre una gestante y la pareja comitente o un hombre soltero iba a ser legalmente ejecutable.²¹²

Según esta ley, la filiación se determina desde el nacimiento con respecto a la mujer que da a luz y puede transferirse a los padres intencionales si ellos la solicitan a los tribunales y si quien dio a luz manifiesta su consentimiento, el cual sólo será válido una vez transcurrido un periodo de reflexión de seis semanas contadas desde el nacimiento. En 2008²¹³ se extendió la posibilidad de establecer la filiación del menor con respecto a parejas del mismo sexo, en una unión civil registrada.²¹⁴

En 2015, el Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform elaboró un informe sobre la práctica de la GS dando las siguientes recomendaciones: que las órdenes parentales deban ser autorizadas previamente, a fin de que los padres intencionales asuman la paternidad legal a partir del nacimiento del o de los hijos; que se permita obtener una orden parental a las personas solteras que recurren a la GS; que se considere viable que los padres de intención recurran a la doble donación de gametos.²¹⁵

En julio de 2018, el gobierno publicó la Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018.²¹⁶ La enmienda prevé que una persona soltera también podrá obtener una orden parental. Después de varias revisiones fue aprobada y entró en vigor el 3 de enero de 2019.

Grecia

²¹² La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²¹³ Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

²¹⁴ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²¹⁵ Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, *Surrogacy in the UK: Myth Busting and Reform*, 2015, disponible en:

<https://www.kent.ac.uk/law/research/projects/current/surrogacy/Surrogacy%20in%20the%20UK%20Report%20FINAL.pdf>

²¹⁶ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018, disponible en:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/727963/Govt_response_to_JCHR_Web_Accessible.pdf

En diciembre de 2002, el parlamento griego aprobó la Ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana, que regula la gestación por sustitución.²¹⁷ En 2005 se incorpora de manera expresa en la Ley 3305/200525 la prohibición para realizar pagos a la mujer gestante por participar en estos acuerdos e impone sanciones penales en caso de que se hagan. Una característica de la regulación en este país es que los acuerdos de gestación son revisados y autorizados por los tribunales nacionales antes de iniciar el procedimiento y, en caso de ser aprobados, son ejecutables.²¹⁸

En los acuerdos autorizados por los tribunales serán los padres intencionales los que asuman la paternidad legal después del nacimiento del niño. En el plazo de diez días a partir del nacimiento se debe realizar el registro como hijo de la madre procreacional y, en caso de que estuviera casada, del padre intencional –si él hubiera consentido el procedimiento–. La madre intencional será la madre legal inmediatamente después del nacimiento, basando su derecho en la voluntad procreacional.²¹⁹

Podrán acceder a estos acuerdos mujeres solteras, casadas o en una relación de pareja, siempre y cuando estén impedidas médicamente para concebir, llevar a término el embarazo, o puedan transmitir una condición hereditaria grave a su descendencia. Sólo está permitida la GS gestacional, es decir, con gametos provenientes de la comitente o de una donante, para evitar que la gestante sustituta esté relacionada genéticamente con el niño por nacer. Con relación a los gametos masculinos, éstos podrán provenir del padre intencional o de un donante.²²⁰

En julio de 2014, el parlamento griego aprobó una reforma para permitir a los residentes no permanentes recurrir en Grecia a los procesos de GS y ser reconocidos como los padres legales. En la normativa anterior (Ley 3089/2002), uno de los requisitos previos para otorgar el permiso judicial era que tanto la gestante como los padres intencionales tenían que ser

²¹⁷ Ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana, disponible en:

<http://images.policy.mofcom.gov.cn/flaw/200904/28fb9603-75e9-4691-a960-36b0d9a2c624.pdf>

²¹⁸ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

ciudadanos griegos o residentes permanentes. Este cambio en la normativa griega deja abierta la posibilidad para que extranjeros recurran a acuerdos de GS en ese país.²²¹

Uruguay

En noviembre de 2013, se promulgó la Ley núm. 19.167, en la que se regulan las TRHA y algunos aspectos de la GS.²²²

La ley prevé como principio general la nulidad de los contratos celebrados a título oneroso o gratuito. Pero como excepción, la mujer que no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, para lograr el tratamiento.

En este caso, además del impedimento médico para gestar un embrión propio (esta situación deberá ser diagnosticada por el equipo médico tratante), y el vínculo familiar directo de la gestante con la madre procreacional o su pareja; se exigirá que el proceso sea gratuito y el acuerdo deberá autorizado previamente por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, que depende del Ministerio de Salud Pública.²²³

La filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

La situación legal en Uruguay abunda en requisitos desmotivando las prácticas, desde 2015 no se registran casos que se hayan llevado a cabo.²²⁴

Australia

En Australia, la gestación por sustitución de carácter altruista está permitida y se prohíbe la onerosa. Australia es una federación y el acceso a TRHA y la gestación por sustitución

²²¹ Ibidem.

²²² Ley núm. 19.167, Técnicas de reproducción humana asistida, artículos 25-28. Disponible en: <http://www.mysu.org.uy/wp-content/uploads/2015/01/Ley-N%C2%BA-19167.pdf>

²²³ Ordenanza núm. 462/2014, "Creación de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida", disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/institucional/normativa/ordenanza-4622014-creacion-de-comision-honoraria-de-reproduccion>

²²⁴ Diario La Diaria, 12 de Febrero 2020. Artículo periodístico disponible en:

<https://ladiaria.com.uy/feminismos/articulo/2020/2/gestacion-subrogada-en-uruguay-una-realidad-a-edias/>

está regulado por cada estado y territorio; sin perjuicio de ello, la federación puede incidir a través de la Family Law Act de 1975.²²⁵ En caso de conflicto entre la ley de un estado o territorio y la legislación federal, prevalece esta última.²²⁶

En todos los estados y territorios, la filiación legal del niño se establece, en principio, con respecto a la mujer que da a luz y su esposo, si tuviera, y es necesario que los padres intencionales soliciten una orden parental a un tribunal para que los reconozca a ambos como los padres legales. Cada estado fija los criterios específicos para la expedición de esta orden parental; además de que es necesario que todas las partes reciban asesoramiento previo a la celebración del acuerdo.

Es común que las normativas de los estados exijan que la madre intencional esté imposibilitada para llevar a término el embarazo.²²⁷

También es relativamente frecuente que las personas viajen a otros países que permiten los acuerdos onerosos y, una vez que nacen el o los niños, regresen a Australia. Dada las exigentes políticas de inscripción, en algunos casos, los padres intencionales han tenido que recurrir a un permiso de adopción.

Canadá

En Canadá, excepto en Quebec, está permitida la GS y pueden recurrir a ésta todos los modelos de familia, sin importar preferencia sexual o estado civil; también está permitida tanto para ciudadanos canadienses como para extranjeros.

En 2004, el gobierno canadiense aprobó la Assisted Human Reproduction Act,²²⁸ en la que se prohíbe la gestación por sustitución onerosa. Además, la ley prohíbe expresamente pagar u ofrecer cualquier pago tanto a la gestante como a los intermediarios, y asesorar o persuadir a una mujer para ser gestante.

²²⁵ Family Law Act 1975, reformada en 2008, disponible en:

<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00385>

²²⁶ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Assisted Human Reproduction Act, disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/brgtherap/legislation/reprod/surrogacy-substitution-eng.php>

Por otra parte, lo relativo a la filiación es competencia de las provincias, de modo que la provincia en la que nace el niño regula el proceso. En 2012, el Departamento de Ciudadanía e Inmigración publicó el Boletín Operativo 381, en el que se establece que los niños nacidos en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y/o TRHA adquieren de manera automática la ciudadanía canadiense, pero es necesario que exista un vínculo genético entre el ciudadano canadiense y el niño.²²⁹

India

Durante años, India fue un destino mundial para aquellas personas que deseaban recurrir a un acuerdo de gestación subrogada, principalmente por dos cuestiones: 1) el vacío legal, y 2) la ley de reproducción humana asistida de 2010 confería validez a estos acuerdos.²³⁰ Entre 2008 y 2016 nacieron en la India alrededor de 40,000 niños a través de la GS.²³¹

En 2012, el Ministerio de Asuntos Exteriores publicó una orden para exigir visado médico²³² a las personas que buscaran celebrar en ese país acuerdos de GS, o bien para la salida al exterior de los niños nacidos a raíz de estos acuerdos en ese territorio. A esa orden se le debía acompañar con el certificado de que la práctica era legal en el Estado de residencia de los padres intencionales, y de que los niños serían convenientemente registrados en el país de destino. Estas medidas fueron implementadas en la India con la

²²⁹ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²³⁰Law Commission of India, “Need for Legislation to Regulate Assisted Reproductive Technology Clinics as well as Rights and Obligations of Parties to a Surrogacy”, Report No. 228, agosto de 2009, disponible en: <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf>; Centre for Social Research, *Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial*, Vasant Kunj, 2012, p. 5, disponible en: <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>

²³¹Binoy, T. A., “An Evaluation of Surrogacy Tourism in India – A Study on Ethical and Legal Perspective”, *International Journal of Current Research*, vol. 10, núm. 2, febrero de 2018, p. 65161, disponible en: <http://www.journalcra.com>.

²³²“Type of Visa for Foreign Nationals Intending to Visit India for Commissioning Surrogacy and Conditions for Grant Visa for the Purpose”, disponible en: <https://boi.gov.in/sites/default/files/u4/surrogacy.pdf>.

intención de reducir el denominado “turismo reproductivo” o salud reproductiva transfronteriza.²³³

El 3 de noviembre de 2015, el Ministerio de Salud y Bienestar Familiar dictó la Circular 462, en la que se hizo eco de la decisión del gobierno de prohibir la gestación subrogada onerosa.²³⁴ En dicha circular se regulan cuestiones relativas a la entrada en la India con estos propósitos, estableciéndose la prohibición de conceder el visado para cerrar acuerdos de gestación por sustitución y la prohibición del traslado o la entrada de embriones congelados para este fin.

A partir de la entrada en vigor de la Surrogacy Regulation Act 2016,²³⁵ se prohíbe la gestación subrogada de carácter oneroso, pero se permite la altruista, y solamente podrá acordarse el pago de los gastos médicos y la cobertura de seguro médico durante el embarazo, además de que no podrán celebrar acuerdos las personas extranjeras. Se permite la GS cuando las parejas sufren de infertilidad probada. Los padres intencionales deberán contar con un certificado emitido por la autoridad competente; tener, al menos, cinco años de casados y ser ciudadanos indios; no tener ningún hijo biológico, por adopción o por un acuerdo de gestación subrogada previo.

Con relación a la gestante, para obtener un certificado de elegibilidad, la mujer que geste deberá ser pariente cercano de la pareja de intención; estar casada y tener, al menos, un hijo propio; y sólo podrá ser gestante una vez en su vida.²³⁶

Tailandia

²³³ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²³⁴ Circular 462, “Foreign Nationals (Including Overseas Citizen of India [OCI] Carholders) Intending to Visit India for Commissioning Surrogacy”, *Ministry of Home Affairs*, 2015, disponible en: <http://mea.gov.in/images/attach/surrogacy03112016.pdf>

²³⁵ The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016, disponible en: [http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20\(Regulation\)%20Bill,%202016.pdf](http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20(Regulation)%20Bill,%202016.pdf)

²³⁶ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

Antes de la ley aprobada en 2015, las prácticas de GS se realizaban de manera desregulada, sin controles y sin garantías suficientes para todas las partes involucradas. En ausencia de una regulación específica, las clínicas operaban con base en directrices aprobadas por el Consejo Médico de Tailandia; sin embargo, sólo eran vinculantes para los médicos, quienes, en caso de infringir lo dispuesto en éstas, podían perder su licencia para ejercer la profesión.²³⁷ En Tailandia hubo un aumento considerable de casos de GS, principalmente por personas extranjeras, tras las restricciones llevadas a cabo en la India en 2012.²³⁸

Debido a este aumento, una serie de casos fueron noticia a nivel internacional, entre los que se encuentra el caso Baby Gammy,²³⁹ en el cual una pareja de origen australiano celebró un acuerdo de GS con una mujer tailandesa. Durante el embarazo se detectó que uno de los bebés tendría síndrome de Down, por lo que la pareja pidió a la gestante que interrumpiera el embarazo, pero la mujer se negó. Tras el nacimiento de los bebés, la pareja intencional se llevó a la niña, pero dejó al niño que nació con síndrome de Down.²⁴⁰

Otro caso que fue publicitado en la prensa internacional fue el del japonés Mitsutoki Shigeta,²⁴¹ quien asumió la paternidad legal de quince niños nacidos mediante acuerdos de GS, los cuales fueron celebrados en Tailandia. Después de estos casos se aprobó la Ley 167/2553, en la que se establecen límites para la práctica de la GS en Tailandia.²⁴²

“La ley dispone que sólo pueden recurrir a la GS las parejas tailandesas sin hijos; al menos uno de los padres de intención deberá ser ciudadano tailandés, y tendrán que estar legalmente casados. En caso de que el matrimonio no tenga nacionalidad tailandesa, el registro en Tailandia de su matrimonio no podrá ser menor a tres años. La ley establece

²³⁷ Cohen, Erik, “Surrogacy as International Business and National Disgrace of Thailand”, *Asian Anthropology*, vol. 14, núm. 2, 2015, p. 120, disponible en:

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1683478X.2015.1046034>

²³⁸ Whittaker, Andrea, “From «Mung Ming» to «Baby Gammy»: A Local History of Assisted Reproduction in Thailand”, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 2, 2016.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²⁴¹ Whittaker, Andrea, “From «Mung Ming» to «Baby Gammy»: A Local History of Assisted Reproduction in Thailand”, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 2, 2016.

²⁴² Se puede consultar la traducción no oficial de la Ley, titulada “Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technologies Act”, disponible en: <http://law.m-society.go.th/law2016/law/view/709>

que al menos uno de los padres intencionales deberá aportar sus gametos, a fin de garantizar el vínculo genético con el hijo o la hija que nazca.²⁴³

Por su parte, la gestante deberá ser pariente consanguínea de alguno de los padres intencionales. Asimismo, quedan prohibidos los acuerdos de GS de carácter oneroso.²⁴⁴ El ministro de Salud Pública deberá establecer las reglas y condiciones para fijar los gastos que se tendrán que cubrir a la gestante para asegurar su salud durante el embarazo y después del nacimiento”.²⁴⁵

15.3 Estados cuya legislación prohíbe la GS

En los Estados en los que la GS se encuentra prohibida,²⁴⁶ centenares de personas han recurrido a esta práctica en el ámbito internacional, lo que ha dado pie a pronunciamientos judiciales acerca de la ilicitud o la imposibilidad de inscribir los nacidos –en los registros civiles nacionales– como hijos de los padres intencionales.

Su regulación gira en torno al rechazo de la legalidad de la gestación por sustitución, optando por la prohibición expresa, o bien por el no otorgamiento de eficacia jurídica desde el punto de vista de la filiación. Pero no sólo se plantea su nulidad en materia civil, sino que en algunos ordenamientos jurídicos también se penalizan diversas conductas relacionadas con la técnica de la gestación por sustitución.

Algunos de los países que en la actualidad se encuentran en este grupo, a modo enunciativo, son: España, Francia, Italia, Alemania, Austria, Suiza y ciertos estados de los Estados Unidos de América, como Míchigan, Nueva York, Arizona e Indiana.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ “Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technologies Act”

²⁴⁵ La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. México, 2020.

²⁴⁶ Países cuya legislación actual no permite la GS, ni con fines altruistas ni a cambio de una prestación dineraria.

Conclusión

"No cabe hacer una división binaria entre lo que se dice y lo que se calla; habría que intentar determinar las diferentes maneras de callar, cómo se distribuyen los que pueden y los que no pueden hablar, qué tipo de discurso está autorizado o qué forma de discreción es requerida para los unos y los otros. No hay un silencio sino silencios varios y son parte integrante de estrategias que subentienden y atraviesan los discursos".²⁴⁷

Foucault, Michel

A lo largo de este trabajo hemos analizado un tema que nos ubica frente a lo que algunos denominan “revolución reproductiva” y que modifica de manera directa las relaciones familiares. Se habla en estos términos “porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad [...] y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes”.²⁴⁸

Pudimos advertir que los fundamentos de eliminación de la GS del anteproyecto del CCyCN fueron precautorios, por considerar que “La gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario”.²⁴⁹ Dicho debate sigue pendiente, y ante el silencio normativo la academia tuvo que pronunciarse:²⁵⁰ ante la falta de mención, la GS no está prohibida, se

²⁴⁷ Foucault, Michel, *Historia de la Sexualidad, 1: La voluntad de saber*, 2ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013, pág.30. Extraído de: ANDREA GONZÁLEZ, PABLO MELÓN, FEDERICO P. NOTRICA. "La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada". Infojus, 2015.

²⁴⁸ Lamm, Eleonora, La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista Bioética y Derecho* Nº24, Barcelona. 2012.

²⁴⁹ Honorable Congreso de la Nación, 2012.

²⁵⁰ A partir de las conclusiones arribadas en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en octubre del año 2015. Allí la Comisión N° 6 sobre Familia: “Identidad y filiación” resolvió por unanimidad que: “Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”.

entiende que está permitida. Es así como reparamos que continuó en práctica y los casos fueron resueltos en sede judicial.

La implicación entre el derecho y la bioética es de carácter intrínseco. Ambas disciplinas comparten una misma finalidad: el respeto y la promoción de los derechos humanos reconocidos.²⁵¹ Éste fue el motivo previo de la inclusión de la figura al anteproyecto del CCyCN, el fin era asegurar “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”.²⁵²

Cabe destacar que esta institución tiene fines primordiales en la vida de las personas: garantizar la salud reproductiva, dar la posibilidad de tener un hijo y solucionar un problema patológico: la esterilidad. Responde de manera directa a la voluntad procreacional²⁵³ de los progenitores y asegura el interés superior del niño. Ante la situación de diversidad funcional²⁵⁴ de la progenitora, constituye 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.²⁵⁵

La prohibición de estas prácticas nos ha demostrado que tiene como resultado indirecto la tendencia al llamado “turismo reproductivo” y que esto puede acarrear la vulneración inmediata de los intereses del nacido a través de estas prácticas.

Por otro lado hemos dejado expuestas las controversias que pueden surgir ante la falta de límites de esta figura, por lo que nos parece oportuno destacar la moderación de los casos sometidos a regulaciones restringidas a las prácticas altruistas o solidarias.

²⁵¹ Casado González, María. “La Bioética como soporte al Derecho para regular la Biotecnología”. *Revista catalana de dret públic*, núm. 36, 2008.

²⁵² Honorable Congreso de la Nación, 2012.

²⁵³ 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.

²⁵⁴ Término alternativo al de discapacidad que ha comenzado a utilizarse por iniciativa de algunas personas afectadas, y pretende sustituir a otros términos cuya semántica puede ser considerada peyorativa, tales como “discapacidad” o “minusvalía”.

²⁵⁵ Juzgado de Familia N ° 7 de Lomas de Zamora “H. M. y otro/a s/Medidas precautorias”, 30 de diciembre de 2015.

Creemos que las regulaciones que permiten las prácticas altruistas o solidarias, y que tienen en cuenta el respeto del elemento volitivo de los padres procreacionales, pueden dar una respuesta moderada a los eventuales conflictos, disminuyendo potenciales abusos y preservando los derechos de las partes.

Después de reflexionar sobre las soluciones plasmadas en las sentencias –nacionales e internacionales–, los proyectos y las regulaciones de derecho comparado, nos atrevemos a deducir que es momento de abrir el debate bioético pendiente en las legislaturas. Nos parece conveniente, en virtud del principio de legalidad y la seguridad jurídica, alentar un marco normativo que evite los abusos de las partes involucradas, que privilegie y represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho a construir paternidades y maternidades libres y responsables.

Bibliografía

Libros y Publicaciones

Bender, L. «Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race, & Law». *Columbia Journal of Gender and Law*, 43, 2003.

Brazier, M., Campbell, A., Golombok, S. Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation (Cm. 4068). Department of Health, Londres, 1998.

Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Sistema de Salud Argentino. 2015.

Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Asistida, CATRHA. Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución en Argentina. Agosto 2017.

De La Torre, Natalia. *La gestación por sustitución "hecha en casa": el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo*, en RDF, 2017-I, Ed. Abeledo Perrot, febrero de 2017.

Ditieri, M.; Cortese, G.B. y González Demaría, Y. G. "Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem". Los efectos de su omisión. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018. Nº 18. (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial) Págs 62-81 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

Farnós Amorós, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». En: *InDret*, 1/2010.

Gil Domínguez, Andrés, "La Gestación por Sustitución como derecho fundamental y derecho humano", en DFyP 2015.

Gil Domínguez, A., Famá, M. V., Herrera, M. "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales". Derecho de Familia y de las Personas, 20/08/2013.

Hernández Ibáñez, C. "La atribución de la maternidad en la gestación contratada". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988.

Herrera, Marisa, Lamm ,Eleonora "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", *La Ley*, 02/07/2014,

Hoof, P. F., "Bioética y derechos humanos", Depalma, Buenos Aires. 1999.

Informe Warnock sobre fertilización humana y embriología, 1984.

Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., Herrera, M. "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional". LA LEY 11/07/2013.

Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., Herrera, M. "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", Revista La Ley, 2011.

Lamm, Eleonora, "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación". Tesis doctoral, Universitat de Barcelona. 2011.

Lamm, Eleonora, "La Importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida". Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho, ISSN-e 1886-5887, N°. 24, 2012.

Lamm, Eleonora. "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto". *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 2, N°. 2, 2014.

Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012.

Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

Lamm, Eleonora, Rubaja, Nieve. "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global". *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, ISSN-e 1886-5887, N°. 37, 2016.

Lamm, Eleonora, Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo. *Microjuris*. 16-nov-2018. Cita: MJ-DOC-13769-AR | MJD13769

Lledó Yagüe, F. Fecundación artificial y derecho. Tecnos, Madrid, 1988.

Mir Candal, L. "La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada". *Revista Redbioética/UNESCO*, vol. 1, núm. 1, julio 2010.

Notrica, Federico Pablo. Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal. *RCCyC* 2019 (diciembre), 05/12/2019, Cita Online: AR/DOC/3317/2019.

Notrica, Federico; Cotado, Francisco; Curti, Patricio Jesús “La figura de la gestación por sustitución” IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. 11, núm. 39. 2017.

Pérez Monge, M. La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Centro de estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.

Rivero Hernández, F. Las acciones de filiación en el Código de Familia catalán. Atelier, Barcelona, 2001.

Rodolfo Federico Escobar Enríquez. “Importancia de la Institución Jurídica de la Maternidad Subrogada, Análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al Sistema Jurídico Guatemalteco”. Tesis de Grado. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2011.

Rodriguez Iturburu, Mariana. Aspectos Medulares de la Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Derecho Argentino. BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 2/2016.

Rodriguez Iturburu, Mariana. La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. *Revista de Medicina Reproductiva SAMER*. Vol. 30 / Nº 4 / Diciembre 2015.

Rubaja, Nieve, "Derecho Internacional Privado de Familia", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Scotti, Luciana Beatriz, “La gestación por sustitución y el derecho internacional privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 38, 2015

Sambrizzi, Eduardo, “La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016.

Seleme, Hugo Omar. La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía. Publicado en: LA LEY 18/01/2013.

Stilerman, M. N. “Maternidad subrogada. Comentario al caso «N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento»”. 28 de agosto de 2013.

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación Y Docencia Económicas. “La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado”. Serie *Doctrina Jurídica*, Núm. 895. México, 2020.

Jurisprudencia

A.H.W. v. G.H.B., 772 A. 2d 948, 954 (N.J. 2000).

Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“Fecundación in vitro”). 28/11/2012.

Belsito v. Clark, 644 N.E.2d 760 (1994).

Buzzanca v. Buzzanca, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14/04/2010, «B., M. A. c. F. C., C. R.».

Corte Suprema de Justicia de Mendoza —Sala I— 12/05/2005. «L.C.F. por la menor A.M.G. c/A.C.A.G.P.A.C. p/ Filiación s/ Inc. Casación»

Johnson v Calvert. 5 Cal.4Th 84, 19 Cal.Rptr.2D 494, 851 P.2d 776 (cert. Denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993).

Juzgado de Familia de Gualeguay, "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario", 19/11/2013.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 “N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento”. 18/06/2013.

Tribunal de Familia de Rosario N° 7 “F. M. L. y otra s/Autorización judicial”. 02/12/2014.

Juzgado Nacional en lo Civil N.º 102, "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad", 18 de mayo de 2015.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 83 “N. N. O. s/Inscripción de nacimiento”, 30/06/2015.

Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, "A. V. O., A. c. G. Y J. J. F.", 29/07/2015.

Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza “C. M. E. y J. R. M. s/Inscripción de nacimiento”, 15 de diciembre de 2015.

Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche “Dato reservado Expte. N° 10.178 14”, 29 de diciembre de 2015.

Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora “H. M. y otro/a s/Medidas precautorias”, 30 de diciembre de 2015.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 7 “A. R., C y otros c/ C., M. J. s/Impugnación de filiación”, 23 de mayo de 2016.

Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario “S. G. G. y otros s/Filiación”, 27 de mayo de 2016.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 “S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento” 30 de junio de 2016

Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno “S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar” 4 de julio de 2016.

Juzgado de Familia N° 3 de Gral. San Martín “M., I. M. y otro s/autorización judicial”, 22 de agosto de 2016.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 “B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación”, 20 de septiembre de 2016.

Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora “G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida”, 3 de octubre de 2016.

Juzgado de Familia N.º 7, Lomas de Zamora, "B. J. D. y otros s/ materia a categorizar", 30/11/2016.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 81 “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación”, 14 de junio de 2017.

Juzgado de Familia N° 7 de Viedma “Reservado s/ Autorización Judicial”, 6 de julio de 2017.

Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas", 06/09/2017.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”, 20/10/2017.

Juzgado de Familia N.º 2 de Córdoba, "R., L. S. y otros - solicita homologación", 22/11/2017.

Tribunal Colegiado N.º 7 de Rosario, "H., M. E. y otros s/ venias y dispensas", 05/12/2017.

Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA. “D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo”. 22/03/2012.

Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA. “Dermgerd, Carlos Gustavo y otros contra GCBA y otros sobre amparo”. (Art. 14 CCABA) Expte. N 44004-0. 22/06/2012.