

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA**



## **FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS**

### **SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES**

**TÍTULO:** **Gestación por sustitución: una deuda pendiente en  
materia de Derechos Humanos**

Apellido y Nombres de las alumnas: Garino María José, Burgui Sofía Micaela

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Civil V

Encargada del curso Prof.: Silvana Rodríguez Musso

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2019

## Índice

<b>Índice</b>	2
<b>Introducción</b>	3
<b>Denominación. Planteo del tema</b>	5
<b>Modalidades</b>	8
<b>Análisis doctrinario</b>	10
<b>El enfoque convencional y constitucional</b>	12
El concepto constitucional y convencional de familia	12
<b>Derecho comparado</b>	15
El particular caso de Estados Unidos el famoso "turismo reproductivo"	16
<b>La cuestión en nuestro derecho</b>	18
<b>Derechos en juego</b>	22
Derecho a formar una familia	22
Derecho a procrear	23
Derecho a la igualdad y no discriminación	24
Derecho a la autonomía de la persona gestante y a la salud del propio cuerpo	25
Interés superior del niño nacido	26
<b>Conclusión</b>	27
<b>Bibliografía</b>	28

## **Introducción**

A lo largo de las siguientes páginas realizaremos un análisis del significado de la técnica de reproducción humana asistida denominada “Gestación por sustitución”, su análisis en nuestro país, las normas involucradas que refieren (o no) a ella, y su vínculo inevitable con los derechos humanos, cada vez más en auge en las legislaciones modernas.

El objetivo principal del presente trabajo es demostrar la necesidad de regulación de este instituto en función a la demanda social que existe considerando que, parte de la sociedad intenta acceder a esta práctica y se ve impedida de hacerlo bajo la protección del Estado. Sólo quienes cuentan con los medios económicos suficientes tienen la posibilidad de concretarla fuera de nuestro país.

Por otro lado, es interesante analizar qué derechos se ven involucrados en este instituto, y qué consecuencias acarrea para el Estado y los particulares el hecho de garantizarlos (mediante su regulación legal) o no.

Nuestra sociedad atraviesa un cambio de paradigma importante y la técnica objeto de análisis constituye un avance importante en materia de derechos humanos, particularmente en lo que respecta al derecho a formar una familia, a procrear, a la igualdad, por mencionar algunos con jerarquía convencional y constitucional. Sin ir más lejos, en Argentina se han planteado casos en donde los magistrados no cuentan con una herramienta legal que brinde una solución uniforme, sino que recurren a la doctrina y al derecho comparado.

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) sancionado en el año 2015 omitió esta problemática, aunque fue discutida en el anteproyecto. En nuestra opinión, esta es una de las falencias del cuerpo normativo, ya que se perdió la oportunidad de incorporar como una

modalidad más dentro de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

## **Denominación. Planteo del tema**

El capítulo I del Título V del CCyC, en su art. 558 prevé los modos en que puede determinarse la filiación. Además de la filiación por naturaleza o también denominada "biológica" y la filiación adoptiva, se legisla como tercer fuente filial las técnicas por reproducción humana asistida. Veamos de qué se trata cada uno:

- a. La filiación por naturaleza: está presidida por la prevalencia del dato genético, elemento determinante al estar fundado en la relación sexual como eje central. De este modo, en la filiación biológica tanto la maternidad como la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico (Art. 565 CCyC).
- b. La filiación por adopción: se caracteriza por el elemento volitivo o la voluntad de ser padres, la cual es central para la determinación filial, donde dicha voluntad se presta respecto de una persona ya nacida. El CCyC reconoce tres tipos de adopción: plena, simple y de integración (arts. 619 y 620 CCyC).
- c. La filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida: siendo 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. Pueden ser homólogas (con material de la propia pareja) o heterólogas (con material de un tercero).

Mientras en la filiación derivada de las TRHA el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en la adopción la voluntad se expresa y el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño o niña. Por otra parte, en la adopción el niño no tiene ningún vínculo genético con los padres, en cambio en las TRHA homóloga (con material de la propia

pareja) también existe vínculo genético entre el niño y sus progenitores, o con uno de ellos si es que se utiliza material de alguno y de un tercero.

La gestación por sustitución (a partir de ahora GS) se trata de una **técnica de reproducción humana asistida (TRHA)**, destinada a parejas (del mismo o distinto sexo) y a personas solteras, que sufren alguna causa de infertilidad o esterilidad (médica o estructural) que les impide tener hijos propios mediante medios naturales o mediante otras técnicas de reproducción asistida de menor complejidad.

Existen distintas denominaciones para este procedimiento, aunque todas refieren a lo mismo. La denominación más extendida coloquialmente es “Maternidad Subrogada”. Pero también se la denomina más técnicamente “Gestación por Sustitución” o “Gestación Subrogada”. O simplemente “Subrogación”. Vulgarmente es conocida como “Alquiler de Vientres”, aunque esta denominación es inapropiada e inexacta.

El procedimiento comienza con el aporte de la persona o pareja de sus propios gametos (espermatozoides y óvulos) o con la donación de los mismos por parte de terceras personas. Posteriormente, el médico realiza la fecundación del óvulo y la consiguiente formación de un embrión mediante fecundación in vitro u otra técnica. El embrión se transfiere a otra persona, que sería la mujer gestante, hasta el nacimiento de ese bebé. Cuando esto sucede, se debe reconocer la identidad y filiación del niño, como hijo de los progenitores que realizaron el tratamiento. Aquí cobra relevancia el hecho de que la persona aporte sus propios gametos, ya que, ese bebé nacido mediante subrogación, no tendrá ningún vínculo genético con la mujer que lo gestó, ya que ella no aportó sus óvulos; pero sí lo tendrá con la pareja o persona que aportó sus gametos.

Esta filiación estará fundada en la identidad genética y/o en la voluntad procreacional.

En palabras de Michele Sesta, la maternidad subrogada es la situación por la cual una mujer adquiere la obligación de llevar a término un embarazo por cuenta de una pareja estéril a la que se compromete a entregar al niño. En estos casos la mujer que se presta a ello puede ser fecundada con el semen de su pareja mediante una TRHA o puede recibir el implante del embrión concebido in vitro.

Eleonora Lamm 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.

Se podría pensar que no siempre lo biológico comprende lo genético (el caso de una mujer que gesta a su hijo pero no con sus óvulos sino por ovodonación), ni lo genético comprende siempre lo biológico (el mismo caso pero visto desde la persona que dona sus óvulos, aporta material genético pero no se compromete en el proyecto parental y además no lleva adelante el embarazo).

En general, los autores coinciden al momento de brindar una definición a esta técnica.

## Modalidades

En doctrina se distinguen dos modalidades dentro de la gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

- Gestación por sustitución tradicional: Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente (que está casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o es un hombre solo) o de un donante —en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno. Como puede advertirse, en la gestación por sustitución tradicional la comitente —si la hay— carece de vínculo genético con el niño/a. En estos casos, generalmente se recurre a la inseminación artificial para provocar el embarazo de la gestante.
- Gestación por sustitución gestacional: Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta sólo la gestación, pero no sus óvulos; éstos serán aportados por la comitente —si la hay y puede hacerlo— o por una donante. En cuanto a las variantes, puede que ambos comitentes aporten sus gametos (parejas heterosexuales en los que la gestante gesta el embrión formado por material genético de los comitentes) o se puede recurrir:
  - a) a donante de óvulos con semen de comitente (este tipo de gestación por sustitución es generalmente usado por las parejas homosexuales de hombres, en los que uno aporta el semen con el que se fecunda el óvulo de una donante, que luego es implantado en la gestante);
  - b) a donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente;

c) a donación de semen y óvulo. En estos casos necesariamente se debe recurrir a la fertilización in vitro. En este tipo de gestación por sustitución pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su pareja —si tiene— y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes).

## Análisis doctrinario

Existen diferentes formas de determinación de la maternidad:

- Elemento biológico como presupuesto determinante: aquí encontramos una postura civilista que determina esencial al momento de establecer el vínculo materno, el elemento biológico de la gestación y el parto. Siendo éste el criterio fundamental para designar a la madre, en términos legales.

Los autores que siguen esta corriente, sostienen que la determinación de la maternidad es efectuada por el hecho del parto, independientemente de cualquier otro factor sociológico.

Para Trabucchi, se es madre por naturaleza, a diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos. Asimismo, afirma que la madre gestante tiene una labor destinada al desarrollo y crianza de su propio hijo, tarea que no puede ser encomendada a otros. De manera que posee (la madre) una responsabilidad, tanto frente a su hijo/a, como a la sociedad. Este autor descarta la posibilidad de celebrar un acuerdo con otra persona que tenga como objeto la gestación de un niño/a.

- Elemento volitivo como presupuesto determinante: en esta postura cobra relevancia el principio de voluntad por la creación, según el cual “madre es la mujer que guarda algún tipo de relación biológica con el recién nacido, pero que además también desea el hijo para sí”.

Esta tesis, denominada voluntarista, destaca la importancia de establecer una relación maternal con prescindencia de todo vínculo biológico o genético con el

niño/a. De manera que, se descartan aquellas situaciones donde la mujer sólo dona sus óvulos, sólo lleva adelante la gestación y da a luz una criatura con aporte del material genético y por encargo de otra.

- Elemento genético como presupuesto determinante: esta posición, que puede considerarse intermedia entre las mencionadas ut supra -aunque posee similitudes con la postura civilista-, otorga el papel principal al material genético compartido, de modo que, será madre del recién nacido, aquella que aportó sus óvulos, más allá de ser la madre gestante (o no). No se tiene en cuenta la intención o el deseo de procrear.

Pantaleón pone el acento en el elemento genético porque, a su juicio, es el que define la identidad de la persona, aunque reconoce la intensa relación existente entre la madre gestante y el feto durante el embarazo.

En el derecho argentino, 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, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo.

## **El enfoque convencional y constitucional**

### **El concepto constitucional y convencional de familia**

El Dr. Andrés Gil Domínguez sostiene que el concepto constitucional de familia debe construirse teniendo en cuenta individualmente a los miembros que la componen, junto a ciertas garantías oponibles tanto a los terceros como al Estado; y no como una institución que deja de lado los derechos de sus integrantes para alzarse como un sujeto con vida propia.

Es difícil, en la actualidad, hallar una definición concreta de la familia constitucional y convencional, más bien todos los intentos coinciden en que la institución abarca un amplio espectro de derechos que conlleva a considerar diferentes formas de organización familiar, teniendo en cuenta la orientación sexual de los miembros, la figura monogámica o poligámica (admitida en otras culturas), la decisión de tener (o no) hijos, la cantidad, etc.

*En un Estado constitucional y convencional de Derecho, en donde una de sus notas esenciales es el pluralismo, la determinación de un derecho fundamental supone: a) la coexistencia de múltiples planes de vida o perspectivas de la trascendencia, y) la evitación de la imposición de un pensamiento único para todas las personas. Por este motivo, dicho procedimiento está signado por la tolerancia y el pluralismo, y a la vez guiado hermenéuticamente por el principio pro homine en las relaciones verticales y su sucedáneo -el principio favor debilis- en las relaciones horizontales. Una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de*

*un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos.*<sup>1</sup>

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Así, los instrumentos de derechos humanos — con jerarquía constitucional desde 1994— han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. Esto ha dado lugar al conocido “derecho civil constitucionalizado” o, en palabras de Mosset Iturraspe, a una suerte de “publicización del derecho privado.”<sup>2</sup>

“Al respecto, Cecilia Grosman ha señalado que “la trayectoria democrática en el cuidado de la familia comienza a perfilarse bajo dos formas: en una, la idea a consenso, que aparece como un valor central en la familia moderna, trae aparejada la negociación y el acuerdo como modo de componer los conflictos familiares; en la otra, se revela una mayor preocupación por asegurar los derechos fundamentales de quienes componen el núcleo familiar.”<sup>3</sup>

En este marco, signado por la internalización de los derechos humanos y la consecuente complejización del derecho constitucional, donde nacen y se desarrollan conceptos como el de “constitucionalización”, “humanización” o “universalización del derecho de familia. Todo el derecho, como construcción estatal que es, está sujeto, al igual que todas las

---

<sup>1</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada constitucional y convencional. Pág. 2. 2017

<sup>2</sup> HERRERA, Marisa, CAMELO Gustavo, PICASSO Sebastián. Directores. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400. INFOJUS. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p.6.

<sup>3</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, “*Derecho Constitucional de Familia*” Tomo I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p.523.

relaciones que regula, a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella. Así debe aceptarse que todo tipo de normas jurídicas, y consecuentemente cualquier tipo de relación, quedan sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos. Solo de este modo se respeta la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección de la persona” (Jana Linetzky, Andrés.). Los derechos humanos reconocidos a raíz de este nuevo orden resulta entonces, en términos de Alexy, principios de derecho fundamental que forman parte de la regla de reconocimiento constitucional y resultan vigentes para la sociedad en su conjunto.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, “*Derecho Constitucional de Familia*” Tomo I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 3, 4 y 21.

## Derecho comparado

*“Hay cuatro posturas respecto de la GS en el mundo:*

*\*Países que no aceptan la GS: es el caso de Suiza, China, Francia, España, Alemania, Italia. Entre estos países algunos prevén sanciones penales para quienes intervienen en dichas practicas de alquiler de vientre, como sucede en China, Alemania, Francia, Italia y Suiza.*

*\*Países que no tienen una ley específica sobre GS : es el caso de nuestro país; también podemos incluir a Brasil. Australia, Bélgica, Canadá, República Checa, Irlanda, Japón, México, Venezuela. Algunos de ellos tienen guías médicas, como el caso de Brasil y Japón. Canadá e Irlanda aplican sanciones cuando se trata de arreglos comerciales de maternidad subrogada. En estos países prevalece la regla del Derecho Romano “mater semper certa est” y en algunos de estos países se buscó la filiación por medio de la adopción.*

*\*Países que reglamentaron la GS: Australia, Canadá, Grecia, Israel, África del Sur, Reino Unido. Alguno de estos Estados requieren aprobación previa; otros, posterior. ALgunos Estados permiten la GS solo altruista y otros permiten compensaciones racionales. Por otra parte, se requiere, en algunos países que sean los gametos de matrimonio que intenta subrogar, no sienta permitida la donación de gametos, Hong Kong, o que el gameto del padre sea utilizado, condición expresa, como en Israel. No es permitido que la mujer gestante, aporte su propio gameto y también suelen regularse, las edades de la mujer gestante, en Israel debe tener entre 22 y 38 años. Otros países tienen requisitos tales una razón médica para dicha opción, test psicológicos, entre otras condiciones.*

*\*Países que aceptan la GS y los acuerdos económicos: tenemos un cuarto grupo de países que permite la maternidad subrogada y convenios económicos: Georgia, India, Uganda, Ucrania y, dentro de Estados Unidos: California, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pensilvania, Carolina del Sur, Alabama, Arkansas, Illinois, Iowa, Nevada, Dakota del Norte, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Florida. También se habrían hecho convenios en Armenia, Moldavia y Nepal.”*<sup>5</sup>

### **El particular caso de Estados Unidos: el famoso “turismo reproductivo”**

Reconocidos artistas de nuestro país han optado por viajar a Estados Unidos para la realización de esta práctica ante la ausencia de legislación en nuestro país, que trae como consecuencia el exilio al exterior, veamos en mayor profundidad cuáles son sus características:

En Estados Unidos cada estado determina la legislación correspondiente a la GS, ya que no existe una ley federal o reglamento que la contemple.

El estado de Arizona y el distrito de Columbia son ejemplos de territorios donde la GS se encuentra expresamente prohibida en todas sus formas. Y, en sentido más estricto, Michigan persigue criminalmente a quienes sean parte o faciliten un contrato de estas características, mientras que en Nueva York y Nebraska los convenios de gestación están prohibidos si media compensación.

Por otro lado, entre los estados que aceptan esta práctica, podemos mencionar a Texas, que exige la autorización judicial del acuerdo de GS y el cumplimiento de una serie de requisitos.

---

<sup>5</sup> GROSMAÑAN Cecilia, LLOVERAS Nora, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, HERRERA Marisa. “DERECHO DE FAMILIA” Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 89. Mayo, 2019.

Una de las legislaciones más permisivas en materia de GS, si no la más permisiva, es la de Illinois, que protege a las parejas casadas, no casadas y a las personas solas. Cabe destacar que Illinois permite expresamente la GS comercial. Así, admite que se pague a la gestante no sólo gastos razonables, sino también una retribución razonable.

Ahora bien, además de estos estados, como se vio, existen otros que si bien no tienen ley, la gestación por sustitución comercial ha sido admitida jurisprudencialmente. Éstos son California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts, y Ohio.

Ahora bien, aunque en Estados Unidos existen tres categorías de estados (los que tienen ley, los que admiten la GS por vía jurisprudencial y los que no dicen nada), cabe tener en cuenta que en todos los estados que se incluyen en cada una de estas tres categorías (incluidas los de legislación prohibitiva), la GS se está realizando con éxito y está contando con el visto bueno de los tribunales competentes en los casos en los que se solicita la determinación de la filiación y se cuenta con la cooperación y aprobación de todas las partes. Ésta es la situación de prácticamente todos los casos de GS en los Estados Unidos. Incluso en Nueva York y Michigan, donde se criminaliza la compensación, existen órdenes judiciales que declaran la filiación de los comitentes bajo la ley existente, siempre y cuando las partes estén de acuerdo.

## La cuestión en nuestro derecho

Previo a la sanción del CCyC se debatió esta cuestión en el Anteproyecto del mismo, en donde estaba incluida la figura de la GS. Es por ello que se explicitan las principales razones por las cuales se entendía que debía incorporarse.

Dentro del capítulo dedicado a las "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" en el Título V sobre "Filiación", el art. 562 proyectado decía: *"El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza."*

Se trataba de la única práctica de reproducción asistida que necesitaba de manera previa, contar con la debida autorización judicial. Así, se establecía un proceso judicial especial en

el que el juez con competencia en asuntos de familia debía analizar diferentes y variados elementos que rodean a una gestación por sustitución para autorizar o no dicha práctica. En otras palabras ningún centro especializado podría llevar adelante este tipo de práctica médica si no se contaba con la correspondiente autorización judicial, obtenida tras realizar un análisis integral e interdisciplinario de la situación, no sólo de la o los comitentes sino en particular, de la gestante a quien se pretendía también proteger.

A continuación expondremos una serie de argumentos a favor:

a) Esta práctica al estar prohibida o al estar silenciada no evita que se realice igualmente, ya sea en los centros de salud o en las denominadas “prácticas caseras” en las cuales se vulneran numerosos derechos y hasta se pone en riesgo la vida de la persona gestante involucrada.

b) Una buena regulación constituye un instrumento eficaz para impedir la existencia de un "mercado negro de vientres" en el que las mujeres —por lo general, de escasos recursos socioeconómicos— son objeto de explotación. El proyecto de ley además establece, una serie de requisitos para ser gestante, por ejemplo:

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.

c) La gestación por sustitución es una práctica que se realiza cada vez en mayor cantidad de países, número que va en aumento; por lo tanto, las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En este contexto, podría sostenerse que las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos sí pueden ver satisfecho su derecho a formar una familia a través de esta práctica.

d) En países que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo como la Argentina, la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiatorios a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

En definitiva, como bien se ha sostenido: "la disyuntiva a la cual se enfrentaban los redactores del Anteproyecto y el equipo de trabajo que colaboró consistía en: prohibir, silenciar o regular. Se decidió por la última: regular, al entender que éste es el mejor modo de controlar y resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer geste para otro/s. Las otras dos opciones, el silencio de la ley o la prohibición expresa, claramente no pueden evitar que ello suceda, y esta realidad se la

observa fácilmente con los casos ya sintetizados y algunos otros que están tramitando ante la justicia (...) En definitiva, el Anteproyecto si de algo no pecaba, era de ser hipócrita o negar la realidad. El gestar para otro sucede acá y en el exterior. ¿Qué hacer ante ello? El Anteproyecto se animaba, entonces, a proponer un modo de regular un conflicto que, no se duda encierra un alto grado de complejidad y sensibilidad. Claramente, hubiera sido más sencillo no decir nada al respecto, pero se asumió el desafío de ensayar una respuesta legal posible y junto a ello, el debate que ello generó pero pareciera que aún no estaban dadas las condiciones de madurez social para hacerse/hacernos cargo de esta situación".<sup>6</sup>

El dinamismo propio de las relaciones de familia y en especial, de temáticas que se relacionan de manera directa con el avance de la ciencia y el estudio e implicancias en la sociedad desde otras disciplinas, dan cuenta de que el debate sigue abierto.

Tras exponer la regulación que se proponía, de dicha conducta legislativa que quedó trunca en la discusión parlamentaria pero cuyo debate aún continúa abierto.

---

<sup>6</sup> HERRERA Marisa. La lógica del Código Civil y Comercial de La Nación en materia de familia. Reformar para transformar. 29 de Diciembre de 2014. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

## **Derechos en juego**

### **a. Derecho a formar una familia**

El Art.16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 recepta la protección de la familia, tanto para hombres como para mujeres, y hace mención de la institución como un “elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” en su inciso 3ro.

En el ámbito nacional encontramos que la Constitución Nacional, tanto en su texto originario como en las sucesivas reformas de 1860, 1866 y 1898, nada expresaba respecto de la familia. Fue en 1957 cuando se incorpora el artículo 14 bis, elevándose los derechos sociales y económicos a rango constitucional. En cuanto a la protección de la familia, el artículo estipula que la ley establecerá (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo acoge, en su art. 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo (...).

Podríamos seguir enumerando Instrumentos Internacionales que recepten este derecho, pero lo que nos interesa es determinar qué es el derecho a formar una familia, en qué consiste y quiénes son los sujetos amparados por el mismo. Comenzaremos por decir, tal como se menciona ut supra en el presente trabajo, no existe un concepto universal de

“familia”, existen diversas formas y modalidades. En primer lugar puede que sea una persona (hombre o mujer) soltera, quien decida formar una familia o una pareja hetero u homosexual. Por otro lado, la familia existe con, o sin hijos, pero en caso de querer tenerlos, además de la filiación biológica, también ocurre la filiación por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida, y acá es donde entra a jugar la gestación por sustitución. Por último, los sujetos protegidos son todas aquellas personas que deseen vivir en familia o que ya lo hagan, bajo la forma que sea.

#### **b. Derecho a procrear**

Este «derecho a la reproducción» ha sido interpretado en el sentido de que una pareja o un individuo tiene derecho a reproducirse no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas. Esto ha sido recientemente confirmado en el caso “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” del 28/11/2012, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el que se ha sostenido de manera genérica que hay un derecho a procrear, y de hacerlo a través de las TRA. La CIDH considera que «la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico» (párr. 143).

El derecho a procrear está íntimamente relacionado con el derecho a formar una familia, aunque el primero guarda más relación con la libertad sexual y la intimidad de cada persona, (dentro de los derechos personalísimos), en otras palabras, no está condicionado al resultado positivo, pero sí existe un derecho a intentar procrear, sea como derecho autónomo inherente al derecho a la salud sexual y a la procreación responsable, sea como derecho derivado del ejercicio de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o incluso del más laxo derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y

tecnológico (siempre entendido este último como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos). El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación.

### **c. Derecho a la igualdad y no discriminación**

El CCyC incorpora definitivamente la legislación que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo (previa sanción de la Ley 26.618 de matrimonio igualitario en 2010) y expresamente indica que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (art. 402 CCyC).

Ello supone el acceso para las personas del mismo sexo, a los beneficios asociados al matrimonio: de asistencia, alimentos, solidaridad, beneficios sucesorios, a la vivienda familiar, en la toma de decisiones médicas, etc. Pero cuando el matrimonio está compuesto por dos hombres sus derechos a la progenitura está circunscripto a la adopción, lo cual restringe por discriminación indirecta, esto es por un comportamiento legal aparentemente neutro pero con resultado desfavorable en comparación con los derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos respecto del matrimonio unisexual de dos mujeres.

Por eso es importante la incorporación de esta práctica ya que es la única forma de que una pareja homosexual pueda tener hijos con el material genético de uno de ellos sin recurrir a la adopción.

#### **d. Derecho a la autonomía de la persona gestante y a la salud del propio cuerpo**

Esta especialísima decisión de la persona gestante (no nos referimos específicamente a “mujer gestante”, ya que podríamos encontrarnos en un caso de identidad autopercebida, pero tenemos en claro que la figura de la mujer como sujeto de derechos ha sido protegida en su forma integral), forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la persona gestante someterse a ésta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad.

Podemos observar que en el caso del proyecto de ley, la gestante que se ofrece desinteresadamente y en una forma totalmente altruista, posee varios requisitos para ser admitida en esa calidad, a saber: tener plena capacidad civil, acreditar aptitud física, tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país, contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial, no aportar sus gametos, no haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces para lo cual debe crearse un registro en el ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862, haber dado a luz y tener un (1) hijo propio.

Sin ir más lejos, el principal requisito que es la voluntad procreacional manifestada a través de un consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con el Código y la ley especial.

#### **e. Interés superior del niño/a nacido/a**

En nuestra opinión, la gestación por sustitución no perjudica ni viola el principio del interés superior del niño/a; por el contrario, lo satisface. Los niños nacidos como resultado de la gestación por sustitución son extremadamente queridos y, consecuentemente, son criados por progenitores muy comprometidos y amorosos, forjándose así también la identidad dinámica además de la estática si es que el embrión fue conformado con material de uno o ambos miembros de la pareja o de la persona si se trata de una familia monoparental.

Con este punto de vista, el interés superior del niño puede ser analizado a priori y a posteriori. A priori, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja.

Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de progenitores puedan serlo. Por el contrario, la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución puede ser causa de un daño sustancial para un niño, que ha nacido y no está con quienes quisieron asumir el rol de progenitores desde antes que él existiera.

Ahora bien, el interés superior del niño no sólo justifica la regulación de la gestación por sustitución, sino que debe ser uno de los principales aspectos a tener en cuenta al incorporarse el instituto ya que el interés superior del niño debe triunfar sobre cualquier otra consideración.

## Conclusión

Desde el día en que nos planteamos estudiar la GS y realizar este trabajo, nos hicimos las siguientes preguntas: ¿Qué es la GS y cómo se trata en nuestro país?; ¿Existe en otros lugares del mundo? En primer lugar, nos llamó poderosamente la atención que la legislación argentina no la contemple, ya que contamos con un CCyC moderno, el cual incorpora muchas cuestiones actualizadas en materia del Derecho de las Familias y una fuerte perspectiva de Derechos Humanos. También pensamos que estaría respondiendo a una necesidad social por parte de la población que desea realizar dicha práctica y se ve impedida por la ausencia legal de la que ya hablamos.

Es de público y hasta a veces mediático conocimiento que dicha práctica se realiza independientemente de este vacío legal, así es que como consecuencia se convierte en un negocio, al momento que, se paga un precio por “alquilar” un vientre o se “compran gametos”. Lo mismo sucede con sus consecuencias inciertas, desprovistas de una protección jurídica ante eventuales conflictos que puedan suscitarse. Por ejemplo, qué sucedería si, ¿la madre gestante se niega a entregar al bebé? o, si los progenitores que se comprometen a abonar una cantidad de dinero no lo hacen? y otros interrogantes que no vienen al caso mencionar, pero que serían subsanados en el marco jurídico adecuado.

Es ante estas circunstancias que propiciamos la sanción de una normativa que abarque esta práctica para que, quien opte por la GS, lo haga de manera segura y libre.

## Bibliografía

1. ARAUJO RODRÍGUEZ Ana Lizbeth. Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas. “About derecho” blog.
2. CIDH, “Artavia Murillo c/Costa Rica”, 28/11/2012
3. CIDH, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24/2/2012
4. Código Civil y Comercial de la Nación. 2015
5. Constitución Nacional Argentina.
6. DE LA TORRE, Natalia. “La gestación por sustitución “hecha en casa”: el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo.
7. Declaración Universal de Derechos Humanos.
8. FAMÁ, M. V. «Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas». Derecho de Familia y de las Personas, 20/08/2013.
9. GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *“Derecho Constitucional de Familia”* Tomo I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.
10. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada constitucional y convencional. 2017
11. GROSMAN Cecilia, LLOVERAS Nora, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, HERRERA Marisa. “DERECHO DE FAMILIA” Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 89. Mayo, 2019.
12. HERRERA Marisa. La lógica del Código Civil y Comercial de La Nación en materia de familia. Reformar para transformar. 29 de Diciembre de 2014.  
[www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

13. HERRERA, Marisa, CAMELO Gustavo, PICASSO Sebastián. Directores.  
*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400. INFOJUS. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
14. HERRERA, Marisa. Manual de Derecho de las Familias. Abeledo Perrot. Argentina. 2015.
15. <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/>
16. KEMELMARJER de Carlucci, Aída; LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa.  
Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional Autores: en: LA LEY 11/07/2013, 11/07/2013, 3.
17. LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona – Barcelona.
18. Ley Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida N° 26862.
19. MELÓN Pablo. NOTRICA Federico. “La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación”. UBACyT 2014-2016.
20. MERLO, Leandro - MARTIN, Florencia . Los tipos filiatorios en el Código Civil y Comercial y su influencia sobre la identidad del nacido Autor: Publicación: Revista de Derecho de Familia y Sucesiones Número 4 - Junio 2015 Fecha: 09- 06- 2015 Cita: IJ- LXXIX- 508

21. NITTO Maximiliano y BIANCHI Fiorella. Gestación por sustitución: las graves implicancias de la ausencia de regulación de una práctica instaurada en la realidad Argentina. Año II N° 3. CABA, Rep. Argentina. 2017.
22. OLIVERA Martina. Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución y su contradicción con el silencio legislativo. Una perspectiva desde los derechos humanos. Lecciones y Ensayos, Nro. 96, 2016.
23. Pacto de San José de Costa Rica.
24. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
25. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
26. Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación – 2012
27. SCOTTI Luciana. El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Pensar en Derecho N°1, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ISSN 2314-0186, Ed. Eudeba, Buenos Aires, diciembre de 2012 – febrero de 2013.
28. TRABUCHI, “procreazione artificiale e genética umana nella prospettiva del iurista”. Comunicación al Congreso de Verona. Italia. Octubre, 1986. En Procreazione artificiale e interventi nella genteica umana. Padova 1987.
29. VERCELLONE, Paolo. Tratado de derecho civil italiano, La filiazione, Vol. III, Tomo II, De. Utet editore. Torino, Italia, 1987.