

**Universidad Nacional de La Pampa
Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas**

Seminario sobre Aportaciones Teóricas Recientes

***LA GESTACION POR SUSTITUCION EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO***

**TESISTAS: Cecilia DI PIETRO – María Alejandra
TRUCCHI**

ASIGNATURA: Derecho Internacional Privado

DIRECTORA: Norma Beatriz MARTINEZ

**Santa Rosa, La Pampa
2016**

I) INTRODUCCION

II) CONCEPTOS RELACIONADOS

- 2.1. Filiación Internacional
- 2.2. Técnicas de Reproducción Humana Asistida
- 2.3. Voluntad Procreacional
- 2.4. Gestación por sustitución

III) CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

IV) EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

- 4.1. Las fuentes de filiación
- 4.2. Gestación por sustitución. Vacío legal
 - 4.2.1. Jurisprudencia
 - 4.2.2. Anteproyecto del Código Civil y Comercial
- 4.3. Reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero
 - 4.3.1. Jurisprudencia
 - 4.3.2. Proyecto de ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

V) DERECHO COMPARADO

- 5.1. España
- 5.2. Estados Unidos
- 5.3. India

VI) CONCLUSION

VII) BIBLIOGRAFIA

I) INTRODUCCION

En este trabajo nos proponemos analizar el instituto de la gestación por sustitución desde la óptica del Derecho Internacional Privado.

En medio de una sociedad con nuevos paradigmas, con diferentes modelos de familia y ante los avances de la ciencia y la tecnología, reflejada en nuevos procedimientos clínicos, se potencian las posibilidades de encontrar un elemento extranjero en una controversia sobre filiación, que de esta manera se torna internacional.

En este contexto, la realidad de nuestros días nos enfrenta al surgimiento de formas alternativas para lograr la procreación. Nos referimos precisamente a las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y dentro de ellas, a la gestación por sustitución, la cual es una de las que más desencuentros ha ocasionado en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países.

En Argentina no contamos aún con una regulación legal de esta TRHA en particular. De este modo, enfocamos nuestra atención a la respuesta dada por nuestros magistrados, ante los conflictos generados por la celebración de estos acuerdos en países

extranjeros, que luego requieren el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución.

Ponemos de resalto la importancia del tema en cuestión, ya que entran en juego derechos humanos fundamentales, sobre todo el Interés Superior del Niño, el cual debe priorizarse ante cada caso en particular.

II) CONCEPTOS RELACIONADOS

Tomando como punto de partida la evolución e importancia que han alcanzado las técnicas de fertilización humana asistida, pasamos a desarrollar las nociones relacionadas con una de ellas en particular, la gestación por sustitución.

2.1. Filiación Internacional.

El tema abordado gira en torno a la filiación internacional, que es el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de TRHA, o adoptivo) que contiene elementos extranjeros. Es decir que además de los dos tipos filiales tradicionales (filiación por naturaleza o biológica y filiación adoptiva) se suman actualmente otras formas de alcanzar el vínculo filial: las TRHA.

2.2. Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Según la definición elaborada por Luciana Scotti¹, las TRHA son *“todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta) mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametas femenina (óvulos) y masculinas (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo.”*

Las TRHA pueden ser tanto de tipo homólogas, donde el material genético corresponde a los comitentes que requieren la técnica; o de tipo heterólogas, en las cuales el material genético proviene en un todo o en parte de un tercero o terceros ajenos al/los solicitantes.

La finalidad de estas técnicas es posibilitar la reproducción, mediante tratamientos que solucionan trastornos físicos (disfunciones masculinas o femeninas). Según Stella Maris Biocca² *“La fertilización asistida requiere, desde el hacer científico, una constante referencia a la ética que, desde el punto de vista jurídico, trasunta en una iluminación del campo en orden a la protección del individuo, a los fines de la familia, en suma, a la dignidad humana.”*

¹ LUCIANA B. SCOTTI. La “Maternidad Subrogada” en la legislación y jurisprudencia argentinas; 2013; disponible en <http://oaji.net/articles/2014/1341-1412558736.pdf>; consultado el 03/10/2016.

² STELLA MARIS BIOCCA. Derecho Internacional Privado. Un nuevo enfoque. Tomo I; 1ª edición; Lajouane; Buenos Aires; 2004; pag. 144 y ss.

Explica que las dos técnicas de fecundación humana asistida son: la inseminación artificial, que *“es la técnica más simple, consiste en introducir una estimulación leve de la ovulación con medicación... se introducen en forma no natural, los espermatozoides en el organismo femenino para producir la fecundación. Puede ser homóloga, si se utiliza el semen del cónyuge, o heteróloga si proviene de un dador no vinculado a la mujer receptora”*; y la fecundación extracorpórea, que *“es el conjunto de operaciones que van desde la obtención del óvulo y el espermatozoide, la fecundación y el desarrollo germinal fuera del seno materno, hasta la implantación en el útero.”* *“Las técnicas de fecundación asistida con material genético de tercero, plantean, además, el problema de la filiación y de la voluntad procreacional de los donantes y de los receptores.”*

2.3. Voluntad Procreacional.

El principio de la voluntad procreacional reside centralmente en una expresión de voluntad mediante la cual una persona o una pareja, independientemente de estar constituida por dos personas de distinto o del mismo sexo, se comprometen a asumir los roles parentales respecto de un niño, con independencia de quien haya aportado los gametos. Esto permite satisfacer el derecho de estas personas a fundar una familia, basado en el principio de igualdad y no discriminación.

El vínculo filial deriva de un acto voluntario y lícito, ya que el consentimiento del o los comitentes para someterse a las TRHA debe ser prestado en forma libre, informada y plena.

Posee idénticos efectos que los derivados de la filiación por naturaleza. El vínculo filial tiene como fuente la voluntad procreacional y no el hecho del nacimiento. Implica el desplazamiento del elemento genético como dato fundamental para determinar la filiación.

2.4. Gestación por sustitución.

El tema puntual que nos ocupa es la gestación por sustitución, también llamada maternidad subrogada, madres de alquiler, entre otras denominaciones.

El término maternidad no parece ser adecuado para referirse a este tipo de TRHA, porque hace alusión a la condición de la mujer que ha sido madre, y se considera madre a quien da a luz. El vocablo más adecuado parecería ser gestación por sustitución, porque gestar hace referencia a la mujer que lleva en su seno el embrión hasta el momento del parto. No se trata de la identidad biológica de este embrión, por ello puede ser de la madre gestante, de la comitente o de la donación de una tercera mujer.

También la palabra sustitución se refiere a poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Aquí sustituir la gestación de la madre comitente por la de la madre, que gestará en lugar de la primera.

Con estas aclaraciones previas, la gestación por sustitución, se formaliza a partir de un acuerdo por el que una mujer, la madre portadora o sustituta, acepta someterse a las TRHA para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados padres intencionales, a quienes se compromete a entregar al niño o niños que puedan nacer.

Existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante. La madre sustituta “da” su útero para que en él sea implantado el embrión.

Este instituto aparece bajo dos modalidades: una tradicional, en la cual la madre subrogada es también la madre genética (sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante), es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, por ello es suficiente el recurso a la inseminación artificial; la otra modalidad es la gestacional, en la cual la concepción se produce a partir del óvulo de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última

no puede producir óvulos, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco, o bien una donante anónima.

III) CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Destacamos, en torno a la reciente reforma de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), que se ha desarrollado un proceso de constitucionalización del derecho privado.

En consonancia con ello, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial sancionado en 2014, plantea los fundamentos elaborados por la Comisión Redactora, los cuales establecen: *“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría*

de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.”

El derecho privado debe estar acorde con la Constitución Nacional. En particular debe incluirse al derecho internacional de fuente convencional que comprende los tratados y convenciones de jerarquía constitucional, así como a los demás tratados y convenciones, tanto de derechos humanos como de otras materias, habida cuenta de la jerarquía que la Constitución les atribuye.

La Convención de los Derechos del Niño³, en su artículo 7 establece que *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...”*. En el artículo 8 dispone que *“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño*

³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en 1989, en vigor desde 1990.

a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ establece en su artículo 17: *“La protección a la familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia... en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos...”*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, en su artículo 24 reza: *“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. 2. Todo niño será*

⁴ Suscripta en San José de Costa Rica en 1969, aprobada por ley 23.054 de 1984.

⁵ Suscripto en Nueva York en 1966, aprobado por ley 23.313 de 1986.

inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶, en su artículo 10, declara que los Estados Partes reconocen que: *“3. Se deben adoptar las medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”*

Los principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados, que impactan de manera directa en el derecho filial, son: principio del interés superior del niño; principio de igualdad y de no discriminación; el derecho a la identidad estática (elemento genético) y dinámica (elemento volitivo) y en consecuencia a la inmediata inscripción⁷, que le otorgue al niño un vínculo jurídico y sin discriminarlo por la orientación sexual de sus progenitores; la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, proporcionados por las TRHA; el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella, con independencia de la orientación sexual de la

⁶ Idem.

⁷ Véase también art. 11 de ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en vigor desde 2005.

persona o pareja que desee formarla; los principios de reserva y legalidad⁸; entre otros.

IV) EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

4.1. Las fuentes de filiación.

La filiación es la institución jurídica que determina la posición de los sujetos dentro de la familia. El Código de Vélez reconocía tres fuentes para su determinación: 1) el reconocimiento voluntario de un hijo propio; 2) la filiación determinada por la ley y 3) el reconocimiento filial de fuente judicial, mediante sentencia que declara una filiación no reconocida en forma voluntaria.

También reconocía dos fuentes generadoras de vínculos jurídicos de filiación: 1) por naturaleza, a través de la procreación, cuyo fundamento es el vínculo biológico; 2) por vía legal, a través de la adopción.

El nuevo CCyCN incorpora una nueva fuente de filiación en el art. 558⁹, las TRHA, con fundamento en el principio de igualdad, por

⁸ Art. 19 de la Constitución Nacional: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

el cual se extiende la institución del matrimonio a todas las personas con independencia de la orientación sexual de sus integrantes, al igual que las uniones convivenciales. Esto implica un cambio de paradigma radical al modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en nuestro sistema normativo.

El Código mantiene el principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y por ello la adopción plena, la filiación por naturaleza y la derivada de las TRHA generan los mismos efectos. Se mantiene el máximo de dos vínculos filiales, siendo irrelevante la orientación sexual de las personas con quienes se crea el vínculo filial, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.618¹⁰, que introduce al ordenamiento jurídico la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. El nuevo código respeta y recepta la compleja tarea de adecuar el régimen filial a esta ley, en consonancia con el plexo normativo constitucional-internacional.

Uno de los problemas de la ley 26.618 ha girado en torno al campo del derecho filial, como consecuencia de la aceptación y

⁹ Art. 558: *“Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”*

¹⁰ En vigor desde el 15/07/2010.

ampliación de la noción de familia a la de familia homoparental. Esta ley solo introducía modificaciones a la ley 26.413 que regula el Registro Civil, pero no modificaba directamente el articulado del Código Civil anterior, lo cual ha sido resuelto por una normativa clara en torno a la extensión del matrimonio a las parejas del mismo sexo y su impacto en la filiación de los niños nacidos en el marco de estos matrimonios, y también los nacidos fuera de él.

Las reformas al derecho filial generan ciertas resistencias, en razón de que las TRHA son una manera de poder acceder a la maternidad /paternidad no solo de las parejas heterosexuales, sino principalmente de las parejas del mismo sexo.

La filiación determinada por estas técnicas tiene fundamento en un acto derivado de la ciencia médica y en el elemento volitivo, con independencia de quien haya aportado el material genético¹¹.

La ley especial que las regula es la 26.862¹² conocida como “de fertilización asistida” (y su decreto reglamentario 956/2013), la cual en su art. 2º conceptualiza estas prácticas como todos aquellos

¹¹ Según el art. 575 del CCyCN: “Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.”

¹² En vigor desde el 25/06/2013.

procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo.

Desde esta perspectiva se encuentra regulada en nuestro Código la filiación determinada por TRHA, en sentido amplio, es decir, receptando la posibilidad de que este vínculo jurídico se establezca tanto fruto de prácticas de tipo homólogas como heterólogas.

Así el Código armoniza su texto con los avances normativos alcanzados por la ley 26.862 y con el estándar impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Artavia Murillo”¹³, en cuanto al reconocimiento del acceso a los beneficios de estas técnicas, como un derecho humano.

Sin embargo, es dable mencionar que recientemente se ha presentado un proyecto de ley sobre procreación artificial en el Senado de la Nación¹⁴. El mismo estipula en su artículo 1º que su objeto es *“establecer el régimen de regulación de los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida”*. Propone modificaciones varias, que afectan la nueva normativa del CCyCN. Prevé la aplicación de las TRHA solo para casos de infertilidad y

¹³ Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, del 28/11/2012

¹⁴ Iniciativa de la Senadora Liliana Fellner, de fecha 26/04/2016.

como último recurso, sin contemplar los variados casos en los cuales no existe dicha afección que impide la procreación, obstaculizando así la realización de estos procedimientos en parejas homosexuales, que no padecen de afección alguna, pero no pueden ser padres por procreación natural. Garantiza el art. 2º *“el derecho al diagnóstico previo y tratamiento de las causas de la infertilidad en forma gratuita, el acompañamiento interdisciplinario de las parejas con infertilidad por los Establecimientos Sanitarios y la inversión en tratamientos para curar la infertilidad”*. Cambios como este implican un retroceso en el camino hacia la igualdad en el acceso a las TRHA que, reiteramos, es un derecho humano fundamental.

4.2. Gestación por sustitución. Vacío legal.

Si bien nuestro nuevo CCyCN incorpora las TRHA como fuente de filiación, otorgándole relevancia al elemento volitivo, le pone un límite a la voluntad procreacional: no autoriza la maternidad por sustitución.

El vínculo filial determinado por las TRHA tiene como fuente la voluntad procreacional y no el hecho del nacimiento, a diferencia del criterio rector de la ley 23.264, cuyo centro para determinar vínculos filiales era el hijo. El nuevo texto impone un criterio adulto céntrico, con arraigo en el derecho a fundar una familia, pues será su

consentimiento libre y pleno, expresado en los términos del art. 560 CCCN, lo que determinará la filiación del hijo.

El código incorpora las TRHA en consonancia con los principios constitucionales-internacionales. Lo cual permite y garantiza sobre todo el derecho a fundar una familia, con base en el principio de igualdad y no discriminación, ya que así se prevé la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre, sin necesidad de estar casada o en pareja con otra persona, o bien la posibilidad de que un matrimonio constituido por dos mujeres pueda constituir vínculos filiales respecto a un niño.

Sin embargo, deja fuera de su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales masculinas, ya que la voluntad permite crear vínculo filial con el hombre o la mujer de quien ha alumbrado al hijo, partiendo de la premisa de la existencia de relación de maternidad con la mujer de la que nació el hijo¹⁵. Por consiguiente, la voluntad procreacional solo habilitaría la relación filial respecto de dos hombres en el caso de someterse a una gestación por sustitución, instituto que según exponemos mas adelante, ha quedado eliminado del articulado del CCyCN.

¹⁵ Art. 562 del CCyCN: *“Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”*

De este modo, actualmente, cualquier contrato firmado en Argentina en este sentido, sería nulo y daría derecho a repetir lo pagado en caso de que la madre portadora se niegue a cumplir el acuerdo. Si el acuerdo se cumpliera, la filiación quedaría determinada por el parto. Sin perjuicio de ello, el padre biológico podría reconocer al niño como hijo suyo, y la madre genética podría reclamar la adopción.

La inexistencia de la institución en el país hasta nuestros días, aun cuando no está prohibida expresamente, podría motivar el recurso al orden público internacional¹⁶. Para hacer valer esta excepción se ha recurrido a la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas, argumentando que el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial, afectando además a la dignidad de los seres humanos al ser considerados como objetos (tanto la madre gestante como el niño).

La excepción de fraude a la ley¹⁷ también puede ser invocada, atento al supuesto en el cual el convenio de gestación por sustitución se celebra en un Estado con el cual los involucrados no

¹⁶ Art. 2600 del CCyCN: *"Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino."*

¹⁷ Art. 2598 del CCyCN: *"Fraude a ley. Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto."*

están internacionalmente conectados (domicilio, residencia o nacionalidad), llevándose a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de este tipo.

No obstante su eliminación del CCyCN, la gestación por sustitución no ha sido prohibida. De esta manera los derechos del niño y su superior interés asumen en la solución de los casos sobre TRHA un significado determinante. Esto implica que la cuestión queda sujeta a la discrecionalidad judicial, la que cobra importancia en razón de que en las decisiones a adoptar se deben proteger los derechos de todas las personas intervinientes, en especial el interés superior del niño y el derecho a la identidad.

4.2.1. Jurisprudencia.

El legislador ha hecho una opción de valor al no contemplar en el CCyCN la gestación por sustitución. En este marco, son los jueces quienes han encontrado una puerta por donde autorizarla y ella es el principio de legalidad, que establece que “todo lo que no está prohibido, está permitido” (conforme art. 19 de la Constitución Nacional).

En los últimos años, nuestros tribunales han sentenciado a favor del reconocimiento de la gestación por sustitución. A continuación reseñamos un caso que contiene una extensa y rica

fundamentación, la cual resulta sumamente clara en el abordaje del tema tratado.

Nos referimos a la primera sentencia sobre gestación por sustitución en la Provincia de Mendoza¹⁸. Se planteó una acción declarativa de filiación como medida autosatisfactiva, a fin de que se reconozca la verdadera filiación materna y paterna de un recién nacido mediante una TRHA. Solicitaron que se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño y su D.N.I. y el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor, desde la fecha de la concepción, a favor de sus padres genéticos.

En este caso la Sra. OAV, se interesó en ayudar a procrear a una pareja, FJJ y GAC, que no podía gestar hijos. La Sra. GAC sufrió una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé, sin embargo conservaba sus óvulos. Suscribieron un acuerdo estableciendo obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación. Se sometieron al procedimiento de la fecundación in vitro con óvulos extraídos de la Sra. GAC y espermatozoides del SR. FJJ, y luego se le implantaron dos embriones en el útero de la Sra. OAV, habiendo anidado solo uno de ellos, nació en Mendoza el bebé, de nombre

¹⁸ Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Familia de Mendoza, en autos “O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. s/medida autosatisfactiva”, del 29/07/15.

JC, emitiéndose el certificado médico a nombre de quien dio a luz, es decir OAV.

Planteada la acción declarativa de certeza, a fin de determinar la filiación de JC, por una TRHA, para su correcta inscripción en el Registro Civil, la Asesora de Menores, asumiendo la representación directa del menor, fundado en que el niño se encontraba indocumentado y sin representantes legales, plantea la nulidad del contrato firmado por las partes.

El juez, en su resolución, no hizo lugar a la nulidad del convenio. Dispuso que la filiación materna y paterna del niño correspondía a los Sres. GAC y FJJ y que, a fin de proceder a la inscripción de su nacimiento, se librara oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con jurisdicción territorial en el domicilio del lugar del nacimiento, departamento de Godoy Cruz, Mendoza para labrar la correspondiente acta de nacimiento con los datos del niño¹⁹. Les impuso a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiriera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

Entre sus argumentos, el juez distingue el caso de maternidad subrogada tradicional, en la cual se pacta la entrega de un hijo

¹⁹ En el mismo sentido se dictó sentencia del Juzgado de Familia nº 7 de Lomas de Zamora, el 26/04/2016, en autos “H.M. y otro/a”.

propio, lo que conllevaría un objeto ilícito, dado que solo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de la adopción; de la gestacional, en la cual la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, porque el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo, ni desde el punto de vista biológico, ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se retribuyó el servicio de gestación. Planteó el juez que existe resquemor en vincular dinero con procreación, no obstante él se inclina por la remuneración del mismo, porque es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios, pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación.

Sigue argumentando el juez que la regulación legal de las TRHA y de la gestación por sustitución permite a todas las personas intervinientes elegir libremente. No ve perjuicio para ninguno de los involucrados, y además esta práctica, si bien no cuenta con normas específicas en nuestro país, tampoco está prohibida.

En cuanto al planteo de la nulidad del contrato, aduce que lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional, entiende el juez que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado, ha sido puesta al servicio de

lo convenido: la gestación de un ser humano. La persona no es objeto del negocio jurídico. A su criterio, ello no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley.

Se estaría ante una filiación “socioafectiva”, en la que el elemento volitivo observa un espacio de mayor envergadura que el componente genético.

4.2.2. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Dentro de las TRHA, la que ha suscitado mayores inconvenientes es la maternidad por sustitución.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se la incorporaba. La norma establecía:

“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 solo 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 mas 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.”

De acuerdo a este artículo, ante casos en los que se practicara la gestación por sustitución en el extranjero, acorde pautas distintas a las previstas en este artículo, un juez podría recurrir al orden público o al fraude a la ley para desconocer efectos a tales convenios.

Este artículo reconoce la gestación por sustitución con un alcance limitado, al precisar que la gestante sólo puede participar en este carácter y al menos uno de los comitentes debe aportar el material genético.

Sin embargo, en la sesión del 27 de noviembre de 2013, el Senado de la Nación, quien dio media sanción al proyecto, suprimió dicha norma reafirmando de esta manera, el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que deja subsistente la necesidad de regular esta TRHA, para poder determinar todas las proyecciones jurídicas que resultan de su práctica.

El 5 de junio de 2013, se aprobó la Ley Nacional N° 26.862 por la cual se admite la cobertura de los tratamientos médicos de TRHA, pero sin mencionar a la gestación por sustitución.

4.3. Reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero.

Dado que las cuestiones de filiación se encuentran en plena evolución y con importantes diferencias en las legislaciones nacionales, nuestro CCyCN ha incorporado una norma específica²⁰

²⁰ Art. 2634 del 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*

que establece el reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, provenga de una decisión judicial o no.

El reconocimiento opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que esta despliegue efectos en el foro

Evita someter este emplazamiento a un proceso especial, considerando su eficacia sin necesidad de exequátur, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país. Con ella se pretende darle estabilidad al vínculo filial.

Asimismo podrá efectuarse un control de fondo para despejar cualquier duda que pueda caber en relación a la licitud de la filiación, en torno a si responde al interés superior del niño de que se trate.

Ello posibilita la concreción de los derechos fundamentales involucrados del sujeto de que se trate y la determinación de su estatuto personal; especialmente los que hacen a la identidad, igualdad y a la estabilidad de los vínculos filiales sin perjuicio de su desplazamiento a través de las fronteras.

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."

El reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero debe estar guiado por el favor filiationis, lo que implica inclinarse a favor de dicho emplazamiento, procurando satisfacer el interés superior del menor.

Este artículo, al tratar la relación entre el Derecho Internacional Privado y las TRHA, establece que sus disposiciones son de orden público, el cual viene dado por los principios consagrados en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Por ello debe adoptarse la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño, que según la norma, es un deber, tanto para la autoridad judicial como para la autoridad administrativa, según cada supuesto fáctico.

A su vez, el juez recurrirá al orden público internacional para desconocer las disposiciones de un derecho extranjero bajo el cual fue constituida una filiación, cuando dicho ordenamiento jurídico atente manifiestamente contra nuestros principios fundamentales. Sin embargo, reiteramos, el contenido del orden público se ve orientado hacia principios que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño, el cual se satisface cuando su emplazamiento es reconocido. Tampoco el juez estaría obligado a

reconocer un emplazamiento filiatorio si detectara un caso de fraude a la ley, conforme lo previsto por el art. 2598 CCyCN.

4.3.1. Jurisprudencia.

En este apartado exponemos dos casos planteados ante tribunales argentinos, en los cuales se había celebrado un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, estando los progenitores domiciliados en Argentina²¹ y solicitando la inscripción de los niños nacidos bajo esta técnica, en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de nuestro país.

El primer caso²² trata de un matrimonio homosexual, conformado por dos hombres, que decidieron ser padres recurriendo a la gestación por sustitución en la India.

Ante el pedido de inscripción de la partida de nacimiento, en junio de 2011, el Jefe de la Sección Consular de la embajada argentina en India, comunicó al matrimonio que no sería posible dar curso a la inscripción en razón de que no figuraba el nombre de la madre, fundándose en la ley 26.413, que en su art. 36, inc. c, impone que la inscripción debe contener el nombre y apellido de

²¹ Aunque existen casos, como el de la niña Cayetana, hija de un español y una argentina, residentes en España, a la cual se le otorgó la nacionalidad argentina. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Familia, San Lorenzo, "S.G.E.F. y G.C.E. s/medida autosatisfactiva", 02/07/2012.

²² Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo de Buenos Aires, "D.C.G. y G.A.M. C/ GBA s/amparo", 23/03/2012.

ambos padres (del padre y de la madre), salvo que se trate de un hijo extramatrimonial, de madre soltera, caso en el cual no se hace mención del padre (art. 38). Ante esta respuesta, el matrimonio presentó un recurso de amparo el 15/12/2011 a fin de que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, a través de la Embajada de Argentina en la República de la India, otorgara la documentación reconociendo la paternidad legal o copaternidad por parte de ambos integrantes del matrimonio.

Finalmente el Juzgado Contencioso Administrativo de la CABA, el 22/03/2012, resolvió hacer lugar al amparo, autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño, ante la solicitud formulada por la Embajada Argentina en la India, a favor de ambos integrantes de la pareja.

Entre los fundamentos esgrimidos se destacan los que refieren al 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.

La segunda sentencia en análisis plantea esta vez el caso de una pareja heterosexual, que celebró acuerdo de gestación por sustitución en India. Fue dictada por la Cámara en lo Contencioso

Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires²³ y ordenó cautelarmente inscribir a la niña nacida en la India, a pesar de no ser el tribunal competente para entender en la causa por razones de territorialidad.

Los camaristas, priorizando el derecho a la identidad de la menor, dictaron una medida cautelar a fin de que se procediera a la inscripción provisoria del nacimiento, en el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, poniendo en conocimiento de lo resuelto al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, a través de la Embajada Argentina en Mumbai, a fin de iniciar los trámites necesarios para expedir el pasaporte provisorio de la niña, permitiendo a la familia completa ingresar al país.

Los magistrados sopesaron que en India la “gestante” en un acuerdo de subrogación, no adquiere la calidad de madre y que los niños nacidos en estas circunstancias son hijos de los padres y madres comitentes, quienes les transmiten su ciudadanía, en este caso, dos personas de nacionalidad argentina. Valoraron el nacimiento de la niña y su situación actual frente a la falta de documentación, entre otras cuestiones urgentes que hacían a la imposibilidad de la familia de continuar en aquel país, pero sobre todo atendiendo al interés superior de la menor.

²³ Cámara en lo Contencioso Administrativo Tributario, Ciudad de Buenos Aires; “D. N. S. E. y otros contra GCBA s/ amparo”, 26/10/2015.

Son múltiples los casos de celebración de acuerdos de gestación por sustitución en países que los admiten, los cuales enfrentan las mismas dificultades puestas de resalto en las sentencias comentadas²⁴, al momento de requerir la inscripción de sus hijos, nacidos por medio de este procedimiento.

4.3.2. Proyecto de ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La gestación por sustitución no es legal aún en nuestro país, no obstante, se han presentado casos concretos, como los descriptos anteriormente, que chocan con los inconvenientes de la legislación argentina.

Nuestro ordenamiento jurídico entiende como madre a quien da a luz al niño, y no reconoce la categoría de madre sustituta, lo cual impide la inscripción de los hijos de parejas que se someten a esta técnica, bajo las mismas condiciones que un hijo biológico concebido naturalmente y que en muchos casos deben recurrir a un trámite de adopción para poder inscribirlo.

²⁴ Otra sentencia sobre este tema fue la dictada por la Cámara en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, en autos “B.F., M.A. y otros c/GCBA s/amparo”, del 05/03/2015, declarando la competencia de su tribunal inferior para que éste pueda ordenar al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas la inscripción de dos menores como hijos de una pareja homosexual que habían sido gestados por sustitución en el Estado de Tabasco, México.

Frente a esta realidad, surgió este proyecto²⁵, que propone poner en igualdad de condiciones ante la ley a los hijos de habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nacidos en el exterior mediante el sistema de gestación por sustitución.

Expresa en su art. 1º que *“La presente ley tiene por objeto regular la inscripción, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, de niños nacidos como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución realizado en el extranjero, en salvaguarda del interés superior del niño y su derecho a la identidad.”*

En su art. 2º realiza una definición de los siguientes términos: coparentalidad, gestación por sustitución, madre de gestación y donante o donantes.

El art. 3º se refiere a que el Registro procederá a realizar la inscripción de los niños nacidos fruto de un proceso de gestación por sustitución en países donde la legislación así lo permita, previa orden judicial que lo disponga.

Surge del art. 4º que la jurisdicción competente en esta materia será el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²⁵ Presentado el 19/06/2013, por el legislador Daniel Lipovetzky.

Para ello prevé en el art. 5º la incorporación al Código Contencioso Administrativo de la ciudad, de un proceso especial para la “*declaración de coparentalidad*”. De esta forma, establece los requisitos para la procedencia de esta acción, en la cual quien la solicite debe acreditar: domicilio real en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; acta de nacimiento del niño expedida por autoridad competente del país de origen; convenio por el cual se ha pactado la realización del proceso de gestación por sustitución, debidamente legalizado; declaración de renuncia de la madre de gestación a sus derechos filiatorios y futuros reclamos en tal sentido, otorgada ante escribano u oficial público del lugar de otorgamiento; documentación probatoria de la validez jurídica de dichos convenios en el lugar de otorgamiento; datos de la madre de gestación, y los datos del donante o donantes, en caso de que los hubiere; datos de la institución o sitio donde se hubiera llevado a cabo el procedimiento. Se establece la intervención del Ministerio Público, al cual se le corre traslado de la solicitud, a los fines de garantizar la representación de los intereses del menor. Luego decide el juez sobre la procedencia de dicha solicitud, dictando sentencia de declaración de coparentalidad y ordenando la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. También se

garantiza el acceso integral del inscripto al conocimiento de su identidad.

Por último el art. 6º se ocupa del acceso a la información: *“El inscripto tendrá derecho a conocer su identidad biológica y tendrá acceso a toda la información referida al proceso de la declaración de coparentalidad a partir de los 16 años, o anteriormente, a través de su representante legal”.*

Entre los fundamentos del proyecto, el legislador expresa que *“surge de la necesidad de dar respuesta a aquellas personas que han optado por apelar al régimen de gestación por sustitución en el extranjero, y requieren inscribir el nacimiento de sus hijos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires.”* A su vez agrega que *“Ante la falta de normativa que permita la anotación a nombre de ambos padres en la situación descrita, se genera un vacío legal y una situación de hecho que perjudican al menor y lo dejan en un estado de indefensión.”* Por ello *“el presente proyecto encuentra sustento jurídico en el conjunto de normas que se encuentran vigentes a nivel nacional y local tendientes a reconocer y regular la institución matrimonial entre dos personas del mismo sexo... Sobre la base de un concepto matrimonial mas inclusivo e igualitario... intentamos ordenar y agilizar también las solicitudes de inscripción de nacimiento de*

niños/as nacidos en el seno de un matrimonio de cónyuges del mismo sexo...”

V) DERECHO COMPARADO

En el mundo las legislaciones varían con relación a la regulación de la gestación por sustitución, existen países que prohíben esta práctica (como España); países que adoptan una posición afín al empleo de las TRHA, pero no permiten la técnica de maternidad por sustitución (es el caso de Argentina); países que la regulan para determinadas situaciones (Brasil) y países que la fomentan abiertamente (India).

A su vez, los vientres de alquiler se consideran ilegales (Argentina, España, Francia, Portugal, China, Japón e Italia); legales, siempre que el contrato sea altruista (Canadá, México DF, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia); y legales, con o sin ánimo de lucro (Israel, India, Rusia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y en parte de los Estados Unidos).

Entre los países que la permiten, se observan sus dos variantes: la gestación por sustitución solidaria (sin compensar económicamente a la gestante), tal como sucede en Brasil, Reino

Unido, Grecia; y la gestación por sustitución mercantil (con fines de lucro) que se encuentra legalizada en Estados Unidos, México, India, entre otros países.

5.1. España

En España se han regulado las TRHA, mediante la ley 14/2006. Pero específicamente en materia de maternidad por sustitución el artículo 10 declara *“nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. Establece además que *“la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto y que queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico”*.

Con respecto a la inscripción en el Registro Civil, como hijo de español, a un menor nacido en a través de gestación por sustitución, el primer requisito es que uno de los progenitores sea de nacionalidad española. Se requiere presentar ante el Registro Civil una resolución judicial de un tribunal competente en el país de origen, que garantice que la gestante está en pleno uso de sus facultades en el momento de la renuncia a su maternidad y que el contrato de gestación por sustitución se ajuste a la legalidad. Esta

exigencia se da para controlar que se cumplan los requisitos del contrato respecto al marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Además, se debe constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado.

Como documentación que es necesario adjuntar: partida de nacimiento emitida por el Registro Civil con la Apostilla; contrato de subrogación; carta de renuncia de la madre subrogada; certificado del médico que ha realizado el proceso; certificado del nacimiento emitido por el hospital donde nació el bebé; carta de cómo se realizó el proceso embriológico y transferencia de embriones; pasaportes con su visado, de los padres españoles, entre otros.

5.2. Estados Unidos

El primer antecedente de gestación por sustitución se dió con el nacimiento de Melissa Stern, en 1986. William y Elizabeth Stern contrataron a Mary Beth Whitehead para que engendrara un hijo con el esperma de él. El conflicto surgió cuando nació la niña, ya que su madre biológica se negó a cederles la custodia y el asunto llegó a los tribunales de Nueva Jersey (EE.UU.).

Si bien el órgano judicial declaró que aquel contrato de maternidad subrogada era nulo, valoró cuál era la mejor opción para los intereses de la niña (teoría del interés superior del menor) y otorgó su custodia a los Stern, pero reconociendo a Mary Beth el derecho a fijar un régimen de visitas.

Desde este modo, los tribunales estadounidenses han impartido justicia sobre esta cuestión, con diversos criterios entre unos Estados y otros.

El siguiente caso más célebre fue el de Johnson vs Calvert de 1993. El Tribunal Supremo de California elaboró la llamada “teoría de la intención” para establecer la custodia de los bebés nacidos mediante este procedimiento.

Entre los Estados donde la gestación por sustitución está permitida en EE.UU, el lugar donde hay una mayor demanda es California. La gestación por sustitución puede concretarse, ya sea de manera altruista o no. Y permite el acceso a este tipo de técnicas de reproducción a parejas homosexuales. Cuenta con clínicas o agencias mediadoras entre ambas partes a las cuales la pareja comitente debe dar una “compensación razonable” por los gastos derivados de la gestación. Con respecto al reconocimiento de la filiación, éste no es automático, ya que requiere que la parte

interesada inste el procedimiento judicial correspondiente, que trata de establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente, quedando extinguida la filiación que se pueda establecer de la madre gestante.

5.3. India

En India la gestación por sustitución está permitida. Se regulan normas básicas que deben seguirse en cualquier proceso médico de este tipo.

La Corte Suprema de India sostiene que este contrato es plenamente válido según la Ley. Una de las cláusulas comunes es que la madre gestante renuncie a todos los derechos respecto del nacido tras el parto, dando todos los derechos a los padres que efectúan el encargo.

En ese país pueden iniciar el procedimiento todas aquellas parejas con problemas para la gestación por medios propios, así como aquellas personas monoparentales que deseen ser padres. A las parejas heterosexuales se les pide que acrediten la razón médica por la cual no pueden gestar a sus propios hijos.

VI) CONCLUSION

Luego de haber analizado detenidamente el instituto en estudio, la gestación por sustitución, advertimos la necesidad de su regulación concreta y específica en nuestro ordenamiento jurídico.

Nos referimos tanto al reconocimiento de los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, con la finalidad de hacer posible la inscripción de los niños nacidos en virtud de esta práctica, en los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas de nuestro país; como así también a la validez de dichos contratos celebrados en Argentina, capaces de generar lazos filiatorios con sus consecuentes efectos jurídicos.

Ponemos de resalto la importancia que merece el tema planteado, ya que, de contar con una legislación adecuada, se brindaría solución a un amplio sector de la sociedad, que enfrenta hoy grandes dificultades para concretar su deseo de ser padres. Ya sea por padecer enfermedades que les impide a las mujeres llevar adelante un embarazo, aún empleando las demás TRHA (casos de parejas heterosexuales u homosexuales mujeres); o por tratarse de parejas homosexuales varones.

Es decir que, para todos estos individuos, la única alternativa que los conduce a ser padres es recurriendo a la gestación por sustitución.

De esto surge que actualmente nuestro sistema jurídico vulnera ciertos derechos humanos fundamentales de dichas personas, especialmente su derecho a fundar una familia en condiciones de igualdad y no discriminación.

No obstante, es dable mencionar el avance hacia la igualdad de derechos producido en los últimos años, sobre todo con la incorporación legal del matrimonio igualitario y de las TRHA. Resta realizar un paso mas en esta dirección, abriendo el abanico de posibilidades que la ciencia y la tecnología ofrece a la humanidad, siempre dentro de un marco jurídico respetuoso de los derechos fundamentales de los padres jurídicos, de la mujer portadora, y por sobre todo otorgando protección y prioridad al interés superior del niño.

VII) BIBLIOGRAFIA

Legislación consultada:

- Constitución de la Nación Argentina.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Aprobada por ley N° 23.054.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobados por ley 23.313.
- Convención de los Derechos del Niño. Aprobada por Ley N° 23.849.
- Código Civil y Comercial Comentado de la Nación Argentina. Disponible en: universojus.com/código-civil-comercial-comentado/
- Ley n° 26.862 “de fertilización asistida” y decreto reglamentario n° 956/2013.
- Ley 26.061 “De protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”.
- Ley 26.413 de “Registro del estado civil y capacidad de las personas”.

Jurisprudencia:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, 28/11/2012.
- Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. “B.F., M.A. y otros c/GCBA s/amparo”, 05/03/2015.
- Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. “D. N. S. E. y otros contra GCBA s/ amparo”, 26/10/2015.
- Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Buenos Aires. “D.C.G. y G.A.M. C/ GBA s/amparo”, 23/03/2012.
- Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Familia, San Lorenzo, “S.G.E.F. y G.C.E. s/medida autosatisfactiva”, 02/07/2012.
- Primer Juzgado de Familia de Mendoza, “O.A.V., G.A.C. Y F.J.J. s/medida autosatisfactiva”, 29/07/15.
- Juzgado de Familia nº 7 de Lomas de Zamora, “H.M. y otro/a”, 26/04/2016.

Doctrina:

- RICARDO LUIS LORENZETTI. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado; Tomo III; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 2015.
- MARISA HERRERA; GUSTAVO CAMELO; SEBASTIAN PICASSO; Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo

VI; disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf.

- STELLA MARIS BIOCCA. Derecho Internacional Privado: un nuevo enfoque. Tomo I. 1º edición; Lajouane; Buenos Aires; 2004.

- LUCIANA B. SCOTTI. “La maternidad subrogada en la jurisprudencia y legislación argentinas”; 2013; disponible en <http://oaji.net/articles/2014/1341-1412558736.pdf>.

- RIVERA JULIO CESAR. Derecho Civil. Parte General. 1º edición; Abeledo-Perrot; Buenos Aires; 2016.

- ADRIANA NOEMI KRASNOW Y TATIANA PITASNY. Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial; disponible en: http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Krasnow_GESTACI%C3%93N.pdf.

Sitios web consultados:

- <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/20160901archive.html>.

- www.centrodebioetica.org

Proyectos de ley:

- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

- Proyecto de ley Ciudad de Buenos Aires, 19/06/2013; disponible en: <http://parlamentaria.legislatura.gov.ar/pages/Expediente/Busqueda.aspx>

VIII) INDICE:

| | |
|---|---------|
| I) INTRODUCCION. Párrafos 1/5..... | Pág. 3 |
| II) CONCEPTOS RELACIONADOS. Párrafo 6..... | Pág. 4 |
| 2.1 Filiación Internacional. Párrafo 7..... | Pág. 4 |
| 2.2 Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Párrafos 8/10..... | Pág. 5 |
| 2.3 Voluntad Procreacional. Párrafos 11/13..... | Pág. 6 |
| 2.4. Gestación por sustitución. Párrafos 14/19..... | Pág. 7 |
| III) CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. Párrafos 20/27..... | Pág. 9 |
| IV) EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. | Pág. 13 |
| 4.1 Las fuentes de filiación. Párrafos 28/38..... | Pág. 13 |
| 4.2 Gestación por sustitución. Vacío legal. Párrafos 39/46..... | Pág. 17 |
| 4.2.1 Jurisprudencia. Párrafos 47/56..... | Pág. 20 |
| 4.2.2 Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Párrafos 57/66..... | Pág. 24 |
| 4.3 Reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero. Párrafos 67/74..... | Pág. 26 |
| 4.3.1 Jurisprudencia. Párrafos 75/83..... | Pág. 29 |
| 4.3.2 Proyecto de ley de la Ciudad Autonoma de Buenos Aires. Párrafos 84/93..... | Pág. 32 |
| V) DERECHO COMPARADO. Párrafos 94/96..... | Pág. 36 |
| 5.1 España. Párrafo 97/99 | Pág. 37 |
| 5.2 Estados Unidos. Párrafos 100/104..... | Pág. 38 |
| 5.3 India. Párrafos 105/107..... | Pág. 40 |
| VI) CONCLUSION. Párrafo 108/113..... | Pág. 41 |
| VII) BIBLIOGRAFIA | Pág. 43 |