

Universidad Nacional de La Pampa
Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas



Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

MATERNIDAD SUBROGADA

Asignatura: Derecho Constitucional

Directores del Seminario: Cañon, Jorge

Moslars, José

Estudiantes: Escudero, Yésica

Minig, Helen

2016

INDICE	
OBJETIVOS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CONCEPTO	5
¿Qué es la maternidad subrogada?	5
LEGISLACIÓN	6
Los principios de Igualdad, Reserva y Legalidad de la Constitución Argentina, aplicable a todos los habitantes y a extranjeros.....	9
Los tratados de Derechos Humanos.	11
<i>Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)</i>	11
Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969).....	12
<i>Convención sobre los Derechos del Niño. (Ley N° 23.849/90)</i>	13
<i>Pacto internacional de derechos civiles y políticos. (1966)</i>	13
La Constitución de la Organización Mundial de la Salud.....	14
Leyes nacionales:	15
La voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRHA:.....	16
La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Técnicas de Reproducción Asistidas.....	19
La Jurisprudencia existente sobre maternidad subrogada en Argentina, en donde los jueces siempre han reconocido la legalidad y legitimidad de la misma, y han reconocido sus efectos jurídicos.	21
INCOSTITUCIONALIDAD Y ANTICONVENCIONALIDAD DEL ART 562 CCCN. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. RECONOCIMIENTO DEL VÍNCULO FILIAL.	21
PROYECTOS DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PAÍS. ..	33
Proyecto de Ley de Maternidad Sobrogada de la Provincia de Mendoza:.....	34
CONCLUSIÓN.....	50
BIBLIOGRAFIA	52

OBJETIVOS

El objetivo de nuestro trabajo es el estudio de una nueva técnica de Reproducción Humana Asistida como lo es la maternidad subrogada, que aún no se encuentra regulada en la legislación de nuestro país, pero que de todos modos es puesta en práctica por innumerables familias que quieren cumplir el deseo de ser padres.

Analizaremos en especial sobre los fundamentos de nuestra legislación en la que encuentra apoyatura para su validez y reconocimiento, lo que establecen las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y la postura de la jurisprudencia más actual de nuestro país.

Exponemos varios proyectos de ley que regulan la maternidad subrogada, que han sido presentados ante el Congreso de La Nación para su tratamiento, con la finalidad de que su regulación legal ampare los derechos vulnerados que genera su vacío legal.

INTRODUCCIÓN

“La salud es un asunto social, económico, político y sobre todo es un derecho humano fundamental. La desigualdad, pobreza, explotación, violencia e injusticia están a la raíz de la mala salud y de las muertes de los pobres y marginados. La salud es el reflejo del compromiso de una sociedad para tener equidad y justicia. La salud y los derechos humanos deberán prevalecer sobre los asuntos económicos y políticos”. (Asamblea de Salud de los Pueblos, Bangladesh, 2000.)

El modelo de familia integrado por una pareja y sus hijos aparece en el imaginario colectivo general como la síntesis ideal de los deseos y mandatos sociales. Sin embargo, son distintas las causas que pueden originar que no se llegue a lograr un embarazo deseado, entre las que se encuentran la esterilidad y la infertilidad. Las estadísticas nos muestran que dichas enfermedades afectan entre un 10 y un 15% de la población, fenómeno que se comprueba a nivel mundial en todos los países desarrollados. Su diagnóstico importa además sentimientos de frustración, ansiedad, depresión (y hasta vergüenza), que se ven acrecentados cuando familiares y amigos preguntan a las personas sobre sus planes o proyectos de maternidad o paternidad.

El concepto de salud ha superado aquella tríada tradicionalmente propuesta por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) del bienestar “bio-psico-social”, para transformarse en un producto social dinámico. En concordancia con esta definición amplia de la salud, se incorpora el concepto de salud reproductiva y se entiende por fertilización o reproducción humana asistida el conjunto de técnicas que se utilizaban en el ámbito de la medicina reproductiva, para intentar la fecundación de un óvulo y un espermatozoide. Los

avances tecnológicos en la materia han permitido el adecuado tratamiento de estas enfermedades y comprenden una gran variedad de técnicas, según lo requiera el caso.

Por lo tanto, se amplía la misión que tiene hoy día la Justicia, cual es velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales vinculados al derecho de la Salud; debe en cada caso concreto ponderar las circunstancias del mismo a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de las normas conduzcan a vulnerar derechos fundamentales de las personas.

En este trabajo de tesis intentaremos realizar un modesto análisis sobre una de las técnicas de reproducción humana asistida en particular: la *Maternidad Subrogada*.

CONCEPTO

¿Qué es la maternidad subrogada?

Se trata de una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), destinada a parejas (de distinto sexo o del mismo 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.

Dicha pareja (o persona), aporta sus propios gametos (espermatozoides y óvulos) o recurre a donantes de gametos, y mediante fecundación in vitro u otra técnica, el médico realiza la fecundación del óvulo, y la consiguiente formación de un embrión.

Como ese embrión no puede ser gestado por dicha pareja o dicha persona, se transfiere a una tercera persona (mujer gestante) quien es la que va a gestar al embrión hasta el nacimiento de ese bebé.

Nos encontramos ante una situación muy particular: ese niño nacido mediante subrogación, no tiene vínculos genéticos con la mujer que lo gestó, porque ella no aportó sus óvulos. Pero en cambio, sí tiene vinculación genética con la pareja o persona que recurrió al procedimiento cuando ellos aportaron sus gametos.

Luego del nacimiento, se debe reconocer la verdadera identidad y filiación de ese bebé, como hijo de los padres que realizaron el tratamiento de reproducción. Dicha filiación se encuentra fundada en la identidad genética y/o en la voluntad procreacional (es decir, la voluntad de procrear).

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

Está destinada a parejas heterosexuales, en las cuales la mujer no puede gestar un bebé como consecuencia de numerosas patologías: malformaciones uterinas, histerectomía parcial o total, falta de útero congénita o adquirida, y otras patologías en el útero. También suele utilizarse cuando la mujer sufre alguna insuficiencia renal, cardíaca, hepática, etc. que pondría en riesgo su vida o la del bebé al quedar embarazada.

También está destinada a parejas del mismo sexo. En caso de parejas de varones, obviamente no podrán tener hijos en forma natural por ausencia de órganos reproductivos femeninos, y en caso de parejas de mujeres, también puede suceder que ninguna de las dos pueda gestar un bebé.

Y por último, también a personas solteras, que no puedan tener hijos en forma natural.

LEGISLACIÓN

Actualmente, no contamos en nuestro país con una ley que regule la maternidad subrogada expresamente.

Sin embargo existen numerosos proyectos de ley que no han sido aprobados hasta la actualidad, tanto en la nación, como en las Provincias, como por ejemplo, y por mencionar alguno, la Provincia de Mendoza cuenta con un proyecto interesante, el cual transcribiremos más adelante.

Es de importancia mencionar que en el proyecto de reforma del Código Civil de Vélez Sarsfield se trato el tema que nos convoca, e incluso existió un artículo que hablaba puntualmente de maternidad subrogada (el art. 562), pero luego de las tratativas en el Congreso, se dejo de lado su incorporación.

El mencionado artículo era el siguiente:

“ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a. se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b. la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c. al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d. el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e. la gestante no ha aportado sus gametos;
- f. la gestante no ha recibido retribución;
- g. la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h. la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.¹

“...En los Fundamentos del Anteproyecto del CCCoN se explica que:”El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El proyecto sigue la

¹<http://www.iprofesional.com/adjuntos/pdf/2012/03/358316.pdf>

tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como turismo reproductivo); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/ madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición”. En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. Por ello, el artículo exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso. Este consentimiento debería ser homologado por autoridad judicial.”²

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

“ARTICULO 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

²<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-no-reconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacional-median/>

Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.³

Por lo tanto, aunque en el nuevo CCCN se haya eliminado (o para ser más precisos, no se haya incorporado) el artículo que expresamente hacía alusión a la maternidad subrogada, consideramos que el artículo arriba transcrito le da respaldo jurídico a la hora de iniciar una acción por filiación, el cual los jueces no deberían dejar de lado a la hora de fundar sus sentencias, ante posibles reclamos judiciales sobre el tema que nos convoca.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la legalidad de la maternidad subrogada. Si bien existen aquellos que se oponen a la validez del instituto (pesan mucho aquí las posiciones religiosas, políticas, las presiones de distintos sectores sociales), para gran parte de la doctrina es un instituto legal al cual se le debe que reconocer efectos jurídicos, y resaltan la necesidad de una legislación que lo regule y extinga las lagunas que hoy tenemos al respecto en nuestras normas internas.

Dentro del primer grupo encontramos numerosos fundamentos jurídicos, para sostener su legalidad y legitimidad:

Los principios de Igualdad, Reserva y Legalidad de la Constitución Argentina, aplicable a todos los habitantes y a extranjeros.

Así “(...) el artículo 19 de la Constitución Argentina establece una de las bases del ordenamiento legal, el cual, se trata del Principio de Reserva. El artículo de nuestra Constitución expresa textualmente: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe." El principio de Reserva complementa al principio de Legalidad (...). Ambos principios son manifestaciones de la misma garantía de legalidad en el ejercicio del poder, que surge del principio republicano de gobierno. (...) El principio de Reserva se refiere a la facultad del hombre dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico), sin que su conducta pueda acarrearle sanción. Es una garantía del individuo frente al Estado” (...).⁴En la primer parte del artículo se protege una zona de libertad para las conductas privadas de los hombres que no puede ser coartada ni reducida por la ley, ni investigada por la justicia, siempre que no ofendan la moral, el orden público y las buenas costumbres. En definitiva el Estado no puede entrometerse en la vida privada las personas.

³<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁴www.maternidadsubrogada.com.ar Rojas Pascual, Juan Pablo, 2015.

“Dentro del denominado derecho constitucional de familia, el derecho a la salud reproductiva comprende tres contenidos distintos pero complementarios al decir de Andrés Gil Domínguez: información, prevención y planificación. Este último responde a una profunda convicción de ser o no ser madre/padre, lo cual “forma parte de un proyecto de vida porque modifica sustancialmente cualquier autobiografía...supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas”.⁵

Es precisamente en el marco del principio de reserva consagrado en nuestra Constitución Nacional (art. 19) que se desenvuelve la protección del principio de autonomía de las personas que la bioética resguarda a elegir su plan de vida, encontrándose dentro del mismo el deseo de formar una familia y la elección de cómo hacerlo.

La segunda parte del artículo comentado establece la garantía de que el Estado no puede obligar a nadie a hacer lo que no se exige mediante una ley, ni sancionar conductas que no se encuentran prohibidos Todo lo que no está prohibido, está permitido.

De lo mencionado podemos concluir que aunque actualmente no exista una ley que regule la maternidad subrogada, tampoco existe una que la prohíba, por ende estaría permitida en nuestro país, por imperio del artículo 19 de la CN. Cualquier ciudadano argentino podría realizar este tratamiento de reproducción humana asistida, sin tener que reunir requisito alguno. El estado no puede pedir requisitos, si la ley no pide requisitos.

Por aplicación del artículo 16 de la Constitución Nacional⁶ todos somos iguales ante la ley, por lo cual deberían tener acceso a esta técnica de reproducción humana asistida tanto parejas casadas, parejos convivientes, solteros y cualquiera sea su edad y su orientación sexual. De este derecho también gozan los extranjeros que estén dentro del territorio de nuestra nación (artículo 20 CN).⁷

⁵http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/475_Cutuli_Mahecha.pdf

⁶Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

⁷Artículo 20 CN.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces,

Que el Estado no permita que se realice esta nueva técnica de reproducción humana asistida, violenta también el ya mencionado artículo 16 de la CN, ya que le quita la posibilidad de ser padres a un grupo de personas que teniendo el deseo de serlo se ven impedidos de concretarlo, al no poder concebir biológicamente, o por medio de otras técnicas de reproducción humana asistida legisladas y reconocidas legalmente.

Ese anhelo de ser padres no puede ser considerado egoísta, ya que la ley argentina admite como válido el deseo de ser padres de quienes recurren para ello a técnicas de reproducción humana asistida, que son una nueva fuente de filiación.

No reconocer la filiación por maternidad subrogada contraría el principio de igualdad ante la ley frente a otras técnicas de reproducción asistida.

Los tratados de Derechos Humanos.

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

En todos estos instrumentos internacionales, los cuales hemos ratificado, encontramos acabados argumentos para sostener la validez de instituto que analizamos en este trabajo de tesis.

A continuación comentaremos y transcribiremos las cuestiones más relevantes de algunos de ellos.

-Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.”

“Artículo 16. –

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

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”⁸

“Artículo 25. –

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...) 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”⁹

-Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969)

“Artículo 17. 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 si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (...)

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”¹⁰

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”¹¹

⁸http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003

⁹http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003

¹⁰<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

¹¹<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

-Convención sobre los Derechos del Niño. (Ley N° 23.849/90)

“La Convención sobre los Derechos del Niño considera a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, por lo que reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. En estas situaciones, quien solo aportó su útero para la gestación del niño sin intención de ser su madre no puede ser considerada su “familia”, como sí deben ser considerados quienes desde un principio quisieron asumir el rol de padres.”¹²

“La Convención de los Derechos del Niño pone especial énfasis en resaltar el derecho a la identidad receptándolo en diversos artículos para acentuar los aspectos que la integran: los derechos a conocer a sus padres, y en la medida de lo posible, ser cuidado por ellos (Art. 7), al nombre y a la nacionalidad (Art. 8), a no ser separado de sus padres sin conformidad de éstos y sin revisión judicial previa en casos de maltrato o descuido o por separación de los padres y a mantener relaciones personales con el padre del que esté separado y contacto directo con ambos (Art. 9 y 10), a ubicar a los padres en caso de niños refugiados (Art. 22), a la identidad familiar (Art. 16), al respeto a las costumbres culturales y a la identidad cultural, idioma, religión y valores morales y nacionales (Art. 20, Art. 29, c) y a la identidad étnica, religiosa y lingüística (Art. 30).”¹³

-Pacto internacional de derechos civiles y políticos. (1966)

“Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”¹⁴

“Artículo 23

¹²<http://graiewski.com/gestacion-por-sustitucion-de-vientre>

¹³<https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/03/se-inscribe-como-hija-de-los-actores-a-la-nina-nacida-con-la-tecnica-de-maternidad-subrogada-pues-tal-filiacion-fue-incorporada-al-nuevo-ccyc-y-existe-acuerdo-de-partes/>

¹⁴http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticosp.htm?gclid=Cj0KEQjw_eu8BRDC-YLHusmTmMEBEiQArW6c-INJhunoo8MUkXFvpVOWhnZmXRluQAYhN9FTtd_dxSwaAmcE8P8HAQ

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. (...) 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”¹⁵

-Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (LEY N° 23.313/86).

“ARTICULO 10:

Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que:

1. 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. (...)

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición (...).”¹⁶

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

“CAPÍTULO I – FINALIDAD. Artículo 1. La finalidad de la Organización Mundial de la Salud (...) será alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud.”¹⁷

La infertilidad es definida como enfermedad por la OMS. Se presenta así, como el gran impedimento para la materialización del

¹⁵http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticos.htm?gclid=Cj0KEQjw_eu8BRDC-YLHusmTmMEBEiQArW6c-INJhunoo8MUkXFvpVOWhnZmXRIuQAYhN9FTtd_dxSwaAmcE8P8HAQ

¹⁶<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>

¹⁷http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

ejercicio del derecho a constituir una familia y para la realización del deseo de ser padres.

Las técnicas de fertilización asistida vienen a coadyuvar para que este derecho pase de ser un anhelo a una realidad, y la maternidad subrogada es también una de estas técnicas, aunque no se encuentre actualmente expresamente en las leyes internas de nuestro país.

Privar a las personas del derecho de ser padres solo porque la realidad sobrepase y se adelante siempre a la voluntad de los legisladores, significa vulnerar el derecho a la salud y el derecho a formar una familia.

Leyes nacionales:

- La Ley 26.862 de acceso integral a las TRHA¹⁸ que garantiza el derecho a la reproducción para aquellas personas que por distintos motivos no puedan concebir de manera natural.

-La ley 23.592 contra actos discriminatorios¹⁹ que restrinjan y vulneren los derechos y garantías regulados de la Constitución Nacional como por ejemplo el derecho a la igualdad, el derecho a formar una familia, y los principios de legalidad y reserva (Art 19 CN).

-La Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes²⁰, establece el derecho de los niños a conocer la identidad de sus padres biológicos, a crecer y desarrollarse en su familia de origen y a mantener un vínculo regular con ellos.

-La Ley sobre matrimonio igualitario²¹ y unión convivencial igualitaria (CCCN) que garantizan el acceso a las TRHA, como lo es la maternidad subrogada, a parejas del mismo sexo que estén civilmente casadas o bajo el régimen de unión convivencial, de manera que puedan formar un familia.

¹⁸<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

¹⁹<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>

²⁰<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

²¹<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

La voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRHA:

Este novedoso instituto fue incorporado en Artículo 562 del CCCN con la última reforma de la ley 29.994, y es de gran relevancia en el tema abordado en esta tesis.

“ARTICULO 562.- 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”.

Del mismo surge que la voluntad de procrear y de formar una familia es sumamente relevante en este tipo de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como lo es la maternidad subrogada (aunque como ya comentamos no esté actualmente legislada en nuestro país) ya que demuestra la verdadera intención de ser padres de un grupo de personas impedidas de concretarlo de forma natural, por motivos diversos.

Sin embargo consideramos que en la primer parte de este artículo existe un grave error del legislador al considerar que los nacidos mediante TRHA “*son hijos de quien dio a luz*”, ya que en estas técnicas no siempre la voluntad de ser madre es de quien juntamente da a luz. En la maternidad subrogada la mujer que gesta y da a luz al niño carece de la voluntad procreacional, no pretende ni tiene deseo de ser madre sino que solo cumple el rol de gestarlo en su vientre para que otra u otras personas puedan realizar el deseo de formar una familia.

“En estas situaciones, quien solo aportó su útero para la gestación del niño sin intención de ser su madre no puede ser considerada su “familia”, como si deben ser considerados quienes desde un principio quisieron asumir el rol de padres”.²²

Esto ha dado lugar a numerosos planteos de inconstitucionalidad del mencionado artículo 562 del CCCN en la jurisprudencia de nuestro país, ya que la filiación del niño gestado por sustitución de vientre no es hijo biológico de quien lo gesto y dio a luz,

²²<http://graiewski.com/gestacion-por-sustitucion-de-vientre/>

sino de los padres que aportaron sus gametos y fueron implantados en el útero de la mujer gestante. Ahondaremos más sobre este tema más adelante.

Gil Domínguez considera que en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio. Afirma, que “desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas. (...) El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisonal y autónomo”.²³

Entonces podemos decir que la voluntad procreacional es querer tener un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libre y responsable, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia; y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado.

El reconocimiento de este derecho determina el deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan “disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional”.²⁴

En este sentido, la ley 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción médicamente asistida constituye un instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser padre o madre como parte del proyecto de

²³Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13.

²⁴Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p.41.

vida, desde un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad. Según Gil Domínguez, esta Ley configura “un desarrollo progresivo normativo y simbólico de los derechos de las personas en un ámbito donde confluye el amor filial, el linaje, la existencia y las trascendencia más allá de nuestra humana finitud”.²⁵

Los artículos 2, 7 y 8 de la mencionada ley²⁶, sumados a que el Ministerio de Salud tiene como obligación legal “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho igualitario de todos los beneficiarios” trae como consecuencia que la Gestación por Subrogación o Maternidad Subrogada, haya quedado implícitamente

²⁵Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 39.

²⁶Art. 2: Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.

Art. 7: Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Art. 8: Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

incorporada en el ordenamiento jurídico argentino como parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional.²⁷

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Técnicas de Reproducción Asistidas.

En esta materia, es de suma relevancia el Caso “ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA” (28 de noviembre de 2012).

A continuación transcribiremos algunos fragmentos de citas que nos resultan atinentes al tema abordado en nuestro trabajo de tesis.

“En el caso “Artavia Murillo”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que “los derechos reproductivos integran los derechos humanos, hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear, en tal sentido sostuvo que la prohibición absoluta de acceder a las TRHA viola derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.”(...)

Destacando la Corte que, el derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el art.16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según la cual las mujeres gozan del derecho a “decidir libre, responsablemente, el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos (...)

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (supra párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder

²⁷<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-no-reconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacional-median/>

a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.” Gil Domínguez ha expresado que, en esta sentencia la Corte Interamericana, “mediante el derecho viviente convencional configuró la estructura de la voluntad procreación como derecho humano cuyo contenido iusfundamental se conforma con los contenidos derivados de los derechos humanos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y el goce de los beneficios del progreso científico”.²⁸

“Para apreciar adecuadamente la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cabe tener presente que en la tarea que incumbe a los jueces de controlar constitucional y convencionalidad, aun de oficio, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, todos sus órganos, incluyendo sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual los obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. En esa tarea, además, los jueces deben tener en cuenta, no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, como intérprete última de la Convención. Vale decir que la “fuerza normativa” de la Convención Americana alcanza a la interpretación de la misma realice la Corte Interamericana como “intérprete última” de dicho tratado. Por lo que, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia que el texto del tratado. Entonces, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación efectuada por la Corte. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar al tribunal regional como “intérprete auténtico” del Pacto de San José de Costa Rica, recordando el fallo dictado en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” (29/11/2011) (...)

Igualmente lo expresó en el caso Mazzeo (13/7/2007) “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ya que “se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los

²⁸<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-no-reconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacional-median/>

efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.”²⁹

La Jurisprudencia existente sobre maternidad subrogada en Argentina, en donde los jueces siempre han reconocido la legalidad y legitimidad de la misma, y han reconocido sus efectos jurídicos

En nuestro país es cada vez más numerosa la jurisprudencia sobre el tema que nos convoca en el presente trabajo, y en su mayoría los jueces han reconocido la legalidad y legitimidad de la Maternidad Subrogada, reconociéndole efectos jurídicos.

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

A continuación, desarrollaremos algunos de estos casos jurisprudenciales que demuestran que, aunque no se encuentre actualmente regulada en nuestra legislación interna, la Gestación por Subrogación es un instituto válido y reconocido en nuestro país, al cual se debe tutelar y respetar.

**INCOSTITUCIONALIDAD Y ANTICONVENCIONALIDAD
DEL ART 562 CCCN. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA
LEY. RECONOCIMIENTO DEL VÍNCULO FILIAL.**

²⁹ Ídem nota al pie n° 27.

Como ya venimos adelantando, aunque actualmente la maternidad subrogada no se encuentre legislada, la realidad demuestra que es una práctica que se lleva a cabo y cada vez con mayor frecuencia.

El mayor problema surge cuando los padres biológicos del niño nacido mediante esta técnica quieren inscribir su vínculo filial en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, ya que según el nuevo CCCN, “es madre quien da a luz” lo que ha generado varios planteos de inconstitucionalidad del artículo que lo expresa.

La filiación desde antaño ha estado afianzada a la madre. Para la doctrina mayoritaria y la posición que hoy sigue teniendo nuestro Código Civil, la madre siempre es “cierta” ya que es quien ha dado a luz al niño, quien lo ha parido y traído al mundo. Pero la determinación de la maternidad se ha complejizado al vincularse con las nuevas prácticas de reproducción humana asistida, donde la mayoría de las veces esta postura no tiene lógica ni concordancia con la verdadera realidad biológica del recién nacido.

“Tal como afirma la antropóloga francesa Françoise Héritier, “la procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos. Los niños ya no son necesariamente concebidos o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Esto compromete la ecuación entre dar vida y dar linaje. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética, no es ni ha sido nunca el único, ni siquiera el principal criterio en el que basar el linaje. Esta situación prevalece en todas partes: el hecho social no se puede equiparar al hecho biológico”.³⁰

A continuación analizaremos algunos casos jurisprudenciales sobre el tema.

En el fallo del Juzgado de Familia de la ciudad de Mendoza “*A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación*” del año 2015, una pareja se contacta con una mujer mendocina – mayor de edad y con dos hijos propios -, que estaba dispuesta a llevar el embarazo de un embrión fecundado in vitro con óvulo y semen del matrimonio. Se suscribe el contrato el 29 de abril 2014. La gestante fue sometida a estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso. La atención psicológica se extendió durante el embarazo. El bebé nace el 9 de enero de 2015, en el Hospital Español de Mendoza, donde el médico extendió certificado

³⁰http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/475_Cutuli_Mahecha.pdf

de nacido vivo a nombre de la mujer que lo dio a luz. Posteriormente, la pareja inicia una acción judicial para que se le reconozca la filiación del niño nacido y se lo inscriba como hijo propio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. El juez resuelve a su favor, y ordena inscribir al niño como hijo de dicho matrimonio, como podemos observar en el siguiente fragmento del fallo:

“...Es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que 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 está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación... entiendo que debe garantizarse a todas las personas que lo necesiten el poder hacer uso de esta técnica...RESUELVO: NO HACER LUGAR a la nulidad del convenio ... DETERMINAR que la filiación materna y paterna del niño, corresponde a los Sres. A.C.G. y J.J.F., DNI xxxx, por lo considerado IMPONER a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional”.³¹

De la sentencia analizada consideramos que el juez ha realizado una correcta aplicación del derecho vigente. En casos como el planteado, debe darse prioridad al interés superior del niño venido al mundo como resultado de una gestación por sustitución. Ello implica su derecho a una filiación e identidad legal que concuerden con su identidad socio-afectiva, y a que se reconozca el vínculo con sus padres comitentes como su único vínculo filial.

La omisión de tratamiento del tema en el nuevo Código Civil y Comercial no puede privar a los niños que nazcan como resultado de estas prácticas de una filiación, un nombre y una nacionalidad, ni puede condenarlos a vivir en una relación filial con quien no tuvo intenciones de ser su madre.

Además, la sentencia resalta que no existe ningún inconveniente para inscribir a un hijo nacido en el extranjero como propio en nuestro país, y en ese sentido el artículo 2634 del nuevo Código Civil y Comercial, impone la obligación de reconocer en la república todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, de conformidad con los principios de

³¹http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Krasnow_GESTACI%C3%93N.pdf

orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Si nuestro ordenamiento está permitiendo inscribir a un niño gestado por sustitución en el extranjero es porque considera que esa filiación (relación del derecho privado constituida en el extranjero) no violenta nuestro Orden Público Interno, por lo tanto, no permitirlo en un caso idéntico, si la gestación hubiera sido en nuestro país, sería vulnerar un principio constitucional básico: la igualdad ante la ley (art. 16 CN).

Otro fallo relevante para comentar es el del Juzgado de Familia de Lomas de Zamora del 30 de diciembre del año 2015: “*H. M. y otro/a s/ medidas precautorias (art.232 del CPCC)*”³², en el cual se plantea la Inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, que en la gestación por sustitución no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz.

Los hechos del fallo son los siguientes: Se trata de una pareja heterosexual imposibilitada de procrear (M. R. H. y C.J.N. A.) en virtud de la diversidad reproductiva de la mujer que ha sido diagnosticada con una enfermedad congénita que le impide gestar pero no producir óvulos. La hermana de la mujer (M. C.H.) está casada con L.C. O., con quien tiene tres hijos menores de edad, y está embarazada de una niña con absoluta simetría genética respecto de la pareja H-A que han expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, informado y libre. Se peticiona judicialmente la inscripción inmediata del nacimiento de la niña por nacer como hija de M. R. y C., conforme a la voluntad procreacional, expresada en el consentimiento informado.

En este fallo se resolvió declarar la inconstitucionalidad y anti convencionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de la gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz. También se ordenó en consecuencia emplazar a la niña dada a luz por M. C. H. (en el caso de que ésta naciera con vida) como hija de M. R. H. y de C.J.N. A. e inscribirla en el correspondiente Registro como hija de estos últimos.

³² Ídem nota al pie n° 27.

Para llegar a esta resolución la Jueza tuvo en cuenta varias cuestiones que motivaron su decisión, las cuales expondremos brevemente a continuación.

En primer lugar, parte de la doctrina sostiene que aunque no se encuentre regulada en nuestro Código Civil, la maternidad subrogada no ha sido expresamente prohibida, lo cual significa que la cuestión queda sujeta a la discrecionalidad judicial, y a su criterio corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 CN).

“La filiación, mediante el acceso a las TRHA, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales. Con lo cual la fuente de filiación se configuraría como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional.”³³ En la gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. Por eso, en el anteproyecto del CCCN, al tratar sobre la maternidad subrogada, exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso, el cual debía ser homologado por autoridad judicial.

“Gil Domínguez considera que en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio.(...) Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado.(...)En este sentido, la ley 26.862 constituye un instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser padre o madre como parte del proyecto de vida, desde un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad.La garantía del acceso integral a la TRHA implica un claro cumplimiento del efecto erga omnes de la norma convencional interpretada en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs. Costa Rica” (2012).

(...)Los derechos humanos a los que esta ley intenta dotar de virtualidad y eficacia son lo que consagró la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”: derecho

³³Idém nota al pie n° 27.

de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías – derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación. Por ello se considera que, en Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás.

(...) Ante la imposibilidad de M. R. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, la gestación por otra mujer -en este caso su hermana M. C. H.- se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD” – ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica”.

(...) Entiende el jurista que la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA y a la gestación por sustitución. Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un código civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y el linaje” (Gil Dominguez, Andrés, op.cit, p.39).”

En los casos de TRHA, es sumamente relevante el interés superior del niño y su derecho a la identidad. “La jurisprudencia ha venido subsanando de alguna manera el vacío de regulación, pero es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura.

Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo y producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de los convenios. Ese interés exige contar con un marco legal de protección, que “brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva”.³⁴

Además, la jueza tuvo en cuenta los informes de las psicólogas del Equipo Técnico que entrevistaron a toda la familia, en donde concluyeron que la gestante no tenía la voluntad de tener como propio al hijo que llevaba en su vientre, que siempre tuvo en claro que ese hijo era de su hermana, o sea su sobrino. Y que sus hijos también tenían en claro que el niño que gestaba su madre era su primo. Por lo tanto, toda la familia acompañaba la decisión con amor y entusiasmo.

Consideró, que era necesario dar una respuesta que proteja jurídicamente a todas las personas involucradas en el presente caso: la gestante, su marido y sus tres hijos menores de edad y por supuesto los progenitores biológicos de la niña por nacer, que conjuntamente recurrieron a la TRHA porque era el único medio que tornaba viable su proyecto familiar, ante la imposibilidad física de gestar de la actora. Así como también, la protección de la niña por nacer, resguardando y garantizando el interés superior de la misma. Este es un principio rector que todos los órganos legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar en todas las medidas que adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños, pero que los afectan.

“La acción declarativa constituye una vía admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre acerca de la norma a aplicar para resolver el caso planteado, ya que el CCCoN no prevé la gestación por sustitución por haber sido eliminada del texto normativo en vigencia y, además en el art.562 titulado “Voluntad procreacional”, inserto en el Capítulo sobre “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, estipula que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana 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 de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”

³⁴Idém nota al pie 27.

(...) A fin de adoptar una decisión a la luz de la tutela judicial efectiva (arts.15 Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 706 CCCoN) y del interés superior del niño (arts.3.1 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 706 inc.cCCCoN, art. 4 Ley 13298 y art. 4 Ley 26061), la medida preventiva incorporada en el art.52 del CCCoN para protección de toda afectación a la dignidad humana constituye una vía procesal adecuada para dar respuesta a la petición incoada en autos, a efectos de prevenir en el momento de su nacimiento todo menoscabo a derechos fundamentales de la niña por nacer, en particular su inscripción inmediata en condiciones de igualdad con cualquier otro niño y sin barreras discriminatorias derivadas de la TRHA.

(...)En este caso garantizar el interés superior de la niña que nacerá en el mes próximo, implica tutelar efectivamente, es decir oportunamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ella se incluirá como una más de la familia.

La gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás.

Por ello, como mandan los tratados de derechos humanos ya mencionados ut supra “en las condiciones de su vigencia”, la misión del Estado -en esta coyuntura, el Poder Judicial- es resolver teniendo en cuenta las características del caso y no en pos de principios abstractos o a la luz de fantasmas tecnológicos, que no se verifican en la especie.Así, la tutela judicial efectiva y la protección preferente de las personas en situación de vulnerabilidad exige a la jurisdicción la adopción de medidas positivas adecuadas para generar las condiciones que maximicen las posibilidades de seguridad y felicidad a todos los integrantes de las dos familias participantes en la gestación por sustitución, adultos y menores de edad, en lugar de establecer desventajas excluyentes o barreras burocráticas estigmatizantes.

Por ello, desde un enfoque psico-constitucional-convencional, la solución que mejor satisface esos intereses es la que logre reflejar el amor filial de los progenitores hacia su hija en la documentación que se le expide para su identificación en el momento de inscribir su nacimiento.

(...)Respecto de los derechos humanos de la niña a igual trato y ser cuidada, ha de tenerse presente que toda decisión o disposición (ya sea del sector privado, la administración pública o de la magistratura) que restrinja la posibilidad de niña/os de gozar del cuidado de sus progenitores constituye una violación a su interés superior y a sus derechos humanos, y por tanto compromete la responsabilidad internacional de los Estado.”³⁵

³⁵ Ídem nota al pie n° 27.

Otro fallo relevante de nuestra jurisprudencia es “N.N.O. s/ inscripción de nacimiento” del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil de la ciudad autónoma de Bs. As., del 25 de junio del 2015.

Los hechos del fallo son los siguientes: una pareja imposibilitada de concebir de forma natural realiza junto a una amiga suya un acuerdo de maternidad subrogada y certifican sus firmas ante un escribano público. En dicho acuerdo, las partes convienen implantar un embrión del matrimonio en el útero de su amiga para que ella lleve adelante el embarazo, y luego de dar a luz les entregue al recién nacido, ya que es biológicamente su hijo.

Las partes involucradas inician una acción judicial solicitando la inscripción de la niña nacida como hija del matrimonio. Presentan como pruebas el acuerdo antes mencionado y un resultado de ADN realizado en la Clínica Fundación Favalaro, que arroja una probabilidad de parentesco de la niña con la pareja mayor a un 99,99 %.

En el mismo, se resuelve disponer y ordenar la inscripción de la niña como hija biológica del matrimonio. Entre los fundamentos para llegar a tal resolución, encontramos los siguientes:

“La identidad se configura, por un lado, con elementos estáticos, invariables y, por el otro, dinámicos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los primeros pueden ser recónditos como la clave genética o visibles como nuestro sexo o contorno físico; los segundos captan al ser humano en su evolución permanente, como una realidad cambiante, que se modifica, se empobrece o enriquece, pero siempre está en constante movimiento; así, por ejemplo, las ideas religiosas, las concepciones políticas y el perfil psicológico. En general, los autores coinciden -con diversos matices- en que el contenido del derecho a la identidad tiene ambos aspectos, refiriendo el estático al origen genético de la persona, a sus rasgos físicos y biológicos. La Convención de los Derechos del Niño pone especial énfasis en resaltar el derecho a la identidad receptándolo en diversos artículos. (...)”

Muchos de estos aspectos pueden ser lesionados por el desconocimiento de uno de los elementos estáticos configurativos de la identidad, cual es el origen biológico genético de la persona. La carga genética acompaña al sujeto por toda su vida aún en el caso de atribuírsele una filiación que no coincida con dicha herencia. Las facetas dinámica y estática, “forman un todo indisoluble, que no es posible desmembrar sin vulnerar el derecho de la

persona a elegir cómo vivir su vida, dado que ambos aspectos del derecho a la identidad se encuentran interconectados.” (...)

Por otra parte, el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres biológicos, se encuentra reglado expresamente en la ley 26.061 (“Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”), que establece en su artículo 11 que los niños “.tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres”. En síntesis de este derecho a la dignidad, derivan derechos como la intimidad, la imagen, el honor y la identidad, que en definitiva protegen su realización. (...)

La doctrina nos enseña que el individuo como ser único e irreplicable, posee el derecho personalísimo a la identidad que como tal es el elemento más importante de construcción de su personalidad, esto significa, en primer lugar la identificación por el Estado, mediante los documentos, partida de nacimiento e identificación adosada al documento del padre o la madre y luego el propio; en segundo lugar, la pertenencia a una determinada familia, lo que denominamos el estado de familia (Gherzi, Carlos A., (director), “Pruebas de ADN. Genoma Humano”, Ed. Universidad SRL, Buenos Aires, 2006, Pág.51) entre otros tantos.(...)³⁶

De las pruebas acompañadas, el Juez tuvo en cuenta el estudio de ADN, que coloca sin duda alguna a la niña nacida en la familia conformada por el matrimonio accionante, así como el acuerdo acompañado como “Acuerdo de Voluntades Maternidad Subrogada” donde la gestante aceptó la implantación del embrión, para su posterior gestación en su cuerpo, pero no asumiendo al niño que fuera a dar a luz como su hijo. En el escrito judicial inicial, ella reitera que es su deseo y el de sus amigos que estos puedan ser padres.

“Ello en función de que “Maternidad Subrogada”; como lo ha dicho la doctrinaria Dra.EleonoraLamm, quien reconoce que se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano “mater semper certa est”, consagrando que la madre es siempre cierta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto.- En otras

³⁶<https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/03/se-inscribe-como-hija-de-los-actores-a-la-nina-nacida-con-la-tecnica-de-maternidad-subrogada-pues-tal-filiacion-fue-incorporada-al-nuevo-ccyc-y-existe-acuerdo-de-partes/>

palabras, el incólume principio “mater semper certa est” hace crisis, y en estos tiempos deja de ser incuestionablemente un hecho cierto.-(...)

Ante el hecho consumado, el nacimiento de y la falta de legislación vigente, considero que es un “deber” del juzgador -en pos de un adecuado y ajustado ejercicio de la magistratura- permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes.- (...)

En efecto, planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, y los Ministerios, el estudio de ADN de la niña y los actores, que surgen como padres biológicos será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del C.Civ., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación.-

Así las cosas, entiendo que ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el interés superior del niño, respecto del Derecho a la Identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia.”³⁷

También es importante mencionar el fallo *C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. s/ impugnación de maternidad* del Juzgado Nacional de Primer Instancia en lo Civil N° 102 del mes de Mayo del año 2015, el cual detallaremos a continuación:

” Las partes F. A. C. y M. C. C. impugnan la maternidad de M. L. R. S. respecto de la menor E. C. nacida en marzo de 2014 y solicitan que se la emplace como hija de la coactora M. C. C. La pareja alega la imposibilidad de C. de quedar embarazada, pese a los médicos consultados, estudios que se llevaron a cabo al efecto y dado el deseo de ambos cónyuges de tener un hijo, hicieron averiguaciones acerca de la gestación por sustitución en los E.E.U.U. y en la India, cuyos costos tan elevados eran imposibles de afrontar. Es así como recibieron el generoso ofrecimiento de M., la niñera del sobrino de F. con quien mantenían un fuerte vínculo afectivo desde hace años y conocía los deseos frustrados del matrimonio. Ella se ofreció a ayudarlos, encontrándose dispuesta

³⁷<https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/03/se-inscribe-como-hija-de-los-actores-a-la-nina-nacida-con-la-tecnica-de-maternidad-subrogada-pues-tal-filiacion-fue-incorporada-al-nuevo-ccyc-y-existe-acuerdo-de-partes/>

a llevar adelante el embarazo, con el material genético que aportaran los accionantes.- Mediante la técnica de fecundación “in vitro” se transfirió a M. el óvulo fecundado. Luego de nacer la hija fue reconocida por F. pero no pudo ser reconocida por C., dado que al momento de su nacimiento fue anotada como hija de M., conforme lo prevé el artículo 242 del Cód. Civil. La acción promovida de impugnación de la maternidad de M. y de reconocimiento de la maternidad por parte de C. tiene por objeto desplazar del estado de madre a aquélla y emplazar a ésta como madre de E. (...)

En sustento de la procedencia de la pretensión invocan el artículo 261 del Cód. Civil que admite la impugnación de la maternidad “por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo” significado amplio en el que se incluiría el implante del óvulo fecundado de otra mujer conforme los procedimientos de fecundación extracorporal, como en el sub lite. (...)

Los actores se encuentran legitimados para peticionar y no existe regulación alguna que prohíba la gestación por sustitución, C. es la madre genética de E. como se comprueba con el estudio de ADN acompañado, es quien tuvo la *voluntad procreacional* y es privilegiar el interés de la nombrada admitir la maternidad encabeza de la coactora y no mantener la filiación en cabeza de la gestante quien no desea mantener un vínculo materno filial con la recién nacida.-Se presenta M. L. R. S. y se allana lisa y llanamente a la pretensión de los actores en forma incondicional, oportuna, real y efectiva.- Reconoce haber colaborado en forma libre y espontánea en la gestación de la niña y que los padres biológicos y voluntarios son los accionantes. (...)

Invocan también la legitimación activa que les asiste conforme lo normado por el artículo 262 del Cód. Civil, la voluntad procreacional de ellos que se complementa con la identidad genética señalando la ausencia de prohibición legal que impida el procedimiento médico llevado a cabo. (...)

La voluntad procreacional que invocan los actores, es un concepto esbozado en sus inicios por Díaz de Guijarro, quien sostenía que la procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados: a) la voluntad de la unión sexual b) la voluntad procreacional y c) la responsabilidad procreacional. Respecto de la segunda, debe entenderse como el deseo o intención de crear una nueva vida y como su consecuencia, nace la responsabilidad derivada del hecho de la procreación³⁸. Se ha dicho que justamente en el campo de la reproducción

³⁸“La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación” JA, 1965-III-21.

humana asistida, la voluntad procreacional es la típica fuente de creación del vínculo³⁹. (...)

Eleonora Lamm, con cita de Massager y Golombok, refiere que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio advierte que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo y que esa filiación sea reconocida legalmente. (...)

Resulta procedente hacer lugar a la demanda entablada valorando principalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, respecto de quien han asumido y ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento, así como la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN. Debe prevalecer en especial el interés superior de la menor⁴⁰, a quien solicito le hagan saber, en cuanto sea oportuno, el contenido de este proceso”.

PROYECTOS DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PAÍS

En los últimos años se han presentado innumerables proyectos de ley sobre la regulación de la maternidad subrogada, pero hasta la actualidad ninguno de ellos ha conseguido ser ley.

A continuación transcribiremos algunos de ellos, que nos resultaron interesantes para complementar nuestro trabajo de tesis, ya que son ejemplos de

³⁹conf. Gil Domínguez, Herrera, Famá “Derecho Constitucional de Familia T. II, Ediar, 2006, p. 833 y ss.; Krassnow A. “La verdad biológica y la voluntad creacional” LA LEY, 2003-F, 1150; Kemelmajer de Carlucci A., Herrera Marisa, Lamm Eleonora “Filiación y Homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual” LA LEY 20/09/2010, entre otros.

⁴⁰art. 3 y ccs., de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional conforme el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; art. 3 de la ley 26.061; Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos; Grosman, C.P. “Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño” LA LEY 1993-B-1095; D’Antonio, D.H. “Convención sobre los Derechos del Niño” Comentada y Anotada, Editorial Astrea 2001, p. 41.

cómo podría, en un futuro, quedar legislada la maternidad subrogada en nuestro país.

El primero es un proyecto de ley del Dr. Rojas Pascual Juan Pablo, presentado en el mes de Mayo del año 2015 ante la Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza.

Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada de la Provincia de Mendoza:⁴¹

ARTÍCULO 1º.- OBJETO. La presente ley tiene por objeto establecer un proceso judicial adecuado en casos de gestación por sustitución, que:

- a) Garantice el respeto al interés superior del niño por nacer, su derecho a la identidad, a la información sobre su origen, a la inscripción inmediata luego del nacimiento lo cual materializa su derecho al nombre y a la nacionalidad, su derecho a ser cuidado por sus padres.
- b) Garantice el respeto a los derechos de la mujer gestante, tales como el derecho al propio cuerpo, sus derechos reproductivos y su libertad reproductiva, y que garantice la absoluta libertad en su decisión de someterse al tratamiento médico.
- c) Garantice el respeto a los derechos de el/los comitente/s, tales como sus derechos reproductivos, el derecho a procrear, el derecho a acceder a los avances de la ciencia en materia de salud reproductiva, brindándole seguridad jurídica a los comitentes, sobre la futura filiación del bebé que podría nacer mediante este tratamiento médico.

ARTICULO 2º.- DEFINICIONES A los efectos de la presente ley, se entiende por GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, la técnica de reproducción humana médicamente asistida mediante la cual, una mujer (gestante) recibe la transferencia de un embrión y lo gesta hasta el nacimiento, supliendo la incapacidad de gestar y/o llevar un embarazo a término de una persona o una pareja (comitente/s) y con el fin de que el niño nacido tenga vínculos de filiación con el/los comitente/s.

Se entiende por MUJER GESTANTE, la mujer que recibe la transferencia del embrión y lo gesta hasta su nacimiento a favor del/los

⁴¹<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/36-anteproyecto-de-ley-sobre-maternidad-subrogada>

comitante/s, independientemente de que reciba o no compensación por ello y siempre que no haya aportado sus propios óvulos en el proceso. Es quien posee voluntad gestacional y por lo cual, no tendrá vínculo jurídico de filiación con el menor nacido mediante esta técnica

Se entiende por COMITENTE/S, a la persona o la pareja que sufre de incapacidad para gestar y/o llevar un embarazo a término, que recibe la indicación médica de realizar un tratamiento de gestación por sustitución y ante lo cual, encarga a la mujer gestante la gestación del embrión hasta el nacimiento, independientemente de que aporte/n sus gametos o que requiera/n gameto-donación. Es/son quien/es posee/n la voluntad procreacional y quien/es tendrá/n vínculos jurídicos de filiación con el menor nacido mediante esta técnica.

ARTÍCULO 3º.- COMPETENCIA. Es competente para entender en estas causas, la Justicia de Familia de conformidad a los artículos 50 y 52, inciso D, de la ley 6.354, conforme el domicilio de la mujer gestante.

ARTÍCULO 4º - CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

Inciso A) – Consentimiento informado individual, previo y libre.

Las partes intervinientes en un proceso de gestación por sustitución deberán otorgar ante el Centro de Salud interviniente, el respectivo consentimiento informado en forma individual, libre y previa a iniciar cualquier tipo de tratamiento médico.

El consentimiento informado previo, deberá otorgarse mediante instrumento privado con firma certificada o mediante instrumento público.

Inciso B) – Solicitud de Homologación.

I.- Ambas partes deberán solicitar de mutuo acuerdo, ante el Tribunal de Familia competente, la homologación del consentimiento informado.

El patrocinio letrado es obligatorio. Ambas partes podrán ser patrocinadas por un mismo profesional, ante la existencia de intereses mutuos, complementarios y/o yuxtapuestos.

Inciso C) – Contenido de la solicitud.

La solicitud de homologación deberá contener:

1) Escrito solicitando homologación, conforme las previsiones del ordenamiento procesal vigente.

2) Original o copia certificada del consentimiento informado que se pretende homologar, suscripto por el/los comitente/s y la mujer gestante.

3) Acreditación de aptitud física y psicológica de la mujer gestante para someterse al proceso, emitida por médico ginecólogo especialista en fertilidad y por licenciado en psicología debidamente matriculado respectivamente.

4) Acreditación de aptitud física y psicológica de el/los comitente/s para someterse al proceso, emitida por médico ginecólogo especialista en fertilidad y por licenciado en psicología debidamente matriculado respectivamente.

5) Acreditación de que el/los comitente/s posee/n imposibilidad de concebir y/o llevar un embarazo a término en forma natural.

La imposibilidad de gestar, podrá ser causada por una patología médica, por el estado civil del comitente, por integrar los comitentes un matrimonio igualitario, y/o por cualquier otra causa.

6) Indicación médica expresa de la necesidad de realizar un proceso de gestación por sustitución, con informe sobre la técnica médica a realizarse, emitida por Establecimiento médico habilitado para realizar técnicas de reproducción humanamente asistida.

7) Acreditación de que la mujer gestante haya dado a luz al menos un hijo propio, mediante partida de nacimiento del menor.

8) Copia fiel de los documentos

Inciso D) – Trámite.

I.- El Juez interviniente ordenará el trámite de ley previsto por el ordenamiento procesal para las homologaciones de convenio de mutuo acuerdo.

II.- Cumplidos los requisitos del artículo 4, inciso C), el Juez interviniente deberá homologar el consentimiento informado, en el plazo de 10 días del llamamiento a autos para homologar.

III.- No podrán imponerse requisitos distintos a los citados en la presente ley, ni requisitos que importen una discriminación arbitraria por

cualquier causa que sea. La nacionalidad, estado civil, edad, elección sexual, nivel socioeconómico de la mujer gestante y/o de el/los comitente/s no podrá ser fundamento de rechazo de la homologación bajo pena de nulidad. Tampoco será causa de rechazo de la homologación la imposibilidad unilateral o bilateral de el/los comitente/s de aportar sus propios gametos.

Inciso E) – Sentencia. La sentencia homologatoria que se dicte:

1- Deberá contener los requisitos comunes a las sentencias homologatorias establecidos en las normas procesales.

2.- Autorizará al centro de salud interviniente a iniciar la técnica de gestación por sustitución.

3- Dispondrá la obligación de el/los comitente/s y de la mujer gestante, de respetar durante todo el proceso y con posterioridad al nacimiento, el interés superior del niño, su derecho a la identidad y su derecho a la información sobre la forma en la que fue concebido y gestado.

Inciso F) – Efecto. La homologación judicial del consentimiento informado acredita con fuerza de cosa juzgada, la voluntad procreacional del/los comitente/s y la voluntad gestacional de la mujer gestante, de conformidad a lo establecido por las normas de procesales aplicables.

Inciso G) – Recursos. El rechazo de la solicitud de homologación, podrá recurrirse mediante los recursos establecidos en la ley 6.354 y demás ordenamiento procesal vigente.

ARTÍCULO 5º - NACIMIENTO. FILIACIÓN DEL RECIÉN NACIDO.

Inciso A) – Inscripción del recién nacido. La inscripción del nacimiento del menor en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, se realizará mediante sentencia judicial de filiación posterior a su nacimiento.

Inciso B) - Acción de Filiación. Producido el nacimiento con vida del bebé, dado a luz por la mujer gestante, el/los comitente/s deberá/n interponer acción de filiación ante el mismo Juez que homologó el consentimiento informado.

Inciso C) – Requisitos de la acción. La solicitud deberá contener, además de los requisitos exigidos por el ordenamiento procesal, los siguientes:

1) Sentencia homologatoria del consentimiento informado previo.

2) Historia clínica emitida por centro médico que realizó la técnica de reproducción asistida, con informe respecto a la utilización de gametos de el/los comitente/s o la utilización de ovodonación y/o espermodonación.

3) Certificado de nacido vivo del menor, expedido por el Centro médico que atendió el parto de la mujer gestante.

4) Examen de ADN de establecimiento público que acredite que no existe correspondencia genética entre el menor y la mujer gestante.

Inciso D) – Trámite.

I.- El proceso tramitará conforme artículo 76 bis de la Ley 6.354.

II.- Cumplidos los recaudos establecidos en el inciso anterior, y realizado el trámite del artículo 76 bis de la ley 6354, el Tribunal dictará sentencia de filiación dentro del plazo de 10 días del llamamiento a autos para sentencia.

III.- No podrán imponerse requisitos distintos a los citados en la presente ley, ni requisitos que importen una discriminación arbitraria por cualquier causa que sea. La nacionalidad, estado civil, edad, elección sexual, nivel socioeconómico de la mujer gestante y/o del o los comitentes no podrá ser fundamento de rechazo de la acción de filiación intentada bajo pena de nulidad. Tampoco será causa de rechazo de la acción de filiación la no aportación de gametos unilateral o bilateral de el/los comitente/s.

ARTÍCULO 6° - SENTENCIA DE FILIACIÓN.

Inciso A) – Sentencia. Contenido. La sentencia de filiación deberá ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la inscripción del recién nacido como hijo de el/los comitente/s.

Dispondrá el ejercicio de la patria potestad a favor del/los comitente/s, con efecto retroactivo al momento del nacimiento.

Dispondrá también la obligación de el/los comitente/s de informar al menor sobre la forma en la que fue concebido y gestado y las medidas de protección del menor recién nacido que estime convenientes el Juez de la causa, siempre en resguardo del interés del menor.

Inciso B) – Efecto. La sentencia judicial de filiación tiene efecto de cosa juzgada sobre la filiación del menor.

Inciso C) – Recursos. El rechazo de la solicitud de filiación a favor de el/los comitente/s, podrá recurrirse mediante los recursos establecidos en la ley 6.354 y demás ordenamiento procesal vigente.

ARTÍCULO 7º - INCUMPLIMIENTO. La realización de un tratamiento de gestación por sustitución sin haber cumplido previamente los requisitos de esta ley, no será fundamento para rechazar la filiación entre el menor nacido y el/los comitente/s.

En caso de no haber solicitado la homologación previa del consentimiento informado, el juez de la causa, resolverá sobre la filiación del menor conforme sea más adecuado al interés superior del menor en el caso concreto.

ARTÍCULO 8º - DISPOSICIONES TRANSITORIAS. En caso de que las partes (comitente/s y mujer gestante) ya hayan iniciado el proceso de gestación por sustitución en forma previa a la vigencia de la presente ley, no será aplicable lo establecido en el artículo 7º; ni lo establecido en el artículo 4º de la presente, no siendo exigible el requisito establecido en el artículo 5º, inciso C), apartado 1º) para la interposición de la acción de filiación.

Presentado en fecha 28 de Mayo de 2015, ante la Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, Argentina.

Otro de esos proyectos fue presentado ante nuestro Congreso Nacional en el año 2013, el cual transcribimos a continuación.

CREACIÓN DEL RÉGIMEN DE MATERNIDAD SUBROGADA (2013)⁴²

ARTÍCULO 1º- La presente ley es de orden público y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada en la República Argentina.

ARTÍCULO 2º- A los fines de esta ley se entiende por maternidad subrogada al compromiso entre una mujer - denominada "mujer gestante"- con una pareja comitente -denominados "subrogantes"-, a través del cual la mujer gestante acepta someterse a técnicas de re- producción asistida para ser fertilizada con el aporte del material genético de los subrogantes, llevar a cabo la gestación y entregar en adopción a los subrogantes el niño o niños que pudieran nacer.

⁴²<http://www.diputados.gov.ar/sesiones/proyectos/proyecto.jsp?id=148578>

ARTÍCULO 3º- La maternidad subrogada tendrá por objeto permitir la procreación a una pareja constituida por un hombre y una mujer, unida en matrimonio o en concubinato, en la que la mujer se encuentre imposibilitada de llevar adelante la gestación o que ésta resulte inconveniente por entrañar riesgos para su salud o para su vida.

Está prohibido llevar adelante cualquier procedimiento de maternidad subrogada con material genético ajeno a la pareja subrogante.

La maternidad subrogada se hará sin fines de lucro para los subrogantes y para la mujer gestante.

ARTÍCULO 4º- En todo el proceso de la maternidad subrogada se velará prioritariamente por la salud y la vida de la madre gestante, por la integridad del embrión y, posteriormente, del feto y por el interés superior del menor nacido como producto del procedimiento.

ARTÍCULO 5º- Será autoridad de aplicación de la presente ley la Dirección de Maternidad Subrogada, que se creará en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación y a la que se dotará de la partida presupuestaria anual correspondiente mediante la Ley de Presupuesto General de la Nación.

Todos los trámites ante la autoridad de aplicación, así como los servicios de cualquier naturaleza que ella preste a los subrogantes y a la madre gestante serán absolutamente gratuitos.

ARTÍCULO 6º- La sede, estructura, organización y funcionamiento de la serán dispuestos por la reglamentación de la presente ley. Tal reglamentación deberá contemplar el establecimiento de al menos una (1) delegación de la Dirección en cada una de las provincias, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en toda ciudad que cuente con una población superior a los quinientos mil (500000) habitantes.

ARTÍCULO 7º- El compromiso a través del cual la mujer gestante y los subrogantes acuerdan concretar el procedimiento de la Maternidad Subrogada se plasma mediante el Instrumento de Maternidad Subrogada.

Dicho instrumento es un documento legal constitutivo e indispensable para que sea válida y existente la maternidad subrogada. Las partes deben firmarlo ante un funcionario de la Dirección de Maternidad Subrogada o ante un escribano público.

En todos los casos el instrumento se perfecciona con la homologación por parte de la autoridad de aplicación, por lo que carece de efecto jurídico alguno hasta entonces. La homologación del Instrumento de Maternidad Subrogada por parte de la autoridad de aplicación debe hacerse en un plazo máximo de treinta (30) días, prorrogables por única vez y por decisión fundada de la autoridad competente por quince (15) días más.

Es condición para la homologación del Instrumento de Maternidad Subrogada que los subrogantes y la madre gestante cuenten con sus respectivos informes socio ambientales favorables, producido por profesionales de la Dirección de Maternidad Subrogada y confeccionado a partir de la visita de inspección que deberán hacer a los hogares de las partes.

ARTÍCULO 8º- Los datos y la información que deban registrarse en el Instrumento de Maternidad Subrogada, así como las formalidades que deban cumplirse para su confección serán establecidos por la reglamentación.

ARTÍCULO 9º- La voluntad manifiesta de las partes para la realización del Instrumento de la Maternidad Subrogada debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

ARTÍCULO 10º- La Dirección de Maternidad Subrogada llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada aprobados y de los nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica. El registro deberá contener, mínimamente, el nombre de los subrogantes y de la mujer gestante, su edad, estado civil, tipo y número de documento, fecha de suscripción del Instrumento de Maternidad Subrogada; nombre y matrícula del escribano actuante; original o copia -según corresponda- de toda la documentación requerida por esta ley y por su reglamentación; nombre y matrícula profesional del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento; resultado del procedimiento y, en su caso, copia certificada del acta de adopción expedida por el juez competente. Este registro será confidencial.

ARTÍCULO 11º- El acuerdo de maternidad subrogada es revocable por cualquiera de las partes en cualquier momento antes de la finalización del trámite de filiación del nacido por ese procedimiento.

ARTÍCULO 12º- La revocación por parte de uno de los miembros de la pareja subrogante no exime de responsabilidad en el cumplimiento de lo acordado por parte del otro miembro de la pareja.

En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja subrogante, el superviviente queda obligado al cumplimiento de lo acordado.

ARTÍCULO 13º- La revocación por parte de ambos miembros de la pareja subrogante solo importará la renuncia a su derecho de adopción del niño o los niños nacidos como consecuencia del procedimiento de maternidad subrogada.

Las obligaciones de asistencia asumidas con la madre gestante para el período de gestación, parto y puerperio serán irrevocables.

En el caso de que el proceso dé a lugar al nacimiento de uno o más niños vivos, la pareja subrogante que renuncie a su derecho de adopción deberá proveerles asistencia y alimentos hasta su mayoría de edad, en los mismos términos que establecen el Código Civil y sus normas complementarias en el caso de los padres para con sus hijos.

El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por parte de los subrogantes dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas por la ley 13944 y sus modificatorias.

ARTÍCULO 14°- La revocación por parte de la madre gestante importará la renuncia a todo derecho de asistencia de parte de los subrogantes, quienes, en su caso, podrán reclamarle la restitución de lo erogado por ellos hasta ese entonces.

ARTÍCULO 15°- Independientemente de lo dispuesto en los artículos 14° y 15° de esta ley, la parte que se vea afectada por la revocación de la otra podrá demandarla civilmente con el objeto de obtener el resarcimiento que estime corresponder por los daños y perjuicios sufridos.

ARTÍCULO 16°- A los fines y efectos jurídicos de la filiación, el o los niños nacidos como consecuencia del procedimiento de maternidad subrogada se reputan hijos de la madre gestante hasta tanto el juez competente resuelva favorablemente la adopción a favor de los subrogantes.

Dentro de los dos (2) días hábiles posteriores a la fecha de nacimiento registrada en el certificado correspondiente, firmado por el profesional que intervino en el parto, el o los niños nacidos como producto del procedimiento de maternidad subrogada serán inscriptos en el Registro Civil.

En el mismo plazo los subrogantes presentarán su solicitud de adopción ante el juez competente y la autoridad de aplicación le remitirá todos los antecedentes y la documentación que consten en el legajo correspondiente al trámite de maternidad subrogada.

El juez competente dispondrá de veinte (20) días hábiles para expedirse acerca de la concesión o no de la adopción a favor de los subrogantes, prorrogables por única vez y por decisión fundada del juez por diez (10) días más.

En caso de incapacitación o muerte de la mujer gestante, en el plazo más breve posible, atendiendo al interés superior del menor, el juez competente dará al hijo en guarda provisoria a los subrogantes hasta la culminación del trámite de adopción.

Toda dilación injustificada en los tiempos establecidos será considerada falta grave y sus responsables serán pasibles de las sanciones que determine la reglamentación para esos casos.

ARTÍCULO 17°- Las prácticas médicas previstas en la presente ley se llevarán a cabo en las instituciones de salud pública o privada que cuenten con la autorización pertinente otorgada por la autoridad de aplicación y bajo el estricto control de esta última, tanto en sus facetas legales como médicas.

La autoridad de aplicación deberá brindar, en forma gratuita, asesoramiento a las partes sobre los alcances y consecuencias éticas, jurídicas y médicas del procedimiento de maternidad subrogada.

ARTÍCULO 18°- Son requisitos para ser mujer gestante:

1. Ser argentina nativa o por opción y contar, como mínimo, con cinco (5) años de residencia en el país continuos e inmediatos previos al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

2. Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

3. Poseer plena capacidad jurídica.

4. Realizarse los exámenes médicos psicofísicos que prevea la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada, previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta.

5. No haber participado en más de dos (2) procedimientos de maternidad subrogada.

6. Manifiestar bajo declaración jurada que no ha estado embarazada durante los dos (2) años calendarios previos a la implantación del embrión y que su participación en el procedimiento de maternidad subrogada se hace de manera libre y voluntaria.

7. No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía, ni enfermedades susceptibles de contagiar al feto durante el embarazo o el parto.

8. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de Maternidad Subrogada, que implica el pleno conocimiento de sus deberes, derechos, riesgos y efectos tanto médicos como jurídicos del procedimiento de maternidad subrogada.

ARTÍCULO 19°- Son obligaciones de la mujer gestante:

1. Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales.

2. Acceder a las visitas domiciliarias por parte del personal de la Dirección de Maternidad Subrogada y del personal de la institución de salud tratante, conforme lo establezca la reglamentación.

3. Procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el período gestacional.

4. Conservar el anonimato de los subrogantes.

5. Concluir su relación subrogada respecto del menor y de la parte subrogante con la culminación del trámite de adopción a favor de los subrogantes.

ARTÍCULO 20°- La mujer gestante no podrá nunca aportar sus óvulos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.

ARTÍCULO 21°- Durante el período de gestación la mujer gestante gozará de todos los derechos y de la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres embarazadas.

ARTÍCULO 22°- Toda decisión que deba tomarse con relación a la salud y a la vida de la madre gestante y del embrión o posteriormente del feto que requiera de un consentimiento será tomada exclusivamente por la mujer gestante. En caso de incapacidad física o psíquica sobreviniente, será tomada por las personas que determina la normativa vigente para esos casos. En ningún caso ni bajo concepto alguno los subrogantes podrán objetar tales decisiones,

salvo que se encuentren entre aquellos que autoriza la ley para hacerlo por su relación de parentesco con la mujer gestante.

ARTÍCULO 23º- Son requisitos para ser subrogantes:

1. Ser un hombre y una mujer unidos en matrimonio o en concubinato desde al menos cinco (5) años continuos e inmediatos previos al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.
2. Ser argentinos nativos o por opción y contar, como mínimo, con cinco (5) años de residencia en el país continuos e inmediatos previos al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.
3. Ser mayores de edad y no tener más de cincuenta (50) años al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.
4. Poseer plena capacidad jurídica.
5. Poseer constancia médica que certifique la inconveniencia o la incapacidad de la mujer para llevar adelante una gestación con éxito.
6. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de Maternidad Subrogada, que implica el pleno conocimiento de sus deberes, derechos, riesgos y efectos tanto médicos como jurídicos del procedimiento de maternidad subrogada.

ARTÍCULO 24º- Son obligaciones de los subrogantes:

1. Solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada.
2. Contratar un seguro de vida para la mujer gestante y nombrar como beneficiario de él a quien la mujer gestante designe.
3. Conservar el anonimato de la mujer gestante.

ARTÍCULO 25º- Los subrogantes tienen derecho a estar informados a través de la Dirección de Maternidad Subrogada del curso, de los incidentes, de las prácticas médicas, de los resultados y de toda otra circunstancia que se produzca durante el proceso de maternidad subrogada, desde la implantación del embrión hasta la finalización del trámite de adopción, tanto acerca del estado de salud de la madre gestante como del niño o los niños nacidos como consecuencia del procedimiento.

ARTÍCULO 26º- Salvo mejor acuerdo de partes en el Instrumento de Maternidad Subrogada, los subrogantes gozan del derecho de una (1) visita diaria al niño o los niños nacidos como consecuencia del procedimiento de maternidad subrogada, donde tal o tales niños se encuentren, a partir de su nacimiento y hasta la finalización del trámite de adopción, salvo disposición médica en contrario que las impida exclusivamente por razones de salud del niño o de los niños.

ARTÍCULO 27º- Los profesionales y, en general, el personal de la salud que realicen el procedimiento médico de la maternidad subrogada actuarán con estricto apego al secreto profesional y respecto a la identidad de las personas que intervienen en él.

ARTÍCULO 28°- Ningún médico tratará ni realizará el procedimiento de maternidad subrogada sin previa existencia del Instrumento de la Maternidad Subrogada debidamente homologado por la autoridad de aplicación.

ARTÍCULO 29°- En la atención médica que se le proporcione a la mujer gestante por parte de las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud en general no discriminarán ni harán distinciones en la atención de la mujer gestante por su condición de tal.

ARTÍCULO 30°- Los embriones sobrantes de un procedimiento de implantación hecha en virtud del procedimiento de maternidad subrogada porque no hayan sido transferidos al útero se conservarán congelados en los bancos autorizados a esos fines y por el plazo que dispongan las regulaciones legales generales o especiales sobre la materia.

ARTÍCULO 31°- En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la mujer gestante o de los subrogantes, será aplicable la acción más expedita y rápida existente en la jurisdicción en que se hubiese celebrado el Instrumento de Maternidad Subrogada, atendiendo a las circunstancias del caso, lo perentorio de los tiempos y privilegiando la salud y la vida de la madre gestante y el interés superior del menor.

ARTÍCULO 32°- En todo aquello no previsto por la presente ley y por su reglamentación, regirán de manera supletoria las disposiciones del Código Civil de la Nación Argentina, de los códigos de procedimiento civiles de las jurisdicciones respectivas y, en general, de las leyes nacionales y provinciales correspondientes en tanto no se opongan a lo dispuesto en la presente.

ARTÍCULO 33°- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Por último, transcribimos un Proyecto de Ley sobre maternidad subrogada presentado en el Congreso de la Nación en el año 2015.

PROYECTO DE LEY DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (2015)⁴³

El Senado y Cámara de Diputados.

Título I. Disposiciones generales

Artículo 1°. Objeto. Esta ley tiene por objeto regular la gestación por sustitución a los efectos de: a. Garantizar el interés superior del niño que nace b. Proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen c. Brindar un marco

⁴³<http://derechoyreligion.uc.cl/en/docman/actualidad/392-proyecto-de-ley-de-gestacion-sustituida-en-argentina/file>

jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica.

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

Artículo 3º. Capacidad. Gestante y comitente deben ser plenamente capaces Título II. De los requisitos de las partes.

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

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

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

Artículo 7º. Requisitos de la petición. Las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deben peticionar al juez que autorice la técnica. La presentación debe contener, además de la petición: a. Copia de la documentación que acredite la identidad de las personas intervinientes en el acuerdo. b. Certificado médico que acredite buena salud física y psíquica de la gestante c. Certificado médico que acredite que la persona o las personas comitentes son incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer. d. Certificado que acredite que todas las partes han recibido asesoramiento médico y psicológico adecuado. e. Certificado médico que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético, cuando proceda. f. Cualquier otra

información de interés para la alcanzar la autorización que se pretende. Título IV. Del equipo multidisciplinario.

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

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

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

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

Artículo 12. Carácter no lucrativo. Compensaciones. El acuerdo de gestación por sustitución no puede tener carácter lucrativo o comercial. “2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres” La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida si sirve para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el post parto. La gestante

también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y post parto. El Ministerio de Salud de la Nación establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación.

Artículo 13. Seguro. La parte comitente debe contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución. Título VI. Del registro de gestantes.

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

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

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

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

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

los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

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

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

Artículo 21. Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas alcanzadas la edad y madurez suficiente. Título IX. De los efectos de la falta de autorización judicial.

Artículo 22. Normas aplicables. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza. Título X. Incorporaciones al Código Penal “2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres”.

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

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

el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo”.

Artículo 25. Comuníquese al Poder Ejecutivo. Laura G. Montero.-

CONCLUSIÓN

Los avances científicos en materia de genética han permitido que innumerables parejas cumplan su sueño de ser padres. Regular las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) no es tarea sencilla, se amplía con ellas el campo de las formas de organización de una familia conocidas hasta ahora. Como hemos desarrollado a lo largo de nuestro trabajo, hoy podemos asegurar que existen al menos tres fuentes de filiación: por naturaleza, por adopción y la proveniente de las TRHA.

Como siempre, la realidad va un paso más adelante que la ley. Los avances tecnológicos, los cambios culturales, las nuevas costumbres y prácticas sociales, siempre se adelantan a lo que encontramos plasmado en la regulación de los Estados. Esto siempre genera (y seguirá generando) nuevos retos, nuevos desafíos para el legislador, y también para los jueces que deben interpretar, ayornar y adaptar sus decisiones a la realidad y al contexto social del momento. Lo cual, reconocemos desde ya, que es una tarea compleja.

Sin embargo, no debe resultar esto una excusa para no regular sobre determinados temas, o para desconocer su existencia y validez. El derecho, que tiene como principal fin regular conductas, no puede ser una disciplina disociada de la realidad, enfrentada a ella, o lo que sería peor, negador de lo que sucede en la sociedad.

El haber eliminado la gestación por sustitución del Código Civil y Comercial de la Nación, no eliminó la posibilidad de que en la realidad ello igualmente ocurra, y que frente a los casos de maternidad subrogada que llegan a los estrados judiciales, los jueces deban dar una respuesta y decidir cómo proceder.

Cuando existen imposibilidades físicas de llevar adelante una gestación, sea por los motivos que fueren (los cuales pueden ser muy diversos como hemos visto), la maternidad subrogada se convierte en la única TRHA idónea para hacer efectivo el derecho de padres y de formar una familia de un numeroso grupo de personas.

Hoy en día, con el reconocimiento y respeto que tenemos hacia las parejas homosexuales (las cuales pueden por ejemplo contraer legalmente matrimonio en nuestro país) desconocerle validez a una práctica como la maternidad por sustitución sería nada menos que quitarles la posibilidad a estas personas de formar una familia. Para aquellos que tienen una condición (elección) sexual diferente, la voluntad procreacional es también un derecho fundamental que debe ser reconocido y cuya garantía se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA, entre ellas a la gestación por sustitución.

Hoy en día existe el derecho (reconocido interna e internacionalmente) a fundar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la no discriminación en el acceso a dichos avances tecnológicos y al respeto de la voluntad procreacional de aquellos que desean ser padres.

Si analizamos todos los fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios que hemos ido desarrollando a lo largo de nuestro trabajo, podemos concluir que la maternidad subrogada no sólo está permitida, sino que debe ser protegida y garantizada por el Estado, por tratarse nada más y nada menos que de un derecho humano: el derecho humano reproductivo.

La voluntad procreacional es considerada un derecho humano fundamental, el cual se puede sintetizar en el deseo y anhelo de ser padres, de continuar el linaje, de poder formar una familia propia mediante el consentimiento previo, libre e informado.

Creemos que es elemental y necesario que se produzca una reforma legislativa para tener un ordenamiento jurídico armónico con la realidad social que se nos presenta, respetuoso y garantista de los derechos y deberes reconocidos en Tratados Internacionales que hemos ratificado, y que por tanto, también forman parte de nuestro derecho.

Sólo con la regulación de la maternidad subrogada se podrán terminar las discusiones sobre el tema y se podrán satisfacer como corresponde todos los derechos humanos involucrados en el mismo.

Además, al encontrarse debidamente reglamentada, las personas que quieran utilizar esta práctica no tendrán que correr el riesgo de realizarla de una manera equívoca. Se terminará con la inseguridad jurídica que genera la ausencia de su expresa regulación, porque si bien la jurisprudencia ha venido subsanando de alguna manera el vacío legal, es necesario legislar sobre el tema, de modo que cuando nazca un niño por medio de una maternidad por sustitución, pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes desearon

traerlo a este mundo, quienes tuvieron y tienen el deseo de convertirse en sus padres.

También, su regulación, permitirá un mayor control por parte del Estado, al corroborar que en todos los casos se cumpla con los requisitos exigidos por la ley, evitando así un sinnúmero de conflictos y discusiones, y hasta futuros reclamos judiciales.

Por todo ello, podemos concluir que una de las grandes misiones que tiene hoy por hoy la Justicia es garantizar en forma real y efectiva un derecho humano fundamental: el Derecho a la Salud, particularmente el de la salud reproductiva y el Derecho a formar una familia. Solo así podrá cumplirse con uno de los propósitos enunciados en el preámbulo de nuestra Constitución Nacional cual es “afianzar la justicia”, y se respetará al máximo y con premura el interés superior de los niños.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil y Comercial de la Nación; Ed. UNLPAM, 2015.

- Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014.
- “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación” JA, 1965-III-21.
- Conf. Gil Domínguez, Herrera, Famá “Derecho Constitucional de Familia T. II, Ediar, 2006, p. 833 y ss.; Krassnow A. “La verdad biológica y la voluntad creacional” LA LEY, 2003-F, 1150; Kemelmajer de Carlucci A., Herrera Marisa, Lamm Eleonora “Filiación y Homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual” LA LEY 20/09/2010, entre otros.
- “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Internacional Provado”, Luciana B. Scotti, Ed. Hammurabi, 2015.
- Art. 3 y ccs., de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional conforme el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; art. 3 de la ley 26.061; Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos; Grosman, C.P. “Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño” LA LEY 1993-B-1095; D’Antonio, D.H. “Convención sobre los Derechos del Niño” Comentada y Anotada, Editorial Astrea 2001, p. 41.
- <http://graiewski.com/gestacion-por-sustitucion-de-vientre/>
- <http://www.maternidadsubrogada.com.ar>.
- <http://www.iprofesional.com/adjuntos/pdf/2012/03/358316.pdf>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-no-reconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacional-median/>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/475_Cutuli_Mahecha.pdf
- http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>
- <http://graiewski.com/gestacion-por-sustitucion-de-vientre>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/03/se-inscribe-como-hija-de-los-actores-a-la-nina-nacida-con-la-tecnica-de-maternidad-subrogada-pues-tal-filiacion-fue-incorporada-al-nuevo-ccyc-y-existe-acuerdo-de-partes/>
- http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticos.htm?gclid=Cj0KEQjw_eu8BRDC-YLHusmTmMEBEiQArW6c-INJhunoo8MUkXFvpVOWhnZmXRluQAYhN9FTtd_dxSwaAmcE8P8HAQ
- http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticos.htm?gclid=Cj0KEQjw_eu8BRDC-YLHusmTmMEBEiQArW6c-INJhunoo8MUkXFvpVOWhnZmXRluQAYhN9FTtd_dxSwaAmcE8P8HAQ
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>
- http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-no-reconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacional-median/>

- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-no-reconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacional-median/>
- http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/475_Cutuli_Mahecha.pdf
- http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Krasnow_GESTACI%C3%93N.pdf
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/03/se-inscribe-como-hija-de-los-actores-a-la-nina-nacida-con-la-tecnica-de-maternidad-subrogada-pues-tal-filiacion-fue-incorporada-al-nuevo-ccyc-y-existe-acuerdo-de-partes/>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/03/se-inscribe-como-hija-de-los-actores-a-la-nina-nacida-con-la-tecnica-de-maternidad-subrogada-pues-tal-filiacion-fue-incorporada-al-nuevo-ccyc-y-existe-acuerdo-de-partes/>
- <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/36-anteproyecto-de-ley-sobre-maternidad-subrogada>
- <http://www.diputados.gov.ar/sesiones/proyectos/proyecto.jsp?id=148578>
- <http://derechoyreligion.uc.cl/en/docman/actualidad/392-proyecto-de-ley-de-gestacion-sustituida-en-argentina/file>

