

# **GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU FALTA DE REGULACIÓN: ACIERTO O DEUDA SOCIAL**

Especialización en Derecho de Familia



Santa Fe, Cohorte 2019.

## **Objetivos de la Investigación**

### Objetivos Generales:

- Abordar la temática de las Técnicas de Reproducción Humana asistida, haciendo énfasis en la Gestación por Sustitución
- Dar a conocer las posturas en contra de esta práctica.

### Objetivos Específicos:

- Profundizar y dar a conocer en que situación se encuentra actualmente Argentina respecto a la Gestación por Sustitución.
- Visualizar la realidad de lo que atraviesan las personas, parejas, familias y su entorno al elegir esta técnica dada su imposibilidad de gestar naturalmente.
- Comprender las consecuencias de su falta de regulación.
- Abordar y establecer la importancia del Derecho a la Identidad de quienes nacen a través de este método.
- Lograr determinar si la falta de regulación en la materia amerita un cambio, en beneficio de la sociedad en general y en particular para quienes desean hacer uso de la praxis.

## **Hipótesis de trabajo**

Para abordar la temática elegida en la presente investigación, propongo la siguiente hipótesis:

“Actualmente, en la Argentina no existe regulación general ni especial sobre Gestación por Sustitución y sin embargo, múltiple son los fallos en los cuales se autoriza a llevar adelante y/o se convalida esta practica, fundados en la legislación de fondo. Con lo cual, es su falta de regulación un acierto, o una deuda social?”

Tras abordar el tema de referencia durante la especialización, en el cual me involucré profundamente y me tocó exponer en representación de mi grupo, me llevó a su elección como tema de la presente tesina.

Cabe precisar que el punto de vista que diera al momento de la exposición mencionada, ha cambiado de manera contundente, al realizar la investigación y posterior redacción de este trabajo, lo que me permitió visibilizar la problemática desde otros ángulos y mucho más allá de mi posición y realidad personal.

## **Metodología de la Investigación**

Se tomo como metodología de la investigación el método cualitativo, a través del análisis de documentos, es decir, la recopilación de datos, información detallada, textos. Una vez recabado todo el material (tratados, manuales, artículos, jurisprudencia) disponible, fue utilizado para desarrollar el presente trabajo, analizar utilizando un enfoque interpretativo y arribar a una respuesta a la hipótesis planteada.

En cuanto a la metodología propiamente dicha se trabajo sobre los siguientes puntos centrales:

- Técnicas de Reproducción Humanamente Asistidas en Argentina.
- Gestación por Sustitución.
- Derecho a la Identidad.

## **ÍNDICE**

<b>1. Gestación por sustitución</b>	
<b>1.1 Breve Introducción .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2 Antecedentes .....</b>	<b>7</b>
<b>2. El Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Argentina .....</b>	<b>9</b>
<b>3. La Regulación Argentina</b>	
<b>3.1 La propuesta reguladora del Código Civil y Comercial .....</b>	<b>11</b>
<b>3.2 La ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas medicas asistenciales .....</b>	<b>14</b>
<b>3.3 El decreto reglamentario 956/2013.....</b>	<b>17</b>
<b>3.4 Gestación por Sustitución realizada en el extranjero.....</b>	<b>18</b>
<b>4. POSTURAS EN CONTRA .....</b>	<b>19</b>
<b>5. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN</b>	
<b>5.1 Casos Jurisprudenciales. Donde asoma la realidad.....</b>	<b>22</b>
<b>5.2 El turismo reproductivo como otra de las consecuencias ante la falta de regulación. Breve mención .....</b>	<b>32</b>
<b>6. PROYECTOS PRESENTADOS</b>	
<b>6.1 Proyectos de acuerdos privados.....</b>	<b>33</b>
<b>6.2 Proyectos con autorización judicial previa .....</b>	<b>34</b>
<b>7. DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NACIDOS POR TRHA .....</b>	<b>35</b>
<b>7.1 Derecho a la información y gestación por sustitución .....</b>	<b>37</b>
<b>7.2 La obligación parental de informar.....</b>	<b>38</b>
<b>7.3 Su proyección reguladora.....</b>	<b>38</b>
<b>8. CONSIDERACIONES FINALES .....</b>	<b>40</b>

## **1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

### **1.1 Breve Introducción.**

No es solo el deseo de convertirse en madre. Muchos son los factores que se aunan a la hora de decidir tener un hijo, como hacerlo, de que forma, en que momento y, muchas otras aristas a considerar y así poder formar una familia. La forma de reproducción humana ha sido desde hace muchos años atrás, una cuestión cultural, a lo que toda mujer debe, o mejor dicho debía aspirar y llevar adelante.

Sin embargo, la realidad es que en los últimos años y de manera mas pronunciada, eso ha cambiado, para muchos, de manera negativa destruyéndose valores, el ideal de familia, principios, y hasta el deseo de maternidad. No obstante, para gran parte de la sociedad, principalmente los jóvenes de hoy, se ha evolucionado. Y con ello me refiero a que ya no se trata de un mandato social o familiar, de cumplir expectativas o lo que nos enseñaron que era el modelo a seguir, sino del profundo y real deseo de convertirse en madres y padres, lo cual muchas veces y por distintos factores, se ve frustrado.

Cabe mencionar que la GS, es un procedimiento reconocido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) dentro de los procedimientos de TRHA al incluir al “útero subrogado”. Así, sostuvo que “las técnicas de reproducción humana asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubarica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado.”<sup>1</sup>

Se trata de una posibilidad que se ofrece a cualquier persona que desee un hijo y no pueda gestarlo. Estos procesos son cada vez más frecuentes, así hoy en día nos encontramos con el deseo de muchas personas de ser padres o madres de forma individual, sin formar una pareja, con parejas del mismo sexo que desean acceder a la paternidad o parejas imposibilitadas de gestar naturalmente, como veremos mas adelante.

---

1 Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia. “Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes”. Tomo II. AbeledoPerrot. 2021, pág 638.

Ante esta realidad, son diversas las problemáticas de orden ético, jurídico, psicológico, social, religioso, y científicos a la que se enfrentan quienes eligen esta vía para tener un hijo, además de tener que resolver el problema principal, que es la atribución de la maternidad respecto del bebé que nace a través del uso de esta técnica, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, que serán expuestos más adelante.

Podemos observar asimismo, como en la actualidad en múltiples casos el deseo de maternidad se ve extendido en el tiempo, relacionado no solo con la realización personal sino también laboral/profesional tanto de mujeres como hombres.

Así es como hoy, a modo de ejemplo, las TRHA le permiten a la mujer retrasar su maternidad y desarrollar su carrera profesional a partir de la técnica de criopreservación de óvulos.

Tanto el derecho a la procreación como a fundar una familia, el derecho a la autonomía y desarrollo personal, a la salud y a gozar de los beneficios de los avances científicos, son todos derechos que cuentan con rango constitucional y convencional, y se debe velar por su efectivo ejercicio y resguardo.

## **1.2 Antecedentes**

Aunque con raíces remotas, el primer acuerdo de gestación por sustitución documentado se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, quien creó en Michigan la Surrogate Family Service Inc. Cabe resaltar que en los primeros casos de gestación por sustitución la gestante aportaba sus gametos (conocida como gestación por sustitución “tradicional”) debido a que se hacía uso de la inseminación artificial. A partir de la aparición de la fertilización in vitro, en el año 1978, el panorama cambió. Así, el primer caso de gestación por sustitución “gestacional” reportado en el mundo – en el que, la gestante no aporta sus óvulos – ocurrió en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética.<sup>2</sup>

---

2 Vease UTIAN, W. H, SHEEAN, L. GODFARB, J. KIWI, R “ Successful pregnancy after in vitro fertilization-embryo transfer from an infertile woman to a subrogate” en LAMM, Eleonora. “Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Edicions de la Universitat de Barcelona. 2013, pág 20.

Ahora bien, el primer caso a nivel mundial en el que se trató la problemática de la gestación por sustitución fue el caso Baby M.<sup>3</sup>

En el caso mencionado el señor William Stern, bioquímico —ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo— convino con el señor y la señora Whitehead un acuerdo de gestación por sustitución. De acuerdo con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía el niño y lo entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento. La niña nació el 27 de marzo de 1986. Los esposos Stern permitieron a la señora Whitehead permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo ella luego quedarse con la niña, por lo que no la entregaría a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de gestación por sustitución. Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, reconoció a Mary Beth Whitehead como la madre legal de la niña y remitió el caso al Tribunal de Familia para que determinase si Whitehead, la madre, o Stern, el padre, debía tener la custodia legal de la niña, teniendo en cuenta el bienestar y el interés superior del niño. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer de un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita.

En este sentido, es dable recordar que si bien es cierto que el avance científico en este campo nace como respuesta ante el problema creciente de infertilidad de gran parte de la población<sup>4</sup> es decir, como solución a la imposibilidad de muchas parejas heterosexuales de acceder a la maternidad/paternidad por medios naturales, lo cierto es que hace ya años que su

---

3 Caso Baby M. (Corte Suprema New Jersey - 1988)

4 La OMS ha publicado un estudio titulado "Tendencias nacionales, regionales y mundiales en la prevalencia de la infertilidad desde 1990 a 2010: un análisis sistemático de 277 encuestas de salud" en el cual se concluye que, en 2010 aproximadamente 48,5 millones de parejas en todo el mundo no pudieron tener un hijo después de cinco años. Sin embargo estos hallazgos también sugieren que los niveles globales de infertilidad primera y secundaria apenas cambiaron entre 1990 y 2010.(...) en HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, y FERNANDEZ, Silvia. "Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales". 1A de, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley. Año 2018, pág 380.

desarrollo se viene extendiendo a otras situaciones, utilizándose actualmente de manera mas frecuente tanto por parejas homosexuales, heterosexuales, como por padres o madres solteras, como se pondrá de manifiesto oportunamente.

## **2. EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA**

La gestación por sustitución, a favor o no de la práctica, existe, es una realidad y como tal, hay numerosos casos en los cuales se solicito judicialmente su reconocimiento o validez que tuvieron lugar en el país o en el exterior. De allí, la importancia que revestía su regulación en el Código Civil y Comercial. Y en consecuencia, el hecho de su falta de regulación, no lleva a que la practica se reduzca o no se realice en sí, por el contrario, se priva a las personas del contralor que requiere y demanda la sociedad actual.

Si bien en Argentina, el Anteproyecto de Código Civil del año 2011 regulaba la “Gestación por Sustitución” en el Título V, Capítulo II, al aprobarse el mismo, se adoptó una posición abstencionista al no incluirla pero tampoco prohibirla.

El Anteproyecto, en su artículo 562 establecía: El consentimiento previo, informado y libre de todas las personas 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 de nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredite que:

- a) Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer. Esto significa que se ha evaluado la idoneidad de el/ los comitentes. El juez siempre puede denegar la autorización si considera que no resulta en el mejor interés del niño.
- b) La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica. Se requiere a los fines de garantizar que el consentimiento emana de una mujer competente, y que no redundara en su perjuicio.
- c) Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos. Esto es así, porque la ley estaba prevista para quienes por la causa que fuere, no pueden llegar a concebir un embarazo, más no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio.
- 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. La gestante no puede recibir retribución, lo que no impide que si pueda ser compensada. La ley especial deberá determinar el contenido de esta compensación.
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces. A los efectos de evitar abusos y que las mujeres se conviertan en máquinas productoras de hijos ajenos.
- h) La gestante ha dado a luz, al menos, un 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 será determinada por las reglas de la filiación por naturaleza.

Como primer requisito, se regula un sistema que requiere una intervención judicial previa, disponiéndose que los médicos no podrán proceder a la transferencia sin autorización judicial. De esta manera, se asegura el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo<sup>5</sup>.

Asimismo y a la luz de la importancia que la práctica reviste en si para el cuerpo de la mujer gestante y el deseo de los comitentes, el consentimiento previo, libre e informado lleva no solo a garantizar la filiación del niño por nacer con los llamados “padres procreacionales”, sino también que se respeten los derechos y garantías de quienes intervengan en el uso de la praxis. Este consentimiento debe homologarse por autoridad judicial - y junto con el certificado medico de nacimiento y la identidad de los comitentes - serán los requisitos necesarios para la inscripción del recién nacido por ante el Registro Civil. Si el juez no homologa y a pesar de esto, se continua con el proceso, o las partes no solicitan la autorización judicial, el proyecto de ley establece que la madre legal es la mujer que dio a luz al niño.

Cabe destacar, que de esta manera no se contempla la posibilidad de la familia monoparental o los supuestos de parejas en donde ninguno de los dos este posibilitado para aportar material genético.

El anteproyecto también establecía del proceso judicial que debía seguir quien quisiera llevar a cabo la gestación por sustitución, dividiéndolo en dos instancias. Una de ellas es la

---

5 LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. InDret Revista para el análisis del Derecho. Barcelona 2012, pág 35.

homologación judicial, en donde la gestante y los comitentes otorgan su consentimiento previo, libre e informado ante el magistrado competente. Y la siguiente es la propia autorización judicial. En esta etapa el juez deberá constatar en primer lugar la efectiva cumplimentación de los recaudos legales exigidos, para luego dar su conformidad, quedando así habilitados para proceder a la implantación del embrión en la gestante.

No menos importante dentro de la regulación que preveía el Anteproyecto, era el artículo 564, el cual establecía: la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b) obtener del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud. De esta manera se protegía y aseguraba el derecho a la identidad e información del niño por nacer.

También respecto de este y sus derechos, dentro de los requisitos exigidos para su autorización, se encuentra la necesaria evaluación de idoneidad de los comitentes, lo cual quedaba en manos del juez y siempre en miras a la protección de interés superior del niño, principio fundamental reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño -que a partir de la reforma a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 goza de jerarquía constitucional, conforme al art 75 inc. 22 - y por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, entre otros.

### **3. LA REGULACIÓN ARGENTINA**

#### **3.1 La propuesta reguladora del Código Civil y Comercial**

Para comenzar, y como ya fue mencionado, el actual código civil y comercial de la Nación no regula la gestación por sustitución. El Libro Segundo, Título V, sobre Relaciones de Familia se divide en 8 capítulos, en donde en su primer artículo 558, establece: 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 las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Así comienza a aceptar, el uso del avance de la ciencia médica, con el reconocimiento de una tercer fuente filial, autónoma e independiente, compuesta por las técnicas de reproducción humana asistidas, en la que la voluntad procreacional, exteriorizada en el consentimiento previo, libre e informado como determinante del vínculo filial se erige como factor determinante de los vínculos filiales, con independencia de quien o quienes hayan aportado sus gametos, y viene así, a sumarse a la filiación por naturaleza y por adopción.

Las TRHA como fuente de filiación, con reglas diferentes de la filiación biológica y la filiación adoptiva, se justifica en que el régimen en materia de filiación biológica e incluso adoptiva, tiene por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, la inmediatez de la relación sexual esta ausente en las TRHA. De este modo, y como primer conclusión, el solo hecho de que pueda hacer procreación sin sexo genera conflictos diferentes a los surgidos en el marco de la filiación biológica o adoptiva que precisan de principios diversos, si lo que se intenta es llegar a resultados justos.

Asimismo, las TRHA permiten disociar tres elementos de la identidad de los nacidos: el elemento biológico, el genético y el volitivo, dándole preferencia al ultimo de ellos, sobre los dos primeros.

Son estas las razones que han empujado al legislador a regular e incorporar una tercera causa fuente filial con reglas propias diferenciales y autónomas.<sup>6</sup>

En el capítulo 2, encontramos las Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, que nos habla en primer lugar a partir de los artículos 560 y 561, sobre el consentimiento, formas y requisitos del mismo en las TRHA.

Es el centro de salud interviniente quien debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso, el cual a su vez debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. Dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para posteriormente ser

---

<sup>6</sup> HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia. “Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”. 1A de, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley. Año 2018, Pág 465.

protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. Es libremente revocable, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Exigir la actualización de la voluntad procreacional con el debido consentimiento informado implica facultar a la persona a negarse a prestarlo, es decir, directamente no expedirse a favor de la técnica y más aún, si ya lo hizo, a revocar dicha manifestación de voluntad hasta antes de la concepción (anidación dentro del cuerpo de la persona en los casos de TRHA de baja complejidad) o de que se produzca la implantación del embrión en el útero, tal como se asevera en la última parte del art 561 del CcyC.<sup>7</sup>

En esta técnica de reproducción humana, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada "voluntad procreacional", prevista seguidamente en el artículo 562, que establece: "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".

La regla es que en todos los casos en que se recurre a las TRHA, ya sea que se trate de una mujer casada o no, heterosexual u homosexual, que ha recurrido a las TRHA homólogas o heterólogas, la filiación se determina por la voluntad expresada a través de los consentimientos legales, con independencia de quien haya aportado los gametos. Esto en consonancia con el criterio de igualdad que debe imperar respecto de todos los tipos de familia existentes.<sup>8</sup>

Por ende, la inescindibilidad entre voluntad procreacional, como faz interna y el consentimiento informado como faz externa, el vínculo filial que surge es inimpugnable, como así lo dispone el artículo 577, que establece " No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre

<sup>7</sup> HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia. "Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales". 1A de, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley. Año 2018, pág 472,

<sup>8</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa, y LLOVERAS Nora. "Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014". Tomo II. Rubinzal – Culzoni, 2014, pág 509.

a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”.

Y para concluir el capítulo, el Código, nos habla del derecho a la información que tienen las personas nacidas por medio de TRHA, lo que será desarrollado más adelante.

### **3.2 La ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médicas asistenciales.**

En el año 2013 se sancionó en Argentina, la ley 26.862 que regula la Cobertura de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médicas asistenciales de reproducción médicamente asistidas.

La importancia de esta norma queda constatada a la luz de la cantidad de precedentes jurisprudenciales que se han encargado de admitir o rechazar el pedido canalizado – en la gran mayoría- por la vía del amparo que llevan adelante una gran cantidad de mujeres y hombres que quieren ser padres con la colaboración invaluable de la ciencia.<sup>9</sup>

La ley comienza su primer artículo definiendo el objeto, es decir, el de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de la reproducción médicamente asistida. Teniendo en cuenta el concepto integral, se da cuenta del concepto amplio que se adopta, al no ser solo técnicas, sino diferentes procedimientos para la consecución del embarazo. Asimismo, en ningún momento se hace referencia a estos procedimientos o técnicas, como forma de paliar algún tipo de imposibilidad/infertilidad, sino por el contrario, en el derecho de acceso en general a las TRHA, basado en los principios de igualdad y no discriminación, porque ya no es una cuestión de salud o infertilidad, la única razón por la cual se acude a las TRHA.

El artículo 2 define que se entiende por “reproducción médicamente asistida”, estableciendo que así se llama a los “procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo, clasificándolas en técnicas de alta y baja

---

9 HERRERA Marisa, DE LA TORRE Natalia y BLADILO Agustina. “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción humana asistida”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA Marisa, y LLOVERAS Nora. “Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo II. Rubinzal – Culzoni, 2014, pág 404.

complejidad, pudiendo ser homólogas, cuando se utilizan gametos de la propia pareja o heterólogas, cuando intervienen gametos aportadas por un tercero”.

Las técnicas de baja complejidad son aquellas que tienen por objeto la unión entre el ovulo y el espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, ya sea con material genético de la pareja o de donante. En cambio las segundas, es decir, las técnicas de alta complejidad, son aquellas en que la unión entre el ovulo y el espermatozoide acontece fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación citrointracitoplasmática de espermatozoide, la crioconservación de ovocitos y embrión, la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.<sup>10</sup>

En el artículo 7, se determina quienes son los beneficiarios, estableciendo que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que de conformidad con 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 cual es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Con respecto al consentimiento, la reglamentación, establece que debe ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas, y que junto con la revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad.

Asimismo, establece que en los casos de técnicas de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento o hasta antes del inicio de la inseminación, y en los casos de alta complejidad, es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

El artículo 8, y uno de los más relevantes en la ley que analizamos, en donde en primer lugar, obliga tanto al sector público como privado, como a todas las entidades que brinden atención al personal de las universidades o que brinden servicios médico asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura que posean, a incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los

10 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA Marisa, y LLOVERAS Nora. “Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo II. Rubinzal – Culzoni, 2014, pág 406,

medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como reproducción médicamente asistida, enumerando como procedimientos y técnicas a las cuales se puede acceder, a la inducción de ovulación, el desencadenamiento de la ovulación, a la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal con gametos de donante.

También garantiza servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos de las personas -incluso de los menores de 18 años- que aún sin querer llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, puedan ver comprometidas su capacidad para procrear en el futuro.

Se prevé el número de tratamientos a cubrir, estableciendo que si se trata de tratamientos de baja complejidad, se puede acceder hasta cuatro tratamientos anales y cuando son de alta complejidad, hasta un máximo de tres tratamientos con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos; siempre comenzado con técnicas de baja complejidad, con un mínimo de tres intentos para posteriormente hacer uso de las de alta complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Dichos procedimientos quedan incluidos conforme a la ley en el Programa Médico Obligatorio y la autoridad de aplicación no podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios, estableciendo asimismo la reglamentación de que no se considerara como situación de preexistencia, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo.

Por último, dentro de las disposiciones relevantes, la reglamentación establece que en “En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran de los bancos gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud”. Ello así, con la finalidad de controlar el uso de material genético de terceros, no sólo por razones médicas, para descartar la existencia de determinadas enfermedades, sino también para evitar la donación directa o intrafamiliar, y porque se encuentra comprometido el derecho humano a la identidad.

Dentro de las funciones que tiene el Ministerio de Salud, encontramos como fundamental, obligación legal arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho igualitario de todos los beneficiarios.

La combinación de estos artículos trae como ineludible consecuencia que la gestación por sustitución haya quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino como inescindible del derecho a la voluntad procreacional.<sup>11</sup>

### **3.3 El decreto reglamentario 956/2013**

Asimismo, como fue mencionado anteriormente, contamos con el decreto reglamentario 956/2013 de la ley 26.862, en donde interesa destacar, que en los “considerandos” queda plasmada la posibilidad de alcanzar la maternidad/paternidad de manera plural, y brindar una cobertura amplia acorde a los principios de igualdad y no discriminación.

En ellos, se pone de manifiesto:

- Que prevalecen otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Rango Constitucional, los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho de salud.
- Que el derecho humano de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana.
- Que la ley se inscribe dentro de un marco legal ampliatorio de derechos, ello, en tiempos de cambios y de mas inclusión en el ámbito social y en el de la salud, en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural, y promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa.
- Que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que puedan introducirse requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado<sup>12</sup>.

---

11 FLOCCO GABRIELLI, Ana. Técnicas de Reproducción Asistida 2, Gestación por Sustitución. Editorial Iuris 2019, pág 22.

12 "Fundamentos del Decreto Reglamentario 956/2013", disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-956-2013-217628/texto>.

### 3.4 Gestación por Sustitución realizada en el extranjero

No podemos dejar de mencionar, que el CcyC, ha incorporado asimismo, una sección dentro de las disposiciones de Derecho Internacional Privado del Libro Sexto, Título IV, Capítulo 3, Sección 5, referida a la filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida.

En su artículo 2634 establece que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso se debe adoptar la decisión que redunda en beneficio del interés superior del niño.

En relación a la citada norma, en fecha 15/12/2015, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a través de la Dirección de Asistencia Técnica, elaboró un dictamen en favor del reconocimiento de la gestación por sustitución efectuada en el extranjero al entender que “ A raíz de la vigencia del CcyC, esta Dirección de Asistencia Jurídica Internacional ha advertido que, en materia de reconocimiento de la filiación extranjera, ha habido una importante modificación que requería, de las áreas del Ministerio con competencia en esta materia un análisis sobre las consecuencias que pueden surgir, fundamentalmente en materia de reconocimiento de filiaciones surgidas de contratos de maternidad subrogada y en cuanto a la posibilidad de habilitar los trámites de nacionalidad por opción cuando el vínculo filial se acredita con una partida, que tiene como antecedente un contrato de maternidad subrogada”<sup>13</sup>

Al respecto también, el máximo tribunal de nuestro país ha expresado que “ la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa

---

13 NOTRICA, Federico, “La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional”, disponible en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>, 2/03/2018.

época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución”<sup>14</sup>

#### 4. POSTURAS EN CONTRA

No menores y variadas son las posturas y razones de quienes se encuentran en contra de la regulación de la Gestación por Sustitución.

En primer lugar, y en palabras de Jorge Nicolás Lafferriere, *“el nuevo código civil regula los efectos filiatorios de las técnicas de fecundación artificial casi sin poner límites, estableciendo la voluntad procreacional como criterio rector para la filiación, permitiendo la dación anónima de gametos y autorizando un muy restringido acceso a los datos del dador por parte de las personas concebidas por fecundación artificial”<sup>15</sup>*

Sostiene que a partir de la presente regulación, se vulneran diversos derechos regulados no sólo constitucionalmente sino también convencionalmente. El derecho a la vida y la igualdad, a partir de los riesgos que implica la fecundación extracorpórea, la gran pérdida de embriones humanos, como su posterior selección teniendo en cuenta caracteres morfológicos o genéticos de los mismos.

También se considera que uno de los aspectos más importantes para el cual no se ha brindado una solución, es qué hacer con los embriones sobrantes, es decir, aquellos que no han sido implantados. O asimismo, qué sucede con los embriones si el consentimiento que requiere el artículo 560 cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, es revocado.

El derecho a la identidad de quienes nacen a partir técnicas de fecundación artificial con dación de gametos, se ve lesionado en tanto se le otorga a la “voluntad procreacional” la capacidad de disociar los elementos que conforman la identidad de los niños, contra lo que

---

14 CSJN, “M. D. H c/ M. B. M. F” L. L. 2008- C- 540, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA Marisa, y LLOVERAS Nora. “Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo IV. Rubinzal – Culzoni, 2014, pág 531.

15 LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. “El nuevo Código Civil y Comercial y la Bioética”. Vida y Ética, 16,2. Año 2015, pág 88, Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1424/1/nuevo-codigo-lafferriere.pdf>

establece la Convención sobre los Derechos del Niño. Se mantiene el anonimato de la dación de gametos y el acceso muy restringido a los datos de salud y de identidad del dador<sup>16</sup>. De esta manera se ven restringidos sus derechos en relación a la identidad.

En el caso en particular de las TRHA, el hecho de que la voluntad procreacional sea el fundamento para la determinación de la filiación, supone la alteración del principio rector aplicable, de la verdad biológica, en el que la maternidad y paternidad se determinan por el nexo biológico, y rompe con la máxima del derecho romano “mater semper certa est”, consagrando que la madre es siempre cierta. Esta 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 palabras, el incólume principio “mater semper certa est” hace crisis y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto<sup>17</sup>.

Otras de las razones por la cual un sector de la doctrina se posiciona en contra de la figura de la GS es porque entiende que la decisión de tener hijos parte de una mirada adultocéntrica, es decir, del hecho de “creer que las personas tienen un especie de derecho al hijo, considerado como un medio de satisfacer una necesidad que de alguna manera se encuentra inducida por el desarrollo de las propias técnicas de procreación asistida”<sup>18</sup>

Basset se apoya en esta postura y afirma: “creemos que es urgente quitar toda duda respecto de la prohibición de la gestación por sustitución. Que es un contrato de objeto prohibido, queda bien claro. El cuerpo humano no puede ser objeto de un contrato (art 16 Cod. Civ. Y Com.). La argentina tiene que seguir en la línea de la defensa de los derechos de los mas vulnerables, y así proteger a mujeres y niñas en el contexto de nuevas visiones que terminan retrocediendo a épocas que creíamos haber superado. ¿Tiene límites el deseo? ¿Tiene límites el deseo si todos (todos los adultos y los niños ya nacidos) están de acuerdo? El dolor por la falta de un hijo no encuentra remedios alternativos. Hemos dicho ya que se trata

---

16 LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, Ob. Cit.

17 LAMM, Eleonora. “Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho”. InDret Revista para el análisis del Derecho Barcelona, 2012, pág 5.

18 SAMBRIZZI EDUARDO, A. “Una nueva e improcedente sentencia que admite la maternidad subrogada” – comentario a fallo del Juzgado de Familia nro 1 de Mendoza, 29/7/2015, “A.C.G y otro s/ medida autosatisfactiva” en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia. “Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes”. Tomo II. AbeledoPerrot. 2021, ps 638.

de un curioso giro adultocéntrico, en el que el niño pasa de ser sujeto de derecho a ser el objeto de los derechos de otros, sin que se pueda oponer objeción alguna. Corsi e ricorsi de la reflexión doctrinal. En el derecho filiatorio las cosas no pueden transcurrir de esta manera. Porque la dinámica del derecho filiatorio consiste en que en todos los casos la función del derecho es comprobar una filiación, no tiene potestad de crearla”.<sup>19</sup>

Por su parte Bustamante Alsina vincula la práctica con el ensañamiento procreativo, el afán posesivo de pretender tener un derecho al hijo y la consecuente búsqueda neurótica del nacimiento a cualquier costo, lo cual -dice el referido autor- persigue la satisfacción de un deseo personal, olvidando de tal manera que el procrear no es un derecho del ser humano sino un don de la naturaleza.<sup>20</sup>

Esto nos lleva a distintos planteamientos éticos, como ¿Puede la gestante prestar un consentimiento verdaderamente informado? ¿Querrá la gestante llegado el momento ceder al niño? ¿cuales son los posibles efectos psicológicos en el niño? ¿Que crisis de identidad puede producirse? ¿Y si la gestante cambia de opinión? Y así, muchos interrogantes mas, a los que aun no hay respuesta.

Por otro lado, se ha puesto en evidencia la dificultad de garantizar que la gestante no perciba ningún obsequio o retribución, mas o menos generosa, que los progenitores de intención le quieran dar en demostración de su gratitud. Tal cuestión no paso desapercibida en el *Acordao N.º 225/2018 de 24 de abril do Tribunal Constitucional Portugues*. Dice la sentencia que la previsión de un régimen de nulidad sin limitaciones temporales del contrato de gestación que incumpla los presupuestos de la ley, entre ellos la gratuidad, combinada con la inexistencia de procedimiento específicos para comprobar si antes, durante o después de la gestación la mujer percibe alguna retribución, dota a la filiación determinada mediante esta practica de inseguridad jurídica. Así, cuáles serían las consecuencias de descubrir pasados unos años que la mujer gestante percibió una dádiva: si se debe regresar a la situación inicial, como si no hubiese mediado la gestación subrogada y prescindiendo de los lazos de

---

19 BASSET URSULA, “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos? En FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia. “Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes”. Tomo II. AbeledoPerrot. 2021, pág 642.

20 BUSTAMANTE ALSINA, JORGE A, “Aspectos éticos jurídicos de la procreación humana artificial”, en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia. “Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes”. Tomo II. AbeledoPerrot. 2021, pág 641.

convivencia establecidos entre el menor y sus padres de intención, o si es indiferente el tiempo transcurrido desde la entrega del bebé, el momento del pago y la cuantía del mismo.<sup>21</sup>

Finalmente, se afirma que la modalidad altruista de gestación por sustitución suele preverse en regímenes restrictivos que reservan esta práctica para determinados perfiles de personas y una casuística concreta. De ahí que los progenitores de intención de estos países prefieran acudir a ordenamientos con regulaciones más laxas, las cuales normalmente permiten la gestación subrogada comercial.<sup>22</sup>

## **5. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN**

### **5.1 Casos Jurisprudenciales. Dónde asoma la realidad**

En nuestro país, en definitiva, la gestación por sustitución no ha sido prohibida. A partir de allí, es que al día de la fecha, numerosos casos han obtenido sentencia favorable en los que se ha llevado a cabo la gestación por sustitución. Una de las vías más utilizadas ha sido la impugnación de la maternidad que recae sobre la mujer gestante. Asimismo, se han solicitado autorizaciones judiciales previas a la implantación del embrión, como autorización previa al alumbramiento con embarazo en curso, entre otras acciones, como solicitud de inscripción registral, medida autosatisfactiva y demás estrategias judiciales.

A continuación alguno de los fallos, a través de los cuales es la intención poder visualizar la realidad no sólo de lo que sucede a nivel nacional ante la falta de regulación, sino también todo lo que atraviesan las personas, parejas, familias y su entorno que eligen este camino ante su imposibilidad de gestar naturalmente.

#### **“N.N o D.G.M.B s/ Inscripción de Nacimiento”<sup>23</sup>**

21 VARELA CASTRO, Ignacio. “Gestación por Sustitución: líneas difusas entre gratuidad y onerosidad.” Publicado en Libro colectivo mujer, maternidad y derecho. Valencia, 2019. Dir. por María Paz García Rubio, pág 8,

22 TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., “General report on surrogacy”, y JACKSON, E., MILLBANK, J., ET AL., “Learning from cross-border reproduction”, en Ignacio Varela Castro en Gestación por Sustitución: líneas difusas entre gratuidad y onerosidad. Publicado en Libro colectivo mujer, maternidad y derecho. Valencia 2019. Dir. Por María Paz García Rubio, pág 8,

23 “N.N o D.G.M.B s/ Inscripción de Nacimiento”, Juzgado Nacional Civil N° 86, Ciudad de Buenos Aires, 18/06/2013, disponible en <http://www.saij.gov.ar/juzgado-nacional-civil-nacional-ciudad->

Del año 2013, este primer caso reviste de gran importancia, no sólo por ser el primer fallo que da un tratamiento de fondo a la problemática planteada, sino también por haber sido el primer caso de gestación por sustitución realizado completamente en Argentina.

En los hechos, se presenta ante el Juzgado mencionado, el matrimonio J. L D G y M S M, y solicitan la inscripción del nacimiento de la niña D.G.M.B, quien nació el 19 de abril de 2012, en el Instituto Argentino del Diagnóstico.

En su larga búsqueda por ser padres, relatan haber perdido dos embarazos, donde en el segundo, por la propia pérdida debió ser sometida a una intervención quirúrgica que dio como resultado la extirpación de su útero.

Posteriormente a ello, comienzan a pensar en la idea de la Fertilización in Vitro, como también en la gestación de vientre en el exterior, la cual fue desechada por los altos costos que ello implicaba.

En el proceso, fue la Sr. C, amiga de la Sra. M.S.M, quien se ofreció voluntariamente a gestar en su vientre al hijo que deseaban y así fue como nació la niña.

En el acta de nacimiento de la misma, solo se consignaron los datos de ella, dada a luz por C.R.C, dejando sin embargo en blanco los espacios correspondientes a los datos de los progenitores.

El elemento determinante del fallo por parte de la Dra. Bacigalupo, es la llamada “voluntad procreacional”, es decir, el deseo imperioso de este matrimonio de concebir un hijo, con material genético de ellos en el vientre gestante de un tercero, que ante el vacío legal existente, merece la protección del ordenamiento jurídico. Por ende, entiende que teniendo en cuenta este principio, la decisión de acceder a la demanda, e inscribir a la niña D.G.B.M como hija de los presentantes/comitentes, responde a garantizar el interés superior del niño.

#### **“B.M.A c/ F.C.C.R s/ Ordinario”<sup>24</sup>**

En el presente fallo, el matrimonio de E. H. N. y de M. A. B accede a la TRHA de gestación por sustitución, luego de innumerables intentos por concebir un hijo y un embarazo

---

autonoma-buenos-aires--inscripcion-nacimiento-fa13020016-2013-06-18/123456789-610-0203-lots-eupmocsollaf

24 “B.M.A c/ F.C.C.R s/ Ordinario” Juzgado de Familia de Gualeguay, Entre Rios 19/11/2013, disponible en <https://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/52-sentencia-gualeguay-2013>

frustrado por una hemorragia que casi la deja sin vida y por la cual tuvieron que removerle el útero.

Decidieron acudir a las fecundación in vitro, y mediante el aporte de sus óvulos y espermatozoides, fecundaron el embrión que fue implantado en el vientre de F.C.R, dando a luz al niño T.N, quien fue inscripto en el Registro Civil, como hijo del padre genético y de la gestante.

Ante esta situación, la madre genética, Sra. M.A.B interpuso demanda de impugnación de la maternidad de la gestante, con el fin de revocar su maternidad y reconociera la maternidad que ella invocaba, emplazando al niño como hijo matrimonial.

Si bien al comienzo del proceso, fue cuestionada la legitimación de la madre genética para la interposición de la demanda, esta cuestión fue resuelta por la Alzada, que al resolver el recurso de Apelación interpuesto, hace lugar al mismo instando a que se haga lugar a la acción por haber acreditado la Sra. M.A.B tener un interés legítimo.

En palabras del Juez, Dr. Piquet, *“cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 562 del C.Civ., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación”*.

Asimismo, sentenció que el elemento prioritario en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional, siendo a todas luces evidente y comprobada la misma por parte de los actores, es decir, de quienes participaron en el proceso de que aquél naciera y no así de la gestante, haciendo lugar a la demanda.

#### **“A.V.O., A.C.G., Y J.J.F s/ Medida Autosatisfactiva”.**<sup>25</sup>

En este tercer caso que analizamos, se presenta la particularidad de que es la Sra. A.V.O, mujer mayor, quien ya contaba con hijos propios y que por motivos personales, va en busca de una pareja a la cual ayudar en la gestación de su hijo.

---

25 “A.V.O., A.C.G., Y J.J.F s/ Medida Autosatisfactiva” Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, 29/07/2015, disponible en <http://www.saij.gob.ar/1er-juzgado-familia-local-mendoza-avo-acg-jjf-medida-autosatisfactiva-accion-declarativa-filiacion-fa15190015-2015-07-29/123456789-510-0915-1ots-eupmocsollaf>

Así fue como consultando a distintos profesionales, conoció al matrimonio, A.C.G y J.J.F, quienes por haber sufrido la Sra. G. una histerectomía subtotal de útero, no tenían mas posibilidades de concebir, aunque si guardaban óvulos.

Concurrieron al Instituto de Reproducción Asistida “Tersoglio”, y allí comenzaron el tratamiento. Suscribieron asimismo un acuerdo respecto de gastos médicos, vestimenta, viáticos, y alimentación, la Sra. A.V.O se dio de alta en la Obra Social O.S.D.E y se sometió a distintos estudios médicos y psicológicos.

Dos embriones fueron implantados, y solo uno fue anidado y posteriormente gestado. Así, el 9 de enero de 2015 nació en el Hospital Español de Mendoza el niño al que le pusieron J.C. Este fue el primer caso de gestación por sustitución en dicho Hospital.

En el certificado medico extendido por el nacimiento de J.C se anoto como madre, a la gestante, Sra. A.V.O.

La estrategia judicial elegida por el matrimonio, en el caso en cuestión tendiente a lograr la filiación del niño J.C respecto de los comitentes, fue una Acción Declarativa de Certeza, a través del procedimiento previsto en el art. 76 bis de la Ley 6,354, es decir como Medida Autostisfactiva. Así, en el fallo, el juez, Dr. Neirotti expreso: *“La acción declarativa constituye una vía admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre acerca de la norma a aplicar en el caso planteado” .. “que exista un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación o situación jurídica, en la medida que la controversia sea actual y concreta; que la parte actora haya demostrado tener interés jurídico suficiente y por último, que la demandante carezca de otra vía alternativa útil para deducir la pretensión”*.

Al momento de fallar, y teniendo en cuenta el vacío legal existente, se hace lugar a la demanda, en base a la voluntad procreacional, la correspondencia genética derivada del estudio de A.D.N, y el Interés Superior del Niño. Asimismo, manda a los peticionantes a hacer conocer oportunamente a su hijo su realidad gestacional.

**“H., M.E y otros s/ Venias y dispensas”.** <sup>26</sup>

---

26 “H., M.E y otros s/ Venias y dispensas”, CUIJ N.º xxx, Rosario, Tribunal Colegiado de Familia N.º 5, 05/12/2017, disponible en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/HME%20\(causa%20N%C2%BA3923\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/HME%20(causa%20N%C2%BA3923).pdf)

En el presente fallo, la Jueza del Tribunal Colegiado de Familia N.º 5 de la ciudad de Rosario, Andrea Brunetti, autorizó la implantación de embriones de una pareja en el vientre de la hermana de quien sera la madre del bebé.

En los hechos, los peticionantes y pareja Sra. M.E. H. y el Sr. I. O, relatan haber perdido tres embarazos. Luego de perder el primero de ellos, a la Sra. M.E le diagnosticaron trombofilia. En su segundo embarazo, además de inyectarse heparina diariamente, tomaba suplementos y anticoagulantes. Eran gemelos. A la semana 18 dejo de latir el corazón de uno de ellos. El embarazo siguió su curso hasta la semana 25 en cuando la Sra. M.E debió ser internada en el Hospital Italiano con un cuadro de HELLP, (tipo de preeclampsia grave, presión alta, fallas hepáticas, plaquetopenia y anticoagulada) y debieron practicarle cesárea. El bebe nació con 26 semanas y 490 gramos. Falleció al poco tiempo.

A partir de allí, comenzaron un largo camino de consultas y de estudios con hematólogos, ginecólogos, genetistas, y obstetras en Rosario y Buenos Aires. El médico Obstetra les aconsejó no volver a buscar otro embarazo, considerándolo muy riesgoso para su salud. Los estudios ginecológicos y los genéticos arrojaron resultados normales, pero con los estudios de compatibilidad sanguínea descubrieron que no son compatibles, dado que la sangre de ambos es muy parecida y eso produce en el cuerpo de la Sra. H. una reacción como la de una enfermedad autoinmune, atacando al bebé.

Aún así, decidieron intentarlo una vez más. Poco después de haber cumplido 40 años, la Sra. H. se entera de su tercer embarazo, una niña. Pasados los cuatro meses, se constató que su corazón no latía, por lo que el embarazo se detuvo debiendo realizar una cesárea. Ya no había tratamiento que revierta su situación.

Poco más de un año después, su hermana A, les propuso prestarles su vientre.

En su petición, además de solicitar la autorización para realizar una gestación subrogada, lo interesante es que con el solicitaron que se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC, 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. Alegan que al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el CCyC, algunos interrogantes siguen abiertos con la inseguridad jurídica que ello genera al carecer los Registros de normativa que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño e inscripción inmediata del nacimiento.

Se identificaron tres ejes sobre los cuales trabajar para así poder llegar a la decisión final.

En primer lugar, el pedido de autorización para realizar una TRHA, consistente en la transferencia embrionaria generado por la fertilización in vitro, fecundación producto de los óvulos obtenidos de la madre genética y de los espermatozoides aportados por el padre genético, en el útero de la gestante, hermana de la actora.

Respecto a ello, si bien se da cuenta de que la gestación por sustitución no cuenta con previsión legal expresa, se encuentra reconocida implícitamente en la Ley 26.862 que garantiza el Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida. Aún el vacío legal existente, no existe norma que la prohíba ni su sanción ante la utilización. Así entendió la Jueza que se trata en principio de una técnica permitida en razón del principio de legalidad (art 19 CN), todo lo que no esta prohibido, esta permitido.

En segundo lugar, los peticionantes, solicitaron preventivamente que en caso de prosperar la solicitud, se de curso a la petición de inscribir en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como hijo de los demandantes, fundado en el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria conforme el art 558 del CCyC, medida a la que se hizo lugar, fundado principalmente en el derecho a la identidad y el interés superior del niño.

Por ultimo, el pedido de declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art 562 del CCyC, fundado en que la norma no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante.

Se entiende que al no regularse expresamente la figura, la regla del 562 de ningún modo pudo haberse referido a este tipo de técnica médicamente asistida, toda vez que la norma allí contenida no ha tenido en miras regular esta especie de TRHA, sino exclusivamente aquellas en que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la misma, haya aportado o no su propio material genético. En consecuencia, y teniendo en miras el interés superior del niño, las normas vigentes que regulan el derecho filiatorio, los Tratados Internacionales de DDHH, la jueza interviniente, consideró que no correspondía declarar la inconstitucionalidad de la norma del 562, no resultando aplicable al caso, habiéndola interpretado bajo una visión integradora del derecho procediendo a la

aplicación de las normas del ordenamiento jurídico que mejor satisfacen el interés superior del niño y el derecho a la filiación (art 1, 558, 560 y 575 CCC), desplazando aquella norma.

Así fue como se decidió dar lugar a la TRHA solicitada, de conformidad con el consentimiento previo, informado y libre otorgado por ella y la pareja actora, y también la inscripción de los niños que como consecuencia de la TRHA sean dados a luz por la gestante como hijos de los accionantes, debiendo el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas correspondiente, expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art 559 del CCyC, imponiendo a los progenitores el deber de informar a los niños sobre su realidad gestacional, cuando alcancen edad y grado de madurez suficiente.

**"C., V. D. y otros vs. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s. Amparo - Salud - Medicamentos y tratamientos."**<sup>27</sup>

Uno de los dos fallos mas recientes en Argentina que me detendré en mencionar, no solo involucra a la gestación por sustitución, sino también a la Ley 26.862 de cobertura de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médicas asistenciales de reproducción médicamente asistidas.

En los hechos, el 15/04/2021 se presentan V.D y W.C.P, interponiendo recurso de Amparo contra la Obra Social de Buenos Aires (ObsBS). Lo que solicitan a través del mismo, es la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con ovodonación proveniente de banco y de gametos masculinos aportados por el actor V, con transferencia embrionaria al cuerpo de E. S. R. A, como gestante solidaria por parte de la demandada, por parte de la obra social, a la que ambos se encuentran adheridos.

Relatan que se encuentran en pareja desde el año 2000, y contrajeron matrimonio en el año 2015. A partir del 2017 es que comienza la búsqueda de alternativas para así poder convertirse en padres. Recabaron información y solicitaron asesoramiento sobre la posibilidad de llevar a cabo la gestación por sustitución. Ante esta situación, una amiga de ambos muy cercana, que se encuentra en matrimonio y con hijos propios, se ofreció a gestar a su hijo, estando todos de acuerdo con esta decisión.

---

27 "C., V. D. y otros vs. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s. Amparo - Salud - Medicamentos y tratamientos." Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 24/06/2021, disponible en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/fallo/1237030/>

Acordado ello, se presentaron en el Centro Especializado de Reproducción, que es prestadora de la Obra Social en cuestión, y allí les indicaron los pasos a seguir para poder iniciar el tratamiento, esto es, abrir una carpeta ante la OS.

Iniciaron el procedimiento administrativo correspondiente ante la Obra Social con el fin de obtener la cobertura integral de estudios, medicación, terapias de apoyo -en caso de ser requeridas- extracción, criopreservación y todo lo necesario para lograr el embarazo y nacimiento. Asimismo, requerían el reintegro de los gastos en medicamentos en los que hubiesen incurrido para el inicio del tratamiento, obteniendo como sola respuesta un e mail, en donde les hacían saber que “la petición excedía el marco de cobertura de la ObSBS”.

Ante la falta de respuesta por parte de la demandada, presentaron nota por mesa de entradas de la obra social y carta documento. Expresan, que al ser una pareja conformada por hombres, no pueden concebir por los métodos tradicionales o alternativos y que esta es la única manera de poder ellos aportar gametos masculinos propios y que la negativa de la demandada a garantizar la cobertura contradice los principios de igualdad garantizados en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales. Ello así, entienden que de versar el presente caso sobre hechos similares y la pareja fuese heterosexual la demandada garantizaría la cobertura de las diferentes técnicas de reproducción asistida. Solicitaron asimismo, como medida cautelar, que se ordene a la demandada a brindarles la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con ovodonación proveniente de banco y de gametos masculinos aportados por el actor V, con transferencia embrionaria en el cuerpo de E. S. R. A, como gestante solidaria.

En el transcurso del proceso, se libraron Oficios a la Obra Social, requiriendo información, antecedentes y explicaciones respecto a su negativa. Al contestar, la Obra Social, hace énfasis en que la opción terapéutica requerida por los peticionarios, no se encuentra regulada en la Argentina. Ni la Ley N° 26.862, ni el Código Civil y Comercial mencionan la gestación por sustitución o solidaria como un tratamiento de reproducción humana asistida. Refiere que en el caso en cuestión aparece una tercera persona -ajena a los actores- que es quien habría de gestar.

Enfatiza que en la demanda no se brinda mucha información acerca de la mujer gestante ni tampoco su consentimiento, capacidad civil, acreditaciones psíquicas ni físicas.

Como consecuencia de esta respuesta, se solicitó que se anoticie a la Sra. E.S.RA, que sería la gestante, quien compareció y expresó su parecer ante la cuestión planteada por los

amparistas. Manifiestó estar totalmente informada de las actuaciones y expresó su conformidad para someterse en forma totalmente solidaria al procedimiento previsto a los fines de poder llevar a término el embarazo y posterior parto del hijo/a de los actores. Seguido a ello, pasaron los autos a resolver la cuestión cautelar planteada.

A la hora de decidir, el Dr. llevo a cabo un análisis exhaustivo respecto a los requisitos de las medidas cautelares, y estas fueron algunas de las menciones que llevaron a dar lugar al pedido y ordenar a la Obra Social a cubrir íntegramente la TRHA solicitada, a saber: .. *“casos como el aquí presente, interpelan a quien debe prestar una solución a los reclamos judiciales con una visión que contemple los cambios sociales -como las nuevas composiciones familiares- de la mano de lo que el actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) -Ley 26994- exige a partir de sus dos primeros artículos”*.

#### **“M. J., A. G. y otros s. Solicita homologación”<sup>28</sup>.**

En este caso, y aún mas cercano en el tiempo del corriente año, se presenta ante el Juzgado de Familia de la 2da Nominación, un matrimonio del mismo sexo, A y A, y solicitan, por un lado la homologación del convenio celebrado entre ellas y un amiga con la finalidad de gestar, y por otro, la declaración de inconstitucionalidad del art 562 del CCyC.

Relatan sobre su historial de vida. A y A se encuentran en pareja hace más de 17 años, contrajeron matrimonio hace cuatro y desde allí es que comenzaron la búsqueda de su mayor deseo que era ampliar su familia. Detallan sobre su imposibilidad de concebir, por haber sido diagnosticadas de esterilidad secundaria por tratamientos de reproducción asistida tras realizar transferencias de doce embriones en momentos diferentes, sin resultados.

En el año 2020, una amiga de ambas, M, se ofreció a llevar adelante la gestación, conociendo las vicisitudes y las implicancias que la práctica acarrea, por lo cual comenzaron a realizar consultas jurídicas y médicas a los fines de evaluar la viabilidad del pedido. Se realizaron los estudios médicos concernientes para acreditar la imposibilidad de A. y A. de poder llevar a cabo un embarazo y la aptitud física de M. para portarlo, dando cuenta que el embrión a implantarse fue obtenido a través de embriodonación.

---

28 “M. J., A. G. y otros s. Solicita homologación” - Juzgado de Familia 2ª Nom., Córdoba, Córdoba; 30/08/2021, disponible en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/fallo/1239379/>

Así fue como se presentaron ante el Juzgado para solicitar la homologación del convenio celebrado ante escribano en el cual en una descripción general, M, gestante del niño por nacer, manifiesta su voluntad de someterse al tratamiento médico de TRHA a los fines de ayudar a las madres intencionales a que sean madres de un niño o niña, basándose en el libre ejercicio de los derechos sobre su cuerpo. Convienen en que las madres intencionales, se comprometen a cubrir íntegramente todo gasto médico (consultas, medicaciones, etc.) que genere el periodo pregestacional, gestacional y post gestacional, siempre y cuando estos no sean cubiertos por su entidad de cobertura médica. También serán quienes asuman los derechos y obligaciones que le correspondan como padres del futuro niño que nazca como resultado y la gestante manifiesta conocer y comprenderlo, aceptando que no formará parte ni intentará una relación de madre-hijo con cualquier niño que pueda concebir, participando en todo proceso que sea necesario a los fines de que el niño que nazca, figure y sea reconocido en el certificado de nacimiento como hijo de las madres intencionales, es decir, se le otorgue la filiación correspondiente.

Una de las cláusulas más importantes, es el compromiso de las madres intencionales, a informar al oportuno niño que nazca, durante su desarrollo y crecimiento, y teniendo en cuenta el grado de madurez mental, que el mismo fue concebido por Gestación por Sustitución.

Finalmente, y con respecto a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del Art 562 del CCyC, el juez interviniente en la causa señaló que el artículo en cuestión debe ser interpretado junto al sistema en el que fue incluido, es decir dentro de las "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" (cap. 2, Título V, Libro segundo), por lo que una filiación que se produce como resultado del uso de una técnica de reproducción humana asistida debe tener como sustento los principios que rigen este tipo de filiación. En esta forma de filiación el elemento fundante es la voluntad procreacional y en el presente caso resulta evidente que se impone una realidad socioafectiva, determinada por el aporte del elemento volitivo, por sobre una realidad puramente biológica.

Asimismo, entiende que el art. 562 no resulta un dispositivo legal de orden público ya que esa norma no incluye sanción alguna de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz, por lo que resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida, adoptando una vez más una solución integral del sistema.

## **5.2 El turismo reproductivo como otra de las consecuencias ante la falta de regulación.**

### **Breve mención.**

Ante la falta de regulación existente en Argentina, y las complicadas y adversas situaciones que debe afrontar una pareja a la hora de querer llevar adelante este procedimiento, sucede que quienes cuentan con los medios, pueden acceder a otras alternativas.

Así, en términos generales, el “turismo reproductivo” puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las TRHA.<sup>29</sup> De forma más precisa, el fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRHA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla. La expresión “turismo reproductivo” resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador.<sup>30</sup>

En miras a la efectiva aplicación del principio de igualdad y no discriminación, es importante tener en cuenta que las prohibiciones legales o las limitaciones que emergen ante la falta de regulación de la técnica resultan discriminatorias, en tanto y en cuanto termina siendo una consecuencia que sufren las personas o parejas, que no pueden afrontar los costos de una práctica compleja, como es la gestación por sustitución, en el exterior. Por lo que, quienes tienen los recursos económicos viajan a los países en los cuales la gestación por sustitución está permitida, o como sucede en India, donde por falta de marco regulatorio y la necesidad económica de las gestantes, se han verificado abusos.

---

29 STORROW (2006, pp. 300 y 305) en LAMM, ELEONORA. “Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho”. Barcelona, 2012, pág 21.

30 FARNÓS AMORÓS (2010B, p. 7) en LAMM, ELEONORA. “Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho”, pág 22.

A mi entender, este es otro aspecto crítico de la gestación por sustitución que no se puede dejar pasar por alto, si se tienen en cuenta los derechos humanos, en su conjunto, y que no se soluciona sino regulando y controlando.

## **6. PROYECTOS PRESENTADOS**

Lo cierto es que la gestación por sustitución, es un tema cada vez mas presente en la agenda publica, teniendo en cuenta la cantidad de precedentes judiciales que han visibilizado esta forma de poder acceder a la paternidad/maternidad.

Dentro de los distintos proyectos que se han presentado para su tratamiento y eventual sanción, la gran diferencia radica en si conviene establecer proceso judicial previo o acuerdo entre privados, aunque, de forma acertiva todos buscan regular la práctica de modo altruista.

### **6.1 Proyectos de acuerdos privados**

Dentro de los proyectos de ley que abogan por un acuerdo entre la gestante y los comitentes, sin control estatal alguno, para llevar adelante la gestación por sustitución, mencionare algunas de las clausulas prevista en el proyecto

0630 –D-2018:

- Se puede acceder a la GS con la firma de un instrumento de gestación solidaria, que es el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la persona “gestante” y los “requirentes” acuerdan llevar adelante la técnica de gestación solidaria. El instrumento debe ser formalizado con el centro médico autorizado y deberá ser posteriormente protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente de la jurisdicción.
- Agrega al art 562 del CcyC: ... “con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuere mediante Gestación Solidaria, con independencia de la persona gestante “

## 6.2 Proyectos con autorización judicial previa

Por otro lado, los proyectos que establecen la necesidad de autorización previa judicial, establecen a modo de mención:

3765-D-2017

- Que toda gestación por sustitución debe ser autorizada judicialmente de conformidad con las disposiciones previstas en la ley
- El asesoramiento legal otorgado a la gestante no puede ser otorgado por la misma persona que asesore al o los comitentes.
- Una vez autorizado el procedimiento de gestación por sustitución, la resolución judicial declarará que la filiación de la persona que nazca como consecuencia de la técnica queda determinada por el o los comitentes. Y para el caso de que se carezca de autorización judicial previa, la filiación será determinada por las reglas de la filiación por naturaleza previas por el CCyC.

0084-D-2018

- Propone la incorporación de un art 575 bis en donde se determina el concepto de gestación por sustitución, y un 575 ter en donde se establezcan los requisitos para acceder a la autorización judicial.

Conforme a los distintos proyectos presentados entre los que se inclinan por el acuerdo privado entre la gestante y los comitentes, o el requerimiento de autorización previa judicial, existe una leve ventaja en favor del segundo, es decir, del posicionamiento que reclama una regulación que permita un rol fundamental del Estado en miras de proteger el derecho de mujeres gestantes y niñas.

Sin un organismo que intervenga en el entramado complejo que encierra este tipo de procedimientos sería imposible verificar si la práctica se condice o respeta los derechos humanos de todos los integrantes, en especial, de las mujeres que gestan para terceros.<sup>31</sup>

---

31 HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia. “La Gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa” en HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia. “Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”. 1A de, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley. Año 2018, pág 568.

## **7. DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NACIDOS POR TRHA**

El derecho a la identidad es un derecho humano, que cuando involucra a personas menores de edad se encuentra expresamente previsto en los artículos 7, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Como derecho primario, comprende entre otros elementos que lo integran, el derecho a un nombre, nacionalidad, a ser inmediatamente inscripto ni bien nace, como así también el derecho a conocer sus padres, a vivir y permanecer con la familia de origen, excepto que no sea posible por razones fundadas en su interés superior. Como se puede observar, se nuclean una gran cantidad de derechos que tienen autonomía, como es el derecho a conocer los orígenes.

El derecho de acceso a la verdad de origen y el derecho a la información de los niños nacidos por TRHA, ya sea que se haya llevado a cabo con material genético propio o de terceros, se centra en el acceso a la información respecto del modo en que se ha nacido en los casos de gestación por sustitución aún cuando se haya utilizado material genético de los integrantes de la pareja.

Los diferentes sistemas adoptados por los Estados, pueden clasificarse de la siguiente manera, según la extensión de los datos que puedan conocerse a través del acceso a la información y las vías para ello:

- Sistema cerrado o de anonimato absoluto: la regla es el anonimato del donante y no es posible conocer su identidad bajo ninguna circunstancia.
- Sistema abierto: legitima al niño nacido por TRHA heterólogas a que conozca la identidad del donante.
- Sistema de anonimato relativo: se adopta la regla del anonimato, pero es posible acceder a la identificación del donante en determinadas circunstancias;
- Sistema optativo o doble ventanilla: el donante puede optar por efectuar una donación anónima o no y los beneficiarios optar por recibir gametos anónimos o identificables.

La elección de uno u otro sistema está ligada a un historia de mayor avance temporal en materia de TRHA, desde inicios en el que el anonimato era la regla hasta llegar a un sistema abierto.<sup>32</sup>

Cabe preguntarnos que sistema ha sido adoptado por el Código Civil y Comercial para el acceso a la información.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, se expreso al respecto estableciendo que si bien el Anteproyecto establece la regla del anonimato, prevé supuestos de apertura o flexibilización de dicho carácter, con lo que podemos concluir que, la reforma adopta una postura intermedia.

Al respecto el artículo 563 y 564 del CCyC hace mención al derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistidas, estableciendo que quien lo ha hecho con gametos aportados por un tercero debe hacerse constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. Asimismo, y si es deseo de esa persona, puede obtener del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante cuando es relevante para la salud, o revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, y evaluadas por la autoridad judicial a través del procedimiento más breve que prevea la ley local.

En consecuencia, el Cod. Civ y Com. adopta un sistema de anonimato relativo, por el que se asegura al donante la reserva de su identidad, que sólo podrá ser movilizada por la postulación de razones de peso ante un juez mediante un proceso en que se analizará la protección de ambos intereses igualmente legítimos -identidad del hijo e intimidad del donante- a la luz del principio de proporcionalidad.<sup>33</sup>

Por otra parte, no se debe perder una consideración ya consolidada que muestra el derecho a la identidad: su doble dimensión estática y dinámica. La primera se constituye por los datos biológicos, en cambio la segunda está representada por la historia personal, la biografía existencial, la construcción social y cultural de una persona. Se ha considerado que

---

32 HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, y FERNÁNDEZ, Silvia. “Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”. 1A de, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley. Año 2018, pág 611.

33 HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia. “Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”. 1A de, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley. Año 2018, pág 625.

la identidad estática responde a la concepción restrictiva de “identificación” (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos), y la identidad en su faz dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida.<sup>34</sup>

En otros términos, en la actualidad no se duda de que la identidad no es solo el elemento biológico, el dato genético, como es el que prima en la filiación por naturaleza; sino también el elemento dinámico o cultural, basado más en la intención y el desarrollo, en los vehículos y lazos que se construyeron de ello, como es el que prima en la filiación derivada del uso de la TRHA a raíz de la mencionada voluntad procreacional.<sup>35</sup>

### **7.1 Derecho a la información y gestación por sustitución**

Cabe destacar la diferencia entre el derecho a tener vínculo jurídico y el derecho a conocer los orígenes, dos vertientes que involucra el derecho a la identidad,<sup>36</sup> y así también recordar las dos facetas del derecho a la identidad ya mencionadas: estática y dinámica, siendo la primera de ellas la que se encuentra comprometida en las TRHA, es decir, el dato genético. Es por eso que se hace la diferencia entre “derecho a la información”, no identificatoria, como lo es conocer los datos genéticos del donante e información identificatoria, como lo es, conocer los datos de identidad del donante por razones debidamente justificadas ante el juez que conozca de la petición.

En relación al derecho a la información y la gestación por sustitución, el mismo se extiende a toda la información que pueda darse a saber respecto a la manera en que el hijo/hija fue gestado, es decir, a saber quien fue la persona que actuó como gestante, como todo lo relativo al procedimiento y el correspondiente proceso judicial tendiente a obtener un emplazamiento filial derivado del principio de voluntad procreacional.

---

34 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 15.

35 KEMELMAJER, Aida; HERRERA Marisa Y LLOVERAS Nora. “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”. Tomo II, pág 558.

36 KEMELMAJER, A; HERRERA MARISA Y LLOVERAS NORA, Ob. Cit. Pág 559.

## **7.2 La obligación parental de informar**

Es necesario dejar en claro que el deber de hacer saber a los niños, niñas y adolescentes sobre sus orígenes, le corresponde a sus progenitores.

Ello resulta de la aplicación analógica del art 596 del Código Civil y Comercial y conduce a destacar que -en línea con lo sostenido respecto a la adopción- dicho compromiso “...refiere al cumplimiento de una obligación de tipo legal convencional y que su inobservancia es pasible de sanción”.<sup>37</sup>

La falta de previsión expresa de una sanción no autoriza a devaluar esta imposición de hacer conocer los orígenes a las hijas e hijos a una mera deuda moral, ética o de conciencia de las madres y padres.<sup>38</sup> Por lo tanto se trata de un deber legal, que tienen los padres/madres de informar a sus hijos que han nacido a través de TRHA, quienes y como establece la previsión legal, desde que cuenten con edad y grado de madurez suficiente podrán acceder a los expedientes y registros donde conste la información, pudiendo llevar adelante una acción autónoma con asistencia letrada en caso de que hayan arribado a la edad de trece años.

Así lo hemos visto plasmado al fallar en las diferentes sentencias mencionadas en el presente trabajo.

Finalmente, debe tenerse presente que desoír el mandato legal de informar a las hijas e hijos e ignorar el compromiso asumido en los consentimientos informados o, peor aún, ante el juez importa un indebido ejercicio de la responsabilidad parental.<sup>39</sup>

## **7.3 Un intento de regulación**

Tan importante es el derecho a la identidad que varios proyectos legislativos nacionales, a pesar de haber perdido vigencia parlamentaria para su tratamiento, se han referido a la importancia de que la persona que nace tenga el derecho a conocer la forma en la que fue gestado y la identidad de quien lo hizo.

---

37 BURGUES MARISOL – DE LORENZI MARIANA, “ Efectividad del derecho a conocer los orígenes”, en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, tomo II, AbeledoPerrot. Pág 622

38 BELLUSCIO AUGUSTO C. “Manual de derecho de familia” Astrea, Buenos Aires, t.2, 2004 en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, tomo II, AbeledoPerrot. Pág 622)

39 BURGUES, MARISOL – DE LORENZI MARIANA , ob. Cit.

Así, a modo de referencia uno de tantos proyectos de ley sobre el Régimen para la Gestación por Sustitución<sup>40</sup>, en su artículo 16, refiere al Derecho a la Información, establece que la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución debe contar con su correspondiente legajo base en el que conste la sentencia de autorización judicial de conformidad con lo previsto en el art. 563 del Código Civil y Comercial y que en ningún caso, el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.

Seguidamente, el artículo 17 se refiere al acceso a dicha información, expresando que la persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas, cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente. En lo que respecta a la información relativa a los o las donantes de gametos, cuando los hubiere, se procederá a aplicar lo dispuesto en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial.

No es posible pensar en la protección del derecho a conocer los orígenes si no se preservan los datos sobre ellos; pues sin información este derecho cae en saco roto. De este modo, su resguardo se erige en una garantía esencial del derecho a la identidad personal -y quizás, por ello, el Código Civil y Comercial haya escogido esta denominación- y exige expresamente que la misma conste en el legajo base para la inscripción del nacimiento e implícitamente que quede resguardada cuando habilita a la persona nacida a obtenerla con los recaudos legales.

Con estas disposiciones de constancia de la información en el legajo de inscripción del nacimiento y su conservación, el legislador deja entrever un hecho fundamental, básico e indiscutible: la misma pertenece a la persona nacida y a fin de no ser sustraída, debe ser conservada y asentada. Se trata de un bien de quien nace por TRHA.<sup>41</sup>

---

40 <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5759-D-2016>

41 FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia. “Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes”. Tomo II. AbeledoPerrot. 2021, pág 621.

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

Estimo importante en este momento mencionar, y que como bien dice la Dra. Calogne: *“los conflictos éticos asociados a la subrogación uterina, son numerosos, y en la mayoría de los casos, están asociados a consideraciones subjetivas, esto es, a valores particulares. Esos valores o principios personales son siempre relativos, son los que condicionan nuestras decisiones y los que entran en conflicto. De ahí la dificultad de poder llegar a un acuerdo sobre el tema”*<sup>42</sup>

Existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal, en donde queda evidenciado que se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, y en donde ya no podemos hablar de un solo tipo de familia, la gente debería tener el derecho a poder elegir dentro de sus posibilidades, no solo la forma y el momento en que desean tener hijos, sino también el tipo de familia que quieren construir, y no deberían ser juzgados ni sufrir consecuencias por elegir alternativas al formato de familia tradicional, independientemente de que si tienen o no una imposibilidad médica de poder concebir naturalmente.

El nuevo derecho de las familias, que se encuentra en constante evolución, está orientado a definir y resguardar las familias, independientemente de la carga genética común que puedan tener entre todos sus miembros, en base a la afectividad, solidaridad y ayuda mutua que estructura y mantiene sus lazos. Se trata de familias deseadas, buscadas y construidas sobre la base del amor, el respeto y, fundamentalmente, la elección libre, plena, y consentida, de querer ser padre o madre más allá de los impedimentos naturales, que requieren y merecen que sus derechos filiatorios sean reconocidos, y que ante las incógnitas que hoy en día se presentan, el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta.

No hay que dejar de recordar que ya el artículo 1 del CCyC establece que los casos que este Código rige debe ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de DDHH en los que la República sea parte, con lo cual obliga a tener presente a la hora de resolver todos estos instrumentos que se ponen en juego cuando hablamos de GS y asegurar el efectivo ejercicio y cumplimiento de dichos

---

42 NUÑEZ CALOGNE, ROCÍO. “Aspectos Éticos de la Gestación Subrogada”, disponible en <https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20%C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACION%20SUBROGADA%20V.1.pdf>

derechos, y en el tema que aquí nos invoca, a siempre tener en miras el interés superior del niño.

Ante todo lo expuesto, queda evidenciado que ya no ha vuelta atrás, a pesar de su falta de regulación, la GS sigue desarrollándose, y como consecuencia de ello, la necesidad imperante de regulación de la practica como deuda para la sociedad entera. Ni la prohibición expresa, ni el silencio de la ley, evitan que la práctica se realice, por el contrario, quienes deciden hacer uso de la técnica, se ven en la necesidad de recurrir a distintos tipos de estrategias y procedimientos.

Creo firmemente en la posibilidad del dictado y sanción de una ley que regule la praxis. Que siempre sea necesaria la intervención judicial previa a los fines de obtener la correspondiente autorización y en donde los jueces, ejerzan un efectivo control, no solo del cumplimiento de las normas a lo largo de todo el proceso, sino también de garantizar los derechos de todos los que participen en el proceso, y así evitar cualquier tipo de abuso o violación de los mismo.

Este es recién el comienzo de un largo camino por recorrer.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **OBRAS GENERALES**

- FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia. Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo II. AbeledoPerrot. 2021.
- KEMELMAJER, Aida; HERRERA Marisa Y LLOVERAS Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Tomo II.
- KEMELMAJER, Aida; HERRERA Marisa Y LLOVERAS Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Tomo IV.
- LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Edicions de la Universitat de Barcelona. 2013, pág 20.
- HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia Y FERNÁNDEZ, Silvia. “Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”. 1A de, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley. Año 2018
- FLOCCO GABRIELLI, Ana. Técnicas de Reproducción Asistida 2, Gestación por Sustitución. Editorial Iuris 2019, pág 22.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires. Año 1992.

### **ARTÍCULOS/ OBRAS ONLINE**

- LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. InDret Revista para el análisis del Derecho. Barcelona 2012.
- NÓTRICA, Federico, “La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional”, disponible en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>, 2/03/2018.
- LAFFERIERE, Jorge Nicolás. “El nuevo Código Civil y Comercial y la Bioética”. Vida y Ética, 16,2. Año 2015, pág 88, Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1424/1/nuevo-codigo-lafferriere.pdf>
- VARELA CASTRO, Ignacio. “Gestación por Sustitución: líneas difusas entre gratuidad y onerosidad.” Publicado en Libro colectivo mujer, maternidad y derecho. Valencia, 2019. Dir, por María Paz García Rubio, pág 8.

- ROCÍO NUÑEZ CALOGNE, “Aspectos Éticos de la Gestación Subrogada”, en <https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20%C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACI%C3%93N%20SUBROGADA%20V.1.pdf>

## **JURISPRUDENCIA**

- Caso Baby M. (Corte Suprema New Jersey – 1988).
- “N.N o D.G.M.B s/ Inscripción de Nacimiento”, Juzgado Nacional Civil N° 86, Ciudad de Buenos Aires, 18/06/2013.
- “B.M.A c/ F.C.C.R s/ Ordinario” Juzgado de Familia de Gualeguay, Entre Ríos 19/11/201.
- “A.V.O., A.C.G., Y J.J.F s/ Medida Autosatisfactiva” Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, 29/07/2015.
- “H., M.E y otros s/ Venias y dispensas”, CUIJ N.º xxx, Rosario, Tribunal Colegiado de Familia N.º 5, 05/12/2017.
- “C., V. D. y otros vs. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s/ Amparo - Salud - Medicamentos y tratamientos.” Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 24/06/2021.
- “M. J., A. G. y otros s/ Solicita homologación” - Juzgado de Familia 2ª Nom., Córdoba, Córdoba; 30/08/2021.

## **LEGISLACIÓN ONLINE**

- <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5759-D-2016>
- [https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-956-2013-217628/texto.](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-956-2013-217628/texto)

