



**Las implicancias de la gestación por subrogación en el
ordenamiento jurídico argentino**

Tesis de Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado

Autor: Fernando Javier Mancuso

Directora de Tesis: Dra. Paola Alejandra Urbina

Mes y año: mayo, 2021

DEDICATORIAS

A Sofía y Mariana por la paciencia, acompañamiento, respeto, tiempo y espacio familiar cedido.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia.

*A la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) por haber
depositado su confianza en mí.*

*A la Dra. Paola Alejandra Urbina por su acompañamiento, dedicación, consejos
y guía durante esta investigación.*

RESUMEN

La gestación por subrogación es una realidad creciente en nuestro país y en el mundo que pone de relieve un problema socio-jurídico que refiere a la necesidad de formar una familia.

El propósito principal de este trabajo es determinar las implicancias que tiene en el ordenamiento jurídico argentino la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación y señalar qué condiciones jurídicas requiere la gestación por subrogación para tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica.

Constatamos mediante un diseño no experimental y un abordaje cualitativo de alcance explicativo que la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación repercute en nuestro ordenamiento jurídico en el derecho a la intimidad y libertad de los padres subrogados, persona gestante y niño/niña nacido/a por esta técnica y que la gestación por subrogación requiere contemplar el derecho a la información e identidad a fin de tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica.

Así, nuestra tesis aporta al campo del Derecho Privado propuestas que pueden servir de base para una futura legislación que pretenda contrarrestar el estado actual de indefensión y vulnerabilidad en el que se encuentran la persona gestante y los niños y niñas nacidos mediante gestación por subrogación.

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

a.C.	antes de Cristo
art./arts.	artículo/artículos
concs.	concordantes
cons.	considerando
inc./incs.	inciso/incisos
Nº	número
p./pp.	página/páginas

ÍNDICE GENERAL DE LA TESIS

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

Capítulo 1

ESTADO DEL ARTE

1. Introducción.....	5
2. Doctrina.....	5
3. Legislación.....	8
4. Jurisprudencia de Argentina.....	9
5. Legislación y jurisprudencia del derecho comparado de Francia, Brasil, Grecia y Ucrania.....	10
6. Conclusión.....	11

Capítulo 2

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN: DOCTRINA EXTRANJERA, ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES EN LA ARGENTINA

1. Introducción.....	12
2. Antecedentes históricos de la gestación por subrogación.....	13
3. Posición de la Iglesia Católica.....	17
4. Posturas en el derecho comparado.....	19
4.1 Prohibición. Caso: Francia.....	19
4.2 Admisión con condicionamientos. Caso: Brasil y Grecia.....	30
4.2.1 Grecia.....	30
4.2.2 Brasil.....	32
4.3 Admisión total sin condicionamiento. Caso: Ucrania.....	34
5. Postura del derecho argentino.....	35
5.1 Anteproyecto de reforma del código civil.....	36
5.2 Proyectos de ley.....	38
5.2.1 Proyecto 0138-D-2007 (DIP) del 2/3/2007, presentado por la diputada Mirta Pérez (Bloque Peronista Federal, provincia de Buenos Aires). Código Civil. Incorporación del art. 63 <i>bis</i> , sobre	

nulidad del contrato de maternidad subrogada.....	38
5.2.2 Proyecto 0394-S-2009 (SEN) del 11/3/2009, presentado por la senadora Bertolozzi de Adriana Raquel Bogado (Bloque Frente para la Victoria, provincia de Formosa). Modificación del Código Civil, incorporación del art. 63 <i>bis</i> sobre la nulidad expresa de acuerdos de maternidad subrogada (Reproducción del Expediente 2439-S-07, también iniciado por la senadora).....	39
5.2.3 Proyecto 4098-D-2011 (DIP) del 17/8/2011, presentado por Hugo Nelson Prieto (De la Concertación, Neuquén). Maternidad Subrogada: Régimen.....	39
5.2.4 Proyecto 5441-D-2011 (DIP) del 8/11/2011, presentado por Alberto Nicolás Paredes Urquiza (Bloque Frente para la Victoria - PJ- La Rioja) - Maternidad subrogada: Régimen.....	41
5.2.5 Proyecto 0300-D-2013 (DIP) del 6/3/2013 presentado por el diputado Gerardo Fabián Milman (Bloque GEN, provincia de Buenos Aires). Creación de Régimen de maternidad subrogada. (Reproducción del Expediente 5201-D-2011, también iniciado por el diputado).....	42
5.2.6 Proyecto 2574-S-2015 (SEN) del 14/8/2015, presentado por la senadora Laura Gisela Montero (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Ley sobre gestación por sustitución.....	44
5.2.7 Proyecto 5700-D-2016 (DIP), del 31/8/2016, presentado por la diputada Araceli Ferreyra (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Corrientes) y otros. Regulación de la técnica de gestación solidaria. Régimen.....	47
5.2.8 Proyecto 5759-D-2016 (DIP) del 31/8/2016, presentado por la diputada Analía Rach Quiroga (Bloque Frente para la Victoria -PJ-, provincia de Chaco) y otros. Gestación por Sustitución. Régimen.....	49

5.2.9 Proyecto 3765-D-2017 del 10/07/2017, presentado por la diputada Ana Carla Carrizo, (Boque UCR, Ciudad de Buenos Aires). Gestación por sustitución. Régimen. Modificación del Código Penal y de la ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	50
5.2.10 Proyecto 5141-D-2017 del 26/09/2017, presentado por la diputada Olga María Rista (Bloque UCR, provincia de Córdoba). Gestación por sustitución como técnica de reproducción medicamente asistida. Régimen. Modificación de la ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y del Código.....	51
5.2.11 Proyecto 0084-D-2018 del 2/3/2018, presentado por la diputada Analía Rach Quiroga (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Chaco) y otros. Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la Gestación por Sustitución.....	52
5.2.12 Proyecto 0630-D-2018 del 09/03/2018, presentado por la diputada Araceli Ferreyra (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Corrientes) y otros. Técnica de Gestación Solidaria. Régimen. Modificación del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, sobre voluntad procreacional.....	53
5.2.13 Proyecto 1374-D-2018 del 22/03/2018, presentado por el diputado Marcelo German Wechsler (Bloque Pro, Ciudad de Buenos Aires) y otro. Gestación por sustitución. Régimen.....	53
5.2.14 Proyecto 0825-S-2018 del 28/03/2018, presentado por el senador Julio Cesar Cleto Cobos (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución.....	54
5.2.15 Proyecto S-1429/2020 del 6/7/2020, presentado por el senador Julio Cesar Cleto Cobos (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Gestación por sustitución.....	54

5.2.16 Proyecto 3524-D-2020 del 15/7/2020, presentado por la diputada Graciela Estévez (Bloque Frente de Todos, provincia de Córdoba) y otras. Incorporación de la Gestación por Sustitución al Código Civil y Comercial.....	55
6. Jurisprudencia.....	57
6.1 Procesos iniciados antes de la transferencia del material genético a la persona gestante.....	58
6.2 Procesos impetrados con la gestación subrogada en curso.....	59
6.3 Procesos interpuestos una vez nacido el niño o niña.....	59
7. Conclusión.....	60

Capítulo 3

CONDICIONES JURÍDICAS A CONSIDERAR EN LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

1. Introducción.....	63
2. Requisitos generales del contrato de gestación por subrogación.....	64
3. Supuestos de cláusulas abusivas en un contrato de gestación por subrogación.....	69
4. Implicancias civiles y penales para el supuesto de interrupción del embarazo por parte de la persona gestante o a petición de los comitentes.....	79
5. Conflictos jurídicos relativos a la intimidad y libertad de los comitentes y de la madre o persona subrogada.....	89
6. Conclusión.....	101

Capítulo 4

CONDICIONES JURÍDICAS A CONSIDERAR ANTE LA FALTA DE NORMATIVA SOBRE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

1. Introducción.....	104
2. Derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida.....	105

3. Comparación de los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida con los derechos de los niños y niñas adoptados/as.....	112
4. Consecuencias jurídicas de la negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes y de recibir al niño o niña por parte de los comitentes.....	116
5. Conflictos jurídicos relativos al derecho a la información de los niños y niñas nacidos/as por gestación por subrogación.....	123
6. Conclusión.....	137

Capítulo 5

DILEMAS ÉTICOS Y BIOÉTICOS DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

1. Introducción.....	140
2. Breves definiciones sobre ética y bioética.....	141
3. Conflictos éticos y bioéticos en torno a los comitentes y a la madre o persona subrogada.....	145
4. La conveniencia de que intervenga un Comité de Bioética en los procesos de gestación por subrogación.....	152
5. Conclusión.....	161

Capítulo 6

MARCO METODOLÓGICO

1. Introducción.....	165
2. Diseño no experimental.....	165
3. Unidad de análisis y variable.....	166
4. Tipo de abordaje metodológico.....	167
5. Alcance de la tesis.....	168
6. Hipótesis.....	169
7. Cómo cumplimos los objetivos generales y específicos de la tesis, su relación con las preguntas de tesis y las hipótesis.....	171
CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS.....	175

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía	180
Fuentes de información	193
Documentos científicos	193
Documentos religiosos	194
Jurisprudencia	195
Legislación	199
Proyectos de ley	202

INTRODUCCIÓN

La gestación por subrogación es una realidad creciente a nivel mundial y local.

Aclaremos que a lo largo de nuestra tesis utilizaremos la terminología gestación por subrogación, toda vez que es la que tiene un matiz más técnico y neutro. Así, la palabra subrogación es definida -en lo que a nuestra tesis interesa- como la acción y el efecto de subrogar o subrogarse, o sea, de sustituir o poner una persona -subrogación personal- en lugar de otra (Ossorio, 1999, p. 942). Entonces, siguiendo esta definición, la persona que va a gestar, realiza la acción de sustituir o ponerse en lugar de la o el comitente al solo efecto de llevar adelante el embarazo. Por esa razón el término gestación por subrogación es el más adecuado a los efectos de nuestra investigación.

En nuestro país la gestación por subrogación no se encuentra legislada, lo que genera un conflicto socio-jurídico que cada vez tiene mayor incidencia cuantitativa en la realidad social.

Frente a este panorama, a través de nuestra tesis pretendemos responder los siguientes interrogantes: **¿Qué implicancias tiene en el ordenamiento jurídico argentino la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación?** y **¿Qué condiciones jurídicas requiere la gestación por subrogación para tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica?**

Consecuentemente, los objetivos generales que perseguimos son determinar qué implicancias tiene en el ordenamiento jurídico argentino la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación, y especificar qué condiciones jurídicas requiere la gestación por subrogación a fin de tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica.

Para alcanzar el propósito señalado partimos de las siguientes hipótesis de trabajo que pretendemos contrastar a través de un diseño no experimental y un abordaje cualitativo de alcance explicativo:

- La carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación repercute en el ordenamiento jurídico argentino en el derecho a la

intimidad y libertad de los padres subrogados, persona gestante y niño/niña nacido/a mediante esta técnica.

- La gestación por subrogación requiere contemplar el derecho a la información e identidad a fin de tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica.

Así, mediante nuestra tesis nos planteamos como objetivos específicos los siguientes:

- Detallar los momentos históricos en el que se utilizó la gestación por subrogación como método de procreación.
- Comparar los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos por técnicas de reproducción humana asistida con los de los niños y niñas adoptados/as.
- Establecer las implicancias civiles y penales para el supuesto de interrupción del embarazo por parte de la persona gestante o a petición de los comitentes.
- Determinar las consecuencias jurídicas en el supuesto de negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes.
- Considerar las consecuencias jurídicas en el supuesto de negativa de recibir al niño o niña por parte de los comitentes.
- Especificar los supuestos en que son abusivas las cláusulas en un contrato de gestación subrogada.
- Realizar propuestas que contemplen cómo evitar conflictos jurídicos relativos a la intimidad y libertad de los comitentes y de la madre o persona subrogada.
- Realizar propuestas que contemplen cómo evitar conflictos jurídicos relativos al derecho a la información de los niños y niñas nacidos mediante gestación por subrogación.

Para avanzar en esa dirección estructuramos nuestra tesis en cinco capítulos lo suficientemente amplios para que dentro de ellos cada objetivo específico tenga adjudicado un epígrafe o subepígrafes.

Así, en el capítulo 1 describiremos el “Estado del arte” o el estado de la cuestión, es decir, la situación actual de la gestación por subrogación en el ámbito de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional, así como también en

la legislación y jurisprudencia del derecho comparado de Francia, Brasil, Grecia y Ucrania. En este último aspecto, nos adentraremos en legislaciones prohibitivas como es el caso de Francia; que admiten la gestación por subrogación con condicionamientos, como acontece en Brasil y Grecia; y que la aceptan totalmente sin condicionamiento, como sucede en Ucrania.

En el capítulo 2 “Evolución histórica de la gestación por subrogación. Doctrina extranjera. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales en la Argentina”, detallaremos los antecedentes históricos de la gestación por subrogación e incluiremos la posición de la Iglesia Católica y las posturas en el derecho comparado.

También indagaremos la postura del derecho argentino, para lo cual distinguiremos el anteproyecto de reforma del código civil, los proyectos de ley sobre gestación por subrogación y la jurisprudencia existente en nuestro país. En este último punto diferenciaremos los procesos iniciados antes de la transferencia del material genético a la persona gestante de aquellos procesos impetrados con la gestación por subrogación en curso y de las acciones interpuestas una vez nacido el niño o niña.

Por su parte, mediante el capítulo 3 “Condiciones jurídicas a considerar de la gestación por subrogación” abordaremos los requisitos del contrato de gestación por subrogación, los supuestos de cláusulas abusivas en un contrato de gestación por subrogación, los conflictos jurídicos relativos a la intimidad y libertad de los comitentes y de la madre o persona subrogada, así como también las implicancias civiles y penales para el supuesto de interrupción del embarazo por parte de la persona gestante o a petición de los comitentes.

A través del capítulo 4 “Consecuencias jurídicas a considerar ante la falta de normativa sobre gestación por subrogación” analizaremos los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida y los compararemos con los otorgados a los niños y niñas adoptados/as. También expondremos los conflictos relativos al derecho a la información de los niños y niñas nacidos por gestación por subrogación y las consecuencias jurídicas de negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes y de recibir al niño o niña por parte de los comitentes.

En el capítulo 5 “Dilemas éticos y bioéticos de la gestación por subrogación” pretendemos poner de manifiesto que en la gestación por subrogación se encuentran involucrados conflictos éticos y bioéticos, sea en torno a los comitentes y la persona gestante como entre quienes deben tomar decisiones –legislativas, médicas, judiciales, u otras- alrededor de la gestación por subrogación.

Por último, en el capítulo 6 “Marco metodológico” detallaremos el conjunto de pasos, técnicas, instrumentos y procedimientos que empleamos para abordar y dar respuesta a nuestro problema de investigación.

No hemos encontrado ningún libro y/o tesis que realice un estudio exhaustivo sobre gestación por subrogación tal como lo abordamos en nuestra tesis a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación.

A nuestro modo de ver justifica el desarrollo de nuestra tesis el hecho de haber encontrado testimonios sobre la gestación por subrogación en el Antiguo Testamento, en el Código de Hammurabi, en el Antiguo Egipto, Antigua Grecia y Roma y en la edad media.

Pero también contribuyen a justificarla las diversas situaciones surgidas - en épocas más recientes- a medida que se fueron conociendo los avances médicos-tecnológicos que confluyeron -y confluyen- en conflictos judiciales tales como “*Baby M*”, “*Calvet*” y “*Buzzanca*”.

En definitiva, pretendemos que las propuestas resultantes de esta investigación redunden en beneficio directo de los más vulnerables en la relación surgida a causa de la gestación por subrogación, como son la persona gestante y el niño y niña nacido/a mediante esta técnica.

Capítulo 1

ESTADO DEL ARTE

1. Introducción

En el presente capítulo describimos el estado del arte o el estado de la cuestión, es decir, la situación actual de la gestación por subrogación, lo que se conoce y lo que no, lo escrito y lo no escrito, lo evidente y lo tácito (Hernández Sampieri, 2014, p. 466).

2. Doctrina

La doctrina nos ofrece un amplio tratamiento de la gestación por subrogación tanto en publicaciones anteriores como posteriores a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

De manera paralela con el avance científico de las distintas técnicas de reproducción asistidas la gestación por subrogación genera año tras año una gran cantidad de artículos doctrinales, ya sean a favor o en contra.

El primer libro escrito en nuestro país sobre gestación por subrogación que hallamos fue publicado por Chiapero (2012). Si bien allí la autora mencionada trata la mayoría de las problemáticas que presenta la gestación por subrogación -derechos reproductivos; derecho a la procreación; persona portadora, sustituta, subrogada o por encargo; cuestión de filiación y el vacío legislativo- lo hace desde la visión del derogado Código Civil de la Nación.

En esa misma línea temporal encontramos el libro de Lamm (2013) que, si bien trata en extenso la situación en nuestro país, también analiza las problemáticas que se plantean en otros países.

Sin dudas, el hecho de haberse incluido la gestación por subrogación en el Anteproyecto de reforma del Código Civil de la Nación le dio una visibilidad que despertó un mayor tratamiento de los y las doctinarios/as que se manifestaron –mayoritariamente- tanto a favor como en contra.

Pero el haberla excluido del texto final del Código Civil y Comercial de la Nación generó que se escriban una gran cantidad de artículos doctrinales que

abordan la necesidad de que la gestación por subrogación sea legislada, ya que se empieza a visualizar un creciente número de acciones judiciales requiriendo autorizaciones, homologaciones o trámites filiatorios.

No encontramos en el país ningún libro y/o tesis que realice un estudio exhaustivo del tema a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, existe una gran variedad de artículos doctrinales y libros que tratan las cuestiones más conflictivas de la gestación por subrogación en algunos de sus capítulos.

Así, podemos agruparlos en aquellos trabajos que abordan a la gestación por subrogación desde el punto de vista de la falta de legislación, que analizan y/o critican los proyectos de ley existentes en la materia, que indagan sobre los derechos de los y las involucrados/as, sobre los conflictos filiatorios o el interés superior del niño o niña: Basset (2011 y 2016), *Derecho del niño a la unidad de toda su información*, y *Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?*; Basset y Ales Uría (2018), *Legislar sobre la maternidad subrogada*; Berger (2015 y 2018), *Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución*, y *Fallo a favor de la gestación por sustitución en favor de dos progenitores varones*; Burgués y Vázquez Acatto (2016), *Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Primera parte y Tercera parte*; Cataldo (2016), *Gestación por sustitución: Una realidad que necesita ser regulada*; Chmielak (2017), *Maternidad subrogada y derecho de identidad. Repercusiones sobre los derechos del niño*; Famá (2011, 2014 y 2015), *Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*, *El derecho a la identidad del hijo concedido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, y *La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar*; Gómez Haiss (2017), *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*; González (2018), *El derecho del niño a gozar de un emplazamiento filial respetuoso de su biografía en un nuevo caso de maternidad subrogada con ovodonación*; Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2013), *Gestación por sustitución en la Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*; Lafferriere (2017), *Análisis de tres proyectos de ley sobre maternidad subrogada*; Lahl (2018), *Embarazos*

contratados expuestos: los contratos de maternidad subrogada no protegen a las madres sustitutas y sus hijos; Lamm (2011), La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal; Monzón (2019), La mujer, el médico y el jurista. El debate sobre la maternidad subrogada, Navas Roggero (2016), Una nueva mirada sobre las familias: la contractualización de las relaciones familiares y Scotti (2015 y 2019), La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y Gestación por sustitución: acerca de la opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aunque disintamos en varios de sus postulados, nos resultó interesante el aporte del tratado dirigido por Basset, Fulchiron, Biraud-Garon y Lafferrière (2017), por haber abordado ésta y otras relaciones jurídicas desde una mirada que destaca la protección de aquellas y aquellos que son más vulnerables. Tal es así que lo utilizamos en varios tramos de nuestra tesis. Creemos que la vulnerabilidad es un punto de partida sustancial para analizar las relaciones que nacen a través del contrato de gestación por subrogación.

También observamos cómo en los últimos años, aunque con visiones contrapuestas, algunas autoras comienzan a evolucionar sus artículos sobre gestación por subrogación desde una perspectiva de género: Lamm (2018 y 2019), *Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo* y *La gestación por sustitución como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos*; Maffía y Gómez (2019), *Apuntes feministas acerca de la gestación subrogada.*

Notamos que la doctrina nacional evolucionó a partir del reconocimiento de diversos derechos –como, por ejemplo, el matrimonio igualitario- y el dictado del Código Civil y Comercial de la Nación para dejar de argumentar –por ejemplo- desde una perspectiva moral al postularse en contra de la gestación por subrogación.

En tal sentido individualizamos una amplia variedad de libros y artículos que debaten los conflictos éticos y bioéticos que nacen a partir de la gestación por subrogación: Aznar y Zunín (2015), *La maternidad subrogada de alquiler o voluntaria y sus implicancias bioéticas y jurídicas*; Bravo Mayuli (2019), *Bioética*

y bioderecho: su impacto en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Bergel, Flah, Herrera, Lamm y Wierzba (2015), *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*; Guerra-Palmero (2017), *Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal*; Jouve de la Barreda (2017); *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*; Kottow (2013), *Principios en bioética*; Manti (2019), *Maternidad subrogada: Enfoque pragmático de una práctica éticamente controvertida*; Mazo Álvarez (2014), *El bioderecho: La respuesta jurídica a los problemas que plantea la bioética*; Terragni (2020), *Bioética y derecho penal*; y Trevizo (2014), *Dilemas bioéticos en torno a la fertilización in vitro (FIV) y la mujer gestante: Hacia la figura de un consejero reproductivo*.

Por último, localizamos varios documentos de la Iglesia Católica, alguno de antigua data -1987-, que instauran una posición prohibitiva de la gestación por subrogación. En esta línea argumental, se ha manifestado una parte – minoritaria- de nuestra doctrina: Sambrizzi (2012), *La maternidad subrogada (gestación por sustitución)*.

3. Legislación

Como referimos en párrafos anteriores, con la oportunidad de reformar el Código Civil de la Nación y el sistema filiatorio argentino la comisión reformadora intentó regular la filiación derivada de la gestación por subrogación en el art. 562 del Anteproyecto, que fue enviado por el Poder Ejecutivo para su debate en el Congreso de la Nación el día 7 de junio de 2012, y cuyo texto finalmente -como indicamos- se eliminó del Proyecto al momento de su aprobación en la Cámara de Senadores de la Nación. El análisis del Anteproyecto mencionado lo realizamos en el Capítulo 2, punto 5.1.

En el ámbito legislativo, es menester señalar que se presentaron numerosos proyectos de ley que fueron perdiendo estado parlamentario. Al igual que sucede con la doctrina, los proyectos legislativos fueron evolucionando. En sus primeras versiones se proponía su prohibición, pero con el paso del tiempo las distintas propuestas legislativas fueron receptando el tema, ya sea mediante propuestas que contemplaron la modificación de una ley existente como, por

ejemplo, la incorporación de artículos al Código Procesal Civil y Comercial o bien mediante el establecimiento de una ley autónoma que la regule.

En la actualidad solo dos proyectos cuentan con estado parlamentario - Proyecto S-1429/2020 (SEN –senadores-) y el Proyecto 3524-D-2020 (DIP –diputados-)- que analizamos en el Capítulo 2, punto 5.2.

Los proyectos que cuentan con estado parlamentario, aunque con distintos matices, reconocen y aceptan la gestación por subrogación. Asimismo, en su gran mayoría reproducen o se basan en los proyectos 2574-S-2015 (SEN) y 5700-D-2016 (DIP), según el caso.

En este punto logramos observar como a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se fueron sumando proyectos legislativos que intentaban reestablecer la normativa sobre gestación por subrogación eliminada.

4. Jurisprudencia de Argentina

La jurisprudencia es una fuente que actualmente realiza un gran aporte al análisis de la gestación por subrogación, siendo que al no existir mucha sustancia normativa los casos se someten al arbitrio de los/as jueces y juezas.

Sin embargo, nos hemos sorprendido con la ausencia de estadísticas oficiales sobre cantidades de gestaciones por subrogación tramitadas en nuestros tribunales, datos más que elementales y básicos para desarrollar cualquier política legislativa sobre la materia.

En tal sentido, cabe mencionar el ejemplo del Proyecto 3524-D-2020 - referido en el punto anterior- en el cual sus presentantes para fundar la necesidad legislativa de la gestación por subrogación hicieron un listado de 52 resoluciones en diversas jurisdicciones del país tomando como base las publicaciones de las diferentes revistas jurídicas.

Todo ello lo analizamos en el Capítulo 2, punto 6, Capítulo 3, puntos 3 y 5 y Capítulo 4, punto 5.

En el ámbito jurisprudencial podemos destacar que, en su gran mayoría dan tratamiento favorable a las peticiones relativas a la gestación por subrogación e incluso –a los fines filiatorios- a las solicitudes de inconstitucionalidad de los arts. 562, 565 y concordantes del Código Civil y Comercial.

5. Legislación y jurisprudencia del derecho comparado de Francia, Brasil, Grecia y Ucrania

En primer término, queremos mencionar que la gestación por subrogación se hizo visible a nivel mundial a partir de la década de los 80', en primer lugar, a través de la controversia judicial que se planteó en el caso "*Baby M*" y luego por los fallos "Calvet" y "Buzzanca" tramitadas ante los tribunales de Estados Unidos.

En el derecho comparado existen tres posturas: a) prohibición de la gestación por subrogación; b) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones y c) admisión amplia.

En nuestra tesis analizaremos la legislación y jurisprudencia de cuatro países según si la prohíbe -Francia-, si la admite bajo ciertas condiciones -Grecia y Brasil- o si la admite totalmente y sin condicionamientos -Ucrania-.

Francia es un país en el que la gestación por subrogación es sancionada desde la legislación civil y penal (Ley 94-653; Código Civil, arts. 16/1 y 16/7; Código Penal, arts. 227/13 y 511-24 y Código de Salud, art. L. 152-2). Esto produce una gran cantidad de procesos judiciales debido a que sus habitantes deben recurrir a terceros países para realizar el procedimiento y luego someterse a la justicia para que sean reconocidos –por ejemplo- los derechos filiatorios. Por ejemplo, casos: "Mennesson vs. Francia", "Labassee vs. Francia", "Foulon y Bouvet vs. Francia" y "Laborie vs. Francia".

En el caso de aquellos países que admiten la gestación por subrogación con ciertos condicionamientos mencionamos el caso de Grecia que requiere una autorización judicial y que se cumplan los requisitos que fijan los artículos 1458 y 1464 del Código Civil y la ley 3305/2005. En el caso de Brasil también es permitido, siempre que sea altruista y se cumplan con una serie de resoluciones dictadas por el Consejo Federal de Medicina (Resoluciones N° 1957/2010, 2013/2013 y 2121/2015).

Por último, en el caso de Ucrania es admitida para parejas heterosexuales casadas. Así surge del artículo 281 del Código Civil, la Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida del Ministerio de Salud y del artículo 123, incs. 2° y 3° del Código de Familia de aquel país.

Las mencionadas legislaciones y jurisprudencia las analizamos en el Capítulo 2, punto 4.

6. Conclusión

En virtud de ello nos encontramos en condiciones de abordar sin más la cuestión en estudio mediante la que intentaremos abrir paso a un debate que tenga como fin poner en superficie las implicancias que tiene en el ordenamiento jurídico argentino la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación.

También procuraremos señalar las condiciones que contribuyan a esclarecer a su vez, valga la redundancia, las condiciones jurídicas que deben postularse en la gestación por subrogación para tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica.

Capítulo 2

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN: DOCTRINA EXTRANJERA, ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES EN LA ARGENTINA

1. Introducción

En el presente capítulo nos proponemos describir la evolución histórica de la gestación por subrogación, la doctrina extranjera y los antecedentes legislativos y jurisprudenciales en la Argentina a fin de tener un panorama amplio de esta técnica de reproducción y entender cómo fue avanzando y evolucionando hasta nuestros días.

Iniciaremos este capítulo analizando los primeros antecedentes sobre esta figura. Veremos testimonios encontrados en el Antiguo Testamento, en el Código de Hammurabi, en el Antiguo Egipto, Antiguas Grecia y Roma y en la edad media.

Consideraremos las diversas situaciones surgidas en épocas más actuales a medida que se fueron conociendo los avances médicos-tecnológicos y destacaremos lo resuelto en el fallo *Baby M.*

Luego examinaremos la posición de la Iglesia Católica referente a la gestación por subrogación. Sobre ello, veremos las conclusiones a las que arribó la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación” -1987-, la “Instrucción *Dignitas Personæ* sobre algunas cuestiones de Bioética” -2008- y la Congregación para la Doctrina de la Fe, celebrada bajo el lema “Los desafíos pastorales sobre la familia en el contexto de la evangelización” -2013-.

En segundo término, abordaremos las distintas posturas del derecho comparado sobre esta práctica. En este punto, describiremos la legislación prohibitiva de Francia y distintos fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra este país. Detallaremos la normativa de Grecia y la reglamentación de Brasil, las que admiten la gestación por subrogación con ciertos condicionamientos. Por último, analizaremos las leyes que permiten de manera amplia esta técnica en Ucrania.

También evaluaremos la postura del derecho argentino. Para ello consideraremos el anteproyecto de reforma del código civil en lo que refería a gestación por subrogación y examinaremos los distintos proyectos de ley que en tal sentido fueron presentados en el Congreso de la Nación desde el año 2007 a la fecha.

Por último, describiremos el rol que desempeña la jurisprudencia nacional. Veremos las distintas estrategias procesales elegidas por los litigantes para abordar este asunto. Estableceremos tres grupos de procesos judiciales: aquellos iniciados antes de la transferencia del material genético a la persona gestante, los impetrados con la gestación por subrogación en curso y los interpuestos una vez nacido/a el/la niño/a.

2. Antecedentes históricos de la gestación por subrogación

El desarrollo de la gestación por subrogación no corresponde a la modernidad, pues a lo largo de la historia existen antecedentes referidos a esta figura, de los cuales los primeros datan del Antiguo Testamento.

En la antigüedad era normal que un hombre cuya mujer era estéril intentara tener un hijo con una esclava o con alguna mujer de la familia de la esposa y que luego ese niño o niña creciera como hijo o hija del padre y de su esposa; este tipo de casos se conoce como gestación por subrogación tradicional (Berger, 2017).

Así, encontramos referencias expresas en el Antiguo Testamento de la Biblia.

En diversos pasajes de dicho texto podemos hallar a la primera persona subrogada conocida en la historia. Dicha circunstancia se remonta unos dos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón y en el Génesis 16 -1 a 4- se dijo:

Sarai, mujer de Abram no le daba hijos; paría: y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar.

Dijo, entonces Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te lleves a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram al ruego de Sarai.

Y Sarai mujer de Abram tomó a Agar su sierva egipcia, al cabo de diez años que había habitado en la tierra de Canaán, y la dio por mujer a Abram su marido.

Y él se llegó a Agar, la cual concibió; y cuando vio que había concebido, miraba con desprecio a su señora.

Entonces, ante un caso de infertilidad decidían recurrir a otra persona que geste a la criatura de los padres comitentes.

En otro tramo del Antiguo Testamento -Génesis 30, 1 a 6- se dijo:

Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero.

Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre?

Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella.

Así le dio a Bilha su sierva por mujer; y Jacob se llegó a ella.

Y concibió Bilha, y dio a luz un hijo a Jacob.

Dijo entonces Raquel: Me juzgó Dios, y también oyó mi voz, y me dio un hijo. Por tanto llamó su nombre Dan.

Podemos ver como los padres comitentes pasan a ser padres legales del hijo nacido de la persona gestante siendo, por tanto, hijo de los comitentes.

Situaciones como las descritas en el Antiguo Testamento resultaban razonables para aquellos tiempos en los que se anhelaba tener descendientes para, de algún modo, no interrumpir el linaje.

Por otra parte, en la Mesopotamia Sumeria a mediados del siglo XVIII a.C. encontramos que la gestación por subrogación tradicional constituía una práctica corriente y, más aún, consolidada legalmente a través del Código de Hammurabi -1792/1750- creado en 1780 a.C. (Vilar González, 2014, p. 903).

En el referido Código de Hammurabi la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación sin que éste pudiera buscar a otra persona a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía garantías sociales para las personas subrogadas que tenían hijos, para impedir que los vendan (Berger, 2017).

En el Antiguo Egipto se consideraba que los gobernadores descendían directamente de Ra, el Dios del Sol. Para que la sangre divina no se mezcle con la de personas normales [sic] se casaban entre familiares, principalmente hermanos. Como consecuencia de ello, los niños procreados en esos matrimonios incestuosos no gozaban de buena salud. Por eso muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos.

Tal es el caso de Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo, que gobernó en el siglo XVI a.C. que al carecer de un heredero tuvo que recurrir a una esposa secundaria -denominación que recibían las mujeres utilizadas para procrear cuando la propia mujer no podía darle descendencia- para procrear al futuro faraón Tutmosis I.

A los nacidos de las denominadas por entonces concubinas se los consideraban hijos del faraón, aunque se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender el trono a falta de herederos legítimos.

Por su parte, Tutmosis tuvo a Tutmosis II quien había sido dado a luz por una esposa secundaria, e incluso un nieto nacido igualmente, el guerrero Tutmosis III, padre de Amenhotep II. La monarquía egipcia se heredaba por línea solar femenina así que el hijo del faraón, independientemente de su filiación, no podía ascender al trono sin haberse casado con su hermana o hermanastra (Rubio Sanchis, 2012, pp. 21/22).

También en las Antiguas Grecia y Roma se empleaba la gestación por subrogación tradicional, modalidad en la cual la persona subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante (Feldstein de Cárdenas, 2017). Plutarco describió el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril, Estratónica, quien seleccionó entre las prisioneras a Electra para su marido y crió a los niños fruto de esta relación como propios.

En la Edad Media, Carlomagno al quedar viudo, en el año 800, mantuvo relaciones amorosas con varias concubinas. A los hijos e hijas nacidos/as de estas uniones se los consideraban extramatrimoniales y, por tanto, ilegítimos/as (Gómez Haiss, 2017).

En ese tiempo, a los hijos e hijas nacidos/as de una persona subrogada no se le reconocía los derechos propios de un hijo/a de la relación matrimonial, pero adquirirían ciertos derechos pues, aunque estaban inhabilitados para recibir cualquier bien de sus padres, fuera por testamento o *ab intestato*, se les podían transmitir algunos bienes *misericordiae causa* (Aznar Gil, 1992, pp. 17-18).

Tampoco las diferencias culturales y religiosas fueron un obstáculo para que en la Edad Media la gestación por subrogación tradicional se utilizara en China, Corea y Japón. Un claro ejemplo está relatado en la película “*The Surrogate Woman*” del director coreano Im Kwon-taek. Allí la esposa de Li,

heredero de una familia noble, era estéril, razón por la cual a él le ofrecieron como concubina a una niña campesina.

En épocas más actuales, en 1975 en California, EE.UU, un periódico publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente a pedido de una pareja estéril que por este servicio ofrecía una remuneración (Chiapero, 2012, pp. 93-94).

En 1982 en Francia se fundó el CEFER -Centro de Investigaciones en Materia de Esterilidad- en el que años después nació una niña gestada por una mujer que había subrogado a su hermana (Berger, 2012).

Pero la visibilidad pública fue alcanzada a mediados de 1980 con el caso *Baby M.*, primer juicio a nivel mundial que planteó la problemática de la gestación por subrogación. Este pleito sentó las bases para que los niños y niñas puedan ser reconocidos/as como hijos e hijas de sus padres de intención -voluntad procreacional-, independientemente de su origen genético.

Este caso tramitó entre los años 1985 y 1988, en Nueva Jersey, EE.UU. Allí, una mujer gestante tradicional no entregó a la niña nacida por encargo de una pareja por cuya gestación había percibido una remuneración y huyó con ella a Florida. El matrimonio comitente inició un juicio en el que se demostró, a través de un informe psiquiátrico, que la madre portadora y biológica no había dado un consentimiento con pleno conocimiento de la situación (Chiapero, 2012, pp. 176-178).

El fallo de primera instancia reconoció la validez del contrato y ordenó la entrega de la niña a la pareja comitente. En segunda instancia se revocó el fallo anterior declarando la nulidad del contrato, pero se mantuvo la tenencia a favor del matrimonio comitente por considerarlo en mejores condiciones para mantener a la niña, a la vez que se reconoció un derecho de visitas a la madre biológica. A raíz de este fallo tan polémico se perfeccionó la legislación norteamericana para tratar de impedir estas situaciones (Berger, 2017).

No obstante, la primera gestación por subrogación científicamente reportada en el mundo ocurrió en 1984 cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una amiga que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética. Desde ese momento se convirtió en un método cada vez más popular en lo concerniente a la tecnología reproductiva (Lamm, 2012, p. 5).

3. Posición de la Iglesia Católica

En Argentina las diversas confesiones religiosas no tienen igual rango constitucional. El catolicismo goza de un *status* diferenciado, en virtud del artículo 2º de la Constitución Nacional, que establece que el Estado debe sostener al culto católico apostólico romano.

Asimismo, el catolicismo es el que mayoritariamente se practica en nuestro país. Ello, sin perjuicio que el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas -Conicet- reveló una caída sensible de la religión católica, que pasó del 76,5 % al 62,9% de la adscripción religiosa en tan solo 11 años desde la Primera Encuesta Nacional sobre Creencias y Actitudes Religiosas en Argentina -2008- a la Segunda -2019-.

Por dicha razón, consideramos que la opinión de la Iglesia Católica sobre nuestro tema de tesis puede resultar de importancia no solo por el próspero trámite legislativo que puedan llegar a tener los proyectos de ley presentados, sino también por su influencia en la opinión de gran parte de la población que la profesa.

En su argumento primario la Iglesia Católica deja en claro que la gestación por subrogación va en contra de las leyes de la naturaleza y que por ello no debe permitirse.

La primera manifestación que la Iglesia Católica realizó sobre esta cuestión fue en la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, conocida como *Donum Vitae*, aprobada por el papa Juan Pablo II el 22 de febrero de 1987.

Allí destacó que los progresos de la técnica hacen posible una procreación sin unión sexual, mediante el encuentro *in vitro* de células germinales extraídas previamente del varón y de la mujer. Pero aclaró que lo que es técnicamente posible no es, por esa sola razón, moralmente admisible.

En lo que a esta tesis interesa expresó que la fecundación artificial heteróloga -definida por la Iglesia como la concepción humana que se obtiene mediante la unión de gametos de al menos un donador diverso de los esposos que están unidos en matrimonio- es contraria a la unidad del matrimonio, a la

dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio.

Agregó que el respeto de la unidad del matrimonio y de la fidelidad conyugal exige que los hijos e hijas sean concebidos/as en el matrimonio; continúa refiriendo que el vínculo existente entre los cónyuges atribuye a los esposos, de manera objetiva e inalienable, el derecho exclusivo de ser padre y madre solamente el uno a través del otro. Indicó que recurrir a los gametos de una tercera persona para disponer del esperma o del óvulo constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad.

En el mencionado documento afirma que la gestación por subrogación es moralmente ilícita por las mismas razones por las que rechaza la fecundación artificial heteróloga. Afirmó que esta práctica representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo o hija a ser concebido/a, gestado/a, traído al mundo y educado/a por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

En el año 2008 la Congregación para la Doctrina de la Fe publicó la "Instrucción *Dignitas Personæ* sobre algunas cuestiones de Bioética" se confirmó que la enseñanza de la Instrucción *Donum vitæ* conserva intacto su valor tanto por los principios que allí se recuerdan como por los juicios morales expresados.

Con referencia al tratamiento de la infertilidad indicó que las nuevas técnicas médicas tienen que respetar tres bienes fundamentales: a) el derecho a la vida y a la integridad física de cada ser humano desde la concepción hasta la muerte natural; b) la unidad del matrimonio, que implica el respeto recíproco del derecho de los cónyuges a convertirse en padre y madre solamente el uno a través del otro y; c) los valores específicamente humanos de la sexualidad, que exigen que la procreación de una persona humana sea querida como el fruto del acto conyugal específico del amor entre los esposos.

A la luz de ese criterio la Iglesia Católica excluyó todas las técnicas de fecundación artificial heteróloga y las técnicas de fecundación artificial homóloga que sustituyen el acto conyugal y solo entendió admisibles a las técnicas que se configuran como una ayuda al acto conyugal y a su fecundidad.

En el año 2013 se celebró en el Vaticano la III Asamblea General Extraordinaria bajo el lema “Los desafíos pastorales sobre la familia en el contexto de la evangelización” en la cual se afirmó que se presentan problemáticas como la difusión de parejas de hecho que no acceden al matrimonio y a veces excluyen la idea del mismo, así como las uniones entre personas del mismo sexo, a las cuales a menudo les permiten la adopción.

También se detalló numerosos conflictos que exigen la atención y el compromiso pastoral de la Iglesia, y entre ellos se mencionó a “la difusión del fenómeno de la maternidad subrogada (alquiler de úteros)”.

Para concluir, creemos conveniente incorporar una publicación de la Agencia Informativa Católica Argentina que a través de su página *web* destaca los dichos de Monseñor Shevchuk -máxima autoridad de la Iglesia Católica Ucraniana- al afirmar en parte de su homilía de la solemnidad de la Sagrada Familia celebrada el 9 de enero de 2020 que “...la maternidad subrogada es un desastre que nuestra sociedad aún no ha notado” (<http://www.aica.org>).

El mentado Monseñor indicó que son muchas las fuerzas que amenazan la vida humana, entre las que destacó la maternidad subrogada, en la cual una mujer se ve obligada a comenzar una nueva vida en su útero por dinero y es obligada a firmar legalmente un compromiso que significa su esclavitud.

Con referencia a estos comentarios, cabe señalar que Ucrania es un país que tiene uno de los enfoques más liberales sobre la gestación por subrogación (Lamm, 2013, p. 174).

4. Posturas en el derecho comparado

4.1 Prohibición. Caso: Francia

En 1982 en Francia se fundó el CEFER -Centro de Investigaciones en Materia de Esterilidad- y el año siguiente nació una niña gestada por una mujer subrogando a su hermana. Años después, como veremos, en ese país se prohibió la gestación por subrogación.

El *Comité Consultatif National d'Éthique* de Francia en su Opinión N° 3 del 23 de octubre de 1984 se manifestó en contra de la gestación por subrogación en tanto indicó que podía servir a intereses comerciales y llevar a la explotación

material y psicológica de las mujeres involucradas. En igual sentido se expresó en la Opinión N° 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación”. Luego, en la Opinión N° 110 “*Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)*”, de mayo de 2010, sostuvo que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y podía causar graves secuelas emocionales en los hijos e hijas (Lamm, 2013, pp. 118-119).

Esta línea argumental siguió la legislación de ese país. La ley N° 94-653 –Ley de Bioética- de 29 de julio de 1994 consagró formalmente la prohibición de esta práctica al introducir un nuevo apartado en el Código Civil Francés.

Precisamente, el artículo 16-1 del Código Civil mantiene el principio de no patrimonialidad del cuerpo humano, de sus elementos y de sus productos, y el artículo 16-5 declara nulas las convenciones que tienen por efecto conferirle un valor patrimonial. Por su parte, el artículo 16-7 contiene el principio según el cual cualquier acuerdo relacionado con la procreación o gestación en nombre de otros es nulo (Scotti, 2019).

Además, el artículo 227-12 del Código Penal sanciona con un año de prisión y una multa de 15.000 euros a los que actúan como intermediarios entre la persona gestante y el o los comitentes y aclara que si esa actuación es con fines de lucro las penas se doblarán.

Por otro lado, el Código Penal en el artículo 227-13, prevé que “...la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño serán castigados con tres años de prisión y multa de 45.000 euros. La tentativa será castigada con las mismas penas”.

Por último, el artículo 511-24 del Código Penal establece que “...el hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por el art. L. 152-2 del código de salud pública será castigado con cinco años de prisión y 75.000 euros de multa”.

Así, la gestación por subrogación en Francia no sólo es nula en materia civil, sino que está prohibida y también penalizada.

Ahora bien, en el año 2004 se realizó la revisión de las leyes de bioética, manteniendo la posición descripta con sustento en la jurisprudencia de la Corte de Casación. Sin embargo, esa postura se morigeró cuando el contrato se concluía en el extranjero, como se reflejó en las decisiones adoptadas por el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como veremos en los siguientes párrafos.

Ante una serie de fallos judiciales y como consecuencia del vacío legal en que se encontraban los niños y niñas nacidos/as mediante gestación por subrogación en el extranjero el 25 de enero de 2013 el Ministerio de Justicia de Francia emitió una circular -*Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française -convention de mère porteuse- Etat civil étranger-*, por medio de la cual se ordenó a los tribunales facilitar la nacionalidad francesa a los niños y niñas nacidos/as en el extranjero de padre genético francés por el método de gestación por subrogación.

Según esta circular, en la medida en que se cumplan las condiciones del artículo 47 del Código Civil se debe conferir un certificado de nacionalidad francesa si es requerido.

Ahora bien, aunque la circular prevé la expedición de certificados de nacionalidad francesa no tiene efectos en el establecimiento de la filiación. Es decir, sólo permite la obtención de nacionalidad francesa si el comitente es francés y el padre genético. El certificado de nacionalidad francesa es una forma de prueba extrajudicial de nacionalidad francesa, es un documento administrativo. No controla ni el establecimiento de la partida de nacimiento ni la filiación del niño o niña, sino que facilita la emisión de un certificado de identidad francés cuando la filiación con un ciudadano francés no se estableció suficientemente (Lamm, 2013, pp. 122-124).

En este punto, cabe hacer referencia a los casos “Mennesson” y “Labassee”, ambos resueltos por los tribunales franceses y luego objeto de recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que dictó una sentencia de fecha 26/6/2014, en los asuntos 65192/11 y 65941/11 por la que declara que Francia viola el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no reconocer la relación de filiación entre las niñas nacidas mediante gestación por subrogación y los progenitores que habían acudido a este método reproductivo.

En los referidos casos los recurrentes son dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos gestaciones por subrogación por implantación de embriones en el útero de otras personas. De tales gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro una niña.

De acuerdo con las sentencias dictadas en los Estados de California y Minnesota cada una de las parejas son los padres de las respectivas niñas. Sin embargo, la *Cour de Cassation* denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los recurrentes bajo el criterio de que la gestación por subrogación incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés. Los recurrentes invocaron el artículo 8º del Convenio Europeo, por entender que el hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero vulneraba el interés superior de la menor.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que el artículo 8º es aplicable en lo que se refiere tanto a la "vida familiar" como a la "vida privada". Asimismo, recordó que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños y niñas nacidos/as de una gestación por subrogación y la determinación jurídica de su filiación. El Tribunal admitió que la injerencia litigiosa afecta a dos de los objetivos legítimos enunciados por el artículo 8º: la "protección de la salud" y la "protección de los derechos y libertades de los demás".

En lo que se refiere a la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observó que se ve afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre las hijas y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Pero constató, sin embargo, que los recurrentes no pretenden que los obstáculos con los cuales se han encontrado sean insuperables ni que se hayan visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar.

En lo que concierne al respeto de la vida privada de las niñas así nacidas, el Tribunal apreció que estas se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica. Las niñas han sido identificadas en el extranjero como hijas de los recurrentes y Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal consideró que ello atenta contra el reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, las niñas se ven abocadas a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad.

Cabe advertir que al obstaculizar tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés fue más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal concluyó que se vulneró el derecho de los niños y niñas al respeto a su vida privada y, por tanto, el artículo 8º del Convenio referido.

En consecuencia, el Tribunal Europeo condenó a Francia a abonar a cada una de las niñas afectadas en el caso 5000 euros por daños morales.

En sentido análogo a lo resuelto se procedió en los casos “Mennesson” y “Labassee” son: “Foulon y Bouvet vs. Francia”, decisión de 21/7/2016; y “Laborie vs. Francia”, de 19/1/2017 (Scotti, 2019 y Rubaja, 2019).

A partir de la modificación de la legislación francesa, se adoptó un nuevo procedimiento para permitir la revisión de las decisiones finales en materia de *status* personal en los casos en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que se había producido una grave violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que la justa satisfacción otorgada en virtud del artículo 41 del mencionado Convenio no pueda poner fin a la violación -conf. arts. L.452-1 a L.452-6 del *Code de l'Organisation Judiciaire*.

En tales circunstancias es que la familia Mennesson solicitó a la Corte de Casación una revisión de su situación.

Allí cuestionaron que la negativa a transcribir los certificados de nacimiento respecto de la madre es contraria al interés superior de las niñas, por cuanto obstruye el establecimiento de la maternidad y constituye una violación del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, argumentaron que la negativa a transcribir los certificados de nacimiento, sobre la base de que los hijos nacieron de una persona sustituta, resulta discriminatoria e infringe el artículo 14 de dicho Convenio (Rubaja, 2019 y 2020).

Ante ese requerimiento, la Corte de Casación suspendió el procedimiento y el 5 de octubre de 2018 presentó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva, en la cual se incluyó las siguientes dos preguntas que debía responder ese Tribunal:

1) Al negarse a transcribir el estado civil que surge del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, en la medida en que en el certificado se designa a la “madre de intención” como “madre legal”, mientras que se acepta la transcripción

respecto del “padre de intención” cuando es el padre biológico del niño, ¿un Estado Parte excede su margen de apreciación según el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos? En este sentido, ¿debe distinguir entre si el niño ha sido concebido o no con los gametos de la “madre de intención”?

2) Si la respuesta a una de las dos preguntas anteriores es afirmativa, ¿la posibilidad de que la “madre de intención” adopte al hijo biológico de su cónyuge, como medio para establecer la relación jurídica materno-filial, garantiza el cumplimiento de los requisitos del artículo 8º del Convenio?

El 10 de abril de 2019 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respondió a estos interrogantes mediante su primera opinión consultiva (Kemelmajer de Carlucci, 2019).

Para esta tarea, tomó en consideración un estudio comparativo que cubre los cuarenta y tres Estados Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Allí, dio cuenta que los acuerdos de gestación por subrogación están permitidos en nueve Estados, que parecen ser tolerados en otros diez y que están explícita o implícitamente prohibidos en los veinticuatro restantes.

Además, en treinta y uno de los Estados, incluidos aquellos en los que están prohibidos este tipo de acuerdos, es posible que un padre intencional, que es a su vez es el padre biológico, establezca la paternidad con respecto a un niño o niña nacido/a mediante gestación por subrogación. En diecinueve países, incluidos siete de los que prohíben estos acuerdos, es posible establecer la filiación respecto de la madre de intención incluso cuando esta no esté relacionada genéticamente con el niño o niña (cons. 23).

Asimismo, estimó que el procedimiento para establecer o reconocer la filiación respecto de los niños y niñas nacidos/as como consecuencia de la gestación por subrogación varía según los Estados, e incluso, pueden variar dentro de un mismo país. Así, las vías disponibles incluyen el registro del certificado de nacimiento extranjero, la adopción o los procedimientos judiciales que no impliquen adopción.

En particular, dio cuenta que el registro de la partida de nacimiento extranjera es posible en dieciséis de los diecinueve Estados miembros encuestados en los que se tolera o permite un procedimiento de gestación por subrogación y en siete de los veinticuatro países que prohíben tales acuerdos,

en la medida en que el certificado designe a un padre con un vínculo genético con el niño o niña.

También, es posible establecer o reconocer la filiación mediante procedimientos judiciales que no impliquen adopción en los diecinueve Estados que permiten o toleran los acuerdos de subrogación y en nueve de los veinticuatro que los prohíben.

Mientras tanto, la adopción es posible en cinco de los Estados que permiten o toleran los acuerdos de subrogación y en doce de veinticuatro que los prohíben, especialmente con respecto a los padres que no están genéticamente relacionados con el niño (cons. 24).

Para responder a la primera cuestión estimó que hay dos factores primordiales a considerar: el interés superior del niño y niña y el alcance del margen de apreciación disponible para los Estados Parte.

En cuanto al primero, recordó los estándares sentados en varios precedentes del Tribunal, especialmente los casos "Mennesson" y "Labassee" y su repercusión en el derecho a la vida privada de los niños y niñas, y que se extienden al escenario que ahora se presenta.

Así, consideró que el no reconocimiento en el derecho interno de la relación entre el niño o niña y la madre de intención establecida legalmente en el exterior es desventajoso para el niño o niña, ya que lo colocaría en una posición de inseguridad jurídica con respecto a su identidad dentro de la sociedad.

Asimismo, que existiría el riesgo de que a los niños y niñas se les niegue el acceso a la nacionalidad de su madre de intención y, como consecuencia de ello, que: les resulte más difícil permanecer en el país de residencia de la madre de intención -aunque este riesgo no se presentaba en el caso "Mennesson" ya que el padre también tenía nacionalidad francesa-; el derecho a heredar respecto de la madre intencional podría verse afectado; la relación o contacto con la madre se podría poner en riesgo si los padres se separaran o el padre muriera; y no tendrían la protección en caso de que su madre intencional se negara a cuidarlos o dejara de hacerlo (cons. 40).

En definitiva, entendió que el interés superior del niño o niña en este contexto implica la identificación legal de las personas responsables de criarlo, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad para

que el niño o niña viva y se desarrolle en un ambiente estable; por ello, consideró que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño o niña nacido/a a través de un acuerdo de subrogación celebrado en el extranjero y la madre intencional es incompatible con el interés superior del niño y niña (cons. 42).

En cuanto al segundo factor, el alcance del margen de apreciación disponible por los Estados Parte, se reconoció que, a pesar de una cierta tendencia hacia la posibilidad de reconocimiento legal de filiación en estos casos, no hay consenso en Europa sobre este tema. Sin embargo, estimó que el margen de apreciación debía restringirse atendiendo al derecho de la vida privada de los niños y niñas nacidos/as por gestación por subrogación en el extranjero que requieren que la legislación nacional les ofrezca la posibilidad de reconocer la filiación materna respecto de la madre intencional que fue legalmente establecida en el exterior.

Además, consideró que también reducían dicho margen otros aspectos esenciales de su vida privada que conciernen al entorno en el que viven y se desarrollan y a las personas responsables de satisfacer sus necesidades y asegurar su bienestar (cons. 43 a 47).

Para responder a la segunda cuestión, afirmó que el interés del niño y niña nacido/a por gestación por subrogación con gametos de una donante requiere que la incertidumbre que rodea la relación legal con su madre de intención sea tan breve como sea posible, puesto que hasta que esa relación sea reconocida en la legislación nacional, el niño o niña se encuentra en una posición vulnerable con respecto a varios aspectos de su derecho al respeto de la vida privada (cons. 48 y 49).

Sin embargo, ello no podría conllevar a interpretar que los Estados Parte estuvieran obligados a registrar los certificados de nacimiento otorgados en el exterior. Así, afirmó que la elección de los medios para permitir el reconocimiento de la relación legal entre el niño o niña y los padres intencionales está dentro del margen de apreciación de los Estados (cons. 51).

En tal sentido, señaló que resulta importante que la relación entre el nacido o nacida y la madre de intención se haya tornado una realidad en la práctica y que entonces debe contarse con un mecanismo efectivo para reconocer la filiación legal. Por ello, estimó que las medidas alternativas al

registro, en particular la adopción por parte de la madre intencional, pueden ser aceptables en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice su implementación inmediata y efectiva, tomando en consideración el interés superior del niño y niña según las circunstancias del caso (cons. 54 y 55).

En definitiva, por unanimidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos opinó que:

1. El derecho del niño y niña al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos requiere que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer una relación legal entre padres e hijos e hijas con la madre intencional, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la “madre legal”.

2. El derecho del niño y niña al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos no exige que dicho reconocimiento se realice en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los detalles del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Se puede utilizar otro medio, como la adopción del niño o niña por parte de la madre, siempre que el procedimiento establecido por la ley nacional garantice que se pueda implementar de manera rápida y efectiva, de acuerdo con el interés superior del niño y niña.

La Corte de Casación francesa, luego de recibir la respuesta a la consulta elevada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictó sentencia en el caso “Mennesson” con fecha 4 de octubre de 2019.

En dicho pronunciamiento y, siguiendo los lineamientos sugeridos en la opinión consultiva, la Corte de Casación reconoció a la Sra. Mennesson como la madre legal de las niñas atendiendo a su interés superior.

Asimismo, descartó tanto la vía de la adopción como la de la presunción por posesión de estado y volvió las cosas al estado anterior, es decir reconoció la filiación establecida al amparo del derecho extranjero como la justa solución a este caso, otorgando validez a la transcripción primigeniamente efectuada (Rubaja, 2019).

Por último y por resultar trascendente en referencia a nuestro tema de tesis, cabe recalcar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, en el caso “Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Iceland” de fecha 18 de mayo de 2021, sin perjuicio que no se encuentre demandado el estado de Francia.

Allí, la cuestión se inició con motivo que las autoridades islandesas habían negado la posibilidad de reconocer la filiación entre una pareja y su hijo no biológico nacido por gestación por subrogación en California, Estados Unidos.

El Registro Civil de Islandia había negado la solicitud de inscripción del niño como ciudadano islandés, puesto que había nacido en otro país y era hijo biológico de la persona subrogada, de nacionalidad americana. Consideraron al niño como un ciudadano extranjero y menor no acompañado. Dicha decisión fue confirmada por el Ministerio del Interior.

Las demandantes, Valdís Glódís Fjölnisdóttir y Eydís Rós Glódís Agnarsdóttir, solicitaron la revisión judicial de esa determinación, solicitando que se declarase su nulidad.

El caso llegó a la Corte Suprema de aquel país, la que estimó que las autoridades islandesas tenían el derecho a negarse a reconocer vínculos familiares contrarios a los principios fundamentales del derecho islandés. Al respecto señalaron que la ley sobre fecundación artificial y uso de gametos de embriones prohibía explícitamente la gestación por subrogación.

Las demandantes alegaron que, con tal decisión, se habría vulnerado el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que lo primero que se debía resolver es si la relación entre las dos demandantes y el niño, cabía en el ámbito de la vida familiar, en el sentido del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en caso de existir, si se había vulnerado.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puntualizó que la vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia de vínculos personales estrechos. Agregó que la noción de familia se refiere a las relaciones basadas en el matrimonio, y también a otros vínculos familiares de facto. Con todo, el fallo precisa que el artículo 8º del Convenio mencionado no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (cons. 57).

Luego consideró que, atendida a la calidad de los vínculos de los demandantes y su duración, era posible reconocer que se habían cumplido los requisitos para considerar la existencia de vida familiar, y que la negativa a reconocer a las demandantes como madres del niño, supuso una injerencia en el derecho de la vida familiar (cons. 62).

Seguidamente puntualizó que se debía examinar si dicha injerencia se ajusta al artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuanto esté prevista por la ley, y si constituye una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para perseguir uno o varios de los objetivos legítimos enumerados en esa disposición (cons. 63).

Al respecto, el Tribunal Europeo observó que la gestación por subrogación es ilegal en Islandia y está sujeta a responsabilidad penal si tiene lugar dentro de la jurisdicción islandesa, por lo que estimó que la negativa tenía base jurídica suficiente.

Sobre el particular, el fallo señaló que la prohibición de la gestación por subrogación servía para proteger los intereses de las mujeres que podrían ser presionadas para gestar, así como los derechos de los niños y niñas a conocer a sus padres naturales. Por lo anterior, concluyó que la prohibición persigue un objetivo legítimo de proteger los derechos y las libertades de las mujeres (cons. 65).

El Tribunal Europeo destacó que se le había otorgado al niño la ciudadanía de Islandia mediante una ley directa del Parlamento, que tuvo como electo regularizar y asegurar su estadia y derechos en Islandia, como también tomó en cuenta la afirmación del Gobierno de aquel país que decía que las demandantes aún podían solicitar la adopción del niño, como individuos o junto con sus nuevos cónyuges –ya que las solicitantes se habían divorciado y formado nuevos vínculos- (cons. 72 y 74).

En tal sentido destacó que, el Tribunal eran consciente de los problemas prácticos que podrían surgir debido al hecho de que solo uno de las dos solicitantes puede ser autorizado a adoptar al niño, por lo que tuvo en cuenta esta posibilidad en su examen holístico de la necesidad de la interferencia, en particular cuando se refiere a los derechos del niño del artículo 8º del Convenio Europeo (cons. 74).

Concluye el fallo que el no reconocimiento de un vínculo de filiación logró un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger mediante la prohibición de la gestación por subrogación. Además, el Estado había actuado dentro del margen de apreciación que se concede en relación con cuestiones morales y éticas. Por lo que, resolvió que no se había violado el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta al derecho de las demandantes al respeto de su vida familiar y privada (cons. 75 y 76).

4.2 Admisión con condicionamientos. Caso: Brasil y Grecia

4.2.1 Grecia

En Grecia, la gestación por subrogación se encuentra regulada en la ley 3089/2002, que reformó el Código Civil, y la ley 3305/2005, sobre Reproducción Médica Asistida.

Estas leyes nacieron a raíz de un caso de la Corte de primera instancia de Heracleion N° 31/99. En dicho asunto se decidió otorgar la adopción de unos mellizos nacidos como consecuencia de la gestación por subrogación a los comitentes, quienes habían aportado su material genético. Los jueces pusieron de manifiesto la existencia del vacío legal y recomendaron legislar sobre la materia (Lamm, 2013, p. 150).

Conforme esta legislación, los contratos de gestación por subrogación están sometidos a una serie de requisitos.

Así, el artículo 1458 de la ley 3089/2002 establece que:

La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que ésta está casada, de su esposo también). La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir.

De esta manera, la gestación por subrogación sólo se permite después de una resolución judicial dictada por el tribunal de distrito donde residen los comitentes y la persona gestante.

El tribunal autoriza la subrogación si se presentan las siguientes condiciones:

- a) La madre comitente acredita que es incapaz de llevar el embarazo a término.
- b) La madre comitente no excede la edad de cincuenta años.
- c) La persona gestante prueba que está sana médica y mentalmente.
- d) Las partes presentan ante el tribunal su acuerdo por escrito.
- e) El acuerdo permite la compensación de los gastos -el pago de los servicios o cualquier otro beneficio económico está prohibido-.
- f) Media el consentimiento por escrito del esposo de la persona gestante, para el caso que esté casada.
- g) Los óvulos fertilizados no pertenecer a la persona gestante.
- h) La persona gestante y los comitentes son ciudadanos griegos o residentes permanentes.

Los comitentes se convierten en padres legales del niño o niña inmediatamente después del nacimiento de la misma forma que los padres biológicos -excepción a la regla la madre es siempre conocida (*mater semper certa est*)-.

De acuerdo con el artículo 1464 del Código Civil griego "...en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño".

Ahora bien, dentro de los seis meses posteriores al nacimiento la persona gestante o la madre comitente pueden impugnar la maternidad legal si prueban que se trata de una subrogación tradicional -es decir, que la persona gestante aportó sus óvulos-. En estos casos la persona gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento. El hospital debe seguir el procedimiento típico para la expedición del certificado de nacimiento -dejando constancia de que se trata de un caso de subrogación- y los comitentes deben presentar el certificado al Registro Civil y declara el nacimiento de "su" niño o niña en diez días -como cualquier otra pareja-. No obstante, también deben

presentar en el registro una copia de la resolución judicial (Lamm, 2013, p.153 y Famá, 2011).

4.2.2 Brasil

En Brasil se permite la gestación por subrogación siempre que el contrato sea altruista, estando expresamente prohibido el carácter lucrativo de esta práctica (Berger, 2015; Famá, 2011 y 2015; y Lamm, 2012, entre otros). Tal prohibición se funda sobre la base del artículo 199, inciso 4º de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, el que expresa:

La ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización.

Lo cierto es que este país no cuenta con una ley que legisle específicamente sobre gestación por subrogación. No obstante, existen una serie de resoluciones del Consejo Federal de Medicina que le dan un marco legal. Pero al ser solo resoluciones y no tener fuerza de ley su incumplimiento por parte de los médicos genera únicamente sanciones administrativas. Sin embargo, debemos decir que la gestación por subrogación no está prohibida en Brasil (Lamm, 2013, pp. 154/155).

Así, la primera resolución del Consejo Federal de Medicina fue dictada bajo el N° 1358/92, pero luego fue derogada por la resolución N° 1957/2010 del mencionado Consejo. Esta última resolución permitía a las clínicas, centros o servicios de reproducción humana que pudieran crear una situación de gestación por subrogación por “donación temporal de útero” cuando existía un problema médico que impedía o contraindicaba la gestación por parte de la donante genética. Pero la donación temporal del útero nunca podía tener carácter lucrativo o comercial.

El 6 de enero de 2011 se publicó en el Diario Oficial la decisión del Consejo Federal de Medicina que apunta a combatir el llamado “vientre de alquiler” señalando que “...la donación temporal del útero nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”. Por lo tanto, la gestación por subrogación solo procede en aquellos supuestos en que exista un problema médico que impida o

contraindique la gestación por parte de la dadora genética. La persona sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta el segundo grado. El Consejo Federal de Medicina bautizó a este procedimiento como “vientre solidario” (Sáenz, 2015).

El 16 de abril de 2013 ese Consejo reformó la resolución N° 1957/2010 a través de la resolución N° 2013/2013 que en su artículo 7° dispuso que:

Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética o en caso de unión homoafectiva.

1) La gestante deberá pertenecer a la familia de uno de los comitentes en una relación de parentesco hasta el cuarto grado y en todos los casos se debe respetar el límite de edad de 50 años.

2) La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial.

3) En las clínicas de reproducción los siguientes documentos y observaciones deben ser incluidos en el prontuario del paciente:

- Informe médico con perfil psicológico, que acredite la adecuación emocional y clínica de la gestante.

- Formulario de consentimiento informado firmado por los pacientes -padres genéticos- y por la gestante.

- Descripción por el médico tratante, pormenorizada y por escrito de los aspectos médicos de las técnicas de reproducción asistida, con los datos de carácter biológico, legal, éticos y económicos, así como los resultados de la técnica propuesta.

- Contrato entre los pacientes -padres genéticos- y la gestante estableciendo claramente la cuestión de la filiación del niño.

- Aspectos biopsicosociales que intervienen en el embarazo y el parto.

- Los riesgos de la maternidad.

- La imposibilidad de la interrupción del embarazo después de haber iniciado el proceso del embarazo, salvo en los casos previstos por la ley o autorizados judicialmente.

- la garantía de tratamiento y seguimiento médico, incluyendo equipos multidisciplinarios, en su caso, de ser necesario, para la gestante hasta el puerperio.

- La garantía del registro civil de los niños por los pacientes -padres genéticos-, debiendo esta documentación ser proporcionada durante el embarazo.

Si la gestante está casada o en pareja, se debe presentar autorización escrita del cónyuge o pareja.

Cabe poner de resalto que antes de entrar en vigor los cambios introducidos en 2013 se estimaba que el acuerdo de gestación por subrogación no se podía hacer valer en los tribunales en Brasil. Ello por cuanto se

consideraba que la resolución del Consejo Federal de Medicina regulaba la relación médica/paciente y era compatible con las normas de ética médica, aunque para registrar al niño o niña como hijo o hija de los comitentes se requería de una autorización judicial –ya que se considera como madre a la persona que dio a luz- (Lamm, 2013, p. 155).

La mentada resolución 2013/2013 tuvo cambios como consecuencia de la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4.277 -ADI 4277- y Acusación de Incumplimiento de Precepto Fundamental 132 -ADPF 132-, juzgadas por el Supremo Tribunal Federal en 2011 cuando reconoció y calificó como entidad familiar la unión estable homoafectiva. Las técnicas de reproducción asistidas para parejas homoafectivas femeninas, además de otros puntos, dieron lugar al dictado de la resolución 2121/2015 del Consejo Federal de Medicina que lo recepcionó (Hiran da Silva Gallo y Crosara Lettieri Gracindo, 2016).

4.3 Admisión total sin condicionamiento. Caso: Ucrania

Ucrania es un país que tiene uno de los enfoques más liberales sobre gestación por subrogación y cuyas leyes son completamente permisivas (Lamm, 2013, p. 174; Vilar González, 2014, pp. 906-907; Famá, 2011).

No obstante, sólo podrán acceder a esta práctica parejas heterosexuales casadas, dado que en ese país solo es legal ese tipo de matrimonio.

El artículo 281 del Código Civil de Ucrania, dispone que “...una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley”.

En sintonía con esa norma, el Ministerio de Salud de Ucrania emitió la Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida -*Instruction on the Application of Assisted Reproductive Technologies*- que contiene una lista de tecnologías reproductivas en la que se incluye a la gestación por subrogación.

El Código de Familia de Ucrania en su artículo 123, incs. 2º y 3º consagra explícitamente que los padres de todo niño o niña nacido/a de una gestante son los cónyuges que aportaron a tal efecto su material genético y recurrieron a los servicios de esa persona. Además, el artículo 139 del mismo cuerpo legal impide

que la persona gestante reclame la filiación materna respecto del niño o niña concebido con material genético de los comitentes.

Sin embargo, el Reglamento de Registro Civil de Ucrania establece que la persona gestante debe dar su consentimiento ante notario para que los comitentes sean registrados como los padres del niño o niña. Asimismo, los comitentes deben presentar ante el registro un certificado que confirme que el material genético usado pertenece por lo menos a uno de ellos (Lamm, 2013, p. 175-176).

Además, los comitentes tienen que ser incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término o de dar a luz de manera natural. Las indicaciones médicas están precisadas en la Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida que establece que la gestación por subrogación podría aplicarse únicamente en casos de infertilidad de los cónyuges o de alto riesgo para la mujer y/o la salud del niño o niña.

A ello cabe agregar que las personas gestantes deben ser adultas, competentes, haber tenido al menos un hijo o hija propio sano/a con anterioridad, gozar de buena salud física y psíquica y no tener contraindicaciones médicas.

Cabe aclarar que la legislación de Ucrania no se pronuncia expresamente sobre la gestación por subrogación comercial. Sin embargo, el Código Civil de Ucrania establece el principio de libertad contractual como una de las bases generales de la legislación civil. Por lo tanto, se entiende que bajo esas disposiciones la gestación por subrogación comercial en ese país es completamente legal.

5. Postura del derecho argentino

La gestación por subrogación fue considerada en el texto del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, pero se eliminó del proyecto legislativo al momento de su aprobación en la Cámara de Senadores de la Nación y, por lo tanto, del texto vigente actualmente del Código Civil y Comercial de la Nación.

Desde tiempo antes de la referida reforma civil y comercial hubo varias iniciativas legislativas que intentaron pronunciarse sobre la gestación por subrogación. Esas iniciativas navegan en diferentes posturas, desde un criterio

estrictamente restrictivo apelando a la prohibición, hasta su recepción y regulación específica.

Entonces, ante la realidad actual hay tres alternativas jurídicas: prohibir, silenciar o regular. Las dos primeras no evitarán que esta práctica se continúe llevando a cabo, e incluso, podría fomentar el desarrollo de estrategias más complejas para lograrlas, empujando a los intervinientes de estos acuerdos a un ambiente clandestino que exalta su vulnerabilidad. La opción que —a nuestro entender— brinda mayores alternativas y soluciones es la regulación, con un marco legal que proteja a todos los involucrados, en especial al niño y niña, así como también a la persona gestante (Catado, 2016).

La ausencia de reglas claras constituye un terreno fértil para generar el llamado “mercado negro de vientres”, en el cual la persona es sometida contra su voluntad como un medio por otros que desean tener un hijo o hija, sin importarles las consecuencias que ello genera.

5.1 Anteproyecto de reforma del código civil

Como dijimos, con la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación y el sistema filiatorio argentino la comisión reformadora intentó regular la filiación derivada de la gestación por subrogación en el artículo 562 del Anteproyecto, que fue enviado por el Poder Ejecutivo para su debate en el Congreso de la Nación el 7 de junio de 2012 y cuyo texto -como indicamos- se eliminó del Proyecto al momento de su aprobación en la Cámara de Senadores de la Nación.

En los fundamentos del Anteproyecto se refería lo siguiente:

El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1. abstención, 2. prohibición o 3. regulación. El Anteproyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como "turismo reproductivo"); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres / madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra

parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición.

En función de ello, el artículo 562 establecía que el control de la práctica exigía dos instancias judiciales: a) la homologación del consentimiento informado y b) la autorización judicial para la transferencia embrionaria: “Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Al tratarse de una práctica comprendida en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida se exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso, siendo el elemento volitivo junto a la prueba del nacimiento y la identidad del o los comitentes los extremos por reunir para definir el emplazamiento. El juez solo podía homologar el consentimiento si, además de cumplirse con lo dispuesto en leyes especiales, se acreditaban los extremos por cumplir dispuestos en la norma (art. 562).

Además, no se limitaba el acceso a los comitentes, pudiendo realizar el procedimiento personas solas o parejas de igual o distinto sexo.

El texto limitaba la posibilidad de llevar a cabo lo que se conoce como “gestación social” para evitar que mujeres con capacidad de gestar decidieran la gestación por otra, motivada en razones de estética y/o confort.

También existía una limitación de la cantidad de procedimientos que una misma persona podía realizar para evitar la explotación de la gestante, el aprovechamiento de una posible condición de vulnerabilidad, o la utilización del propio cuerpo con fines de lucro, viéndose esto reforzado con la exigencia de no haber recibido retribución alguna. Pero nada decía el artículo citado respecto de la compensación por los gastos que pudieran ocasionarse.

Por su parte, con la mirada puesta en la protección de los comitentes y en función de evitar el arrepentimiento e incumplimiento del acuerdo por parte de la

persona gestante se establecía la prohibición de aportar gametos propios y el requisito de haber dado a luz al menos a un hijo o hija propio.

5.2 Proyectos de ley

Es menester señalar la existencia de numerosos proyectos de ley que han intentado avanzar con el tema objeto de esta tesis. Empero a la fecha solo existen dos con estado parlamentario: el Proyecto S-1429/2020 (SEN –senadores-) del 6/7/2020 y el Proyecto 3524-D-2020 (DIP –diputados-) del 15/7/2020.

Entre los que perdieron estado parlamentario podemos enumerar: Proyecto 0138-D-2007 (DIP –diputados-) del 2/3/2007, Proyecto 0394-S-2009 (SEN –senadores-) del 11/3/2009, Proyecto 4098-D-2011 (DIP) del 17/8/2011, Proyecto 5441-D-2011 (DIP) del 8/11/2011, Proyecto 0300-D-2013 (DIP) del 6/3/2013, Proyecto 2574-S-2015 (SEN) del 14/8/2015, Proyecto 5700-D-2016 (DIP), del 31/8/2016, Proyecto 5759-D-2016 (DIP) del 31/8/2016, Proyecto 3765-D-2017 del 10/07/2017, Proyecto 5141-D-2017 del 26/09/2017, Proyecto 0630-D-2018 del 09/03/2018, Proyecto 1374-D-2018 del 22/03/2018 y Proyecto 0825-S-2018 del 28/03/2018.

A continuación, describiremos en orden cronológico cada una de las iniciativas legislativas existentes a la fecha.

5.2.1 Proyecto 0138-D-2007 (DIP) del 2/3/2007, presentado por la diputada Mirta Pérez (Bloque Peronista Federal, provincia de Buenos Aires). Código Civil. Incorporación del art. 63 *bis*, sobre nulidad del contrato de maternidad subrogada

A través de este proyecto se proponía incorporar al Código Civil de la Nación un artículo que prohibía expresamente los acuerdos de maternidad subrogada: “El contrato de maternidad subrogada es nulo de nulidad absoluta”. En sus fundamentos explicaba que el objeto del contrato de subrogación - entrega de un niño o niña- era ilícito, inmoral y contrario a las buenas costumbres, lo que en virtud del artículo 953 del Código anterior era suficiente para decretarlo nulo.

5.2.2 Proyecto 0394-S-2009 (SEN) del 11/3/2009, presentado por la senadora Bertolozzi de Adriana Raquel Bogado (Bloque Frente para la Victoria, provincia de Formosa). Modificación del Código Civil, incorporación del art. 63 bis sobre la nulidad expresa de acuerdos de maternidad subrogada (Reproducción del Expediente 2439-S-07, también iniciado por la senadora).

Al igual que el proyecto anterior modificaba el Código Civil de la Nación y prohibía expresamente los acuerdos de gestación por subrogación, a los que calificaba de "...insanablemente nulos aun cuando fueren concertados a título gratuito". También establecía un reenvío a las normas penales que protegen la identidad de las personas y la fe pública para el caso en que se llevaran adelante.

Por lo demás, el proyecto encontraba fundamento en la protección de las personas gestantes y sus derechos, como también en el derecho a la identidad del niño/a y entendía que era necesaria la prohibición expresa, ya que de no hacerse podía interpretarse que el vacío normativo estaba asociado a la permisividad.

5.2.3 Proyecto 4098-D-2011 (DIP) del 17/8/2011, presentado por Hugo Nelson Prieto (De la Concertación, Neuquén). Maternidad Subrogada: Régimen

Este proyecto tenía por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo la gestación por subrogación (art. 1º), a la que accederían aquellas personas "que por causas naturales" estuvieran imposibilitadas de procrear (art. 2º) y definía la técnica en su artículo 4º.

A su vez, creaba una Agencia Pública de la Maternidad Subrogada como autoridad de aplicación de la norma (art. 7º), la que tenía funciones de registro de procedimientos, de centros médicos autorizados a realizarlos, de personas gestantes y de niños y niñas nacidos/as por esta técnica.

Esta agencia tenía también a su cargo -entre otras funciones- el diseño de modelos del Instrumento de Maternidad Subrogada -documento legal en el que se expresaría el compromiso (art. 17), así como el control y aprobación de

su contenido -ya que este se perfeccionaba con la homologación por parte de la autoridad competente-. El proyecto disponía que la conducción y administración de la agencia estaría a cargo de un Directorio (art. 11) y la conformación del presupuesto para su funcionamiento (art. 16).

En su artículo 18 definía los requisitos y formalidades del Instrumento de la Maternidad Subrogada, al que le otorgaba un valor constitutivo e indispensable para que esta sea válida y existente.

Así, el artículo 22 establecía lo siguiente: “Homologado el Instrumento por la autoridad competente, se generará el vínculo filial a favor del o los subrogantes desde el momento de la fecundación en la persona gestante”. Por su parte, el artículo 23 establecía la sustitución de la presunción de maternidad (art. 242 del entonces Código Civil) por la filiación que determinaba el instrumento. Y específicamente reconocía -al igual que lo hace actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación para las técnicas de reproducción humana asistida- que prevalece siempre la voluntad del o de los subrogante/s.

En el Capítulo II se establecían los requisitos para ser gestante, las obligaciones de la persona gestante y la prohibición expresa de aportar los óvulos para la fecundación del embrión que luego le sería implantado. También definía los requisitos y las obligaciones de los subrogantes (arts. 28 y 29).

En el capítulo correspondiente a la relación con los médicos intervinientes definía la obligación de preservar la identidad de las personas intervinientes, al igual que resultaba una obligación de las partes conservar el anonimato. Posteriormente preveía las cuestiones vinculadas a la donación de gametos - obligaciones del donante, acceso a la información -anonimato relativo- y disponía además la criopreservación de “preembriones” sobrantes.

El Título V instituía prohibiciones, como la implantación de óvulos fecundados en úteros de animales y en personas en estado de coma (art. 39); crioconservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo (art. 40) y la clonación (art. 41); conductas que se sancionaban con multas económicas.

Finalmente, el art. 43 disponía la inscripción de los hijos e hijas con el apellido de los subrogantes y una acción expedita para los casos de incumplimientos de algunas de las obligaciones por las partes.

Conforme sus fundamentos, el proyecto de ley estaba orientado a “...garantizar el derecho de aquellos impedidos de procrear”. Preveía una regulación “...con objetividad, desprejuicio, teniendo como pilares fundamentales la voluntad procreacional y la oportunidad que la ciencia nos presta”. Se proponía consagrar el “derecho a la procreación” como un derecho de titularidad y ejercicio individual o compartido de los habitantes en condiciones de igualdad, protección al deseo a la maternidad o paternidad.

5.2.4 Proyecto 5441-D-2011 (DIP) del 8/11/2011, presentado por Alberto Nicolás Paredes Urquiza (Bloque Frente para la Victoria -PJ- La Rioja) - Maternidad subrogada: Régimen

De menor extensión que el proyecto anterior, sólo contaba con 8 artículos, y se presentaba como más restrictivo y contrario al ordenamiento jurídico vigente de ese entonces, dado que -por la definición de la técnica- limitaba su realización a parejas matrimoniales, heterosexuales y aportantes de gametos; desconociendo la vigencia de la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, sancionada en el año 2010.

Definía el procedimiento como un contrato (art. 6°) y, por sobre otras cuestiones, destacaba la importancia de las prestaciones económicas que otorgaba el artículo 3° sobre los derechos de la persona subrogada, es decir, a recibir del matrimonio comitente la suma de dinero preestablecida para proceder a que se le implante el embrión y a recibir la suma dineraria necesaria para cubrir los gastos de alimentación y gastos médicos (incs. a y b), así como también las obligaciones de los comitentes a efectuar todos los pagos acordados (inc. d).

En su artículo 7° proponía la modificación e incorporación de una norma al Código Civil -vigente en ese momento- sobre determinación de la maternidad a partir de la presentación en el registro de la prueba del nacimiento, la identidad del nacido o nacida y el contrato de gestación por subrogación.

De acuerdo con sus fundamentos, protegía los derechos de la comitente por sobre la persona gestante, ya que su objetivo era evitar que aquellas personas que deseaban ser madres y tener un hijo o hija propio se vean “burladas”; y no se cuestionaba el establecimiento de una contraprestación

económica, así como la falta de limitación en la cantidad de veces que una persona podría ser gestante para otra.

Finalmente, desconocía la posibilidad de acceder a la técnica a aquellas personas que no pudiesen aportar sus propios gametos y, al definir a la técnica como un contrato, postulaba como su objeto al útero de la “madre subrogada”, cuya finalidad se cumplía con la implantación del óvulo fecundado más allá de los resultados del embarazo.

5.2.5 Proyecto 0300-D-2013 (DIP) del 6/3/2013 presentado por el diputado Gerardo Fabián Milman (Bloque GEN, provincia de Buenos Aires). Creación de Régimen de maternidad subrogada (reproducción del Expediente 5201-D-2011, también iniciado por el diputado)

Este proyecto tenía disposiciones comunes con el Proyecto 4098-D-2011, aunque también contenía otras normas que los diferencian sustancialmente. Si bien su objeto era establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo el procedimiento (art. 1°), expresaba una concepción de la técnica diferente a la del Anteproyecto de reforma del Código Civil en aquel momento en debate.

Definía la gestación por subrogación como un “compromiso” entre la persona gestante y los subrogantes. Estos últimos debían ser una pareja constituida por un hombre y una mujer unida en matrimonio o en el entonces denominado concubinato (art. 3°) en el que la persona gestante se comprometía a llevar adelante el embarazo y luego entregar en adopción a los niños o niñas que pudieran nacer (art. 2°).

Expresamente establecía la prohibición de llevar adelante la técnica con material genético ajeno a la pareja subrogante y establecía la condición de realizarse sin fines de lucro.

Por su parte, creaba como autoridad de aplicación una Dirección de Maternidad Subrogada en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación (art. 5°) a la que otorgaba la función de registro (art. 10). Asimismo, el proyecto preveía que el compromiso debía plasmarse en el Instrumento de Maternidad Subrogada (art. 7°), siendo obligatoria su homologación ante la autoridad de aplicación -en el mismo sentido que el proyecto del diputado mandato cumplido Hugo Nelson Prieto-. Establecía un plazo máximo para hacerlo, sin especificar a partir de

cuándo empezarían a contarse las consecuencias del incumplimiento. Para dicha homologación exigía la realización de informes socioambientales respecto de las partes que debían resultar “favorables”.

Específicamente determinaba la filiación del nacido o nacida en cabeza de la persona gestante “...hasta tanto el juez competente resuelva favorablemente la adopción a favor de los subrogantes” (art. 16).

También preveía la facultad de revocar el acuerdo en cualquier momento hasta “...antes de la finalización del trámite de filiación del nacido por ese procedimiento” (art. 11).

Las consecuencias de la revocación eran netamente económicas: si un miembro de la pareja subrogante revocaba el compromiso o fallecía no eximía al otro miembro del cumplimiento (art. 12); la revocación de ambos importaba la renuncia a los derechos de adopción (art. 13); no extinguía la obligación de asistencia con la persona gestante y establecía la obligación de proveer de asistencia y alimentos al niño o niña nacido/a hasta su mayoría de edad; y la revocación por parte de la persona gestante importaba la renuncia a su derecho de asistencia por parte de la pareja, quienes podían reclamarle las erogaciones realizadas (art. 14).

Además, ambas partes quedaban facultadas para el reclamo de daños y perjuicios correspondiente.

En su artículo 18 definía los requisitos para ser persona gestante -entre los que incluía no haber participado en más de dos procedimientos anteriores-, y en el art. 19 establecía las obligaciones de la persona gestante, como concluir su relación subrogada respecto del o la menor y de la parte subrogante con la culminación del trámite de adopción.

Los artículos 23 y 24 establecían los requisitos y obligaciones de los subrogantes. Asimismo, expresamente se ponía en cabeza de la persona gestante toda decisión respecto de su salud, su vida y la del embrión-feto (art. 22) y precisaba el derecho de los subrogantes a estar informados por parte de la autoridad de aplicación durante el transcurso del procedimiento (art. 25), así como su derecho de visita diaria al niño o niña nacido/a hasta finalizar el trámite de adopción.

En sus fundamentos, al enumerar las posibilidades de utilización de la técnica por parte de parejas del mismo sexo y personas solas, la habilitaba

exclusivamente para parejas heterosexuales unidas en matrimonio o en el por entonces “concubinato”.

5.2.6 Proyecto 2574-S-2015 (SEN) del 14/8/2015, presentado por la senadora Laura Gisela Montero (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Ley sobre gestación por sustitución

Este proyecto fue el primero presentado con posterioridad a la sanción y vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. En su redacción recibió los aportes de especialistas vinculadas a la reforma proyectada, que incluía el instituto de la gestación por subrogación como una de las técnicas de reproducción humana asistida fuente de filiación.

Se proponía de acuerdo con el art. 1º regular la gestación por subrogación a efectos de: a) garantizar el interés superior del niño y niña que nace, b) proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen, y c) brindar un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica.

Se definió la gestación por subrogación como una forma de reproducción médicamente asistida (art. 2º) y seguidamente estableció los requisitos exigidos a las partes. Ambas debían ser “plenamente capaces” (art. 3º), por lo que se entendió que para poder acceder al procedimiento debían ser mayores de 18 años de edad.

Asimismo, determinó que la persona gestante no podría aportar sus gametos, debía tener buena salud, no haberse sometido a otros procesos más de dos veces y haber dado a luz al menos a un hijo o hija propio. Es de advertir que todos estos requisitos eran concordantes con los que establecía el Anteproyecto.

Respecto a la parte comitente (art. 5º), se establecía que podía ser una persona sola o una pareja, casada o no, y se exigía que al menos uno de ellos aportase sus gametos, aunque dejaba librada la posibilidad de que ello no sea así por razones que debían fundar. Además, debían tener imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término, lo que reiteraba la prohibición de realizar el tratamiento por cuestiones estéticas o de confort, al igual que el resto de los proyectos legislativos.

Finalmente establecía el requisito de tres años de residencia ininterrumpida en el país, lo que hacía al interés de evitar que la Argentina se convirtiera en un lugar proveedor de personas gestantes, promotor del turismo reproductivo y del fraude a la ley.

El proyecto, conforme con sus fundamentos, partía de la idea de que debía darse intervención judicial previa al embarazo. Ello a los efectos de que principalmente: 1) se verifique que se reúnen los requisitos que permitan vislumbrar que no habrá inconvenientes; 2) se verifique el pleno consentimiento de la persona que va a actuar como gestante y que la decisión es acorde al interés superior del niño y niña; y 3) se garantice la filiación de quienes provocaron este embarazo sin que pueda haber margen de especulaciones o abusos.

Así, en el Título III definía los requisitos para la petición ante la autoridad judicial -documentación identificatoria y certificaciones médicas- y establecía la exigencia de colaboración de un equipo técnico multidisciplinario que efectúe un dictamen previo a la homologación. Sin la resolución judicial el centro de salud no podía realizar la transferencia embrionaria, así como tampoco si transcurría un año desde la autorización (art. 17).

En el Título V se establecían los requisitos para la homologación judicial del acuerdo (art. 10), y allí se consignaban los derechos personalísimos de la persona gestante, estableciendo que las cláusulas del acuerdo de gestación por subrogación que de alguna manera limitaban los derechos de la persona gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía se tenían por no escritas.

Si durante la gestación se producía alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la persona gestante podía optar libremente por algunas de las alternativas previstas en esa ley (art. 11).

Se prohibía el carácter lucrativo o comercial del procedimiento (art. 12), aunque se establecía compensación económica a favor de la persona gestante para todos los gastos vinculados al embarazo y la obligación de contratar un seguro de vida en cabeza de los comitentes para cualquier contingencia (art. 13). A su vez, indicaba que la fórmula para el cálculo de la compensación sería definida por el Ministerio de Salud de la Nación.

Creaba, además, un registro de personas gestantes (arts. 14 y 15) en el ámbito del mencionado ministerio, a los fines de que fuese factible efectuar el control de la cantidad de procedimientos realizados por una misma persona y que el requisito limitante no se agote con la mera declaración.

El artículo 16 establecía que la filiación quedaba establecida entre la persona nacida y la/las personas comitentes con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y la resolución judicial que aprobaba el acuerdo de gestación por subrogación.

Y en el artículo 18, en armonía con lo dispuesto en el artículo 559 del Código Civil y Comercial de la Nación, agregaba que en el certificado y la partida de nacimiento se consignaría el vínculo de filiación con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la persona gestante. También aclaraba que la partida o el certificado no podían reflejar datos de los que se infiriese que el niño o niña había nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por subrogación.

De realizarse la técnica sin la autorización judicial, la filiación era determinada por las reglas de la filiación por naturaleza (art. 22). No obstante, en el artículo siguiente definía la incorporación de dos tipos penales en el Título IV destinado a los “Delitos contra el Estado civil”, en el Capítulo II relativo a la Supresión y suposición del estado civil y de la identidad.

Estos tipos penales sancionaban a quienes facilitaban, promovían o de cualquier modo intermediaban en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere la correspondiente autorización judicial que aprobaba el acuerdo de gestación por subrogación o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

Al estar permitida la donación de embriones, conforme la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida y su reglamentación, el apartado segundo de ese artículo exigía su constancia para que con esta medida no se oculte una gestación por subrogación. También se sancionaba a quien intermediaba entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño o niña y una persona que aceptaba llevar a término su gestación con el fin de entregárselo, aclarándose que las penas se duplicaban cuando estos hechos se habían cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

Con dicha regulación de esta técnica se intentaba prohibir su realización con fines comerciales o lucrativos y sancionar penalmente la intermediación entre la persona gestante y los comitentes.

5.2.7 Proyecto 5700-D-2016 (DIP), del 31/8/2016, presentado por la diputada Araceli Ferreyra (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Corrientes) y otros. Regulación de la técnica de gestación solidaria. Régimen

Este proyecto denominaba a la técnica “gestación solidaria” y establecía el vínculo filiatorio del niño o niña nacido/a en favor de los comitentes con la imposibilidad de impugnar dicha maternidad/paternidad, a menos que no se hubiera prestado el consentimiento informado.

En armonía con la ley 26.862 definía como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud de la Nación (art. 3°), su realización exclusiva en los establecimientos de salud habilitados (art. 4°) y la amplitud de los beneficiarios, pudiendo acceder a la técnica toda persona mayor de edad sin distinción de estado civil y/u orientación sexual (art. 5°).

A su vez, establecía la revocación del consentimiento informado hasta antes de producirse la implantación del embrión en la persona gestante; y en su artículo 6°, establecía la inclusión de la técnica en el programa médico obligatorio y la cobertura integral de los procedimientos.

Asimismo, preveía que el procedimiento por el cual se accedía a la realización de la técnica era similar a cualquier otro que se realizaba para otras técnicas de menor complejidad. Si bien se exigía consentimientos individuales, la norma aludía a un acuerdo entre la persona gestante y los comitentes que debía formalizarse en el centro médico y posteriormente protocolizarse y/o certificarse ante autoridad sanitaria (arts. 8° y 9°). Por lo tanto, se habilitaba la realización de la técnica por medio de acuerdos privados con un control menor al que establecían otros proyectos legislativos.

También permitía que una persona consintiera la determinación de la filiación en su favor, aun cuando no había prestado su consentimiento al inicio del procedimiento y hasta antes del nacimiento del niño o niña (art. 11). En virtud de ello, consagraba lo siguiente “Si la persona “comitente” es casada y su

cónyuge no hubiere prestado su consentimiento informado, no regirá la presunción de filiación por matrimonio” (art. 27).

Entre los requisitos para ser gestante, el proyecto establecía los siguientes: ser menor de 35 años y plenamente capaz; realizarse los exámenes médicos psicofísicos; no haber estado embarazada en los últimos 365 días, no padecer de un consumo problemático de alcohol, tabaco u otras drogas, ni enfermedades o infecciones susceptibles de ser transmitidas al feto durante el embarazo o el parto y prestar el consentimiento informado (art. 14). Además, se preveía que la persona gestante no podría ser aportante de gametos (art. 16). Entre las obligaciones, se destacaba la importancia otorgada a la voluntad de los comitentes en relación con el cuidado.

En lo que respecta al conocimiento de la información, el anonimato de los comitentes y la persona gestante estaba sujeto a la voluntad de quienes acordaban, siendo obligación de los médicos intervinientes un estricto apego al secreto profesional (art. 19).

La iniciativa también contempló la donación de gametos anónima y la obligación de resguardar la información en secreto, la que recaía en los bancos de los respectivos centros de salud (art. 20). Asimismo, se flexibilizaba el acceso al conocimiento de la identidad del donante por acuerdo y/u orden judicial (art. 22).

Se preveía la posibilidad de criopreservar los “preembriones” sobrantes (art. 24), y exceptuaba al Diagnóstico Genético Preimplantatorio de la prohibición de utilización de “embriones” para la experimentación (art. 25). Además, extendía los efectos de la inscripción de los nacimientos a favor de los comitentes a los nacimientos de hijos/as producidos en otros países en los cuales se encontraba legalizada la técnica de “gestación solidaria” (art. 31).

También otorgaba la posibilidad a los comitentes de decidir la interrupción del embarazo que cursaba la persona gestante -sin indicar los motivos- si la decisión se daba durante las primeras catorce semanas de gestación (art. 32). La persona gestante, en cambio, solo podría requerir la interrupción del embarazo si existía peligro para su vida o salud integral de acuerdo con lo previsto en el entonces artículo 86, inc. 1º, del Código Penal.

Por lo demás, no contemplaba los costos del procedimiento -más que en lo que refiere a la cobertura de la obra social- y a la existencia o no de pago a la persona gestante.

5.2.8 Proyecto 5759-D-2016 (DIP) del 31/8/2016, presentado por la diputada Analía Rach Quiroga (Bloque Frente para la Victoria -PJ-, provincia de Chaco) y otros. Gestación por Sustitución. Régimen

Este proyecto fue elaborado con la colaboración de Samer Catrha y las diferentes asociaciones de pacientes de técnicas de reproducción humana asistida. Contiene importantes similitudes con lo que preveía el Anteproyecto de Código Civil y Comercial y el proyecto presentado en la Cámara de Senadores - 2574-S-2015-.

La iniciativa se distingue del resto de las propuestas al definir un proceso judicial previo y específico para este tipo de técnicas.

Otro elemento a destacar es el requisito de que los comitentes y la persona gestante debían poseer lazos afectivos para intentar disminuir la posibilidad de conflicto entre las partes y desincentivar la intermediación y/o el carácter lucrativo del procedimiento. Así, el artículo 4° preveía la compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la persona gestante solo de los gastos que no debían ser cubiertos por otros agentes de salud, correspondiendo a la autoridad de aplicación establecer los montos.

Dado que una de las finalidades del proyecto era proteger a todos los sujetos intervinientes (art. 2º, inc. b) en su artículo 5º disponía -igual que el artículo 11 del Proyecto 2574-S-2015- lo siguiente:

La gestación por sustitución no restringe los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la ley.

En ningún momento otorgaba derecho a los comitentes de decidir en las cuestiones atinentes a los derechos personalísimos de la persona gestante.

Compartía los requisitos para ser gestante y para ser comitentes con los del Proyecto 2574-S-2015, aunque se agregaba el de residencia de 5 años

ininterrumpida en el país, el que no se exigía a personas de nacionalidad argentina o naturalizada. En el caso de los comitentes requería un asesoramiento y evaluación psicosocial previo y la contratación de un seguro de vida a favor de la gestante (arts. 6° y 7°).

En lo que respecta a la autorización judicial, exigía la intervención de las partes con su respectiva asistencia letrada y un dictamen de equipo multidisciplinario (arts. 9° a 11).

Al igual que el Proyecto 2574-S-2015 creaba el registro de personas gestantes, pero no con la finalidad de buscar allí a quienes podrían serlo o que judicialmente se determinase quién sería la gestante de los comitentes que lo solicitaban, sino a los fines de controlar la limitación de la cantidad de veces que una persona gestante se sometía al tratamiento -no más de dos veces-.

Determinaba la filiación en favor de los comitentes y la imposibilidad de impugnarla cuando haya mediado la autorización judicial previa, cuando existía el consentimiento informado previo a la realización de la técnica (arts. 13 a 15). Se establecía la prohibición de realizar la transferencia embrionaria transcurrido el año de la autorización judicial (art. 18), consagrando que, de realizarse sin la debida autorización, la determinación de la filiación se regía por las reglas de la naturaleza (art. 15).

Preveía la incorporación de dos tipos penales (arts. 20 y 21) al igual que el Proyecto 2574-S-2015, aunque agregaba la modificación expresa de los artículos 2° y 8° de la Ley 26.862 a fin de incorporar a la gestación por subrogación en los procedimientos comprendidos por la norma que contaban con cobertura integral de salud (arts. 22 y 23).

5.2.9 Proyecto 3765-D-2017 del 10/07/2017, presentado por la diputada Ana Carla Carrizo, (Boque UCR, Ciudad de Buenos Aires). Gestación por sustitución. Régimen. Modificación del Código Penal y de la ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Este proyecto estaba basado en los proyectos de la senadora –mandato cumplido- Montero -2574-S-2015- y la diputada –mandato cumplido- Rach Quiroga -5759-D-2016-.

En su artículo 4° contemplaba la posibilidad de que la persona gestante pudiera recibir una compensación económica razonable por la gestación. Además, los comitentes podían realizar una compensación económica a favor de la persona gestante teniendo en miras los gastos ocasionados por traslados, asesoramiento legal, psicológico y todos aquellos que eran consecuencia directa de esta práctica. Delegaba en el juez la evaluación de la compensación y disponía que debía asegurarse que no conlleve un aprovechamiento indebido de la persona gestante.

En sus fundamentos explicaba la posibilidad de que la persona gestante reciba una compensación razonable, para lo cual seguía la regulación propuesta para el estado de New York y la prevista en Israel.

También establecía un procedimiento íntegramente judicial con intervención del equipo interdisciplinario del juzgado en el cual las partes – personas gestantes y comitentes- debían intervenir con su respectiva asistencia letrada, peticionando la autorización judicial previa a la realización del procedimiento de gestación por subrogación (arts. 6°, 7°, 8° y 9°).

A diferencia de la mayoría de los proyectos de ley sobre esta figura, esta iniciativa no exigía como requisito de procedencia que la persona gestante haya dado a luz y que tuviera un hijo o hija propio.

Asimismo, si durante la gestación se producía alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la persona gestante podía optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la ley.

Según sus fundamentos, para evitar el turismo reproductivo y atraer al país a personas que deseaban acceder a la gestación por subrogación, se exigía tanto a los comitentes como a la persona gestante un requisito de dos años de residencia en el país.

5.2.10 Proyecto 5141-D-2017 del 26/09/2017, presentado por la diputada Olga María Rista (Bloque UCR, provincia de Córdoba). Gestación por sustitución como técnica de reproducción médicamente asistida. Régimen. Modificación de la ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida y del Código

Este proyecto establece que la persona que de manera altruista decida llevar adelante el embarazo (art. 3°), no puede aportar su material genético (art. 8°, inc. f) ni tener vínculo de filiación alguno con la persona nacida (art. 2°).

También estipulaba que debían realizarse una serie de estudios psicológicos y físicos a la persona gestante, así como brindarle información clara y completa de los efectos físicos y emocionales del tratamiento y el embarazo. En tal sentido, debía ser mayor de 21 años y tener plena capacidad, así como haber experimentado ya un embarazo anterior y hacer un seguimiento terapéutico durante el embarazo para resguardar su bienestar emocional (art. 8°).

El proyecto planteaba una modificación al Código Civil para cambiar la presunción de filiación de la madre biológica e incorporar los casos en los cuales la filiación se daba a partir sólo de la voluntad procreacional a través de la práctica de gestación por subrogación (arts. 17 y 18).

En tal sentido, expresa en sus fundamentos que la registración igualitaria de un hijo o hija traído/a al mundo mediante esta técnica de gestación por sustitución es un derecho que no se podía dejar de contemplar en nuestro Código Civil y que está en consonancia con el principio de igualdad y no discriminación.

En este orden de ideas, el artículo 6° establecía el principio de no discriminación:

No podrá excluirse ni cuestionar el acceso a la gestación por sustitución de carácter altruista a ninguna persona o pareja que lo requiera bajo pretexto de etnia; nacionalidad u origen nacional, en caso de demostrar haber residido por 5 años o más en Argentina; color de piel; lengua, idioma o variedad lingüística; convicciones religiosas o filosóficas; ideología; opinión política o gremial; sexo, género, identidad de género y/o su expresión; orientación sexual; estado civil; trabajo u ocupación; aspecto físico; discapacidad; condición de salud; características genéticas; situación socioeconómica o condición social.

5.2.11 Proyecto 0084-D-2018 del 2/3/2018, presentado por la diputada Analía Rach Quiroga (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Chaco) y otros. Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la Gestación por Sustitución

Este proyecto legislativo constaba de 10 artículos y tenía como antecedente directo el proyecto 5759-D-2016 impulsado por los mismos legisladores a los que hemos hecho referencia en el punto 5.2.8 y al que remitimos.

5.2.12 Proyecto 0630-D-2018 del 9/3/2018, presentado por la diputada Araceli Ferreyra (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Corrientes) y otros. Técnica de Gestación Solidaria. Régimen. Modificación del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, sobre voluntad procreacional

Este proyecto legislativo constaba de 34 artículos y en términos generales reproducía el Proyecto 5700-D-2016 impulsado por los mismos legisladores a los que hemos hecho referencia en el punto 5.2.7 y al que remitimos.

5.2.13 Proyecto 1374-D-2018 del 22/03/2018, presentado por el diputado Marcelo German Wechsler (Bloque Pro, Ciudad de Buenos Aires) y otro. Gestación por sustitución. Régimen

Esta iniciativa, de 24 artículos, estaba basada en el proyecto S-2574/15, de la senadora, mandato cumplido, Laura Montero, que analizamos en el punto 5.2.6 y al cual –en lo pertinente- nos remitimos.

Sus autores refirieron en los fundamentos que fue pensado y escrito en consonancia con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Además, y a fin de evitar actos abusivos o escrupulosos y de prevenir que personas se beneficien económicamente con esta técnica, se proponía añadir dos tipos penales en el título IV destinado a los “Delitos contra el Estado Civil”, en el capítulo II relativo a la “Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad”.

También sancionaba a quien intermediaba entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño o niña y una persona que aceptaba llevar a término su gestación con el fin de entregárselo, y preveía que las penas se duplicaban cuando estos hechos se cometían con carácter habitual o con un fin lucrativo.

5.2.14 Proyecto 0825-S-2018 del 28/03/2018, presentado por el senador Julio Cesar Cleto Cobos (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por subrogación

Este proyecto estaba basado en el proyecto S-2574/15 de la senadora, mandato cumplido, Laura Montero.

El proyecto, que contaba con 35 artículos, hacía hincapié en "...garantizar el interés superior del niño nacido mediante esta técnica" y otorgaba seguridad jurídica a todas las personas intervinientes.

En sus fundamentos destacaba una realidad judicial en aumento. En tal sentido decía que:

Conforme a los incipientes fallos que comenzamos a tener en el país a través de los cuales se reconoce la práctica de la Gestación por Sustitución y se resuelven con el reconocimiento del vínculo filiatorio del recién nacido con los comitentes, vemos como el tema de esta especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales a la hora de abrogar por la regulación del procedimiento.

A través de los artículos 32 y 33 se pretendía introducir en la Ley de Contrato de Trabajo la protección a la persona gestante y el otorgamiento de licencia en forma conjunta con la persona comitente que se iba a hacer cargo del cuidado del niño o niña, en consonancia con la Ley 26.743 de Identidad de Género.

Por último, destacaba en sus fundamentos que con tal proyecto "...se garantiza el pleno acceso a la gestación por subrogación como derecho y orden simbólico donde el amor filial reposa en el deseo de ser padre, madre más allá de la relación sexual y de la mera naturaleza".

5.2.15 Proyecto S-1429/2020 del 6/7/2020, presentado por el senador Julio Cesar Cleto Cobos (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Gestación por sustitución

Este proyecto está basado en el proyecto 0825-S-2018 del mismo legislador.

El proyecto, que cuenta con 30 artículos, aunque mantiene el espíritu del proyecto mencionado anteriormente, realiza importantes cambios.

Una modificación introducida es la terminología utilizada para nombrar a los padres pretensos; en el proyecto anterior los denominaba comitentes y en éste los llama padres procreacionales (art. 3º y siguientes).

También establece la opción para que la persona gestante libremente pueda interrumpir el embarazo (art. 5º). En tal sentido dice que: “Si durante la gestación existiera peligro cierto para la vida o la salud de la gestante, certificado médicamente, y este peligro no puede ser evitado por otros medios, la gestante puede optar libremente por interrumpir el embarazo”.

En los artículos 12, 13 y 14 prevé una novedad en cuanto al procedimiento que se debe realizar para formalizar el acuerdo de gestación por subrogación. Así, elimina el procedimiento judicial previo de autorización que proponía en su proyecto 0825-S-2018 para que sea formalizado ante el centro médico autorizado, quienes serán los encargados de verificar los requisitos y de contar con un equipo multidisciplinario (art. 16).

La única posibilidad de intervención judicial que indica el proyecto se dará ante cualquier conflicto derivado del acuerdo y esa acción deberá resolverse mediante una acción expedita y rápida (art. 15).

Es de destacar que el proyecto prevé el derecho a la información en su art. 18 en estos términos:

La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho, una vez alcanzada la edad y madurez suficiente, de acceder a la información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas. En el caso en que la gestación por sustitución se hubiese realizado con gametos de terceros, serán de aplicación los artículos 563 y 564 Código Civil y Comercial.

Por último, instituye al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (art. 21).

5.2.16 Proyecto 3524-D-2020 del 15/7/2020, presentado por la diputada Graciela Estévez (Bloque Frente de Todos, provincia de Córdoba) y otras. Incorporación de la Gestación por Sustitución al Código Civil y Comercial

Este proyecto tiene como antecedente dos proyectos presentados con anterioridad, es decir, el proyecto 5759-D-2016 y el 0084-D-2018, y cuenta con 10 artículos que proponen la modificación de los artículos 560, 561, 562, 563, 565, 575 y 577 y la incorporación de los artículos 562 *bis* y *ter*.

En primer término, al art. 560 del Código Civil y Comercial propone incorporar –a lo ya redactado- el siguiente párrafo: “En los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución, la persona gestante debe prestar el consentimiento previo, informado y libre de conformidad con la ley 26.529 por someterse a una práctica médica” (art. 1º).

Por su parte, plantea introducir dos artículos específicos sobre gestación por subrogación (arts. 4º y 5º) que dicen:

Determinación de la filiación en la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución. La gestación por sustitución constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona denominada gestante, sin ánimo de lucro, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja, pretensos/progenitores, con quien/es la gestante posee lazos afectivos. Este procedimiento debe ser autorizado por autoridad judicial de conformidad con las pautas que se establecen en el artículo siguiente, de lo contrario, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza (art. 562 *bis* Código Civil y Comercial).

Autorización judicial. Requisitos. Para la autorización judicial de gestación por sustitución se debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) La persona gestante y el o los pretensos progenitores: tener plena capacidad civil; acreditar aptitud física; tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial.
- b) La persona gestante: no aportar sus gametos; no haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces para lo cual debe crearse un registro en el ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862; haber dado a luz y tener un (1) hijo propio.
- c) El o los pretensos progenitores: imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución y el deber a su cargo de una compensación económica en beneficio de la

gestante para la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la cobertura prevista en la ley 26.862. Esta compensación económica debe ser establecida por la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862 (art. 562 *ter* Código Civil y Comercial).

En el artículo 6° propone la modificación del artículo 563 del Código Civil y Comercial de la Nación agregando a lo ya previsto que, en los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución, la persona tenga derecho a acceder al expediente en el que consta toda la información sobre su origen gestacional.

Se propone agregar al artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación que, en los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución, la filiación quede determinada por la sentencia judicial que autoriza la gestación por sustitución (art. 7°).

Por último, introduce a la figura de la gestación por subrogación en los artículos 575 del Código Civil y Comercial de la Nación -Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida- y 577 del Código Civil y Comercial de la Nación -Inadmisibilidad de la demanda- (arts. 8° y 9°).

6. Jurisprudencia

Como veremos a lo largo de nuestra tesis, la jurisprudencia en este tema juega un rol muy importante debido al vacío legislativo y desconocimiento del tema.

Tal es así que en este punto describiremos –brevemente- la evolución que tuvo la jurisprudencia de nuestros tribunales como consecuencia de las distintas vías elegidas por los litigantes para abordar este asunto.

Así, podemos establecer por lo menos tres grupos de procesos judiciales, 1) aquellos iniciados antes de la transferencia del material genético a la persona gestante, 2) los impetrados con la gestación por subrogación en curso y, 3) los interpuestos una vez nacido el niño o niña.

6.1 Procesos iniciados antes de la transferencia del material genético a la persona gestante

En estos casos se han planteado mayoritariamente procesos de autorización judicial o de homologación de convenio.

En la autorización judicial todas las partes requieren al juez o jueza interviniente que les autorice iniciar el procedimiento médico y que una vez transferido el embrión al cuerpo de la persona gestante el embarazo prosiga y se llegue al parto y nacimiento con vida; que el niño o niña nacido/a sea inscripto/a directamente a nombre de los comitentes (“F. M. L. y otra s/ autorización judicial”, Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 2/12/2014; “Dato reservado”, Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, 29/12/2015; “Reservado s/ Autorización judicial”, Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, 6/7/2017; “S., M. J. y otro s/ autorización judicial”, Juzgado de Familia N° 6 de San Isidro, 2/3/2018; “R., R. A. y otros s/ autorización”, Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de la 2ª Nominación de Villa María, 8/6/2018; “P. A. M. y otro s/ autorización judicial”, Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de la 1ª Nominación de Tucumán, 26/9/2018; “O. F., G. A. y otro s/ Autorización”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 87, 3/4/2019; “D., J. E. y otro/a s/ autorización judicial”, Juzgado de Familia N° 8 de La Plata, 27/4/2020).

En el segundo supuesto se presentan los convenios suscriptos entre el o los comitentes y quien gestará al hijo o hija para que el juez o jueza lo analice y lo homologue –siempre que no se haya violentado el orden público-; luego de ello se podrá dar comienzo en el centro de salud elegido al tratamiento correspondiente y, una vez producido el nacimiento, el niño o niña nacido/a será inscripto/a como hijo/a de el o los comitente/s (“R., L. S. y otros - solicita homologación”, Expte. N° 3447358, Juzgado de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, 22/11/2017; “A., M. T. y otro s/ solicita homologación”, Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba, 6/8/2018; “V. A. B. y otros - solicita homologación”, Juzgado de Familia de la 5ª nominación de Córdoba, 25/4/2019; “F. C. y otros - solicita homologación”, Juzgado de Familia de la 6ª nominación de Córdoba, 13/8/2019).

6.2 Procesos impetrados con la gestación por subrogación en curso

En este tipo de juicios las partes peticionan con carácter urgente, dadas las particularidades del caso, la autorización judicial para que al momento del nacimiento del niño o niña se efectúe su inscripción ante el Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, ya mencionando el prenombre seleccionado y con los apellidos de quienes tienen la voluntad procreacional – comitentes-, pero no de la persona gestante.

Habitualmente este tipo de acciones son peticionadas en conjunto con la solicitud de inconstitucionalidad de los arts. 562, 565 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación (“H. M. y otra s/ Medidas precautorias (art. 232 del CPCC)”, Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015).

6.3 Procesos interpuestos una vez nacido el niño o niña

En estas causas el objeto principal es la impugnación de la maternidad de la persona gestante por no ser la “madre biológica” invocando la voluntad procreacional de los comitentes, para luego reclamar el emplazamiento de la requirente como madre. Al igual que en el caso anterior, se suele requerir la inconstitucionalidad de las normas de código de fondo mencionadas (“B., M. A. c. F. C., C. R.”, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualaguaychú, 14/04/2010; “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 de la Ciudad de Buenos Aires, 18/5/2015”).

Para lograr su objetivo los litigantes recurren a distintas estrategias procesales como pueden ser: medidas autosatisfactivas, acción declarativa de certeza o la petición lisa y llana de impedir la inscripción del nacimiento en cabeza de la persona gestante y que se perpetre a favor de los requirentes.

En el primer supuesto se solicita como medida cautelar que se ordene al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que no inscriba de oficio al niño o niña y, como cuestión de fondo, que se emita una partida de nacimiento del niño o niña como hijo o hija de los comitentes (“M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas”, Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, 6/9/2017; “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas”, Juzgado de Familia N°

2 de Mendoza, 15/2/2018; “C., C. A. y otros s/ Materia a categorizar”, Juzgado de Familia N° 1 de Pergamino, 22/4/2019).

En el segundo, ya producido el nacimiento del niño o niña e inscripto/a, se requiere la inmovilización de las actas de nacimiento y la inscripción en nuevas en la que el niño o niña figure como hijo o hija de quienes habían expresado su voluntad de ser padres (“C. M. E. y J. R. M. por inscrip. nacimiento”, Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 15/12/2015; “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H de la Ciudad de Buenos Aires, 15/3/2018; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I de la Ciudad de Buenos Aires, “S. M, D. y otros c. A. S. S. s/ filiación”, 28/8/2020).

En la última estrategia procesal los peticionantes solicitan que no se inscriba al niño o niña nacido/a mediante gestación por subrogación hasta tanto se determine la filiación a su favor (“N. N. o D. G. M. B. s/ inscripción de nacimiento”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 de la Ciudad de Buenos Aires, 18/6/2013; “N. N. O. s/ inscripción de nacimiento”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 83 de la Ciudad de Buenos Aires, 25/6/2015; “B., B. M. y otro c. G., Y. A. s. impugnación de filiación”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8 de la Ciudad de Buenos Aires, 20/9/2016; “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 81 de la Ciudad de Buenos Aires, 14/6/2017; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E de la Ciudad de Buenos Aires; “S., I. N. c. A. C. L. s/ impugnación de filiación” 30/10/2018).

7. Conclusión

Una primera conclusión que surge de este capítulo es que la gestación por subrogación existió a lo largo de la historia de la humanidad.

Ahora bien, los métodos que describimos y que eran utilizados en la antigüedad para realizarla se asemejaban a la esclavitud y la sumisión de la persona gestante. Esto nos revela un dato inicial sobre este procedimiento: la persona gestante fue, es y será uno de los actores más vulnerables de los que se encuentran involucrados en la gestación por subrogación.

Otra de las cuestiones descriptas en este capítulo es la postura asumida por la Iglesia Católica. Sobre este punto debemos analizar es si la rigidez e

intransigencia de la postura asumida por la Iglesia Católica ayuda a los que eligen este método reproductivo. Como indicamos, un alto porcentaje de personas en nuestro país profesan esta religión, por lo cual es altamente probable que muchos de los actores involucrados recen el catolicismo. Más aún, muchos de los niños y niñas nacidos/as bajo esta modalidad han sido o serán bautizados en esta religión.

Una respuesta a esta mirada -a nuestro entender sesgada- nos la enseña el análisis realizado sobre el sistema jurídico francés, en cuanto a que la prohibición de los contratos de gestación por subrogación no da una respuesta de justicia a los conflictos que se plantean.

Es claro que el propósito que persigue este sistema prohibitivo francés es disuadir la utilización de este tipo de técnicas, pero la solución que brinda no está en consonancia con el interés superior del niño y niña y con los derechos de quien gestó a ese niño o niña.

Lo descrito en torno al sistema francés –que en algún punto se encuentra en concordancia con la postura de la Iglesia Católica- nos hace pensar si la reprobación sistemática no puede acarrear peores peligros y consecuencias que la aceptación de esta realidad.

Tanto el anteproyecto de reforma del Código Civil como los proyectos legislativos enumerados en este capítulo son una muestra cabal de la necesidad de establecer un marco normativo sobre la gestación por subrogación.

Notamos que muchos de esos proyectos revelan una gran madurez, como también que de allí se pueden obtener los lineamientos que nos permita alcanzar una normativa que sea acorde con los avances obtenidos en nuestro sistema jurídico en materia de derechos humanos.

En consonancia con lo dicho en el párrafo anterior hay una cuestión que es de suma preocupación y que está relacionada con la creciente y abundante litigiosidad que se plantea ante la carencia de una ley que regule la gestación por subrogación. Entendemos que dejar las cosas como están y seguir al arbitrio de las decisiones judiciales constituye un riesgo que va en contra del interés superior del niño y niña y de la persona gestante que lo/a dio a luz.

Por último, el interrogante que nos planteamos es si no será mejor tolerar lo que no se ha podido impedir legislativamente, limitando los excesos para

proteger los intereses en juego, antes de persistir con la cerril reprobación (Chiapero, 2012, p. 175).

Así, pues, enrolados en la postura de la tolerancia en el siguiente capítulo nos abocaremos a desentrañar algunos aspectos relativos a las condiciones jurídicas a considerar ante la falta de normativa sobre gestación por subrogación.

Capítulo 3

CONDICIONES JURÍDICAS A CONSIDERAR EN LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

1. Introducción

En el presente capítulo nos abocaremos a desentrañar algunos aspectos negativos que afectan a los/as más vulnerables en la relación jurídica que se plantea en la gestación por subrogación.

En primer término, analizaremos los requisitos generales del contrato de gestación por subrogación y luego los supuestos de cláusulas abusivas en el contrato de gestación por subrogación. Abordaremos esta cuestión considerando su existencia a pesar de la falta de legislación, ya sea que se haya formalizado de manera altruista u onerosa.

Consideraremos qué cláusulas deben contener estos acuerdos y, fundamentalmente, cuáles son abusivas. También examinaremos los testimonios de una pareja comitente y de una persona gestante, en ambos casos altruistas.

Luego, veremos qué contratos de gestación por subrogación facilitan la imposición de condiciones abusivas, así como las cláusulas arbitrarias que más comúnmente se suelen incorporar en estos acuerdos.

En segundo término, evaluaremos cuáles pueden ser las implicancias civiles y penales para el supuesto de interrupción del embarazo por parte de la persona gestante o a petición de los comitentes, daremos diversas razones por las cuales consideramos posible exigir una reparación en caso de interrumpir un embarazo generado a partir de un contrato de gestación por subrogación y analizaremos los rubros que podrían ser incorporados en un reclamo de daños y perjuicios de acuerdo al carácter del convenio o si el órgano judicial lo considera válido o inválido.

También examinaremos los supuestos de consentimiento de la persona gestante y veremos cómo puede impactar su edad a la luz del artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Posteriormente, abordaremos los conflictos relativos a la intimidad y libertad de los comitentes y de la persona subrogada. Aunque estos temas tienen íntima relación con la invocación de cláusulas abusivas, nuestro análisis estará enfocado principalmente en el consentimiento informado de la persona gestante, la constante judicialización a la que debe someterse esta cuestión y la afectación a la intimidad de las personas involucradas.

Evaluaremos la conveniencia de que exista un consejero reproductivo que intervenga antes de tomar cada decisión, así como también la conveniencia de que la persona gestante pueda ejercer el derecho de reflexión o de arrepentimiento previo a la entrega del niño o niña.

Por último, consideraremos los conflictos jurídicos relativos al derecho a la información de los niños y niñas nacidos por gestación por subrogación. Para ello abordaremos las definiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño relativas al derecho a la identidad. En ese orden de ideas mencionaremos los supuestos de identidad estática y dinámica.

2. Requisitos generales del contrato de gestación por subrogación

La gestación por subrogación resulta posible con un acuerdo de voluntades previo, en el cual surjan derechos y obligaciones entre sus partes y sometido -en general- a homologación o autorización judicial.

En el ámbito de nuestro país, se trata de un contrato innominado, de derecho privado, bilateral, *intuitu-personae*, atípico, que versa sobre derechos personales.

En tanto el contenido del acuerdo suscrito por las partes es sumamente sensible, y es muy complejo intervenir *ex post* para aplicar las correcciones del caso, deberá ser prudente la redacción del instrumento privado sometido a homologación o autorización judicial.

En dicho instrumento se consignará: los datos filiatorios completos de todas las partes -comitente/s, persona gestante-, la manifestación de libre consentimiento de la persona gestante, los datos de la institución médica y de los profesionales intervinientes, los gastos comprendidos a favor de la persona gestante, la mención acerca de un eventual honorario en caso de que ello sea admitido, la orden a la institución médica en la cual nazca el niño o niña de que

el certificado de nacimiento sea emitido directamente con el nombre de los comitentes, y cualquier otra información que pueda ser de utilidad y que sea requerida por la autoridad judicial.

Con relación a la persona gestante se debe tener certeza que presta su consentimiento libre, pleno e informado. Además, el consentimiento debe prestarlo con anterioridad al embarazo, por lo cual debe ser previo al inicio de cualquier tratamiento (Lamm, 2013, p. 254).

La persona gestante debe tener plena capacidad, buena salud física y psíquica, no solamente para garantizar la comprensión el consentimiento que presta, sino también para asegurarse que reúne las condiciones de salud necesarias para gestar sin inconvenientes para su salud y la del niño o niña por nacer. Por otro lado, la persona gestante no debe aportar sus gametos; ello, para minimizar las disputas y los problemas que son más frecuentes en la gestación por subrogación tradicional, delimitar mejor el rol asumido por la persona gestante y garantizar que deba recurrirse a la fertilización *in vitro* y hacerse necesariamente por médicos especialistas (ob. cit., 2013, pp. 255-257).

Otros requisitos que se recomienda tener en consideración son que la persona gestante no se someta a un proceso de gestación por subrogación más de dos veces, a los efectos de evitar abusos y prevenir su cosificación, y que tenga al menos un hijo o hija previo propio, para asegurar que la persona gestante comprenda su compromiso al haber sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño o niña, y garantizar que presta un consentimiento verdaderamente informado (ob. cit., 2013, pp. 257-260).

En lo que respecta a los requisitos del o de los comitentes, entendemos que se debe permitir acceder a la gestación por subrogación tanto a las parejas casadas como no casadas, heterosexuales y homosexuales, como a las personas solas, que cuenten con capacidad para contratar (art. 22 y conchs. del Código Civil y Comercial de la Nación).

Se ha dicho que al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético, pero consideramos que este debe ser un requisito necesario, pero no excluyente, ya que podría plantearse situaciones en que parejas o personas no pueden aportar sus gametos, configurando un supuesto de discriminación.

Otro requisito a tener en cuenta es que el o los comitentes deben tener alguna imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo sin riesgo para la salud de la mujer o del niño o niña por nacer.

Por último, una preocupación recurrente es la del turismo reproductivo. A fin de evitarlo uno de los comitentes debe tener un período mínimo de residencia ininterrumpida en el país previo a suscribir el acuerdo de gestación por subrogación.

El establecimiento médico especializado suele tener un rol muy activo en la conformación del contrato de gestación por subrogación.

Estos, suelen contar con un equipo interdisciplinario que evalúa y asesora a el o los comitentes y la persona gestante desde el aspecto médico, psicológico y legal (Inciarte, Quaini, Martínez, Urquiza, Piscicelli, Pasqualini (h) y Pasqualini, 2018, pp. 27-35).

En razón de ello, las indicaciones médicas para esta técnica deben ser claras y no dejar lugar a duda que la gestación por subrogación es el único camino posible para que el o los comitentes accedan a la paternidad. Por ese motivo, deben realizar un abordaje psicológico de la situación subjetiva de el o los comitentes y de la persona gestante.

En los establecimientos médicos se firman los consentimientos libres e informados bajo escribano público para realizar el tratamiento.

Allí, tanto el o los comitentes y la persona gestante con sus letrados, la médica del equipo de fertilidad y la escribana deben estar presentes en este acto.

Para ello, las clínicas especializadas consideran indispensable que la persona gestante tenga asesoramiento legal independiente, quien también deberá estar al momento de la firma.

En este consentimiento el o los comitentes se hacen responsables de los embriones fertilizados y del niño o niña que pudiera nacer de este tratamiento. La persona gestante acepta que no tendrá ligamen genético ni jurídico con el niño o niña y que será hijo o hija del o los comitentes y se compromete a entregarlo al momento del nacimiento.

Otro aspecto interesante a considerar por su elocuencia es la manifestación de voluntad de la persona gestante, ¿a partir de qué edad sería válida la expresión del consentimiento?

El artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación regula aspectos trascendentes referidos al ejercicio de los derechos por parte de las personas menores de dieciocho años.

En este sentido, la actuación por intermedio de los representantes legales sigue resultando exigible como regla, pero se aclara que quienes cuenten con edad y grado de madurez suficientes pueden ejercer por sí los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, consagrándose el rol del abogado del menor para supuestos de conflictos de intereses con sus representantes legales. Es así que para los negocios jurídicos a celebrarse por quienes no han alcanzado la mayoría de edad la regla seguirá siendo la incapacidad y consecuente necesidad de representación (Wierzba, 2015, p. 232).

Sin embargo, ante la falta de legislación sobre nuestro tema de tesis, podría llegar a plantearse la posibilidad de que un adolescente de dieciséis o diecisiete años decida suscribir un acuerdo de gestación por subrogación o, sin suscribirlo, gestar un hijo o hija para otra persona.

Ahora bien, el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación expresa el principio de autonomía progresiva a tener en cuenta toda vez que un o una joven deba prestar su consentimiento informado previo a un procedimiento médico.

Este principio supone el desarrollo y la consolidación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de derechos en plena etapa de desarrollo que tienen un plus de derechos diferentes, regidos por la protección de su interés superior. En tal sentido, la norma habilita a los adolescentes a ejercer por sí los actos que les son permitidos por la ley, siempre que cuenten con edad y grado de madurez suficiente (ob. cit., 2015, p. 233).

Así las cosas, sin dudas, si la persona gestante resulta ser un o una adolescente se generaría un conflicto entre el o la adolescente, sus progenitores y el equipo médico, debiendo el juez interviniente estimar si cuenta con un grado de madurez suficiente y adecuada comprensión de las consecuencias físicas, morales y jurídicas de su acto y, por tanto, convalidar la aplicación de la técnica o autorizarla.

Tal como afirma Wierzba (2015) las cuestiones bajo análisis comprometen valoraciones de orden médico, bioético y jurídico. En el derecho, tienen ya un extenso tratamiento, reflejado en soluciones específicas ofrecidas por la profusa

legislación sanitaria argentina que bajo variadas fórmulas autoriza expresamente a los adolescentes a recibir información y tomar decisiones en materia de salud reproductiva (p. 240).

No escapa a este análisis y por ello cabe mencionar que en los numerosos proyectos de ley que han intentado avanzar sobre el tema de esta tesis surge con claridad que la persona gestante debe tener plena capacidad, por lo que se entendió que debía ser mayor de 18 años de edad, o bien 21 años de edad y haber transitado al menos por un embarazo.

Pero quisimos incorporar este supuesto para demostrar que la falta de ley especial que prevea esta circunstancia puede generar conflictos en el orden ético, político y judicial.

Ello no es una utopía y puede ser potencialmente posible. Maffia y Gómez (2019) parten de la premisa de que en las sociedades capitalistas existe una mercantilización de los cuerpos de las mujeres y la utilización de su sexualidad, por lo que la gestación por subrogación supone -para estas autoras- la apropiación de la capacidad de gestar en un mercado.

Por último, mencionaremos algunos regímenes especiales que rigen para determinadas prácticas médicas en personas menores de 18 años, pues consideramos que deben tenerse en cuenta en la discusión parlamentaria de la futura legislación sobre este tópico.

En los supuestos de tratamientos hormonales, conforme los artículos 5º y 11 de la ley 26.743 sobre identidad de género se debe reunir el consentimiento de la persona menor de edad que cuente con edad y grado de madurez suficiente a lo que se suma la conformidad de ambos progenitores.

La ley 22.990 de sangre dispone que puede ser donante de sangre toda persona que posea entre 16 a 75 años –artículo 44, inciso a-. Allí, se aclara que los menores de 18 años deberán contar con la autorización de sus padres o representantes legales –artículo 44, inciso b-.

La ley 27.447 de trasplantes de órganos, tejidos y células, establece como principio, respecto a la ablación de órganos y tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien puede autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona con quien mantiene una unión convivencial, conforme la normativa vigente (art. 22).

En los supuestos de implantación de Donante de Células Progenitoras Hematopoyéticas, dispone en su artículo 26 que cualquier persona capaz mayor de dieciocho años puede disponer ser donante sin las limitaciones de parentesco establecidas en el artículo 22 de la presente ley. Los menores de dieciocho años previa autorización de su representante legal, pueden ser donantes sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto.

Con relación a los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos cadavéricos, toda persona puede autorizar expresamente la ablación de órganos y tejidos de su propio cuerpo para después de su muerte, tratándose de un menor de dieciocho años se requiere la autorización de ambos progenitores o el que se encuentre presente, o el representante legal del menor; y que, la oposición de uno de los padres elimina la posibilidad de llevar adelante la extracción en el cuerpo del menor. En caso de ausencia de las personas mencionadas precedentemente, se debe dar intervención al Ministerio Pupilar quien puede autorizar la ablación (art. 34).

Por último, el o los comitentes aceptan hacerse cargo de todas las erogaciones que pudieran surgir. Se harán cargo de todos los costos del tratamiento y de todas las necesidades que la persona gestante tuviera debido a este -vestimenta, salud, movilidad, alimentación, entre otros-. También se comprometen a brindarle una obra social y a tramitar un seguro de vida y de pérdida de órganos a favor de los hijos o hijas de la persona gestante (ob. cit., 2018, p. 32).

3. Supuestos de cláusulas abusivas en un contrato de gestación por subrogación

En primer término, cabe advertir que al hablar de cláusulas abusivas en la gestación por subrogación estamos dando por sentado que el contrato en esta práctica existe.

Y existen porque los centros de salud que realizan esta técnica reproductiva requieren formalizar contratos para que sean ejecutables las obligaciones de todos los involucrados y, fundamentalmente, en razón de la responsabilidad médica, los honorarios y costos involucrados (Basset y Ales Uría, 2018).

Pero no debemos pasar por alto que existe una controversia en torno al objeto de este tipo de acuerdos porque, sin perjuicio de su carácter gratuito u oneroso, se estaría contratando sobre parte del cuerpo humano. En tal sentido, tanto el art. 17 como el 1004 del Código Civil y Comercial prohíben que el cuerpo humano, en todo o parte, sea objeto de contrato, salvo que su disposición sea por un valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.

Por otro lado, todo contrato debe tener por objeto una prestación lícita, no lesiva de las disposiciones del art. 279 del Código Civil y Comercial, determinado o determinable y “susceptible de apreciación pecuniaria” (art. 1003).

Así, podríamos pensar que la gestación por subrogación de carácter lucrativo –onerosa- caería dentro de la prohibición del art. 279 del referido Código, en cuanto lesionaría la dignidad humana por apreciar pecuniariamente su objeto -embarazo, parto y niño o niña-.

Por consiguiente, estamos ante un contrato que existe y que es el fruto del derecho vivo (Monzón, 2019).

Describen esta realidad la creciente cantidad de peticiones en el ámbito judicial de homologación de acuerdos de gestación por subrogación en todo el país (“A., M. T y otro s/ solicita homologación” Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba y “P., A. M. y otro s/ autorización judicial”, Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de la Nominación de Tucumán”, resueltos el 6/8/18 y 26/9/18, respectivamente, entre muchos otros).

Tampoco debemos desconocer la presencia de personas gestantes que aceptan ese acuerdo por necesidad económica para que otros puedan llevar adelante su deseo de paternidad o maternidad. Creemos que la solución más adecuada para evitar las cláusulas abusivas viene acompañada de conductas cooperativas o altruistas.

Sin perjuicio del carácter del contrato -oneroso o altruista- no tenemos dudas de que los grandes benefactores y quienes más provecho económico obtienen son los centros médicos o las oficinas intermediadoras, lo que hace que estos contratos sean vistos por una parte de la población con cierta reticencia, tanto desde el punto de vista legal como desde la perspectiva ética.

Hay autores que consideran que en todo contrato de gestación por subrogación se involucran una serie de cláusulas fuertemente gravatorias de las libertades fundamentales de la persona gestante (Basset y Ales Uría, 2018).

Pero también hay quienes sostienen que muchas personas que gestan para terceros optan por limitarse -por ejemplo: no fumar, beber alcohol y consumir drogas-, así como también evitan aquellos alimentos que pueden dañarlas, sin necesidad de que se les imponga la obligación a través de un contrato (Lamm, 2013).

Creemos que el acuerdo de gestación por subrogación, independientemente de su carácter, no puede estipular cláusulas que limiten los derechos de la persona gestante sobre su propio cuerpo o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía.

Consideramos que las limitaciones de este tipo, de existir, han de ser acordadas a través de la buena voluntad y la confianza mutua, si se recurre a la gestación por subrogación y a determinada persona gestante porque se confía en su conducta y actitud y se cree que se cuidará y cuidará del embarazo (Lamm, 2013).

En tal sentido, cabe traer aquí una serie de testimonios ofrecidos por personas involucradas en gestaciones subrogadas altruistas, a través del programa de televisión “¿Qué piensan los que no piensan como yo?” para que veamos en qué medida sus vivencias podrían ajustarse a las situaciones que venimos mencionando.

En primer término, encontramos el testimonio de Maica Moraes -comitente- quién manifestó que:

Mi amiga aparece después de tanto ver que yo estuve mal y que estuve internada y que ella estuvo mucho cerca mío.

[...] Un día estábamos juntas charlando de otros temas y ella se me ofrece a prestarme su panza. Ella ya tiene hijos, con lo cual sabe lo que es ser madre, y ella me dice que ella quería que yo sea mama y que me quería ayudar.

[...] Para mí que ella haya venido a pedírmelo, que se haya ofrecido, me parece que eso si fue una señal que me hizo tomar la decisión.

Luego, el de Juan De Gregorio -comitente y esposo de Maica- que dijo:

Nosotros siempre decimos que esto fue un proceso, del fruto del respeto y del amor. Porque fue un acto de amor inmenso de la amiga de Maica hacia con Maica y hacia conmigo y un acto de respeto y equilibrio entre los tres sino es imposible hacerlo. Entonces, es respeto, es amor, es equilibrio, es esa apertura mental, es ponerse en el zapato del otro.

Por su parte, Gabriela Acevedo -gestante en favor de una amiga- refirió que:

Sabía que ella no iba a poder ser mamá y es algo que a mí siempre me dolía.

[...] Yo tuve a mi primera hija, después tuve a mi segunda hija [...] y ahí fue el momento donde yo ya me sentía completa, feliz, más que feliz porque fue más de lo que yo esperaba y surgió algo en mí de decir: “y yo no puedo hacer nada por mi amiga”.

[...] Un día me di cuenta de que sí, que podía hacer algo, lo primero que se me ocurrió es que yo puedo llevar un bebé dentro de mi panza para ella. Cuando ya tuve el sí de toda mi familia, estaba como desesperada para ir a decírselo.

[...] Estábamos los cuatro solitos y les dije, yo quiero proponerles algo; yo quiero prestarte mi panza para que vos seas mamá y fue un instante hermoso.

[...] Hoy te puedo decir que no fue difícil, yo siempre estuve segura de que iba a poder hacerlo [...] yo sabía que iba a ser mi sobrino o sobrina del corazón y que iba a poder, que mis hijas eran Delfi y Lu y que este otro bebé iba a ser el hijo de mi amiga. Lo llevé con muchísimo amor, fui como un hornito y le dimos todo el amor, pero jamás lo sentí hijo propio y no por eso no lo adoro ni lo amaba cuando estaba en la panza.

[...] Yo le dije a mi partera: “llamalos porque ya está por nacer” y llegaron y lo recibieron, él salió de mi cuerpo y se fue a los brazos de mamá y papá. El contacto piel a piel inmediato fue con su mamá y no se separaron más, como corresponde un bebé que nace y se va al cuerpo calentito de su mamá.

[...] Mis hijas lo vivieron al embarazo de una manera súper natural, jamás se habló de hermanito desde el primer momento yo le pedí permiso a ellas para prestar la panza y me dijeron que sí.

Somos conscientes de que quizá los testimonios transcritos precedentemente constituyen una pequeña muestra de una realidad mucho más grande y que aglutina muchísimas y distintas circunstancias que seguramente el derecho debe atender. Sin embargo, queremos destacar que en ambos casos la persona gestante se acercó a los comitentes y les ofreció su vientre para gestar a sus hijos o hijas. Se puede percibir también que en ninguno de los casos pudo haber abuso o cláusulas abusivas, al contrario, en ambos casos se destaca el acto de amor de la persona gestante.

De acuerdo a lo transcrito, ¿podríamos dar a esos casos la calificación legal de contrato? Si tomamos una concepción lata del contrato como todo

acuerdo entre partes destinado a crear obligaciones entre las partes cabría encuadrarlos dentro de la más genérica construcción del contrato.

Advertimos cómo la perspectiva del contrato es de gran utilidad. Ello nos permite evaluar el consentimiento al acto y sus sutilezas. La libertad del consentimiento no se mengua sólo por la vulnerabilidad económica, de género, raza, nacionalidad, sino también por estructuras de poder móviles que se dan en concreto en cada familia.

Sin perjuicio de las buenas intenciones y sentimientos de los intervinientes, a nuestro entender es indispensable que las cláusulas de estos acuerdos garanticen todas las libertades individuales y derechos humanos de la persona gestante como: la entrada y salida del país; la libre práctica y ejercicio de los derechos de la personalidad, que incluyen el derecho a tener relaciones íntimas con su pareja, a iniciar relaciones afectivas y de cualquier otra índole durante la duración del embarazo; y la exención de responsabilidad por el producto de la gestación.

Entendemos que los comitentes, en ningún caso, pueden ejercer el control sobre el embarazo de la persona gestante. Pero no dejamos de valorar que cuando la gestación se hace para otros, y sobre todo si se pacta que el niño o niña ya es de otros antes del parto, el riesgo de conflicto entre la persona gestante y los comitentes es muy elevado.

Así, la jornada de trabajo que desarrolla la persona gestante, sus hábitos de vida o su dieta, su tratamiento ante enfermedades que pueda padecer, podrían ser evaluados por los comitentes, por lo que también cabría la posibilidad de que éstos puedan tener injerencia en esos aspectos, e incluso, pretender exigirle determinado comportamiento. Dado que el hijo o hija es de ellos, no sería descabellado pensar que querrán hacer valer su condición de padres sobre la persona gestante. Sin embargo, entendemos que lo que el derecho debe prohibir es que se produzca una intromisión inaceptable en la vida privada de la persona gestante.

Sin entrar en generalizaciones, consideramos que no debemos analizar bajo la misma lupa a la gestación por subrogación onerosa y la altruista. Pero en la situación actual, sin legislación y, en el mejor de los casos, al arbitrio del Poder Judicial, en ambos casos la persona gestante está expuesta y desprotegida.

La gestación por subrogación onerosa está regida por un contrato de cumplimiento obligatorio en cuanto a los tiempos y a otras condiciones que disponga la pareja comitente que ostenta el derecho sobre el niño o niña en gestación en el vientre de la persona gestante.

El hecho de que los comitentes adquieran semejante dominio sobre el cuerpo de la persona gestante por motivos económicos supone un grave problema social y humano.

En los Estados Unidos esta práctica está legislada y es onerosa en algunos Estados. En los contratos de subrogación que allí se celebran se suelen incluir cláusulas sumamente restrictivas que condicionan la vida de la persona gestante pues avanzan sobre:

- su dieta;
- sus actividades deportivas;
- su vida sexual;
- la cantidad de chequeos médicos a los que deben someterse, que van más allá de los requeridos normalmente;
- su vida familiar mediante visitas por sorpresa para comprobar que se cumplen las condiciones establecidas.

Empero, cabe advertir que a través de las mentadas cláusulas los comitentes se reservan el derecho de asistir al parto, de provocar el aborto en el caso que se detecte algún defecto en el feto en gestación y, en algunos casos, hasta de rescindir el contrato.

Además, las condiciones impuestas a la persona subrogada deben ser cumplidas inexorablemente, bajo pena de incumplimiento de contrato y exponerse a severas penas.

En algunos casos se llega a mantener recluida a la persona gestante durante todo el proceso de gestación fuera del ámbito familiar y estrechamente vigilada (Aznar y Zunín, 2015).

Se han reportado acuerdos de gestación por subrogación en el Estado de California (Lahl, 2018) que contienen cláusulas relativas a la confidencialidad. Allí, la persona sustituta renuncia expresamente a la confidencialidad y libera a los padres futuros de los datos obtenidos como resultado de las evaluaciones psicológicas, de psicoterapia o médicas, así como también de las pruebas

obtenidas o realizadas según lo previsto en el acuerdo. Así, la persona subrogante acepta que los comitentes tengan información psicológica relacionada con su salud mental y cualquier otra información pertinente relacionada específicamente con el acuerdo de subrogación.

En dicho Estado también se constituyen cláusulas en los contratos de gestación por subrogación que declaran que la persona subrogante renuncia a su privilegio de médico-paciente y la aceptación de cualquier formulario de liberación para permitir que los comitentes, la agencia intermediaria y los futuros padres pretensores alternativos se comuniquen con el médico tratante y pueda revisar los registros médicos relevantes relacionados con el embarazo o la salud de la persona sustituta.

Por último, se hallaron cláusulas sobre la toma de decisiones al final de la vida. Allí, si la persona sustituta se encuentra cursando el segundo o tercer trimestre de embarazo y se requiere un equipo de soporte de vida médico para preservar y mantener su vida, tanto ella como los comitentes y la pareja de la persona sustituta pueden acordar que su vida se mantendrá con un equipo de soporte vital durante un período para lograr la viabilidad del feto. Asimismo, los futuros padres tendrán la potestad de decidir cuánto tiempo debe continuar el soporte vital antes del nacimiento del niño o niña, teniendo en cuenta la recomendación del obstetra o perinatólogo, pero será la pareja de la persona subrogante o su pariente más cercano el único responsable de determinar la hora en que se suspenderá el tratamiento de soporte vital después del nacimiento del niño o niña (Lahl, 2018).

El Centro de Bioética, Persona y Familia describe a través de su página web www.centrodebioetica.org el contenido de los contratos de gestación por subrogación -a los que llama “alquiler de vientre”- en la India para mostrar la situación de explotación y vigilancia a la que son sometidas las personas gestantes y para denotar su postura contraria a esta práctica.

Algunas de esas cláusulas prevén:

- Exámenes médicos psicológicos y físicos: la persona gestante y su pareja se deben comprometer a someterse a exámenes físicos y psicológicos solicitados tanto a criterio del médico tratante como a pedido de los comitentes, renunciando a la confidencialidad de sus los resultados.

Tales pruebas pueden realizarse en múltiples ocasiones, desde el momento anterior a la transferencia e implantación hasta luego del nacimiento del niño o niña. Se incluye las relativas a determinar la filiación genética (ADN).

También se otorga el derecho a los comitentes de asistir a cada visita médica, como la de estar presente al momento del alumbramiento.

- Abstinencia de relaciones sexuales: en el contrato la persona gestante se compromete a no tener relaciones sexuales con nadie desde el primer día de su ciclo menstrual antes de la transferencia del embrión y hasta que se confirme el embarazo.
- Mantenimiento del embarazo: durante este periodo la persona gestante debe cumplir todas las indicaciones dadas por el médico o médica tratante de la técnica y obstetra -ambos profesionales deben ser designados con la aprobación de los comitentes- las que incluyen horarios de estudios prenatales, consumo de medicamentos y vitaminas, realización de ecografías –con la presencia de los comitentes- y toda otra prueba que se crea conveniente como, por ejemplo, ensayos de consumo de nicotina y drogas, enfermedades de transmisión sexual e infecciosas.

Se incluyen procedimientos médicos tales como los destinados a conocer los posibles defectos genéticos o congénitos del feto y pruebas genéticas.

Las instrucciones médicas pueden incluir ecografías frecuentes, reposo, abstinencia de relaciones sexuales, administración de medicamentos por vía oral o inyectable durante periodos prolongados, entre otros aspectos.

- Otras obligaciones sobre estilo de vida: existen otras conductas que se compromete a asumir la persona gestante, como el informe cada dos semanas de la evolución del embarazo o de las preocupaciones que puedan surgir durante el embarazo. También se somete a ciertas prohibiciones sobre el estilo de vida que debe llevar adelante: evitar la práctica de deportes o actividades cuando lo recomiende el médico/a u obstetra; realizar viajes al exterior sin

previo aviso a los comitentes; aplicar tinte de cabello; consumir productos que contengan cafeína; realizarse perforaciones, acupuntura o tatuajes; ingerir hierbas medicinales, sacarina u otros edulcorantes artificiales; permanecer próxima a limpiadores, pesticidas y otros aerosoles; abstenerse de realizarse cirugías cosméticas, entre otros.

- Muerte de los comitentes: el contrato contempla la posibilidad de muerte de los padres que encargaron al niño o niña y en ese caso se designa una tercera persona que se haga cargo de su custodia.
- Entrega del niño o niña y renuncia a la patria potestad: llegado a término el embarazo, el niño o niña nacido/a debe ser inmediatamente entregado a los comitentes, como así también su custodia, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad –hoy llamada en nuestro país responsabilidad parental- y absteniéndose de hacer cualquier tipo de contacto con los comitentes y/o sus familiares, como de intervenir en la crianza del/la menor gestado/a.
- Asunción de riesgos y liberación de responsabilidades: excepto que algunas cláusulas específicas del contrato los libere, la persona gestante y su pareja asumen todos los riesgos médicos, financieros y psicológicos y liberan a los comitentes, sus abogados, médico y otros profesionales involucrados en el acuerdo de cualquier responsabilidad legal, salvo en caso de mala praxis.
- Obligación de dar muerte al niño o niña en gestación -aborto-: la persona gestante deberá someterse a una práctica abortiva a pedido de los padres genéticos en el caso que el niño o niña presente alguna anomalía mental o física.

También se habilita esta práctica en caso de existencia de más de dos niños o niñas -interrupción selectiva- y cuando a criterio del médico o medica tratante su salud se encuentre amenazada. La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para la persona gestante.

- Peligro de vida en la persona gestante: el contrato fija una suma determinada y precisa para la indemnización que asumen los comitentes en caso de muerte de la persona subrogante.
- Rescisión del contrato: en caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la persona gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria fallidos -realizados durante un año-, para poder poner fin al contrato.
- Incumplimiento: en caso de incumplimiento de las cláusulas del contrato o realización de conductas distintas a las estipuladas, la persona gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos -y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos-.

Se constituye además en responsable de todos los gastos dinerarios en que hubieren incurrido los comitentes incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones.

Los datos que se pueden recabar de la jurisprudencia argentina dan cuenta que en su totalidad son contratos de gestación por subrogación altruistas (“F. M. L. y otra s/ autorización judicial”, Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 2/12/2014; “H. M. y otro s/ medidas precautorias – art. 232 del CPCC”, Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015; “B., B. M. y otro c. G., Y. A. s. impugnación de filiación”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8 de CABA, 20/9/2016; “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 81 de CABA, 14/6/2017; “Reservado s/ Autorización judicial”, Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, 6/7/2017; “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas”, Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, 6/9/2017; “R., L. S. y otros - solicita homologación”, Juzgado de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, 22/11/2017; “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas”, Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, 15/2/2018; “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H de la Ciudad de Buenos Aires, 15/3/2018; “R., R. A. y otros s/ autorización”, Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de la 2ª Nominación de Villa María, 8/6/2018; “A., M. T. y otro s/ solicita homologación”, Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba,

6/8/2018 y “P. A. M. y otro s/ autorización judicial”, Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de la 1ª Nominación de Tucumán, 26/9/2018).

Entendemos que situaciones como las descritas precedentemente no deberían acontecer en este tipo de contratos altruistas, máxime si han sido homologados judicialmente de manera previa.

Pero en el año 2015 fueron reportados en nuestro país contratos de gestación por subrogación con un aparente velo altruista que concluyeron en situaciones poco claras.

En la provincia de Mendoza una pareja de hombres fue demorada por intentar salir del país hacia Chile con un bebé nacido por gestación por subrogación sin la documentación correspondiente, lo que derivó en una denuncia penal y en la intervención del Juzgado de Familia.

Esta situación tuvo repercusión a nivel nacional, ya que operaba la “Fundación Argentina Maternity” que se promocionaba como “expertos en maternidad subrogada” o los “Favaloro de la maternidad subrogada”.

De acuerdo con los testimonios periodísticos recogidos de los Diarios “Los Andes”, “El Sol”, “La Nación” y “Uno” la operación total era de \$ 400 mil, repartidos de la siguiente manera: \$100 mil para la agencia, \$100 mil para el médico o medica que hacían la intervención, \$100 mil de costos legales y \$100 mil para la persona portadora. En ese caso, debido al accionar judicial por la investigación de la posible comisión de algún delito la agencia dejó de funcionar (Antún, 2015; Brusotti, 2015; Mannino, 2015; y Pérez, 2015).

Por ello sostenemos que ante este tipo de situaciones debe haber una legislación que acompañe a las partes involucradas en este proceso y que sancione a quienes pretenden lucrar con los deseos de los involucrados. La situación ocurrida en la provincia de Mendoza tiene un tinte a “turismo reproductivo”, circunstancia que ni quienes están a favor de la gestación por subrogación pretenden que suceda.

4. Implicancias civiles y penales para el supuesto de interrupción del embarazo por parte de la persona gestante o a petición de los comitentes

Crudamente se ha dicho que el contrato de gestación por subrogación existe más allá de lo que la legislación o la doctrina legal lo justifiquen o no, y es

el fruto del derecho vivo, que supone la presencia de personas gestantes que aceptan ese acuerdo por necesidad económica para que otros puedan llevar adelante su paternidad o maternidad. Y que, si bien puede haber conductas cooperativas o altruistas, en gran parte de los contratos hay un acuerdo que es oneroso y un precio que se paga o a la persona gestante o a una oficina intermediadora (Monzón, 2019).

Como también se expresó, la persona gestante suele encontrarse atravesada por múltiples factores que la colocan en una situación de vulnerabilidad: pobreza, raza, migración, nacionalidad, incluso dinámicas de poder propias de las relaciones de familia. Y en referencia a los comitentes, se dijo que su vulnerabilidad es ostensible, máxime teniendo presente que en nuestro país los acuerdos de gestación por subrogación se llevan a cabo en un contexto entre privados, sin contralor de un tercero imparcial, con el asesoramiento médico y legal de profesionales que lucran con su realización (González, 2018).

Entonces el desamparo legislativo o el prohibicionismo termina alimentando un mercado clandestino, con la carga de discriminación y explotación a las que se ven sometidas las personas gestantes que optan por llevar adelante este tipo de prácticas, especialmente en aquellos países más pobres (Manti, 2019).

Creímos necesario describir un escenario que, aunque no refleje la realidad de muchos de los casos que se someten a la gestación por subrogación, es posible y previsible en virtud de un contexto propicio que le impone a la persona gestante condiciones para que interrumpa el embarazo subrogado.

En tal sentido, cabría que nos hagamos una primera pregunta, ¿es válida una cláusula contractual que establezca la interrupción del embarazo?

La interrupción del embarazo o aborto tiene dos significados muy diferentes. Uno que, en general, es de escaso o ningún interés jurídico y acontece cuando se produce la expulsión anticipada del feto de manera natural o espontánea, pero que en el caso de la gestación por subrogación podría generar alguna implicancia legal. Y otro que se presenta cuando la salida del feto del claustro materno se provoca de manera intencional mediante ingesta de drogas o ejecución de manipulaciones productoras de ese resultado o que lleven la intención de producirlo (Ossorio, 1999, p. 25).

Existen factores que pueden producir un aborto espontáneo que pueden ser genéticos o cromosómicos del mismo feto, como la exposición a toxinas ambientales, problemas hormonales de la madre o personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y otros como el tabaquismo, la drogadicción o el alcoholismo.

El aborto inducido es la finalización del embarazo mediante la eliminación de un embrión o feto antes de que pueda sobrevivir fuera del útero. Puede tratarse de un aborto terapéutico cuando se realiza por razones médicas, o de un aborto por decisión personal: interrupción voluntaria del embarazo cuando lo realiza la mujer o personas con otras identidades de género con capacidad de gestar.

En cuanto al aborto indirecto, se produce la muerte del feto por otros motivos, como una práctica médica destinada a salvar la vida de la mujer o personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, por ser un embarazo ectópico o extrauterino –embarazo en el cual la implantación tiene lugar fuera de la cavidad uterina (OMS, Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, 2010)-; la viabilidad del feto es nula o por la imprudencia de un tercero (Terragni, 2020, p. 262).

Teniendo en cuenta estas primeras definiciones nos planteamos los siguientes interrogantes.

En caso de estar en peligro para la vida de la persona gestante, ¿podría recurrir a un aborto?, ¿tendrá que sufrir consecuencias patrimoniales por la ruptura del acuerdo de gestación por subrogación?

Si el aborto fue espontáneo, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas de haberse producido?, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas en caso de haber realizado alguna actividad que generó la muerte del niño o niña por nacer?, ¿o si contrajo alguna enfermedad que tuvo esta consecuencia?

Antes de adentrarnos a desentrañar esas cuestiones, nos abocaremos a analizar la interrupción del embarazo desde la esfera del derecho penal.

Cabe resaltar que las disposiciones del Código Penal de la Nación contenidas en los artículos 85, 86, 87 y 88 han sufrido cambios por primera vez desde su sanción en el año 1921 con la sanción de la ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, publicada en el Boletín Oficial de fecha

15/1/2021, razón por lo cual abordaremos esta figura de manera dual, refiriéndonos a ella antes y después de su reforma.

La primera figura es la del aborto causado por un tercero.

La ley preveía dos casos en los incisos del artículo 85 del Código Penal de la Nación que se diferenciaban, porque el agente actuaba sin o con el consentimiento de la mujer.

En el primero, la reclusión o la prisión eran de tres a diez años y podrían elevarse hasta quince años si el hecho era seguido de la muerte de la mujer. En el segundo, la reclusión o la prisión era de uno a cuatro años y el máximo de la pena llegaba a seis años, si se producía la muerte de la mujer.

Se trataba de tipos dolosos que, como tales, requerían que el autor/a conociera el embarazo y dirigiera su acción a la muerte del feto.

En el caso del aborto causado por un agente profesional, el artículo 86 del Código Penal de la Nación amenazaba con las penas previstas en el artículo anterior -agregando la inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena- a los médicos, cirujanos, parteras y farmacéuticos que abusaban de su ciencia o arte para causar un aborto o que cooperasen para causarlo. En este supuesto, la ley consignaba un elemento valorativo, el abuso de la ciencia o arte.

En el aborto denominado preterintencional, el artículo 87 del Código Penal de la Nación permitía castigar a quien "...con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de la paciente fuere notorio o le constare". En este caso quedaba descartada la posibilidad de que fuera un hecho doloso porque, en relación con el aborto en sí, el agente no tenía el propósito de causarlo.

Por último, existían abortos que no eran punibles. En la segunda parte del artículo 86 del Código Penal de la Nación se establecía que no era punible el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer embarazada en las siguientes hipótesis:

a) Aborto terapéutico o necesario: "Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios" (inciso 1º).

b) Aborto eugenésico: "Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente" (inciso 2º).

En tal sentido y si bien no es materia de estudio en esta tesis, cabe traer a colación el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, en el cual se interpretó que los alcances de la causal de no punibilidad del inciso 2º del art. 86 del Código Penal de la Nación debía aplicarse a toda persona violada y no sólo a la que tenga las condiciones allí establecidas, por lo cual concluyó que el aborto de la persona violada no es delito.

Ahora bien, el 15/01/2021 se publicó en el Boletín Oficial la ley sobre interrupción voluntaria del embarazo que pone fin a la penalización del aborto hasta la semana catorce de gestación -inclusive- conforme la normativa vigente desde 1921 en nuestro país. Así, se amplía las causales de despenalización y legalización del aborto, toda vez que desde 1921 se permitía el aborto en nuestro país en solo dos supuestos que mencionaremos más adelante.

Entonces, a través de la 27.610 todas las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar pueden acceder a la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana catorce -inclusive- de gestación y la práctica debe ser realizada en el plazo máximo de diez días desde su requerimiento (arts. 4º y 5º).

Pasadas las catorce semanas de gestación se puede acceder a la interrupción voluntaria del embarazo si éste fuere resultado de una violación o si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante.

Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito (art. 7º).

Se establece que la práctica debe ser incluida en el Programa Médico Obligatorio, con cobertura integral y gratuita tanto del sector de salud público como privado (art. 12).

También la norma recepta el principio de autonomía progresiva (art. 75, inc. 22 Constitución Nacional [arts. 5º y 12.1 Convención sobre los Derechos del Niño] y art. 26 Código Civil y Comercial de la Nación) y prevé que las personas mayores de dieciséis años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de solicitar la práctica. En caso de personas menores de dieciséis años, se debe contar con el consentimiento informado y el ejercicio de sus derechos será a través de sus representantes legales

Por su parte, los profesionales de salud tienen derecho a ejercer la objeción de conciencia y deben realizar la derivación de la paciente para que sea atendida por otro/a profesional, sin dilaciones (art. 10).

En tal sentido, los establecimientos de salud en los cuales todos los/as profesionales sean objetores de conciencia deben derivar a otro efector de salud que realice la práctica y cargar con los costos (art. 11).

El personal de salud no puede negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o la salud de la persona gestante esté en peligro y no se puede alegar objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria postaborto. Ello por cuanto sostenemos que lo contrario implicaría vulnerar el artículo 19, 2° de la ley 17.132 por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas (Urbina, 2021, p. 7).

El personal de salud debe garantizar el trato digno, derecho a la privacidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, acceso a la información y calidad, derechos consagrados ya en la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (arts. 5° y 6°) y en la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (art. 7°).

Se modifica el artículo 86 del Código Penal de la Nación despenalizando el aborto si es realizado con consentimiento hasta la semana catorce, inclusive, del proceso gestacional (art. 16).

También el artículo 85 del Código Penal de la Nación sufrió modificaciones al establecerse penas de prisión de tres a diez años, si el/la que causare el aborto obrase sin consentimiento y, de hasta quince años, si causa la muerte de la persona gestante. Se pena con prisión de tres meses a un año, si se obrase con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce de gestación.

Se incorpora el artículo 85 *bis* en el Código Penal de la Nación, instituyendo la responsabilidad penal del funcionario/a público/a o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatara injustificadamente, obstaculizara o se negara a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados (art. 14).

Se sustituye el artículo 87 del Código Penal de la Nación estableciendo la represión con prisión de seis meses a tres años al que con violencia cause un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare (art. 17).

Por último, sustituye el artículo 88 del Código Penal de la Nación, castigando con prisión de tres meses a un año, a la persona gestante que, luego de la semana catorce de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare (art. 18).

En lo referente a la gestación por subrogación, no está de más decir que en el ámbito del derecho penal si se llegase a dar el supuesto de un aborto antes de la semana catorce de gestación o si fuese terapéutico o necesario luego de ese plazo ninguna pena le cabría a la persona gestante.

Ahora bien, si la persona gestante se negare a continuar con el embarazo –a pesar de estar autorizado a partir de la sanción de la ley 26.610-, ¿el caso podría superar los límites contractuales, si en el acuerdo se introduce una cláusula que prohíba el aborto?

Con relación a los comitentes, si el aborto es realizado por pedido expreso de ellos, cabría la posibilidad de acusarlos por la supuesta comisión del delito de instigación o cómplices del aborto –a pesar de que la mencionada norma permite la práctica- aunque probar tal inducción no sea una tarea sencilla.

Previo a volver al ámbito civil queremos traer una reflexión de Maffia y Gómez (2019) quienes se expresan sobre las cláusulas selectivas en los contratos de gestación por subrogación en el caso de malformaciones o embarazos múltiples.

Dichas autoras dicen que tales cláusulas ponen en disparidad a la persona gestante en la relación con los comitentes, ya que la autonomía y bienestar de la primera no son tenidos en cuenta a la hora de decidir sobre las condiciones del producto. Afirman que estamos en presencia de un contrato que puede presumirse nulo porque puede suponer una esclavitud temporal de la mujer o persona gestante o la afectación de su libertad futura en tanto debe hacerse cargo de un producto que las reglas de la filiación no lo vinculan consigo.

Para Lamm (2013), sin embargo, el derecho al aborto representa el derecho de la mujer a elegir y es de una importancia simbólica fundamental que

se otorgue a la persona gestante el derecho exclusivo a tomar esa decisión. En tal sentido entiende que es absolutamente necesario, por la complejidad del tema, que las partes -comitente/s y gestante- estén de acuerdo en cuanto al modo de proceder en materia de aborto (p. 269).

La mencionada autora destaca –pero no comparte- la postura de Vela Sánchez, quien entiende que el ejercicio del derecho a abortar debiera ser penalizado civilmente, de manera que deberían admitirse cláusulas penales en el convenio para indemnizar no ya los gastos o daños materiales producidos, sino, esencialmente, el daño moral que el aborto voluntario producirá a los comitentes (p. 271).

Nos permitimos dudar de la postura de Vela Sánchez, ya que hace suponer que las partes –gestante y comitente/s- se encuentran en un pie de igualdad. Sabemos que la casuística es enorme y que puede haber casos en los cuales esa igualdad exista, pero entendemos que en general la gestante se encuentra en una situación de vulnerabilidad, por lo que eventualmente el juez deberá considerarlo a la hora de decidir.

La jurisprudencia es conteste en considerar la validez de los acuerdos de gestación por subrogación. Por ejemplo: “R., L. S. y otros - solicita homologación”, Expte. N° 3447358, Juzgado de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, 22/11/2017; “A., M. T. y otro s/ solicita homologación”, Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba, 6/8/2018; “V. A. B. y otros - solicita homologación”, Juzgado de Familia de la 5ª nominación de Córdoba, 25/4/2019; “F. C. y otros - solicita homologación”, Juzgado de Familia de la 6ª nominación de Córdoba, 13/8/2019, entre otros.

Ello no significa que algunas de sus cláusulas –como puede ser la que prevea la interrupción o continuidad del embarazo- puedan resultar nulas e inexistentes porque atentan contra la moral y las buenas costumbres, razón por lo cual no se podrá exigir su cumplimiento.

En autos “A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva”, mediante la sentencia dictada el 29/7/2015 el Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza resolvió -en lo que aquí nos interesa- que imponer a la persona gestante la obligación de no interrumpir el embarazo afecta la libertad de las acciones de la portadora y por ello violenta el artículo 953 del Código Civil –actuales artículos 279, 958 y 1004 del Código Civil y Comercial-.

Por su parte, con fecha 13/8/2019 el Juzgado de Familia de la 6ª Nominación de Córdoba, en autos “F. C. y otro s/ solicita homologación” desechó el pedido de homologación del acuerdo de gestación por subrogación que se había celebrado mediante una escritura pública.

Contrariamente con el fallo anterior la jueza de Córdoba expresó que el Poder Judicial no puede atribuirse facultades legislativas dilucidando el contenido de derechos personalísimos como los contenidos en el acuerdo de gestación por subrogación, e incluso, prescribiendo de antemano eventuales sanciones ante conductas humanas que puedan tener lugar por fuera de lo convenido, pero sí puede clarificar, direccionarse o vehiculizar judicialmente la voluntad de las personas que firmaron ese convenio a través de la autorización de la práctica médica pretendida.

Entonces, en caso de interrupción o de continuidad del embarazo, ¿se podrá exigir el pago de los daños y perjuicios?, ¿cuál sería el alcance de la indemnización, en caso de que resultase procedente?

Una primera respuesta a estos interrogantes podría ser afirmativa, siempre que el convenio de subrogación fuese considerado válido, ya que la falta de normativa nos pone como primer obstáculo la consideración que haga el Juez del convenio de gestación por subrogación. Allanada su validez, el desacato injustificado podría producir una amplia responsabilidad pecuniaria.

En este punto, la indemnización podría alcanzar: lo entregado a cuenta del servicio –en caso que el convenio sea oneroso-; lo pagado por su causa, esto podría incluir los gastos médicos y hospitalarios; el lucro cesante de el o los comitentes, en caso de que se hubieran sometido a tratamientos psicológicos de preparación; la reparación del daño moral, cuya graduación debería determinarse en función del momento en que se haya realizado el incumplimiento y el mayor o menor aporte físico y espiritual de los comitentes.

Todo ello, en función a que no es lo mismo que la persona gestante se niegue a continuar las prácticas de inseminación antes de que se produzca el embarazo a que, por ejemplo, aborte de manera premeditada el embrión aportado por los comitentes.

Ahora bien, en el caso que mediante una cláusula se obligase a la persona gestante a continuar con su embarazo, a pesar de estar expresamente permitida por la legislación su interrupción, será materia de prueba establecer los daños

que ello le pudiera haber generado, ya sea por haberse sentido violentada en la órbita de lo material, físico o moral.

Consideremos también la posibilidad de que el órgano judicial encargado de resolver la cuestión entienda que el acuerdo de gestación por subrogación resulta de nulidad absoluta, porque la ausencia legislativa se asemeja a tirar una moneda al aire.

Entendemos que en este contexto para que proceda la reparación de algún daño derivado del acuerdo deberá atenerse a la buena o mala fe de quien lo solicita, ya que la ignorancia o desconocimiento del vicio es lo que daría legitimidad a requerir una indemnización.

Quizás en estos casos, una solución simple la podemos encontrar en los artículos 390 y 391 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es decir que "...la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido" y que "...los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan".

Entonces, si se declara la nulidad del acuerdo y se cumplen con las obligaciones restitutorias consecuentes, una o ambas partes que han sufrido algún daño deberán ser indemnizadas a fin de alcanzar el imperio legal de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo.

Pero, para que la acción de responsabilidad sea viable deben darse los presupuestos de la responsabilidad civil: i) que se haya causado un daño; ii) que guarde adecuada relación de causalidad con la conducta antijurídica, y iii) que sea atribuible a una de las partes del negocio inválido en razón de un factor de atribución. Por último, es necesario que el demandante no haya actuado de mala fe en el acto inválido (Rivera y Medina, 2014, pp. 874 y 875).

Ante estas circunstancias nos preguntamos si ¿podría existir la posibilidad de que se expidan pólizas de seguro que contemplen estos acontecimientos?

Veamos entonces las características de esta modalidad contractual a la luz del artículo 1º de la ley 17.418.

Existen dos partes: asegurador -compañía de seguros- y tomador -creemos que lo más adecuado es que fuera la agencia de fertilización-; existe un

riesgo: el posible incumpliendo contractual y/o daño del tomador frente a los asegurados -en el caso: persona gestante y comitente/s-; el evento es futuro e incierto, pues no se trata de una condición meramente potestativa del tomador, ya que éste a su vez es responsable ante el asegurador; existe un interés asegurable, ya que los asegurados tienen interés en que no se verifique el incumplimiento o daño del contratista del servicio; el tomador pagará una cuota o prima, en esta última cuestión debería estimarse un plazo razonable de duración con posterioridad al nacimiento del niño o niña en virtud de los incumplimientos y/o daños que pudieran surgir.

Ahora bien, ¿es un producto atractivo para una compañía de seguros y el mercado? La respuesta a este interrogante estará condicionada al siguiente análisis del mercado: la siniestralidad, el volumen, las contragarantías y la tasa de prima tengan las condiciones adecuadas o sea compongan una evaluación equilibrada de esas variables, ya que determinan una rentabilidad sustentable en el tiempo y la consiguiente aprobación de los reaseguradores.

También su viabilidad dependerá de determinar el universo de tomadores: cantidad, segmentación, cumplimiento -incumplimiento-, montos promedio y zona -Capital Federal, Gran Buenos Aires o interior del país- y de los beneficios para el tomador.

5. Conflictos jurídicos relativos a la intimidad y libertad de los comitentes y de la madre o persona subrogada

Consideramos a la libertad como autodeterminación, como capacidad para decidir y elegir.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en el precedente “Artavia Murillo” que:

...esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana (p. 44, cons. 142).

En nuestra Constitución Nacional el artículo 19 establece que el límite a la libertad de la persona está dado por la protección del orden público, la moral pública y el daño a terceros. Este precepto en el orden interno es la piedra fundamental del principio de libertad y de privacidad. Asimismo, implica la posibilidad de la persona de poder tener una esfera de intimidad pese a vivir en sociedad y elegir el proyecto de vida familiar que considere (Navas Roggero, 2016).

La autonomía de la voluntad tiene un amplio significado, ya que no solo se vinculan las partes únicamente cuando hubieran convenido en obligarse - libertad de contratar-, sino que se obligan de la manera que desearan, confiriéndoles a sus acuerdos el contenido que prefieren -libertad contractual-.

Es que la autonomía privada no es expresión de una mera facultad, sino la manifestación del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, y es en la esfera de los intereses privados en virtud de lo cual aquella actúa primordialmente (Gagliardo, 2017).

Se entiende que la autonomía hace referencia a la capacidad de la persona de asumir sus elecciones y justificarlas en función de su visión particular del bien, independientemente de que esta visión del bien no sea la mayoritaria (Lamm, 2019).

Así, cabe señalar que, en lo que a los comitentes se refiere, el Código Civil y Comercial de la Nación dejó de lado el modelo de familia típica y abrió sus puertas a la diversidad familiar.

En tal sentido la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17 instituye como fundamental la protección de la familia, sin hacer distinciones de tipo o integrantes

La base de ello es la autonomía personal y la consecuente libertad de las personas en la elección del proyecto de vida familiar, que implícitamente conduce la posibilidad de acceder a los medios tecnológicos para lograrlo.

En este contexto es que se inserta en el proyecto de vida de una pareja – cualquiera sea su conformación- o una familia monoparental, la decisión de utilizar las técnicas de reproducción humanas asistidas y recurrir al vientre de otra persona para realizar ese proyecto de vida, pues, ello puede ser la única posibilidad de concretarlo. Esta elección y consecuente familia, que tiene como

base la autonomía de las personas, que incluye la autonomía reproductiva y el derecho a gozar el desarrollo de la ciencia, debe ser respetada.

En el ámbito de la persona gestante, existe una parte de la doctrina que entiende como posible considerar que la contractualización de la maternidad o capacidad de gestar y el uso de una persona como herramienta para tener hijos, son incompatibles con la perspectiva de género. En tal sentido, postulan que la gestación por subrogación no necesariamente involucra el avance sobre los derechos, libertades y autonomía de las mujeres. Y, advierten que no habría congruencia entre el ejercicio de la autonomía/independencia con la subrogación, ya que esta última importa un cierto sometimiento -sea querido o no querido, sea la subrogación onerosa o altruista- (Chmielak, 2019).

Coincidimos con Kemelmajer de Carlucci y Lamm (2014) que el argumento de la explotación que conlleva a prohibir los acuerdos de gestación por subrogación viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional.

Por su lado, Lamm (ob. cit., 2019) afirma que resulta sorprendente que se ponga en duda la capacidad para consentir libremente sobre cuestiones que tienen que ver con la reproducción de las mujeres o personas gestantes.

La mencionada autora destaca que, cuando no se admite la gestación por subrogación porque se presupone que la persona gestante siempre estará siendo forzada a gestar un hijo o hija para otra persona o pareja, debido a una situación de necesidad, o de desventaja económica o social, se está privando de capacidad de consentimiento a las mujeres o personas gestantes.

En tal sentido, asevera Lamm (ob. cit., 2019) que existe una idea generalizada de que la mujer o persona gestante pueda arrepentirse sobre esta decisión, contribuyendo una vez más al estereotipo de las mujeres indecisas, volubles e impredecibles. Y refiere que, no se puede partir de la base que las mujeres son incapaces de consentir, pero si en algún supuesto existe vulneración de su voluntad, entonces necesitamos un marco legal para evitar estas situaciones y proteger efectivamente sus derechos.

Si hablamos de autonomía y libertad de las decisiones, creemos conveniente que nos refiramos brevemente a la libertad reproductiva.

La libertad nos permite abogar el derecho a la elección reproductiva, de manera tal que cada sujeto tenga derecho a elegir si procrea o no, cuando, con quién y cómo hacerlo. La procreación se encuentra íntimamente ligada al ser humano y se halla en su naturaleza. En tal sentido, las técnicas de reproducción asistidas se han convertido en un paliativo para aquellas parejas que padecen problemas de fertilidad.

Advertimos que en algún momento de nuestro relato nos cruzaremos con cuestiones que hemos tratado en el punto anterior, ya que habrá aspectos, sobre todo en lo que hace a la intimidad de las partes, que se encuentran íntimamente ligados.

El problema más grave y relevante que surge relacionado con la intimidad de los comitentes y la persona gestante -e incluso sobre el niño o la niña- entendemos que se genera ante la necesidad de judicializar las cuestiones relativas a la gestación por subrogación.

Las partes involucradas en esta práctica deberán presentarse en algún momento de este proceso, e incluso antes, y exponer su caso ante los tribunales competentes en la materia a fin de obtener su autorización, la homologación del convenio suscripto y, fundamentalmente, obtener la filiación del niño o niña.

En estos procesos, aunque no sea la materia en debate, las partes hacen referencia a su orientación sexual y otros detalles de su vida privada por demás estigmatizantes.

Entendemos que al único camino que conduce la ausencia legislativa sobre esta temática es a la discriminación y vulneración de derechos humanos fundamentales como la libertad y la privacidad.

Por otra parte, tal como indica Lamm (2013), la persona que actúa como gestante debe tener certeza de que presta su consentimiento libre, pleno e informado al sometimiento de esta práctica, o sea, sin coerción, violencia, intimidación ni presiones de ningún tipo (p. 254).

Además, el consentimiento debe prestarse con anterioridad al tratamiento que provoca el embarazo, de modo que también debe ser previo al inicio de cualquier tratamiento.

En nuestro derecho a través de la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud se reguló el consentimiento informado en su artículo 5º. Allí se lo define como:

...la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
- h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Nos preguntarnos si, tal como está regulado, ¿es suficiente e idóneo para la práctica de la gestación por subrogación?

La persona gestante que lo hace de forma altruista o por una retribución económica sabe que al nacer el bebé deberá entregarlo a los comitentes. Aun así, puede ocurrir que se establezca un vínculo madre-bebé, en virtud de la estrecha relación en los nueve meses de gestación, lo que puede generar situaciones conflictivas en el momento que deba efectivizarse la entrega del niño o niña.

De a ahí que, en nuestra opinión, para elegir a la persona gestante u ofrecerse a cumplir ese rol hay que evaluar su motivación, el sistema de apoyo que tiene, los antecedentes de salud y sociales, así como también su estabilidad emocional y psicológica.

Es de advertir que sea cual fuere su motivación -altruista u onerosa- la persona gestante tendrá que modificar su vida laboral, familiar, incluso personal,

para acudir a las citas médicas y seguir protocolos para los procedimientos de reproducción asistida, quizá, varias veces. También deberá ser consiente de los riesgos de salud, las molestias del embarazo y si el embarazo deriva en uno múltiple es probable que tenga que hacer reposo absoluto, lo que hará que no pueda estar disponible ni para su familia, ni para los comitentes.

A nuestro modo de ver, a fin de no violentar la intimidad de la persona gestante es importante que tenga un entorno personal positivo.

En este punto, creemos necesario traer a colación un fallo dictado con fecha 15/3/2018 en los autos "S. T., V. s/ inscripción de nacimiento" por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, en el cual el consentimiento previo ofrecido por la persona gestante es analizado desde perspectivas contrapuestas, según el voto de la mayoría y la minoría.

Los hechos son los siguientes: la demanda fue promovida por los Sres. H. T. y C. A. S. peticionando la inscripción del nacimiento del niño V. -ocurrido en Argentina en el año 2017- como hijo de ambos y con exclusión de quien dio a luz al niño en condición de gestante. El niño fue concebido con ovodonación anónima -entendiéndose por tal la transferencia de embriones resultantes de gametos/ovocitos que no se originaron de la receptora (OMS, Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, 2010)- y gestado por maternidad subrogada.

Los actores manifestaron que convivían desde el año 2011, que registraron su unión civil en el año 2016, y que desde un primer momento tuvieron como proyecto de vida en común la formación de una familia con varios hijos e hijas.

Así, en el año 2013 nació la niña A. en Estados Unidos con una gestante norteamericana y ovodonación anónima, quien fue inscripta en dicho país consignándose en el campo madre "sin madre o madre gestante" e inscripta en Argentina tal como figuraba en la partida original. Posteriormente, en el año 2016, el Sr. S. promovió un proceso de adopción por integración, admitido mediante pronunciamiento que se encuentra firme, pero no fue ejecutado en tanto dicha causa tramitó en forma conexa con otro proceso actualmente elevado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Posteriormente, en el año 2016 nacieron en Argentina los mellizos A. y V., también mediante el método de gestación por subrogación y por ovodonación anónima, lo que motivó la promoción de un segundo proceso judicial, en el que la misma Sala H revocó el decisorio de primera instancia que había ordenado la inscripción -previa declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial- y dispuso la adopción por integración respecto del copadre con voluntad procreacional. Este proceso es el que se encuentra actualmente elevado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente, y tal como dijimos, en el año 2017 nació en Argentina el niño V., también concebido mediante ovodonación anónima y por el método de gestación por subrogación que motivó la iniciación por parte de los actores de esta acción, originariamente promovida como acción de amparo, y recaratada como inscripción de nacimiento.

En el presente caso, la Sala H resolvió, por mayoría -con voto en disidencia de la Dra. Abreu- confirmar la sentencia apelada por la Sra. Fiscal y el Sr. Defensor de Menores que había declarado la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial y ordenar la inscripción del niño V. - concebido con ovodonación anónima y gestado mediante maternidad subrogada- como hijo de los actores H. T. y de C. A. S.

En lo que aquí nos interesa, la Dra. Abreut de Begher en su voto en disidencia resaltó con relación al consentimiento previo de la gestante lo siguiente:

...es acertada la observación que formula el Sr. Defensor de Menores en tanto destaca que en ocasión de suscribirse el consentimiento de ovodonación ante el centro médico, tanto la gestante como el Sr. T. lo hicieron consignando su carácter de "pareja".

Ello no se condice con lo alegado en autos ni con lo asentado con posterioridad en el acta notarial de "protocolo de consentimiento previo, libre e informado para el desarrollo de un procedimiento de gestación por subrogación" que fue instrumentada cuando el embarazo ya se encontraba en curso. [...] el consentimiento se considera un requisito esencial para la formalización de la voluntad procreacional. El consentimiento debe ser previo, antes de dar inicio al uso de las técnicas de reproducción humana asistida o de cada tratamiento. (Considerando VII)

Por su parte, los Dres. Kiper y Fajre sostuvieron en mayoría que:

...teniendo en cuenta que los actores se encuentran imposibilitados de concebir naturalmente, que no existe controversia entre ellos y la gestante y que esta última ha brindado su consentimiento libre e informado -tal y como surge de las constancias de fs. 3/7 que luego fue ratificado en audiencia llevada a cabo en presencia de la a quo y de la que da cuenta el acta de fs. 148- entendemos que debe confirmarse el pronunciamiento recurrido.

No obsta a lo expuesto el cuestionamiento que introduce el recurrente en cuanto a los términos en que fue brindado el consentimiento informado para la ovodonación en la clínica médica, ya que ello debe entenderse como parte de falta de regulación expresa para la práctica de este tipo de técnicas. Y, en definitiva, tal como lo destaca la Magistrada de grado, la gestante tanto con anterioridad como con posterioridad al nacimiento ha manifestado su voluntad de no tener vínculo jurídico con el niño, reconociendo a los actores como padres del pequeño (Considerando VIII).

Nos haremos seguidamente una serie de preguntas relacionadas con el fallo comentado, ya que de esa manera podremos poner en evidencia las consecuencias que provoca ese pronunciamiento ante la falta de una legislación.

¿El consentimiento dado por la persona gestante en la clínica médica fue libre?, ¿fue coaccionado el consentimiento dado por la persona gestante en un primer término?, ¿se vulnera la intimidad de la persona gestante por parte de los comitentes al someterla a un proceso judicial?, ¿el consentimiento dado por la persona gestante es revocable?, ¿qué pasa si la persona gestante luego de dar a luz se arrepiente y quiere ejercer su maternidad?, ¿resulta necesario someter a la persona gestante previamente a estudios psicológicos?, ¿qué rol cumplen los centros médicos con relación a la veracidad de los consentimientos informados prestados en los procedimientos de gestación por subrogación? y, al niño o niña nacido/as bajo estas circunstancias, en el momento de que acceda a esta información, ¿puede causarle algún daño psicológico?.

Entendemos que esos cuestionamientos podrían evitarse si las clínicas y hospitales especializados en reproducción contaran con un consejero reproductivo, el cual sería una figura similar a la del consejero genético que ya existe –por ejemplo, existen las Consejerías en Salud Sexual y Salud Reproductiva en el ámbito de la Dirección de Salud Sexual y Reproducción del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación (Ministerio de Salud y

Desarrollo Social de la Nación, Consejerías en Salud Sexual y Salud Reproductiva, 2018)- y que ha demostrado ser muy útil y necesario.

Sostenemos que indudablemente el consejero reproductivo podría ayudar en la toma de decisiones a las personas que están en tratamientos de fertilidad. Ello así, ya que antes de iniciar el tratamiento la pareja se presenta con una serie de expectativas frente al médico o médica, con el deseo de procrear, ya sea aportando su material genético o proveniente de la donación de células germinales o de embriones.

En cuanto a la persona gestante que lleva a cabo el embarazo, el especialista le comunicaría toda la información relevante para la toma de decisiones, principalmente los riesgos del tratamiento, el índice de éxito de las técnicas utilizadas, las implicaciones de su salud durante la estimulación ovárica y la extracción de óvulos, el número de embriones que se requiere obtener y el número de embriones que se implantarán por cada intento.

El consejero reproductivo colaboraría con la pareja comitente y la persona gestante a tomar decisiones con una conciencia ética, ayudando a conocer las mejores opciones para cada caso y a canalizar sus miedos, angustias o dudas a través de terapia psicológica, en caso de considerarlo necesario. En tal caso, a nuestro modo de ver, sería un enlace entre el paciente con el especialista, para no dejarlos solos antes y durante de este proceso.

Es más, el consejero reproductivo podría ayudar a la pareja comitente a elegir a la persona gestante que cumpla con mínimos requisitos éticos, como:

- ser mayor de edad,
- ser saludable,
- tener una situación económica estable -no en pobreza o extrema pobreza- sin deseo de superarse económicamente a través de la gestación por subrogación,
- tener un nivel de educación medio superior, como mínimo, para así entender la complejidad del tratamiento,
- ser psicológicamente capaz de tomar decisiones libres de influencias externas,
- ser capaz de comprender ampliamente las cuestiones técnicas y éticas que implica la gestación por subrogación y que debe entregar al recién nacido o nacida.

Consideramos indispensable que antes de comprometerse con el tratamiento los solicitantes se informen y reflexionen sobre el marco legal que los ampara y los compromete, sobre las responsabilidades que adquieren y sus consecuencias, sobre los diferentes sentimientos que pueden experimentar, así como también sobre los obstáculos y riesgos.

El proyecto de ley N° 0825-S-2018 (SEN), impulsado por el Senador Julio Cesar Cleto Cobos, preveía una figura de similares características a la descrita anteriormente. En su artículo 9° dispone: “Asesoramiento. Gestante y comitente/s deberán contar con asesoramiento médico - legal sobre el alcance y efectos de la gestación por subrogación y evaluación psicosocial previa, según establezca la autoridad de aplicación”.

En este punto, traemos el testimonio de Leonardo Polti ofrecido en el programa de televisión “Hora 25”. Polti indicó que junto a su pareja fueron el primer caso de gestación por subrogación hecho en Argentina. Dijo que inicialmente pensaron en adoptar, pero que en la Argentina era imposible, máxime al ser una pareja homosexual. También manifestó que habían averiguado la posibilidad de realizar la gestación por subrogación en Estados Unidos pero que debido a los costos (u\$s 200.000, aproximadamente) les resultaba inaccesible.

Con relación a la búsqueda de una gestante en nuestro país, refirió que:

En una primera instancia, estamos hablando de hace 5 o 7 años atrás [...] empezamos a buscar (una persona gestante). Hay gente que se ofrece, gente que se ofrece de otros países, enseguida en el vínculo que se generaba pedían plata, entonces ya ensuciaba la historia.

Una prima mía, que se enteró que estábamos en este proceso, me dijo: “yo quiero ofrecerles la posibilidad”, nos emocionó una barbaridad, pero le dijimos que no.

Una amiga nuestra, que vive en Mendoza, tiene tres nenas y está casada hace muchísimos años [...] nos encontramos con ella y nos dijo: “nosotros queremos ayudarlos a tener un nene”. Lo primero fue una emoción tremenda, le dijimos que no, insistieron, entonces Ignacio (su pareja) que es muy correcto y yo quería que nuestro hijo sintiera el orgullo de ser hijo nuestro, entonces dijimos, primero averigüemos todo lo legal y después yo quiero que estés segura de lo que vas a hacer, por lo tanto, lo que te ofrezco es hacer un año de terapia juntos los tres. Hicimos el año de terapia, la psicóloga nos dijo que está totalmente preparada, sabe lo que va a hacer, quiere ayudarlos, tiene mucho amor para dar, entonces ahí Pasqualini (el médico)

nos dijo: “me animo”. Faltaba la parte legal, empezamos a averiguar que se hacia afuera, un consentimiento previo firmado y un montón de requisitos, los cumplimos y ahí encaramos el tratamiento, que son un montón de estudios médicos, un montón de análisis.

El parto lo pudimos presenciar los dos, la verdad que fue algo hermoso, maravilloso.

Cuando nació Juan Pablo lo primero que hicimos es que las hijas de Cintia (la persona gestante) y el marido conozcan a nuestro hijo.

En igual sentido que este relato, Maica Moraes –cuyo testimonio citamos en el punto anterior- esta vez al ofrecer una entrevista al Diario La Nación, manifestó sobre su amiga, gestante de su hija: “...pasó un tiempo y su psicóloga me citó para contarme que ella estaba totalmente en condiciones de hacerlo, que era consciente, que estaba preparada y que era algo que ella quería hacer porque lo sentía con el corazón, que no tenía ningún miedo”.

En el ámbito de la gestación por subrogación existe una circunstancia que eventualmente podría encontrarse íntimamente ligada a la intimidad y libertad de los involucrados. Advertimos que en ninguno de los proyectos legislativos presentados en el Congreso de la Nación se consagra el derecho de la persona gestante de conservar al niño o niña que gesta, conocido como "derecho a la reflexión o al arrepentimiento", tal y como lo ponen en relieve Basset y Ales Uría (2018) y como lo contemplan algunos ordenamientos jurídicos internacionales como, por ejemplo, el Reino Unido.

Tampoco se exige una ratificación *post parto* ante el mismo juez o tribunal que hubiere intervenido en el proceso de autorización previa. En tal sentido, las mencionadas autoras refieren que las garantías fundamentales que hacen a la protección de la maternidad, especialmente en el puerperio, están ausentes y que, por tanto, se estarían violando normas internacionales con la entrega inmediata y sin contacto con la persona gestante que proponen los contratos de gestación por subrogación (arts. 4º y 5º de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer y 75, inc. 23, de la Constitución Nacional) (Basset y Ales Uría, 2018).

El Reino Unido está enmarcado por una serie de garantías fundamentales que permiten a la persona gestante cambiar de opinión antes y durante algún tiempo después de dar a luz, y exigen examinar el consentimiento de las partes,

así como una evaluación del interés superior del niño o niña después de que éste ha llegado a existir (Lamm, 2013, pp. 132-133).

Entendemos que el "derecho a la reflexión o al arrepentimiento" y la ratificación *post parto* genera una gran incertidumbre e inseguridad no solo para los comitentes, sino también, y muy especialmente, para la persona gestante a quien se la debe preparar psicológicamente para llevar adelante el tratamiento, el embarazo y el parto, para que luego sea sometida –una vez más- a replantearse todo aquello que había trabajado.

Por otro lado, nos preguntamos ¿quién acompañará a la persona gestante en dicho proceso posterior?, ¿debería haber un acompañamiento psicológico o interdisciplinario obligatorio en ese período? y en el supuesto de que se haya firmado un convenio, ¿estaría incurriendo la persona gestante en incumplimiento contractual?

Pensamos que ese "derecho a la reflexión o al arrepentimiento" puede generar, en aquellos que actúen de mala fe, una vía para obtener un ingreso monetario o de extorsión frente a los comitentes. A nuestro modo de ver, la futura legislación debe estudiar muy bien las herramientas que pretenda dar tanto a los comitentes como a la persona gestante. Ello, a fin de minimizar conflictos e incertidumbres, máxime teniendo en cuenta que a esa altura ya habrá nacido el niño o niña y se deben ponderar sus derechos por sobre todas las cosas.

Creemos que en la gestación por subrogación altruista el "derecho a la reflexión o al arrepentimiento" no es una herramienta necesaria y útil. Llegamos a esa conclusión, en primer término, teniendo en cuenta el testimonio de Maica Moraes transcripto en párrafos anteriores que da cuenta de la preparación psicológica de su amiga gestante. Entendemos, en segundo lugar, que si la futura legislación prevé que la gestante sea una familiar cercana a los comitentes –como sucede en Brasil- la reflexión *post parto* será un foco de potenciales, innecesarios e incómodos conflictos en el seno de esas familias.

Pero la propuesta más extendida consiste en atribuir a los comitentes la filiación desde el momento mismo de la transferencia del embrión a la persona gestante, una vez que se ha firmado el contrato y que ha sido judicialmente autorizado. De tal manera se da por supuesto que la persona puede renunciar a la maternidad antes de iniciarse el embarazo y que, en consecuencia, le es perfectamente exigible dicha renuncia tras el nacimiento del niño o niña.

6. Conclusión

Podemos resumir lo analizado en el presente capítulo en una palabra: vulnerabilidad.

La persona vulnerable es aquella que puede ser herida, atacada, afectada, física o moralmente. La vulnerabilidad reenvía a la idea de fragilidad y de debilidad; ella apela a la necesidad de protección, de cuidados y de atención (Fulchiron, 2017).

Y precisamente este estado de vulnerabilidad obedece a la complejidad de la gestación por subrogación dado que no solo involucra al derecho, sino también a múltiples cuestiones que difícilmente otra figura del derecho civil nos habilite a investigar.

Pareciera que estamos hablando de ciencia ficción cuando detallamos las cláusulas abusivas que puede contener un contrato de gestación por subrogación, pero lamentablemente no lo es.

Lo cierto es que si sometemos al contrato de gestación por subrogación al justiprecio de la prestación que brinda la persona gestante, entre otras consecuencias, debemos someterlo a las reglas del mercado.

Por lo tanto, no es de extrañarse que quienes pagan por este “servicio” pretendan que su “producto” sea lo más perfecto y sano posible, tal como se exige en el derecho del consumo. Y si tal exigencia no viene de parte de los comitentes, quien ofrece el servicio médico que hace las veces de intermediario y quién realmente se beneficia económicamente, va a pretender extremar los “cuidados” para complacer a esos contratantes.

Sin dudas, un derecho ausente habilita conductas inescrupulosas en una relación jurídica onerosa. Esto se agrava al punto de la complicidad cuando constatamos que el Poder Judicial habilita y homologa todo tipo de acuerdos, pero no toma recaudos ni realiza seguimientos posteriores a fin de evitar que se cometan abusos. A ello cabe sumar que tampoco se habilita canales para que sean denunciados.

En este capítulo fueron transcritos testimonios que dan cuenta del valor de una acción altruista y desinteresada -en lo económico-. Podríamos pensar que ese puede ser el camino que recoja una futura legislación para evitar abusos y conflictos relativos a la libertad e intimidad de los involucrados.

Hemos tenido oportunidad de analizar un fallo en el cual tanto el Ministerio Público Fiscal -el Estado-, como la Asesoría de Menores han puesto de manifiesto un fraude al momento de prestar consentimiento en el Centro Médico la persona gestante. Empero lo llamativo es que el Poder Judicial no haya tomado en cuenta seriamente esta situación, ya que se puso de manifiesto un claro vicio en el consentimiento y groseramente fue justificado –por la mayoría- diciendo que debe entenderse como parte de la falta de regulación expresa de este tipo de técnicas.

Es indudable que en la gestación por subrogación onerosa el consentimiento no es tal y que no es todo lo informado que debe ser. Pero también es cierto que el deseo tiene un límite y, a nuestro modo de ver, ese límite es la libertad e intimidad de quien gesta para un tercero.

Creemos que a la gestación por subrogación altruista se le debe dar prioritariamente herramientas para que no se deba judicializar las cuestiones posteriores al nacimiento. Sostenemos que en caso de admitirse o detectarse que la gestación por subrogación fue onerosa debe dársele protección.

En este orden de ideas, la vulnerabilidad a que es sometido el niño o niña nacido/a a través de gestación por subrogación al vedarse el acceso a su información genética violenta todos los tratados internacionales que suscribió nuestro país. Tal como refiere Fulchiron (2017), los niños y niñas constituyen la categoría más homogénea de “personas vulnerables”.

Como dijimos, velar por el cumplimiento de los derechos de los niños y niñas no es tarea de un solo órgano de la Nación. Está en cabeza de los tres poderes del Estado.

En lo particular, nos preocupa que este tema y sus consecuencias sean sometidos al arbitrio judicial. Hemos puesto de manifiesto cómo, ante un mismo planteo, distintos estamentos judiciales han tenido inobservancias que pueden generar consecuencias futuras, por ejemplo, obligar al centro médico a resguardar la información del procedimiento, hacer saber a las partes que el niño o niña nacido/a podrá acceder al expediente judicial cuando su capacidad lo permita, entre otros supuestos.

Creemos que la solución a estos complejos problemas está en una legislación que contenga reglas claras.

Notamos que en los testimonios que trajimos en este Capítulo hay una característica común: las gestantes se acercaron voluntariamente a los comitentes ofreciéndoles “que sean padres”.

Esto nos hizo pensar que una posible respuesta para evitar estos conflictos podría ser una futura legislación que contemple la creación de Registros de gestantes altruistas de acceso público. En ese sentido, consideramos que esos Registros deberían estar controlados y administrados por el Estado, coordinado con el Poder Judicial, pues deberían dejar de ser una búsqueda de los particulares y, quienes quieran gestar para otros, movilizados por un sentimiento benévolo, se inscriban allí previa evaluación psicológica.

Creemos que el dinero en este tipo de cuestiones corrompe cualquier buena intención. Por esa razón, otra situación que se debe evaluar y que -en nuestra opinión- debería contener una ley sobre gestación por subrogación es una penalidad para quienes pretendan lucrar económicamente con ello, a fin de desalentar los contratos onerosos.

Capítulo 4

CONDICIONES JURÍDICAS A CONSIDERAR ANTE LA FALTA DE NORMATIVA SOBRE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

1. Introducción

En el presente capítulo nos abocaremos a desentrañar algunos aspectos relativos a las condiciones jurídicas ante la falta de normativa sobre gestación por subrogación.

En primer término, analizaremos cuáles son los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida. Abordaremos esta cuestión considerando especialmente los artículos 558 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto fija al ámbito filiatorio y establece la voluntad procreacional como condición filiatoria.

Consideraremos distintas posturas doctrinarias y analizaremos cómo influyen las directivas relativas a las técnicas de reproducción humana asistida sobre la gestación por subrogación.

Veremos los conflictos relativos al acceso a la información que plantea el Código Civil y Comercial a los niños y niñas nacidos/as mediante técnicas de reproducción asistida y cómo los afectan esas normas y su ausencia. Por último, haremos un repaso crítico de la jurisprudencia sobre la temática.

Por último, consideraremos cuáles serán las consecuencias jurídicas ante la negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes y de recibir al niño o niña por parte de los comitentes. Para ello abordaremos las soluciones que fueron adoptadas por distintos países que legislaron sobre gestación por subrogación y, muy particularmente, los conflictos generados en los precedentes “Baby M”, “Calvet” y “Buzzanca”, así como los recaudos y el acompañamiento psicológico que realiza la clínica especializada Halitus Instituto Médico para evitar futuros conflictos en cuanto a las conductas de la persona gestante y/o los comitentes.

2. Derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida

En primer término, queremos recordar que la Constitución Nacional, ofrece protección integral a la familia sin definirla (art. 14 *bis*); por su parte, el artículo 16 la acoge fundado en el principio de igualdad entre todos los habitantes; y el artículo 19 establece y protege una amplia zona de autonomía y desarrollo personal, permitiendo que cada persona pueda formar el tipo de familia que desee siempre que no transgreda derechos de terceros. Asimismo, dentro del bloque de la constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22) existen varios instrumentos internacionales de derechos humanos que se destacan por la protección que brindan a la familia (arts. 16.1 y 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

La familia cumple muchas y diversas funciones relacionadas con el desarrollo infantil: la satisfacción de necesidades básicas, la protección del niño y niña, su socialización y educación, su integración social y el apoyo en la construcción de sentimientos de pertenencia e identidad personal (Gómez Bengoechea y Berástegui Pedro-Viejo, 2009).

En tal sentido, vemos cómo la realidad diaria nos muestra que vivimos tiempos de profundos y permanentes cambios que se evidencian más profundamente en las relaciones familiares. Estos cambios en las relaciones familiares son de tal magnitud que tienen consecuencias en todo el derecho de familia siendo los continuos avances científicos y tecnológicos generadores de situaciones no siempre adaptables a la normativa que rige ese derecho.

La medicina reproductiva, la ingeniería genética y la biotecnología han revolucionado las ciencias médicas, pero al mismo tiempo han convulsionado la ciencia jurídica que no puede permanecer ajena a esos cambios (Herrera y Lamm, 2015, p. 295).

Con la sanción de la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 se reguló el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida con especial hincapié en la cobertura médica de esta práctica médica que comprende a las técnicas de baja complejidad que son más sencillas y menos invasivas, y a las técnicas de alta complejidad, más intrusivas y costosas.

El artículo 2° de la ley 26.862 refiere a las "Definiciones" y según se deriva de este precepto, las técnicas "intracorpóreas" o de baja complejidad son aquellas que tienen por objeto la unión entre el óvulo 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 –semen- de la pareja o de donante.

En cambio, las "extracorpóreas" o las técnicas de alta complejidad son aquellas en que la unión entre el óvulo y el espermatozoide acontece fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación citrointracitoplasmática de espermatozoide - fecundación del óvulo que se realiza de forma directa, inyectando en él mediante una micro aguja un espermatozoide previamente seleccionado-, la crioconservación de ovocitos –técnica que consiste en enfriar muy rápidamente las células para minimizar el daño que sufren óvulos o embriones- y embriones, la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

En este contexto nacieron una gran cantidad de niños y niñas gracias a la intervención de la ciencia, ya sea con material genético de la propia pareja o de un tercero. Esto indudablemente impacta de manera directa en el derecho filial ampliando de manera exponencial la causa fuente del vínculo entre padres e hijos o hijas.

Así, además de los/as niños y niñas que nacen del acto sexual entre dos personas de diferente sexo -filiación por naturaleza o biológica- y el lazo filial nacido de una decisión judicial que determina la adopción, también hay relaciones entre padres e hijos o hijas que se derivan del uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

En virtud de ello, el Código Civil y Comercial de la Nación amplió la causa fuente de la filiación en el artículo 558 que expresa:

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

El Código Civil y Comercial de la Nación con este artículo mantiene uno de los principios o máximas del derecho filial: ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera que sea su tipología o composición de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación que introdujo la ley 26.618 que extiende la figura del matrimonio a todas las personas, con independencia de la orientación sexual, lo cual significa que una persona puede tener dos madres, dos padres o una madre y un padre (Herrera y Lamm, 2015, p. 383).

Entonces el Código Civil y Comercial de la Nación establece a través del artículo citado anteriormente que la filiación mediante las técnicas de reproducción humana asistida constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales.

Luego, en el artículo 561 del mencionado Código se tutela la voluntad procreacional de manera tal que los hijos e hijas nacidos/as por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos e hijas del hombre y de la mujer que prestaron su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quién haya aportado los gametos.

En tal sentido, frente a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es el eje a partir del cual queda determinada la filiación.

En la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, la identidad es definida a partir de la noción de socioafectividad, entendida como el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo (Famá, 2019).

El artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación introduce como regla que la filiación de los nacidos y nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida queda determinada como consecuencia de la expresión de esta voluntad que se proyecta formalmente en el consentimiento previo, informado y libre de quienes se someten a estas técnicas con independencia de quien hubiera aportado los gametos.

Por su parte, el artículo 577 del referido cuerpo normativo desestima expresamente la posibilidad de desplazar la filiación por técnicas de

reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo e informado, con independencia de quien hubiera aportado los gametos, así como la de reconocer al nacido/a por estas técnicas o entablar una acción de reclamación de filiación por la mera existencia de nexo genético.

Volviendo a la voluntad gestacional, Gil Domínguez (2014) brinda una primera aproximación desde una perspectiva –según el autor- psico-constitucional-convencional. Bajo este contexto, la define como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas. El autor destaca que el elemento central es el amor filial, el que se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo (p. 9).

Ahora bien, Basset (2016) destaca que en el derecho internacional es difícil encontrar un sistema que habilite la voluntad como elemento aislado o suficiente para determinar la filiación. Citando a Díaz de Guijarro señala que las relaciones jurídicas familiares no son contractuales, ni siquiera cuando se forman por la coincidente y simultánea manifestación de la voluntad de dos personas.

La citada autora sostiene que el problema de hacer de la voluntad procreacional una causa suficiente y autónoma para determinar la filiación deriva probablemente de haber confundido en el Código Civil y Comercial de la Nación el consentimiento para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida -que es un consentimiento médico- con la voluntad de establecerse como padres. Entonces ante tal confusión en el consentimiento con la voluntad, determinación y el emplazamiento es que entiendo que se suceden una serie de equívocos de difícil resolución.

En esta línea argumental se dijo que la noción de la voluntad procreacional intenta dominar el principio de la verdad biológica, vulnerándose así el derecho de identidad del nacido o nacida mediante esas técnicas (Chmielak, 2017). Y que la voluntad procreacional pasa a ser el único elemento de determinación de la filiación en los casos de niños o niñas nacidos por técnicas de reproducción asistida, lo que conlleva a que los vínculos y los grados de parentesco se vean falseados ante la negación de la verdad biológica (Perrino, 2017).

Disentimos con lo expresado por Basset, Chmielak y Perrino en los tres párrafos anteriores. Ello por cuanto entendemos que la voluntad procreacional es el eje vertebral en materia de determinación de la filiación cuando se trata de la filiación que se deriva de técnicas de reproducción humana asistida.

Así se ha dicho que el Código Civil y Comercial de la Nación en total consonancia con principios constitucionales e internacionales valoriza el derecho de toda persona a formar una familia gracias al avance científico, sin importar su condición sexual, habilitando acceder a la maternidad o paternidad importando sólo la voluntad procreacional, sean parejas del mismo o diferente sexo y/o personas solas (Herrera, 2015, pp. 501 y 503).

Gil Domínguez (2014) va un poco más allá y sostiene que aquellas posturas que defienden únicamente las fuentes de filiación por biología y por adopción, sin cuestionamiento alguno y atacan a la voluntad procreacional como fuente de filiación, tienen un trasfondo ideológico performativo que permanece oculto y que está basado en la defensa ideológica de la heterobiologicidad, la cual establece que el único supuesto digno de ser considerado por el ordenamiento jurídico como fuente legítima de filiación es aquel en que un hombre y una mujer conciben mediante un acto sexual (p. 10).

Entonces el consentimiento es la exteriorización o materialización del eje central en la determinación de la filiación de los hijos e hijas nacidos/as mediante técnicas de reproducción humana asistida. El Código Civil y Comercial de la Nación prevé sobre este punto que la instrumentación del consentimiento no sea otorgado o plasmado solo por escrito, sino que también sea protocolizado ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

Así es que uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así que se deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo ésta una de las diferencias sustanciales entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida (Herrera y Lamm, 2015, pp. 386 y 387).

Ese elemento volitivo como fuente filial modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, o si se quiere, dinámico (Famá, 2019).

Como dijimos en el Capítulo 2 la gestación por subrogación se eliminó al momento de la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, pero a pesar de ello es una práctica que se realiza con asiduidad y que obliga a la intervención judicial -puntos 5., 5.1 y 6.-. Entonces nos preguntamos: ¿quién o quiénes son los progenitores del niño o niña que nace producto de esta práctica?, ¿qué rol juega la voluntad procreacional en la gestación por subrogación?, ¿es aplicable el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación a la gestación por subrogación?

Existen diversas miradas para darle respuesta a estos cuestionamientos.

Una primera respuesta es la de aquellos autores como Ales Uría (2017) que sostienen que si bien es usual la referencia a la práctica de la gestación por subrogación como una técnica de reproducción humana asistida, su estructura hace que se acerque más a un supuesto de voluntariedad en la supresión y atribución de la filiación materna que a un caso típico de reproducción asistida.

Por eso destacan que las técnicas de reproducción humana asistida en las que hay intervención de terceros se caracterizan por la fungibilidad del aporte de estos terceros y porque esta cooperación se agota en un único acto. Esta línea argumental sostiene que no es así en el caso de gestación por subrogación, en el que la colaboración de la persona gestante no se agota en un único acto de entrega de gametos, sino que posee una activa participación en la planificación de la concepción, embarazo y parto.

Por otro lado, afirman que en la gestación por subrogación la persona que gesta al hijo o hija adquiere un vínculo biológico y afectivo con él o ella durante los nueve meses de embarazo a diferencia de los donantes de gametos masculinos o femeninos cuya colaboración se reduce a un acto concreto de aporte de sus gametos sin conocer el desarrollo ulterior del proceso de fecundación y gestación, y es conocida por los comitentes (Ales Uría, 2017).

Bajo una mirada opuesta a la mencionada anteriormente encontramos a autoras como Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2013) quienes sostienen que en la gestación por subrogación la voluntad procreacional es la intención de querer engendrar un hijo o hija con material genético propio acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior.

Para esta parte de la doctrina, esa tercera persona carece de esa voluntad, por ende, aun cuando correspondería la atribución de la maternidad a la persona gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida: la voluntad procreacional. Por tal motivo, la intención de adquirir derechos y obligaciones se encuentra ausente y, a la par, carece del afecto que se deriva o se construye con el despliegue de tales responsabilidades.

Mientras tanto, esta práctica es cada vez más frecuente y se advierte cómo la judicialización de niños y niñas luego de su nacimiento colisiona de lleno con la protección de su interés superior.

En tal sentido se suele apelar, por lo general, a impugnar la maternidad de la persona gestante o a no inscribir al niño o niña nacido/a por gestación por subrogación hasta tanto exista sentencia que reconozca la filiación de los comitentes.

En este punto debemos advertir que, al menos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, existen pronunciamientos que no reconocen la gestación por subrogación, desestiman la demanda de impugnación de maternidad y envían a los padres, a sus hijos e hijas y a la persona gestante a encausar una demanda por una adopción, conforme dispone el artículo 630 y conscs. del Código Civil y Comercial de la Nación (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E de la Ciudad de Buenos Aires; “S., I. N. c. A. C. L. s/ impugnación de filiación” 30/10/2018 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K de la Ciudad de Buenos Aires, “F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación”, 28/10/2020).

Así, a través de los rechazos del emplazamiento filial citados se fuerza a la persona gestante a asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental, pese a que no hizo aporte genético alguno y a que carece de la voluntad de ser madre, vulnerando su autonomía personal y el interés superior del niño y niña.

Lo cierto es que cualquiera sea la estrategia judicial que se utilice a los efectos de determinar la filiación a favor de los padres pretensos, el tiempo que implican estos procesos y el hecho de que sean posteriores al nacimiento del niño o niña generan otros cuestionamientos y posibles perjuicios: ¿qué pasa si luego de nacido el niño o niña los comitentes se arrepienten?, ¿si los comitentes

fallecen?, ¿si fallece quien no tenía vinculo jurídico, quedando el niño o niña privado/a de, por ejemplo, la capacidad de heredarlo?, ¿o si quien fallece es quien sí tenía vinculo jurídico quedando entonces el niño o niña sin emplazamiento? (Lamm, 2015).

Estas preguntas denotan la complejidad de la cuestión y lo peligroso de no contar con una legislación sobre gestación por subrogación que prevea la totalidad de las posibles vulneraciones. Nótese que todas estas cuestiones que señalamos ponen de manifiesto que, controvertida o no la cuestión, sin una normativa todas las personas involucradas deben someterse al arbitrio de nuestros tribunales.

3. Comparación de los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida con los derechos de los niños y niñas adoptados/as

Antes de ingresar en el tema propuesto en esta sección consideramos necesario poner de manifiesto que la adopción en algún punto padeció y padece muchos de los cuestionamientos que se formulan actualmente a la gestación por subrogación.

Así, se ha dicho que existe una preocupación médica en torno a evitar que la adopción constituya un intento de curar una neurosis -entendiendo por tal a ciertas enfermedades específicas de la personalidad, caracterizadas por conflictos psíquicos que perturban la conducta y el desenvolvimiento social del individuo (Ossorio, 1999, p. 644)-. Del mismo modo, que no se oculte la diferente reacción que puede generar entre el o la integrante de la pareja fértil y el o la infértil.

Se sostuvo que el fenómeno de adoptar es un hecho individual y no de la pareja, pues sus actitudes suelen ser distintas. En tal sentido, se ha asegurado que no es igual quien adopta pese a su fertilidad, que quien lo hace para paliar su infertilidad, pues este último lo hace desde la resignación que encubre la frustración y el dolor de no poder concebir el hijo o hija propio (Chiapero, 2012, p. 60).

También existen autores que destacan que los obstáculos legales que plantea el Código Civil y Comercial de la Nación para lograr la adopción de un

niño o niña han sido producto de la estimulación y fomento de otra clase de filiación, que es la generada mediante las técnicas de reproducción humana asistida, cuyo beneficio lucrativo es inmenso para las clínicas especializadas y los laboratorios (García de Solavagione, 2017).

Desde un enfoque marcado por el costo/beneficio, incompatible desde nuestro punto de vista a la luz de los derechos y sentimientos en juego, se expresó que, a diferencia de las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción es casi siempre exitosa en el sentido de que aquellas parejas o personas que aspiran a ser padres generalmente terminan logrando tener un niño o niña a través de la adopción (ob. cit., 2017).

Bajo esta mirada señalan las dificultades que conlleva la decisión de adoptar, vinculadas a engorrosos trámites, esperas, cumplimiento de exigentes requisitos relativos a la edad, solvencia moral y capacidad económica de los miembros de la pareja, y que la mayoría de los costos de la adopción no son absorbidos hasta que el proceso de adopción ha tenido éxito (Chiapero, 2012, p. 61 y García de Solavagione, 2017).

Por último, Basset (2011) indica que en la adopción al menos el niño o la niña tiene la posibilidad de saber que en su historia hay un estrato de su identidad que ha sido roto, su progenitura biológica puede ser visibilizada y puede reconciliarse con su pasado e identificar como padre a aquel que lo engendró y perdonar el abandono.

En cambio, la autora mencionada anteriormente sostiene que en la procreación asistida por donación de gametos el niño o niña debe asumir que su identidad es objeto de un contrato, que sus padres biológicos son dadores para los que él o ella fue meramente un contrato económico o un improbable acto de donación y que, además, los padres por fecundación asistida que lo crían han participado de ese contrato y de esa co-modificación y tecnificación de los estratos de la identidad del niño o niña.

Nuestra mirada coincide con la de aquellos autores que asemejan las técnicas de reproducción humana asistida y la adopción porque en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo. La diferencia radica porque esa voluntad en las técnicas de reproducción humana asistida debe ser manifestada en oportunidad previa a la gestación a través de los consentimientos requeridos

legalmente. En la adopción, en cambio, la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2012).

En la adopción existe un vínculo biológico anterior entre quien es adoptado/a y la familia de origen, o sea, el niño o niña tiene una historia previa, medió un desarraigo y el vínculo con los adoptantes surge con posterioridad.

En cambio, en la filiación originaria en las técnicas de reproducción humana asistida no existe esa historia previa y el vínculo con los padres surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida.

La filiación en la adopción es constituida por un juez a través de una sentencia tras un procedimiento judicial legalmente establecido, no así en las técnicas de reproducción humana asistida adonde, en principio, no hay ninguna intervención judicial (Herrera, 2006, p. 115).

En este punto queremos destacar los principales elementos y la razón de ser de la adopción para entender mejor si existe simetría o proporción con los derechos de aquellos niños y niñas nacidos/as mediante gestación por subrogación.

En este sentido, a través de la adopción se genera un vínculo filial entre dos personas: adoptante y adoptado o adoptada, pudiendo ser hasta dos los adoptantes en un mismo momento, de conformidad con otro principio general en material filial como lo es que la persona puede tener, como máximo, hasta dos vínculos filiales, con total independencia de la orientación sexual de estas personas: madre/padre-madre/comadre-padre/compadre.

El objeto de la adopción reside en el derecho del niño o niña a vivir en una familia, que se desarrolle y sea cuidado en un ámbito familiar que satisfaga necesidades afectivas y materiales.

Es viable apelar a la adopción cuando tales necesidades –afectivas y materiales- no pueden ser proporcionadas por su familia de origen en sentido amplio, tanto el núcleo familiar primario –padres- como extenso.

Como dijimos en párrafos anteriores, la adopción es una institución cuyo acto constitutivo se deriva de la sentencia judicial -que debe ser inscripta en el registro civil respectivo-, siendo el proceso judicial que culmina con una sentencia de emplazamiento el que hace generar el estado de hijo o hija (Herrera, 2015, p. 11).

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se establecen en el artículo 595 de ese cuerpo legal una serie de principios de derechos humanos bajo los cuales se edifica la regulación de la adopción. Allí y en lo que a esta tesis interesa, se enumeran los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño y niña;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el derecho a conocer los orígenes;
- d) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

De lo expuesto hasta aquí vemos que existe una gran diferencia entre quienes fueron adoptados/as y quienes han nacido por gestación por subrogación debido al desamparo normativo que sufre estos últimos. Ello se manifiesta con mayor relevancia en el derecho que se les reconoce a los primeros de acceder a la información relativa a sus orígenes en desmedro de los segundos lo que, a nuestro entender, redundaría en una clara discriminación, como daremos cuenta en extenso en el punto 5 de este capítulo.

Por ende, para el nacido o nacida bajo la técnica en estudio solo le cabe someterse al arbitrio de la judicatura, que debe proceder con razonabilidad en la decisión, desde el análisis consecuencialista que los jueces están llamados a realizar, teniendo presente para ello que ninguna decisión jurídica debe renunciar al compromiso de organizar la sociedad y el buen vivir de los ciudadanos, a cuyo fin, se debe efectuar un juicio práctico y sistemático, en el sentido de apreciar al Derecho como ciencia de la solución de problemas (Lorenzetti, 1998).

Así, es dable destacar la obligación de progresividad, de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento, a partir de la constitucionalización del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tanto el artículo 2º del referido Pacto como el artículo 26 de la mencionada Convención disponen que los Estados parte se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales; la responsabilidad primordial de cada país

es constituir un proceso integral y continuo (art. 33 de la Carta de la Organización de Estados Americanos).

De allí la obligación de progresividad, consistente en mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales, calificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el "...principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en particular" (Fallos: 327:3753).

Por ello resulta evidente que si el Estado se obliga a mejorar la situación de determinados derechos simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogar los ya existentes. De esta manera se configura el deber de adoptar aquellas medidas legislativas que acompañen la evolución de los derechos reconocidos en el ámbito nacional (Leyes 26.061, 26.618, 26.743 y 26.862, entre muchas otras).

4. Consecuencias jurídicas de la negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes y de recibir al niño o niña por parte de los comitentes

En primer término, cabe señalar que existen autores que sostienen que en todo contrato de gestación por sustitución el acuerdo no concluye con la prestación de los servicios de generación y gesta, que implican una serie de cláusulas relativas a ese proceso y fuertemente gravatorias en las libertades fundamentales de la persona gestante, sino que tiene por objeto la entrega a los comitentes del o de los menores fruto del embarazo (Basset y Ales Uría, 2018).

En esa línea argumental se destacó lo dispuesto por el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación en el cual se establece la expresa prohibición de entregar directamente en guarda a niños o niñas mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño o niña. Por esta razón se concluyó que no habría dudas sobre la amplitud de la prohibición, de tal modo que sería contradictorio admitir que por simple contrato se pacte la entrega directa de un niño o niña alegando como único fundamento que se realiza con la intermediación técnica rentada de un centro de procreación artificial (Lafferriere, 2017).

Independientemente de las consideraciones que se hagan respecto a la validez o invalidez de los contratos de gestación por subrogación, lo cierto es que existe un conflicto que va a conllevar la judicialización posterior al nacimiento del niño o niña, y es aquel por el cual la persona gestante elige conservar al niño o niña. Ello, nos genera un primer interrogante, ¿podría un juez constreñirla a cumplir con la entrega del niño o niña?

Otra circunstancia problemática puede darse también cuando la persona gestante luego de entregar al recién nacido o nacida a los comitentes pretende desconocer lo pactado efectuando un reclamo judicial a los fines de hacer efectivo el ejercicio de su maternidad en virtud de haber sido quien parió. Aquí nos surgen otros interrogantes, ¿podría un juez constreñir a los comitentes a entregar el niño o niña a la persona gestante? o ¿podría obligar a los comitentes a que se establezca un vínculo entre ese niño o niña con la persona gestante?

Desde la clínica especializada Halitus Instituto Médico sostienen que es obligación del médico asegurarse hasta el último momento que no haya arrepentimiento de ninguna de las partes, motivo por el cual afirman que en el instante previo a la transferencia embrionaria preguntan a los padres comitentes y a la persona gestante si están de acuerdo en continuar con el procedimiento, por lo cual refieren que la intervención psicológica no es puntual sino continua, indicando que constituye un requisito indispensable para quienes demandan la práctica -padres procreacionales-, para quienes se ofrecen a ella -portadoras- y para quienes acompañan -familia de portadoras- (Inciarte, Quaini, Martínez, Urquiza, Piscicelli, Pasqualini (h) y Pasqualini, 2018, pp. 30 y 31).

En tal sentido, Lamm (2013) sostiene que desde la práctica de la gestación por subrogación y la propia realidad se pone de manifiesto que, en general, las personas gestantes y los comitentes no cambian de parecer ni se arrepienten, sino que cumplen con lo pactado (p. 291).

Esta autora describe un abanico de soluciones –no uniformes- que se plantean en el derecho comparado sobre este punto y que describiremos a continuación.

El Reino Unido al prever un sistema de transferencia de la filiación le confiere a la persona gestante un período de reflexión de seis semanas dentro de las cuales puede decidir quedarse con el niño o niña.

En similar sentido, en Western, Australia la persona gestante tiene un plazo de tres meses -período de reflexión- dentro del cual puede decidir quedarse con el niño o niña.

En Grecia y Sudáfrica el principio es que las partes no pueden resolver el acuerdo tras la implantación del embrión en la persona gestante.

En Grecia, una vez autorizado el acuerdo y producida la implantación del embrión en la persona gestante, pierde su derecho a cambiar de opinión y a partir de entonces está obligada a cumplir con los términos del acuerdo y a dar al niño o niña a los comitentes inmediatamente después del nacimiento. Lo mismo se aplica a los comitentes, quienes no pueden negarse a recibir al niño o niña después de que él o ella nazca a raíz de lo establecido en los artículos 1510 y siguientes del Código Civil de aquel país.

Por otro lado, en Sudáfrica si la persona gestante aportó el material genético –gestación por subrogación tradicional- tiene derecho a resolver el acuerdo en cualquier momento antes de transcurridos sesenta días después del nacimiento del niño o niña mediante la presentación de un aviso al Tribunal a estos fines y efectos.

Consecuentemente, en Sudáfrica mientras en la gestación por subrogación gestacional el acuerdo confiere a los comitentes los derechos parentales desde el momento del nacimiento del niño o niña, en el caso de la tradicional los derechos parentales están suspendidos por un período de reflexión de sesenta días siguientes al nacimiento del niño o niña, período durante el cual la persona gestante tiene derecho a decidir quedárselo/a.

Por su parte, en Estados Unidos la ley de New Hampshire prevé que todos los contratos de gestación por subrogación deben darle a la persona gestante el derecho a resolver el contrato hasta dentro de las setenta y dos horas contadas a partir del nacimiento del niño o niña. En Virginia, los comitentes son considerados los padres legales del niño o niña, salvo que la persona gestante - que sea a su vez madre genética- decida terminar el contrato dentro de los ciento ochenta días siguientes de comenzado el embarazo.

En Israel la ley dispone que la persona gestante no puede resolver el contrato, salvo que un tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción y sólo si se prueba que es en el mejor

interés del niño o niña. Ahora bien, tras la concesión de la orden de paternidad la persona gestante ya no puede resolver el contrato.

En Rusia, la persona gestante puede cambiar de opinión y negarse a prestar consentimiento para que el niño o niña sea inscrito/a como hijo o hija de los comitentes sin que se establezca un plazo límite para ello. Así, el artículo 51, inciso 4º del Código de Familia de aquel país indica que los "...cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido" (Lamm, 2013, pp. 291-292).

En este punto, creemos necesario analizar el caso "*Baby M*", nombre que le dio la justicia norteamericana a la niña nacida por un contrato de gestación por subrogación, entre Mary Beth Whitehead y los esposos William y Elizabeth Stern.

Dicho acuerdo se generó en virtud de que el señor Stern ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth pudiera procrear un hijo o hija convino tal convenio con el señor y la señora Whitehead por el que le pagarían u\$ 10.000, más gastos médicos.

De conformidad con ello, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía el niño o niña y lo/a entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño o niña. 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, pero ella decidió luego que no la entregaría a los comitentes. 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 subrogación.

Los Stern acudieron a los tribunales y en primera instancia se pronunció por la validez del contrato, disponiendo la entrega de la niña al matrimonio y autorizando la adopción integrativa por parte de la esposa del donante.

Esa decisión fue revocada por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, quien determinó que, aunque el contrato de gestación por subrogación era ineficaz e ilícito, a esa altura no constituía el factor determinante de la disputa, sino el bienestar y el interés superior de la niña.

Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas concluyeron que debían proveer un ambiente estable a la niña. Por dichas circunstancias, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita.

Esta batalla legal fue muy mediatizada y generó respuestas legislativas en los Estados Unidos que fueron desde el facilitamiento hasta la prohibición de los contratos de gestación por subrogación.

Ahora bien, en el estado de California se dieron otros dos casos trascendentales, “Johnson c. Calvert” y “Buzzanca c. Buzzanca”.

El caso Calvert fue resuelto por la Suprema Corte de California en el año 1993. Allí, Marc y Crispina Calvert eran una pareja casada que no podía tener hijos debido a que a ella se le había practicado una histerectomía -cirugía para extirpar el útero- conservando sus óvulos.

Por ello decidieron contratar a Anna Johnson como gestante. El 15/1/1989 firmaron un contrato en el cual se establecía que el embrión formado por el esperma de Marc y el óvulo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño o niña que naciera sería hijo o hija de los comitentes. Anna estuvo de acuerdo con renunciar a todos sus derechos como madre y como contraprestación se abonaría la suma de u\$s 10.000 en cuotas, formando parte además de la contraprestación abonar un seguro de vida a favor de ella.

El cigoto -célula diploide resultante de la fecundación de un ovocito por un espermatozoide, la cual subsecuentemente se divide para formar un embrión (OMS, Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, 2010)- fue implantado en el año 1990, pero durante el embarazo las relaciones entre el matrimonio y la portadora se deterioraron al exigirles el pago del saldo. Los comitentes contestaron la demanda y solicitaron que se los declare padres del niño o niña que aún no había nacido/a. La persona gestante, por su lado, solicitó que se la declarase madre del niño o niña que portaba.

El 19/9/1990 nació el niño y las muestras de sangre demostraron que Anna no era la madre genética. El Juez Parslow del Tribunal Superior del Condado de Orange otorgó la custodia del bebé a los padres genéticos, el matrimonio Calvert. Este Tribunal entendió que no es contrario al orden público el contrato de gestación por subrogación celebrado entre las partes.

Con el caso “Buzzanca c. Buzzanca” se dio el primer caso de gestación por subrogación en los Estados Unidos en el que el bebé nacido a través de este procedimiento -Jaycee Buzzanca- quedaba sin padres legales debido a la separación de los que tenían la intención de ser sus padres.

El 26/4/1995 nació Jaycee Buzzanca. La comitente -Luanne- se hizo cargo de ella, pero reclamó a su ex esposo y comitente -John- sus obligaciones legales, pues había firmado un contrato por el que apoyaba la procreación de la niña. Ante la negativa del señor Buzzanca el caso pasó a los tribunales.

El tribunal de primera instancia llegó a la conclusión de que la niña era legalmente huérfana. Sin perjuicio de ello y tras varios años de juicios, finalmente el juez dictaminó que la paternidad quedaba determinada por la intención de procreación. Así, se estableció que ambos eran los padres legales de Jaycee y que Luanne Buzzanca sería la responsable de su cuidado.

Historias como estas no fueron replicadas aún en nuestros tribunales, lo que nos permite pensar que a pesar de la falta de reglas sobre esta práctica los acuerdos de gestación por subrogación son altruistas -dato que surge de los distintos fallos judiciales- y de una gran solidez y claridad.

El caso “Buzzanca” nos compele a evaluar las consecuencias jurídicas para el supuesto de que de los comitentes se negasen a recibir el niño o niña.

En tal sentido se podría presentar el supuesto de comitentes que rechacen hacerse cargo del niño o niña nacido/a con algún tipo de discapacidad, o por haberse separado la pareja, o por el fallecimiento de uno o ambos comitentes una vez realizado el acuerdo, pero antes del nacimiento.

Insistimos en afirmar que nuestros tribunales no reportan a la fecha antecedentes al respecto, pero nos preguntamos ¿cuál es la situación legal de la persona gestante?, ¿cuáles son sus derechos y obligaciones?, ¿es válida la opción de los comitentes, de no aceptar al niño o niña?, ¿es posible obligar judicialmente a hacerlo?, ¿se afecta el interés superior del niño o niña? y ¿qué ocurre si tampoco la persona gestante quiere o puede conservarlo/a?

Ahora bien, si la persona portadora opta cuidar al niño o niña en virtud de la negativa de los comitentes en recibirlo/a, ¿es posible atribuirle la maternidad, pese a la existencia del convenio que dispone lo contrario?

La casuística es inmensa y es difícil prever la totalidad de las posibles respuestas, pero a esta altura de los acontecimientos vemos que existe una

nutrida jurisprudencia nacional e internacional y una abundante legislación extranjera que nos permite considerar una normativa que abarque todos los acontecimientos posibles.

Volvemos a traer el caso de la clínica especializada Halitus Instituto Médico a los fines de describir la intervención desde lo psicológico que realizan con los futuros padres -comitentes-.

Ellos refieren que a los padres pretensos los escuchan, acompañan y contienen, situando en ese contexto a la voluntad procreacional que habilita a alguien para la maternidad y la paternidad. En ese punto destacan que realizan un trabajo particular, dado que la emergencia del deseo, así como también el trabajo de elaboración del duelo afín a la falta deben ser absolutamente singulares.

Indican que la posición subjetiva de los padres respecto de la gestación por subrogación conlleva características distintas si se trata de una pareja homo o heterosexual.

En la pareja heterosexual la subrogación constituye una reparación en el punto de la falta de la posibilidad gestacional, de modo que implica un duelo previo y una elaboración de este como preámbulo de la subrogación. La mujer debe elaborar la pérdida de la capacidad gestacional y aceptar que su hijo o hija va a llegar, pero en el vientre de otra persona.

En las parejas igualitarias la subrogación viene a abrir una puerta allí adonde no había nada. No se registra pérdida ni falta, por el contrario, es todo ganancia. La atmósfera emocional de las parejas igualitarias se encuentra atravesada por fantasías de triunfo y de omnipotencia, a diferencia del desarrollo emocional angustioso-ansioso de las parejas heterosexuales que muchas veces sienten impotencia como efecto de la pérdida representada como castración real.

Destacan que la intervención psicológica también incluye la tarea de evaluación. Se evalúa a los comitentes en cuanto al desajuste emocional producido por el diagnóstico de infertilidad o de pérdida de capacidad gestacional. Y se releva también el desarrollo de patología psiquiátrica reactiva si la hubiere (Inciarte, Quaini, Martínez, Urquiza, Piscicelli, Pasqualini (h) y Pasqualini, 2018, p. 30).

Es destacable el trabajo que manifiestan hacer desde la clínica mencionada, pero representa una decisión individual ya que, habiendo un vacío

legal sobre esta materia, no existe una obligación de hacer esas evaluaciones para los tratamientos de gestación por subrogación, más allá de que realizarlos representa para la institución médica la certeza de que el tratamiento tendrá éxito y se evitará futuras contingencias.

Por ello, la única posibilidad o herramienta actual para evitar estos contratiempos es la intervención judicial previa a la realización de esta práctica.

Ante el mencionado desamparo normativo el juez interviniente deberá verificar que se reúnen los requisitos que permitan vislumbrar que no habrá inconvenientes; que ante alguna de las eventualidades señaladas la decisión que se adopte sea acorde al interés superior del niño o niña que nacerá; que la filiación quede inmediatamente establecida con sus padres y madres de intención desde el momento del nacimiento para que garantice su identidad; que se avale la filiación de quienes provocaron ese embarazo sin que pueda haber margen de especulaciones o abusos; y que se garantice que la persona que gesta presta un verdadero consentimiento informado y que sea debidamente cuidada.

No obstante que en ningún tribunal de nuestro país fue reportado a la fecha un conflicto como “*Baby M*”, “*Calvert*” o “*Buzzanca*”, consideramos que ello no excluye la necesidad de contar con un marco regulador que fije uniformemente los requisitos a verificar para que no queden librados al arbitrio judicial.

5. Conflictos jurídicos relativos al derecho a la información de los niños o niñas nacidos/as por gestación por subrogación

El derecho a la identidad es un derecho humano garantizado por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En esta Convención el valor que se fija a la identidad surge con énfasis y de diversas maneras. Así, integran el derecho a la identidad el derecho:

- a conocer a sus padres, y en la medida de lo posible, ser cuidado por ellos (art. 7º);
- al nombre (art. 8º);
- a la nacionalidad (art. 8º);

- a no ser separado de sus padres sin conformidad de éstos y sin revisión judicial previa en casos de maltrato o descuido o por separación de los padres (art. 9º);
- a mantener relaciones personales con el padre del que esté separado y contacto directo con ambos (art. 9º), prohibiendo traslados ilícitos (art. 11), y garantizando el derecho a ubicar a los padres en caso de niños refugiados (art. 22);
- a la reunión familiar (art. 10);
- respeto a las costumbres culturales y a la identidad cultural, idioma, sus valores y valores nacionales (arts. 20 y 29, inc. c);
- a la identidad étnica, religiosa y lingüística (art. 30); y
- a la identidad familiar (art. 16).

Por otra parte, en su artículo 8º la Convención establece su objetivo principal que es la exigencia de que el Estado proteja todos los elementos de la identidad del niño/a. Ese artículo indica en su inciso 2º que los Estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiada cuando un niño o niña sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad con miras a restablecerlos.

De acuerdo con lo que entiende Basset (2011), cuando la Convención de los Derechos del Niño hace referencia a los Estados parte involucra a los tres poderes republicanos: al poder ejecutivo, al legislativo y al judicial, que quedan obligados a aplicar esta directriz.

El derecho a la identidad presenta una doble dimensión: estática y dinámica.

La identidad estática responde a la concepción restrictiva de “identificación” como huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos. Y, por eso, como regla, se construye sobre los datos físicos o materiales de una persona.

La identidad en su faz dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2012).

Entonces, tal como sostienen Cabrera y Codeglia (1995), el derecho a la identidad no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona; comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, a través del cual la persona se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad (Famá, 2014).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse sobre el derecho a conocer los orígenes en diversos precedentes. Cabe destacar el voto en disidencia del Dr. Petracchi en el caso “Muller”, por el cual sostuvo que entre los derechos implícitos consagrados por el artículo 33 de la Constitución Nacional debería incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen.

Afirmó también que poder conocer su propia génesis, su procedencia, era una aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Refirió que, tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que permita reencontrar una historia única e irrepetible - tanto individual como grupal- era un movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura.

Sostuvo que la identidad es representada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado por tener el sujeto caracteres propios que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo, o sea que la persona tendría la titularidad de un derecho, que es propiamente el de ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual.

Actualmente, en nuestro país, el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que la filiación pueda tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Se admitió, por tanto, una nueva fuente de filiación, las técnicas de reproducción humana asistida, que el código equiparó a las reconocidas en la legislación anterior.

En este orden de ideas, la filiación mediante las técnicas de reproducción humana asistida constituirá una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales.

El artículo 563 del Código referido consagra el derecho a la información de aquellas personas nacidas por medio de las técnicas referidas cuando ha

mediado la utilización de gametos de terceros, en tanto que el artículo 564 dispone el contenido de esa información.

El derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida es limitado y se da solo a pedido de parte en dos supuestos contemplados en el artículo 564, ellos son: 1) cuando esa información es relevante para su salud y 2) se revelará cuando existan razones fundadas y evaluadas por la autoridad judicial competente.

Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2012) justifican esta limitación al considerar que si la donación de material genético -óvulo o espermatozoide- no fuese anónima no habría donantes. Refieren que esa restricción del derecho individual a conocer es constitucionalmente válida a la luz del principio de proporcionalidad, dado que tiene en miras otro derecho que no sólo ha permitido que esa persona pueda nacer, sino también que lo hagan otras personas.

Sin embargo, aclaran que no se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético, solo que deberán hacerlo mediante un trámite judicial en el que deben encontrar también protección los otros intereses involucrados del donante del material genético, a la luz del principio de proporcionalidad (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2012).

Una cuestión relativa al derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida heterónoma –entendiéndose como los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, con aporte de ese material genético de un donante (“Glosario”, 2010)- se planteó ante la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en los autos “C., E. M. y otros c/ EN-Mº Salud s/ Amparo ley 16.986”.

Allí, un matrimonio que actuaba por derecho propio y en representación de sus dos hijas menores de edad interpusieron una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que a través del Ministerio de Salud o el organismo que se considere competente se disponga la creación de un registro que contenga toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país referida a la identidad de los donantes de gametos, con la finalidad de que sus hijas y todas las personas

nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica y acceder a esa información con la correspondiente autorización judicial.

Precisaron que tenían dos hijas concebidas a partir de técnicas de fertilización asistida con óvulos donados por terceros e indicaron que conocían la identidad de una de las donantes, ya que la hija mayor fue concebida con material genético aportado por una amiga de la familia, no así la hija menor que lo fue con óvulos donados por medio de un procedimiento practicado en un centro de salud especializado, por lo que desconocían la identidad de la donante.

Afirmaron que en virtud de que en nuestro país no se encuentra regulada la donación de material genético, los centros de fertilidad y los bancos de gametos no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donantes, motivo por el cual entendieron que existía un riesgo cierto de que la referida información se pierda de manera definitiva.

En su resolución de fecha 29/4/14, la Sala mencionada distinguió dos aspectos: 1) el derecho a conservar la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida sobre la identidad de la donante de los óvulos y 2) el derecho de una de las hijas de los co-actores, es decir, la que desconoce la identidad de la donante a tener acceso a esa información y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente, podrá hacerlo en el futuro.

En este punto cabe recordar que mediante la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se consagró en su artículo 11 expresamente al derecho de identidad, además de imponer la aplicación obligatoria de la Convención de los Derechos del Niño. O sea que a través de esa disposición legal a “todos” los niños, niñas y adolescentes les corresponde conocer su origen y el Estado debe implementar políticas que contribuyan a cumplir este objetivo.

Por otro lado, se entiende que debe considerarse acto discriminatorio “...toda exclusión de la posibilidad de acceder a conocer los orígenes por razón pura y exclusivamente de haber nacido por técnicas de reproducción humana asistida” (Urbina, 2015, p. 5).

Estamos convencidos que el silencio normativo en el ámbito de la gestación por subrogación genera niños y niñas de cuarta categorías que no encuentran ningún tipo de protección a su derecho de conocer su realidad gestacional.

Es decir, quienes nacen mediante esta técnica sin donación de gametos no podrán saber quién fue la persona que los gestó y a aquellas personas nacidas con donación de gametos no se les permite conocer los datos de la persona gestante, al igual que a los anteriores, y tampoco el donante del material genético, salvo en los casos indicados por el artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esos niños y niñas tendrán que soportar, en una primera instancia, encontrarse en un peligroso limbo jurídico en cuanto a su filiación, tal como lo indicamos en el capítulo anterior –punto 2- en el que el Código de fondo impone la regla de determinación por el parto y los padres comitentes -hayan o no aportado su material genético- impugnan esa filiación en base a la “voluntad procreacional”.

Existen estudios que dan cuenta que el secreto en cuanto al método o modo de concepción puede dañar las relaciones familiares con un consecuente impacto negativo en el desarrollo psicológico del niño o niña (Lamm, 2013, p. 294). No obstante, entendemos que el derecho a la identidad -estática y dinámica- es un derecho humano y, como tal, debe propiciar una apertura respecto al conocimiento del propio origen.

Aún quienes sostienen que la regla de determinación por el parto no es arbitraria afirman que todos los niños y niñas tienen derecho a una relación con su persona gestante, aún en la adopción. Si un niño o niña queda privado de esa instancia se encuentra en desigualdad de condiciones, más allá de que luego no desee hacer uso de tal derecho (Basset, 2016).

Así, pues, quienes nacen mediante gestación por subrogación tienen la carga de someter a la discrecionalidad judicial la posibilidad de acceder a su información identificatoria.

Como venimos sosteniendo a lo largo de nuestra tesis, la jurisprudencia en este tema juega un rol muy importante. Pero en algunos casos debido a la ausencia legislativa y desconocimiento sobre la temática esas decisiones pueden generar un estado de incertidumbre sobre los involucrados. El caso del

derecho a la información de quienes nacen mediante gestación por subrogación no es la excepción. Para dar cuenta de ello, repasaremos puntualmente un abanico de fallos que abordan la figura en estudio.

En tal sentido, cabe referir que en la mayoría de los pronunciamientos en los que se autoriza esta práctica se homologan sus acuerdos o se inscriben a los niños o niñas a favor de los comitentes se les impone a los padres la obligación de informarles respecto de su origen gestacional. Aunque debemos advertir que existe algún pronunciamiento que ni siquiera contempla esta posibilidad: “D., J. E. y otro/a s/ autorización judicial”, Juzgado de Familia N° 8 de La Plata, 27/4/2020.

Veremos cómo, en su mayoría, omiten dos temas fundamentales: 1) indicar en cabeza de qué órgano estará el control de la obligación impuesta a los padres, porque de lo contrario nos encontraremos con una orden voluntarista o meramente declarativa y; 2) ordenar al Centro Médico que intervino o intervendrá que proceda a la custodia y resguardo de todos los datos genéticos de la persona gestante y donante –en caso de haberlo- para cuando los requieran los comitentes o el niño/a.

También advertimos cómo en muchos de éstos, aún antes de haber nacido esos niños o niñas son judicializados, en cuyo caso les asiste la potestad de acceder a la información obrante en la acción judicial que fueron sometidos pre natos.

El Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario en autos: “F. M. L. y otra s/ autorización judicial”, sentenció el 2/12/2014, “[e]xhortar al matrimonio para que informe a su/s hijo/s el origen genético y gestacional”.

El Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora en autos: “H. M. y otro s/ medidas precautorias – art. 232 del CPCC”, con fecha 30/12/2015, dispuso “[i]mponer a los progenitores, a partir del momento en que su hija adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional”.

En el caso del Juzgado de Familia N° 7 de Viedma en autos "Reservado s/ Autorización Judicial" se dispuso el 06/07/2017 al igual que en el precedente anterior, imponer “[...]a los progenitores, a partir del momento en que su/s hija/s o hijo/s adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional”.

Por su parte, el Juzgado de Familia de 1ª Nominación de Córdoba, en autos: “R., L. S. y otros solicita autorización” del 22/11/2017 instó “a L. S. R. y a H. M. L. M., a que en el caso que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/niña acerca de su historia gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente”.

El Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, en autos “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas” el 15/2/2018, en lo referido al derecho de información solo consideró “...la oportuna citación a la Sra. Asesora Letrada del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, Dra. J. M., para articular la efectiva registración, y adecuada custodia y archivo de los certificados médicos de nacimiento que se secuestren”.

Al fallar el Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba, en autos “A., M. T. y otros s/ solicita homologación” del 8/6/2018, recomendó “...a la Sra. M. T. A. que ponga en conocimiento del hijo, una vez nacido, su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez de aquel lo vaya permitiendo”.

El último de esta seguidilla de fallos es el del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de 2ª Nominación de Villa María, que el 8/6/2018 en la causa “R., R. A. y otros s/ autorizaciones”, impuso “...a los progenitores, en caso de producirse el nacimiento, la obligación de informarle al niño/niña sobre su origen gestacional cuando adquiera la edad y grado de madurez suficiente para entender”.

Sin dejar de ponderar su valioso aporte, consideramos que en esos casos el Poder Judicial da una respuesta limitada e inadecuada al derecho a la información que le debe corresponder a esos niños y niñas involucrados.

Por otra parte, esos fallos ponen evidencia el peligro que conlleva la ausencia legislativa sobre un tema tan sensible. Algunos niños y niñas tendrán suerte y les serán garantizados y resguardado su derecho a la información y otros los deberán judicializar una vez más en el futuro.

En ellos solo vemos que se “recomienda”, “insta”, “impone” o “exhorta” a los padres el deber de informar. En ninguno se impone la obligación o se hace mención a la posibilidad de que el niño o niña, en su oportunidad, pueda acceder al expediente judicial en el que surgió ese precedente. Creemos que esta omisión es discriminatoria ya que, al igual que lo que sucede con el Código de

fondo, existirá una disparidad en el acceso a la información con aquellos niños y niñas adoptados, quienes sí pueden acceder al expediente judicial de adopción (art. 596 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Existen otros precedentes que aún con algunos matices realizan un abordaje más completo al derecho a la información que les asiste a quienes nacen mediante gestación por subrogación.

Así, por ejemplo, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8 de la Ciudad de Buenos Aires, en autos “B., B. M. y otro c. G., Y. A. s. impugnación de filiación” dictaminó el 20/9/2016:

...imponer a los progenitores procreacionales, la obligación de hacerle saber a su hijo la manera en que fue concebido y gestado; [...] [c]omo medida complementaria, acorde con la naturaleza de los derechos involucrados, librar oficio al Centro Médico interviniente a fin que proceda al debido resguardo de los datos de la donante de óvulos que intervino en la presente técnica de reproducción humana. [...] [d]ar intervención al Ministerio de Salud a fin de que considere corresponda, disponga las medidas necesarias a fin de garantizar la disponibilidad en el tiempo de los datos de la donante.

En igual sentido, el Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 1ª Nominación de Tucumán, en autos “P., A. M. y otro s/ autorización judicial” con fecha 26/9/2018 ordenó que:

...será/n hijo/a/s de la Sra. A. y del Sr. J., debiendo informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. A esos efectos, hágase saber a la institución XXX que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

El Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, en autos “M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. s/ medidas autosatisfactivas” dictó sentencia el 6/9/2017 y allí dispuso:

Imponer a los padres de los niños, a partir del momento en que sus hijos adquieran autonomía suficiente, la obligación de informarles respecto de su origen gestacional [...] Imponer al “Instituto Tersoglio” la obligación de mantener reserva toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada, como asimismo la información genética para el caso de ser requerida por los padres o los niños y sin perjuicio de la

posibilidad de revelar la identidad de la donante por razones fundadas, previa autorización judicial (ley 25.326 de Protección de Datos Personales).

Las sentencias citadas en los párrafos que anteceden mejoran notablemente la posición de los niños nacidos por gestación por subrogación ya que obligan a los Centros Médicos a conservar la información de la práctica, pero persisten en imponer una “obligación” meramente declarativa a los padres de comunicar el origen gestacional al niño y niña.

Los últimos precedentes que queremos citar son, en primer término, el dictado con fecha 12/3/2018 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 81 de la Ciudad de Buenos Aires, en los autos “S., I. N. y otro c. A. C. L. s/ impugnación de filiación” y, en segundo lugar, el sentenciado con fecha 13/08/2019 por el Juzgado de Familia de la 6ª Nominación de Córdoba, en autos “F. C. y otros solicita homologación”. Consideramos que, unidas ambas disposiciones, se da un correcto tratamiento al derecho de información, al indicar en el primer precedente que:

...debe advertirse que a J.P. le asiste el derecho de información, a conocer su origen. Es que, es uno de los derechos comprendidos en el derecho a la identidad (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño), aun cuando por un fundamento fáctico siempre sabrá que porta material genético de un tercero ajeo a los aquí peticionantes, por lo que es obligación de los progenitores procreacionales hacerle saber a su hijo oportunamente y mediante ayuda psicológica pertinente la forma en que fue concebido y gestado.

[...] el derecho a la información y su contenido está previsto por los arts. 563 y 564 del Cód. Civ. y Com., por lo que corresponde poner en conocimiento al centro de salud interviniente, Halitus Instituto Médico S.A., que deberá mantener reservada la documentación correspondiente, a fin de que J.P. pueda requerir, por sí, los datos médicos de la donante. Ello sin perjuicio de recelarse la identidad de la misma por razones fundadas, previa evaluación del juez.

En el segundo de los casos se indica que:

...en cuanto a la conservación de los presentes obrados, para garantizar al niño/niña eventualmente nacido el derecho de acceder al expediente y conocer su realidad gestacional (arg. art. 596 CCyC). En tal sentido, deberá tenerse presente el “valor jurídico permanente” de pleno derecho del que gozan las presentes

actuaciones a tenor de lo dispuesto por el art. 5 de la ley 9360 de “Conservación, selección y destrucción de documentos judiciales”.

Lo interesante e inédito de este último precedente es que utiliza la argumentación de la normativa aplicable a los niños o niñas adoptados para el acceso al conocimiento de sus orígenes del niño o niña nacido mediante gestación por subrogación. Para ello, ordenó conservar esas actuaciones para garantizarle a ese niño o niña que pueda oportunamente acceder a dicha información.

Tal como es remarcado por Basset (2011), en la procreación asistida los progenitores biológicos son suprimidos como tales por medio de construcciones jurídicas -y judiciales, agregamos aquí nosotros- y los padres de crianza no están obligados siquiera a informar al niño y niña de su existencia. Bajo esas condiciones pueden ser eliminados del historial de la identidad del niño y niña.

A la luz de las obligaciones que impone la Convención de los Derechos del Niño a los Estados miembros, los precedentes jurisprudenciales mencionados y la actitud pasiva en todos los ámbitos gubernamentales nos genera varios interrogantes: ¿el Estado Nacional satisface el interés superior del niño y niña?, ¿existe responsabilidad del Estado Nacional por la carente o nula aplicación de los tratados internacionales a los niños y niñas nacidos/as mediante gestación por subrogación? y, ¿podrían los jueces en el marco de los procedimientos relativos a este tipo de cuestiones instar al Estado Nacional para que arbitre los medios para que cese de esa actitud omisiva?.

El 27/5/2014 los diputados Brawer, Gagliardi, Linares, Scotto, Ferreyra, Carrizo, Gaillard, Junio, Guccione y Segarra presentaron el proyecto de “Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, el cual tramitó bajo el N° 4058-D-2014 y obtuvo media sanción de la Cámara de Diputados.

En su artículo 104 -Derecho a saber que se ha nacido de reproducción humana asistida con gametos de donante- establecía que:

Toda persona tiene derecho a saber que ha nacido de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un donante, de conformidad con lo previsto en el art. 564 del Código Civil y el artículo 77 de la presente ley y en otras normas que expresa o implícitamente se refieren al derecho a conocer.

La obligación de informar está a cargo de los progenitores, quienes deben hacerlo, en la medida de lo posible, con

asesoramiento interdisciplinario y conforme a la edad y grado de madurez de la persona nacida.

El citado proyecto reconocía también el derecho de las personas nacidas mediante estas técnicas a la información y las subdividía en “información no identificatoria sobre el donante” e “información identificatoria” (arts. 105 y 106, respectivamente).

El artículo 105 expresaba que:

Toda persona que ha nacido de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un donante y cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede solicitar del establecimiento especializado interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando ello sea relevante para su salud.

Por su parte el artículo 106 indicaba que:

Toda persona que ha nacido de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un donante que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede solicitar al juez competente que se le revele la identidad del donante.

La persona menor de edad que ejerce ese derecho por sí debe intervenir con patrocinio letrado.

Si considera que existen razones fundadas, el juez puede ordenar el libre acceso: al legajo del donante, al establecimiento especializado interviniente; o al legajo respectivo del Registro Único de Donantes, al Registro Nacional de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En todos los casos, la petición tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

Por su parte, la senadora Liliana B. Fellner -mandato cumplido- presentó el 26/4/2016 un proyecto de similares características que el referido en los párrafos que anteceden, el cual tramitó bajo el N° S-1320/16 y caducó con fecha 28/2/2018.

Este proyecto tenía como objetivo establecer el régimen de regulación de los procedimientos y técnicas de reproducción médica asistida (art.1º).

Pero, en lo que aquí nos interesa, proponía en su artículo 38 sustituir el artículo 563 del Código Civil y Comercial por el siguiente:

Artículo 563.- Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. Los progenitores jurídicos de la persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida deben comprometerse expresamente a hacer conocer

sus orígenes a las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida, quedando constancia de esa declaración en el expediente. 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. Los aportantes de gametos serán informados que los datos sobre su identidad serán guardados en el registro respectivo.

Y, en el artículo 39 planteaba sustituir el artículo 564 del Código Civil y Comercial de la siguiente forma:

Artículo 564.- Contenido de la información. El niño, niña o adolescente nacido/a por filiación asistida con edad y grado de madurez suficiente, acompañado/a por un equipo interdisciplinario, podrá:

- a. obtener del Establecimiento de Salud interviniente información relativa a datos médicos del aportante, cuando es relevante para la salud;
- b. acceder al expediente en el que consten los antecedentes relativos a su origen.

Creemos que el nacido o nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida, y aquí incluimos a los nacidos y nacidas por gestación por subrogación, no debería ser privado legalmente del derecho a conocer su origen genético y, consecuentemente, debería tener la posibilidad de acceder a esa información.

Asimismo, sostenemos que las limitaciones o el silencio a la posibilidad de acceder a una información que se vincula a su persona, su dignidad, su identidad, coloca a ese niño, niña o adolescente en una situación de discriminación respecto de otros que no han nacido por esas técnicas.

Consideramos que deben eliminarse todas aquellas barreras que imponen el Código Civil y Comercial de la Nación para que los/as nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida puedan acceder libremente a la totalidad de la información relativa a su identidad.

Gil Domínguez (2015) afirma que la regulación establecida no inhibe la existencia de centros de salud en los cuales, tanto donantes como receptores, acepten la existencia de un régimen abierto y/o activo.

El referido autor entiende que en nuestro país junto con los centros de salud sometidos al régimen del artículo 564 del Código Civil y Comercial de la

Nación, también podrían coexistir centros de salud que adopten una modalidad de registración no anónima de los donantes, como así también la posibilidad de notificación fehaciente al niño o niña de la existencia de dichos datos al momento de llegar a la mayoría de edad, con el consentimiento informado de los donantes y de los receptores (Gil Domínguez, 2015).

Pensamos que los centros de salud deben mantener y resguardar toda la información que hace a los tratamientos y/o donantes, pero su acceso debe estar siempre atravesado por algún organismo estatal, ya sea por un Registro Público al que podrá tener la posibilidad de acceder el niño o niña, o bien por intermedio del Poder Judicial mediante una acción judicial expedita y rápida. Creemos que esa potestad no debe estar en mano de un privado, ya que se corre el riesgo de que se haga un mal uso de esa información o que se mercantilice, imponiendo costos para mantenerla archivada o para su acceso.

Por último, dejamos planteada una situación que en un futuro se podría presentar en algún juzgado del país en cuanto al derecho a la información: ¿qué pasaría si un niño o niña nacido/a mediante gestación por subrogación es dado posteriormente en adopción por sus comitentes?, ¿a qué información podrá acceder en el futuro y cuál otra le será vedada?

Recordemos que el artículo 596 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que las personas adoptadas con un grado de madurez suficiente tienen derecho a conocer sus orígenes, accediendo a los expedientes judiciales respectivos. También tengamos en cuenta las limitaciones que tienen los/as nacidos/as mediante técnicas de reproducción asistida (arts. 563 y 564 del Código Civil y Comercial) y el desamparo legislativo sobre gestación por subrogación. Bajo este panorama, una vez más, deberá estarse al buen genio judicial -o no- para dar respuesta -o no- a los/as ciudadanos/as.

Así, pues, resulta absolutamente necesario habilitar la discusión legislativa referida a la gestación por subrogación, a fin de que los niños y niñas nacidos/as mediante esa modalidad no se encuentren desamparados y deban someterse al arbitrio judicial para ponderar sus derechos.

6. Conclusión

Coincidimos con Maffia y Gómez (2019) cuando afirman que la gestación por subrogación debe ser analizada como una cuestión de derechos humanos y no como ejercicio de la libertad de comercio para vender el propio cuerpo, en parte o por sus capacidades. No puede considerarse la autonomía individual sin tener en cuenta las condiciones materiales de existencia de las personas gestantes.

La gestación por subrogación se enfrenta a una serie de situaciones que se añaden a las cuestiones habitualmente atribuidas a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

Tal como vimos, en la mayoría de los aspectos esta técnica se encuentra afuera de la normativa codificada y la laguna existente es tierra fértil para todo tipo de vulneraciones.

Quizás el aspecto más espinoso con relación a la gestación por subrogación es el que alude a la cuestión de si no estamos ante una nueva forma de explotación de la mujer. Entonces, ante esta preocupación fue que analizamos la posibilidad de que adolescentes de dieciséis o diecisiete años sean ofrecidas o consideradas como gestantes, por la potencial gravedad que esto puede generar.

No nos olvidemos que los adolescentes son un grupo que concita una atención especial por su condición particular de vulnerabilidad basada en la dependencia necesaria del adulto, por encontrarse en proceso de desarrollo.

En efecto, en esta etapa se produce el crecimiento integral y el desarrollo de potencialidades, por lo que los y las adolescentes requieren de cuidados especiales de padres y adultos que garanticen su desarrollo integral para alcanzar una vida adulta plena. De allí la responsabilidad del Estado en procurar su cuidado y atención.

La vulnerabilidad de la persona gestante es clave en este tipo de contratos. Por ello consideramos que para el caso de ser obligada a realizar alguna práctica que esté fuera de los límites legales o morales deberán tener todas las herramientas necesarias para poder acceder a la justicia.

En tal sentido cabe señalar que, por una infinidad de motivos sociales, económicos, culturales y geográficos, entre otros, gran parte de la sociedad no

logra acceder a una respuesta institucional por parte del Poder Judicial para poder satisfacer sus pretensiones y resolver sus conflictos.

A todo ello debe sumarse la falta de información, miedos, presiones, costos, lejanía, tiempo, como algunos de los motivos por los cuales aquellos que necesitan recurrir a un magistrado para corregir alguna situación terminan no haciéndolo.

Existe una responsabilidad del Estado en no habilitar el debate legislativo sobre gestación por subrogación, ya que es quién se encuentra a cargo de la política legislativa. Creemos que la falta de ese debate es un terreno propicio para que en un futuro no muy lejano y en virtud de la creciente cantidad de casos de gestación por subrogación comiencen a plantearse conflictos y atipicidades como las reseñadas en este capítulo.

Advertimos como los jueces suelen apoyarse en la eliminada normativa que iba a ser parte del Código Civil y Comercial o en algunos aspectos de los proyectos de ley para sentenciar las peticiones de los comitentes. Ello denota lo peligroso del estado actual de cosas, en el cual el estado de incertidumbre de las partes es total, ya que no saben si serán sometidos a pericias psicológicas, si cumplen los requisitos –o, cuáles son los requisitos-, si el acuerdo cumple con las formalidades –o bien, cuáles son las formalidades-, si el juez va a homologar el convenio o no, entre otros muchos dilemas.

Como hemos dicho en varias oportunidades, el arbitrio judicial no es el mejor camino para dar una respuesta institucional a los planteos relativos a la gestación por subrogación. En nuestra opinión los procesos judiciales que se originen deben velar por el cumplimiento de ciertos estándares mínimos que hacen al debido proceso, adecuándolos a las especiales circunstancias que lo rodea.

Cabe considerar tanto en un futuro debate legislativo como en un proceso judicial, las condiciones de género, clase, etnia, estatus migratorio, como tampoco perder de vista los siguientes elementos: a) estatuto de igualdad para las partes que participan del acuerdo; b) incorruptibilidad de la autonomía de las personas que no puede ser cancelada ni temporalmente; c) mercantilización de la gestación y el cuestionamiento de la dicotomía entre trabajo productivo y reproductivo y; d) cosificación y despersonalización de los cuerpos gestantes (Maffia y Gómez, 2019).

Por último, esta práctica va más allá de la mera consideración de si el contrato y sus cláusulas son válidos o no, o de su legalidad, ya que lo que está en juego es la dignidad del ser humano, la de la persona gestante y la del niño o niña.

Creemos que los debates legales deben ceder su lugar a una discusión de mayor nivel, en el que entran en juego una amplia gama de ciencias, para obtener una propuesta y una respuesta integral de cara a la sociedad.

Capítulo 5

DILEMAS ÉTICOS Y BIOÉTICOS DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

1. Introducción

En el presente capítulo nos abocaremos a desentrañar algunos aspectos y dilemas éticos y bioéticos que giran en torno a la gestación por subrogación.

En primer término, analizaremos aspectos generales relacionados con la ética y la bioética. Destacaremos la sanción del Código de Núremberg de 1947 sobre experimentos médicos y la Declaración de Universal de Derechos Humanos (1948) como punto de partida de la bioética.

Consideraremos distintos instrumentos internacionales sobre investigaciones biomédicas, como la Declaración de Helsinki sobre Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos del año 1964, con sus enmiendas de Tokio (1975), Venecia (1983), Hong Kong (1989), Somerset West (1996) y Edimburgo (2000); la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos del año 1966, las Directrices Internacionales para la Revisión Ética de Estudios Epidemiológicos (1991, Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas –CIOMS-/Organización Mundial de la Salud –OMS-) y las Directrices Éticas Internacionales sobre Investigación Biomédica Involucrando Seres Humanos (1993 CIOMS/OMS).

En segundo término, evaluaremos los conflictos éticos y bioéticos en torno a el/los comitente/s y a la persona subrogada. Enfocaremos nuestro análisis en la relación médico-paciente/gestante para entender cómo influyen los principios bioéticos y analizaremos el rol que ocupan el/los comitente/s en esa relación.

Por último, consideraremos la importancia de contar con un Comité de Bioética en los procesos de gestación por subrogación, ya sea en el momento en que la persona gestante tenga que prestar su consentimiento informado, como cuando el contrato de gestación por subrogación es sometido judicialmente.

2. Breves definiciones sobre ética y bioética

Consideramos de importancia definir los términos ética y bioética ya que nuestro tema de tesis excede los márgenes del derecho y es influenciado por aspectos relacionados con esas disciplinas.

En primer término, cabe señalar que en el lenguaje corriente se suele emplear el término ética como un equivalente al término moral. Sin embargo, se tiende a ver en la ética la disciplina o la tematización y en la moral lo tematizado, como pueden ser las costumbres o los códigos de normas. Entonces no es lo mismo un/a moralista o predicador/a de normas que un investigador/a de esas normas, esforzándose en fundamentarlas (Maliandi, 2009, pp. 17-18).

En tal sentido, la ética es diferente de la moral, porque la moral se basa en la obediencia a las normas, las costumbres y preceptos o mandamientos culturales, jerárquicos o religiosos, mientras que la ética busca fundamentar la manera de vivir por el pensamiento humano (Terragni, 2020, p. 7).

Así, la ética es un modo de reflexión que apunta principalmente a fundamentar las normas y a aclarar lo mejor posible el sentido y el uso de los términos propios del lenguaje moral (ob. cit., 2009, pp. 24-25).

Esta tarea reflexiva se complejiza por la variedad de manifestaciones que se dan en cada cultura, porque cada etnia tiene sus propias costumbres, sus creencias morales, sus códigos de normas o tabla de valores, que no son estancos, sino que, por el contrario, van cambiando y profundizándose a través del tiempo y la historia.

Hay conflictos en diversos ámbitos, tales como biológicos, psíquicos sociales, políticos, ecológicos, etológicos, económicos, lingüísticos, entre muchos otros. En el ámbito ético, los conflictos se dan especialmente como oposición entre normas morales, ya sean puntuales o generales como son los principios éticos (Maliandi, 2016, p. 94).

Pero el problema central de la ética fue y sigue siendo el de si es o no posible encontrar los fundamentos de los fenómenos morales.

Según Hospers, citado por Maliandi (2009), se puede conseguir que las personas actúen de cierta manera a través de consejos morales, exhortaciones, persuasión, sermones, propaganda, hipnosis o psicoterapia. Pero Hospers aclara que eso nada tiene que ver con la ética, porque su función es hallar la

verdad acerca de las cuestiones y no la de impulsar la ejecución de determinadas acciones (p. 53).

Ahora bien, la ética normativa es la búsqueda de los fundamentos de las normas y de las valoraciones. Esa búsqueda se encuentra con el problema de la aplicación y de la aplicabilidad de las normas a las situaciones concretas. Por ello la ética normativa determina cómo y cuándo la aplicación es válida o, dicho de otra manera, por qué debemos hacerlo.

En este orden de ideas, la ética aplicada resulta ser una actividad interdisciplinaria en la que se procura resolver racionalmente problemas morales en el campo profesional que se plantean, sobre todo, en conexión con las nuevas tecnologías o con los nuevos descubrimientos científicos o con ciertas formas inéditas de interrelación social, problemas difíciles, arduos, imposibles de resolver de modo espontáneo o basándose sólo en normas tradicionales (ob. cit., 2009, pp. 63-64 y 72).

La ética médica tradicional funciona en la relación médico-paciente con un orden jerárquico de quien, teniendo los conocimientos para curar las enfermedades –médico- impone estos tratamientos al paciente, quién debe someterse en forma pasiva a ellos, e incluso, contra su voluntad (Bravo Mayuli, 2019).

Con los adelantos tecnológicos surgidos a partir de los años 60 y 70 emergieron ciertos problemas éticos vinculados con la práctica médica, por ejemplo, trasplantes de órganos, hemodiálisis, aborto, encarnizamiento terapéutico, entre otros. Con ello fue creciendo la convicción de que aquellos problemas no podían quedar exclusivamente en manos de los médicos o médicas y que era necesario un tratamiento trans o interdisciplinario (Maliandi y Thüer, 2008, p. 7).

Las investigaciones médicas tienen una larga historia de denuncias contra violaciones a valores, principios y virtudes éticas que se reproducen en el funcionamiento de la industria farmacéutica como fuente de problemas éticos.

En nuestra opinión, los fundamentos y los principios de la bioética y del derecho internacional de los derechos humanos se deben fortificar en defensa de la persona, de la humanidad toda, ante los intereses comerciales y económicos en juego en las investigaciones en salud (Flah, 2015, pp.129-131).

Debemos destacar que en 1982 el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas en colaboración con la Organización Mundial de la Salud elaboró Pautas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos que pretendían adecuar los principios éticos contenidos en Nüremberg y Helsinki a las realidades regionales particulares.

De este modo, se hizo necesario plantear normativa que se adecue a la realidad de los países en desarrollo o subdesarrollados para proteger a poblaciones y no sólo a individuos aislados.

En estas regulaciones se propuso la necesidad de la aprobación por un comité local de los protocolos extranjeros, siendo necesaria la aprobación por un comité en el país de origen.

Las Pautas del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas fueron revisadas en 1993 y 2002 con preocupación por aplicar la Declaración de Helsinki en los países en desarrollo reflejan las condiciones y las necesidades de la investigación biomédica en estos países, así como las implicancias de la investigación multinacional o transnacional en los que podrían ser partícipes.

Un tema relevante, especialmente para esos países, ha sido la discusión sobre hasta qué punto los principios éticos son considerados universales o culturalmente relativos.

Las Pautas del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas consideran que la investigación en seres humanos no debe violar ningún estándar ético universalmente aplicable, pero reconocen que, en aspectos no sustantivos, la aplicación de los principios éticos –como, por ejemplo, en relación con la autonomía individual y el consentimiento informado– debe tomar en cuenta los valores culturales y, al mismo tiempo, respetar absolutamente los estándares éticos.

En este contexto entendemos que uno de los mayores impactos y trascendencia de la bioética y el bioderecho surgen con la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, con la gestación por subrogación.

Debemos aclarar que el bioderecho guarda una gran afinidad con la bioética, el derecho y la justicia.

En tal sentido, el bioderecho tiene por objeto construir nuevas perspectivas jurídicas sobre asuntos tan antiguos como la propia conciencia humana: vida y muerte; filiación y fertilidad; salud, integridad física y psíquica; y autonomía. También su objetivo es identificar nuevos valores éticos y sociales necesarios para responder a cuestiones emergentes presentadas por la medicina, la genética, la bioquímica, la biofísica, la telemática, la biología (Schaefer Rivabem, 2017, p. 286).

El bioderecho trata el estudio de los aspectos jurídicos de las mismas temáticas abordadas por la bioética, por ejemplo: el comienzo de la persona humana, la protección de la dignidad personal frente al avance tecnológico y biomédico, la procreación asistida o la gestación por subrogación (Mazo Álvarez, 2014, pp. 79-80).

Por lo tanto, al bioderecho lo entendemos como una respuesta jurídica a los avances científicos y tecnológicos y a la necesidad de regulación de las situaciones nuevas que esos avances representan y como una réplica a los reclamos del respeto a la dignidad y la libertad humana (ob. cit., 2014, p. 84).

Existen autores que afirman que el bioderecho es la manifestación jurídica de la bioética; de allí su importancia en cuanto a disciplina del derecho que podría entender en los aspectos problemáticos del contrato de gestación por subrogación (ob. cit., 2017, p. 286).

Y en este sentido es de destacar que la ciencia en su avance a partir del descubrimiento del genoma humano y las nuevas técnicas genéticas que introducen a la filiación como hecho biológico -eje central y uno de los problemas a tratar por la bioética- se relaciona con el derecho por cuanto éste debe deslindar el marco normativo y dar respuestas a los diferentes planteos que surgen a la par de la realidad social.

Es decir, el derecho está llamado a regular la relación jurídica que nace entre el equipo médico y quienes solicitan sus servicios –comitentes- y quienes serán las personas portadoras de esos niños o niñas, asegurándoles el respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona y una garantía de convivencia entre los seres humanos. Es precisamente en este punto en el que aparece el Derecho como un instrumento que media entre las tensiones que inevitablemente se producen entre la ciencia moderna y la naturaleza humana (Bravo Mayuli, 2019).

La bioética, entonces, debe atender a que los progresos científicos y técnicos -y en particular los de la biología y la medicina- se concreten atendiendo a la preservación de ese valor esencial, no sólo en tutela de las generaciones presentes, sino también de las futuras en tanto y en cuanto el destino de la especie humana se encuentre comprometida (Peyrano, s.f.).

Maliandi y Thüer (2008) mencionan que existen autores –Szacz, Helleder, Engel, Beauchamp, McCullough y Veatch- que sugieren enfocar los problemas bioéticos con la construcción de modelos cuya aplicación permita abordar situaciones médicas conflictivas. Entonces, refieren que para establecer un modelo bioético hay que combinar una serie de elementos que, habiendo sido incorporados para cumplir un rol estipulado, permitan enmarcar las acciones morales de la práctica médica dentro de un grupo humano o de una sociedad determinada con el fin de fundamentar las decisiones que se tomen y facilitarles un tratamiento razonable.

Ahora bien, estos autores nos advierten de los problemas y dificultades de su aplicación a situaciones médicas concretas por la permanente reformulación de los principios bioéticos. En tal sentido, hay –al menos- dos situaciones que no debemos esperar de un modelo bioético: 1. que contemple todas las situaciones médicas particulares de la comunidad en el cual se aplica, y 2. que provea de recetas o prescripciones para resolver situaciones problemáticas.

Pero destacan que un modelo bioético puede brindar la posibilidad de disponer, por un lado, un patrón de referencia y, por el otro, ofrecer una estructura dinámica que permita captar lo esencial de cada situación y hacer ciertos cambios, ajustes o concesiones en situaciones en las que la aplicación estricta de un principio bioético actualice o contribuya a recrudescer determinadas tensiones (pp. 152-153).

3. Conflictos éticos y bioéticos en torno a los comitentes y a la persona subrogada

A lo largo de nuestra tesis hemos descripto y analizado una serie de situaciones –hipotéticas o no- en la relación que surge a partir del contrato de gestación por subrogación entre el/los comitente/s y la persona gestante.

Notamos que los efectos de esa relación exceden los márgenes del derecho y que, en gran medida, deben ser entendidas y analizadas bajo la lupa de la ética y/o la bioética.

Pero percibimos también que por momentos el debate parece sobrepasar a la ética o a la bioética y transita el ámbito de la moral, tal como sucede cuando –por ejemplo- mencionamos la postura de la Iglesia Católica sobre nuestro tema de tesis (Capítulo 2, punto 3).

En dicho capítulo describimos cómo el cristianismo no solo formula un llamamiento a la conciencia de los fieles, sino que también exhorta a los gobiernos a fin de que hagan cesar las experiencias tecnológicas en fecundación y avancen en la sanción de una legislación restrictiva.

Existe también una idea –quizás más orientada a la moral- que entiende que cuando se habla de gestación por subrogación se alude a una gestación por encargo, que quien puede costearlo lo hace con independencia de las razones, sean médicas o para satisfacer un deseo personal de tener un hijo o hija y que, el caso de acuerdos entre allegados –altruista- son excepcionales (Jouve de la Barreda, 2017, p. 155).

Ahora bien, hasta aquí expusimos las características de los principios bioéticos y la relación médico-paciente para comprender cómo pueden operar en la resolución de algunos de los conflictos que podrían surgir en la relación comitente/s–gestante.

Es precisamente a la luz de esos principios bioéticos que nos preguntamos ¿qué rol ocupan el/los comitente/s y la persona gestante en la relación médico/a-paciente?; el médico/a, ¿puede infringir los principios bioéticos ponderando las cláusulas del contrato de gestación por subrogación?; ¿qué circunstancia tiene más peso en la relación médico-paciente, el convenio de gestación por subrogación o los principios bioéticos?

Uno de los principios bioéticos que atraviesa la relación médico/a-paciente es el principio de beneficencia que implica por parte del médico/a llevar a cabo las acciones necesarias para favorecer la consecución del bienestar del paciente respetando sus legítimos intereses sin producirle daño. Las personas beneficiarias de esas acciones son, en primer lugar, los/las pacientes, pero también son destinatarios terceras personas, tales como familiares y allegados (Maliandi y Thüer, 2008, p. 185).

Entonces, ante una contingencia durante el embarazo que ponga en peligro la vida de la persona gestante, ¿podríamos considerar allegados a el/los comitente/s?, ¿quiénes tienen más peso al momento de tomar una decisión, los familiares de la persona gestante o el/los comitente/s?

Creemos que ante estas situaciones el actuar del médico/a debe, sin dudas, eliminar o paliar la enfermedad, aliviar el sufrimiento, mejorar la minusvalía y prolongar la vida de la persona gestante. El médico/a, a través del principio de beneficencia debe procurar lo que es beneficioso para la paciente desde el punto de vista de la ciencia médica, por lo tanto, el umbral que existe entre lo que está bien y lo que está mal -que debe ponerse en la balanza antes de tomar una decisión- está más claro.

Pero detengámonos por un instante a analizar la redacción de un artículo doctrinal suscripto –en su mayoría- por miembros de la clínica especializada Halitus Instituto Médico, quienes sostienen “...[!]os pacientes con indicación de subrogación uterina son quienes buscarán y traerán al centro a su portadora para que sea evaluada...” (Inciarte, Quaini, Martínez, Urquiza, Piscicelli, Pasqualini (h) y Pasqualini, 2018, p. 28).

Vemos en este fragmento que para este Centro Médico especializado los pacientes son el/los comitente/s y la persona que llevará adelante el embarazo una mera portadora. Consideramos que esto es a todas luces un error porque, si ya fue detectada y diagnosticada la infertilidad de algunos de los comitentes o el problema de salud que no les permite avanzar con un embarazo, éstos dejaron de ser pacientes –desde el punto de vista gestacional- y esa denominación deberá dársele a la persona que va a gestar mediante la técnica de gestación por subrogación.

Entonces, sumado a la particular concepción sobre quién es el o la paciente en la gestación por subrogación, podemos añadir que las empresas de salud -sociedades anónimas o de responsabilidad limitada- tienen características especiales que provocan problemas éticos específicos:

- los servicios que se ofertan no los deciden libremente los/as médicos/as de la institución, sino que les vienen determinados en muchas ocasiones;
- el usuario/a es especialmente vulnerable por la propia enfermedad;
- el bien que se oferta, la salud, es un bien básico de la persona;

- existe una gran asimetría entre la oferta de servicios de salud y la demanda de una medicina del deseo sin límites; y

- en toda organización de salud intervienen los gestores en busca de la eficiencia y el personal sanitario que ve en el bien del paciente el fin de su profesión y actuar, con dos tipos de ética diferente, una guiada por la convicción ideal del bien -el médico- y otra -el gerente- guiada por la responsabilidad ante los costos (León Correa, 2019).

Todas estas características coligen una mercantilización de la medicina, ya que –por ejemplo- se menciona al paciente como un usuario, a la salud como un bien y al acto médico como un servicio de salud. Estos detalles, que hacen más a una relación de consumo, deben ponderarse en pos de la protección de los derechos de la persona gestante quien, por otro lado, no es la que requiere ese servicio de salud, sino que es contratado por el/los comitente/s.

En el Capítulo 3, punto 3 de esta tesis reportamos supuestos de cláusulas abusivas en un contrato de gestación por subrogación que implican una verdadera violación a la autonomía de la persona gestante.

Según Dworkin, citado por Maliandi y Thüer (2008), el paternalismo es la acción y efecto de inmiscuirse en la libertad de acción de una persona justificándolo por razones que conciernen exclusivamente al bienestar, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona sujeta a coerción (p. 192).

Los citados autores destacan al ámbito jurídico y médico como aquellos en los que más frecuentemente se pueden encontrar actitudes paternalistas. Indican que en el caso del ámbito jurídico se pueden encontrar actitudes paternalistas en el contenido de numerosas leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos con cláusulas que pretenden proteger a las personas de ciertos peligros o procurarles determinados beneficios (2008, p. 193).

En el terreno médico existe una fuerte tendencia paternalista por parte de los/as médicos/as y una pasiva aceptación por parte de los pacientes. Así, con la intención de evitar males mayores a sus pacientes, algunos/as médicos/as suelen ocultar información, dar información distorsionada o incompleta, o actuar sin la debida aclaración necesaria o el consentimiento del paciente.

Desde una mirada feminista Lamm (2018) manifiesta que hay quienes ven a la gestación por subrogación como una forma de esclavitud en la que la

persona gestante es explotada a través de los incentivos de dinero, la expectativa social de autosacrificio o ambos.

En similar sentido, considera que en una sociedad paternalista la libertad de las mujeres para contratar es una ilusión y que la gestación por subrogación es simplemente otra oportunidad para que los varones tengan control sobre el cuerpo de las mujeres.

La mencionada autora afirma que entender que la gestación por subrogación implica siempre una explotación de la mujer es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir.

En contraposición con el paternalismo, el principio de autonomía en bioética reconoce y destaca la opinión y decisión del paciente acerca de lo que constituyen sus mejores intereses.

Entonces cuando nos encontramos con contratos de gestación por subrogación cuyas cláusulas determinan hábitos alimentarios, el tratamiento ante enfermedades que pueda padecer la gestante, si el parto será por cesárea o natural y que todo ello pueda ser evaluado y/o autorizado por el/los comitente/s; vemos cómo se materializa una flagrante intromisión en la vida privada de la persona gestante y, en términos bioéticos, al principio de autonomía.

El respeto por las personas es el imperativo moral fundamental del principio de autonomía. Por ello cada persona es dueña de sus actos y sus decisiones y no existe motivo alguno que justifique privarla de ese derecho (ob. cit., 2008, pp. 198-199).

Podemos entender que exista asimetría en la relación médico/a-paciente, por los conocimientos médicos de uno y otros; lo que resulta totalmente inadmisibles es que ante el caso de un contrato de gestación por subrogación se presente esa asimetría entre comitente/s y persona gestante. Mucho más gravoso es que el galeno a cargo del tratamiento de la persona gestante acepte y consienta esa relación desigual.

Empero no podemos negar que el/los comitente/s es/son un agente contingente más –sumado al familiar, religioso, social, económico- que hacen dudar de la bilateralidad como eje de la relación médico/a-gestante que debe existir en la gestación por subrogación.

Así, pues, consideramos que hasta tanto no se avance con una legislación sobre gestación por subrogación que establezca reglas claras y protectorias

hacia la persona gestante los principios bioéticos pueden actuar como herramientas para compensar y atenuar esa falencia. Ello así, pues entendemos que esos principios brindan herramientas al médico/a y a la persona gestante para evitar limitaciones en la voluntad de esta última.

Y en este punto creemos que la confidencialidad puede constituirse en un elemento de suma importancia para respetar la relación médico/a-paciente y evitar la intromisión de terceros que, en esta relación puramente médica, el/los comitente/s lo son.

Desde el punto de vista jurídico no existe un problema, porque hay diversas leyes que regulan el manejo de la información de los diagnósticos.

Es que tanto el secreto profesional médico regulado en normas específicas -leyes 17.132 de Ejercicio de la Medicina y 23.798 de Lucha contra el SIDA, entre otras-, como el deber de confidencialidad que requieren tanto la normativa de protección de datos personales como la que regula los datos del paciente, derivan del respeto a la intimidad y dignidad del titular del dato.

Por su parte, la ley 26.529 al regular los derechos del paciente prevé quién será el titular de los datos personales relativos a la salud, define sus derechos como tal reconociéndole aquellos que apuntan, fundamentalmente, al respeto de la autonomía de su voluntad, la confidencialidad en el tratamiento de sus datos médicos y la no discriminación, todos los que se encuentran en conexión con los contenidos en la ley 25.326 de Protección de Datos Personales.

Creemos que el galeno que atiende a la persona gestante debe tener presente dos aspectos básicos: el primero es el de la privacidad, que es el derecho que tiene esa mujer a no ser invadida en los aspectos estrictamente privados de su vida; y el segundo la confidencialidad, que es la promesa de no divulgar algo conocido.

Cuando se aplica el principio de autonomía, la relación médico/a-paciente se apoya en el consentimiento informado –que tratamos en varios tramos del Capítulo 3- y es allí en que deberán estipularse los límites de la privacidad -y de la confidencialidad- que habrá que regir en esa relación (ob. cit., 2008, p. 211).

Ahora bien, los tratamientos de gestación por subrogación son realizados por médicos/as pertenecientes a Centros de Salud especializados que contratan los comitentes para ese fin. Pero el paciente -como vimos- es la persona

gestante ya que es la que somete su cuerpo al tratamiento respectivo y quién llevará adelante el embarazo.

En tal sentido, cabe señalar que, en el terreno bioético, la fidelidad significa que los intereses del paciente tienen prioridad sobre cualquier otro interés, y que el profesional asumirá como suyos los conflictos de intereses del paciente. Por esa razón, el conflicto de intereses puede ser considerado como uno de los de más difícil resolución cuando el médico/a debe decidir a quién le debe fidelidad (ob. cit., 2008, pp. 212-213).

Entonces, ¿a quién le debe fidelidad el médico/a que atiende a la persona gestante?, ¿a la persona gestante?, ¿a el/los comitente/s? o, ¿al Centro Médico especializado?

Creemos que, con independencia de quien haya contratado el servicio y a pesar de los numerosos intereses en juego, el médico/a que va a practicar las técnicas de reproducción humana asistida tiene la exigencia ética de fidelidad con la persona gestante. Pensamos que entenderlo de otra forma implica desvirtuar la relación entre el médico/a y el o la paciente en beneficio de un interés que escapa a ese vínculo.

Por último, cabe ponderar la íntima relación entre la exigencia de informar al paciente y el derecho de este a la autodeterminación, respetando los resguardos de su libertad y de su dignidad personal.

La Constitución Nacional contiene esas garantías en los artículos 18 y 19, enriquecidas con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 1º y 11); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1º, 3º y 12); el Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (arts. 4º, 5º, 7º, 11 y 12); y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, 6º, 12, 16 y 24).

En efecto, dicen los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá

procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice (art. 18).

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19).

Entonces por lo que hemos visto hasta aquí podemos percatarnos que, en virtud de la enmarañada relación que puede convivir en el contrato de gestación por subrogación, puede resultar conflictivo dejar en manos de el/los comitente/s o del médico/a tratante –dependiente del Centro de Salud- las decisiones sobre los destinos del embarazo y/o la salud de la persona gestante.

Para evitar y disminuir esa conflictividad pensamos que debería existir un grupo u organismo externo que ayude, aconseje y acompañe a la persona gestante.

En tal sentido, analizaremos a continuación el valor de contar con un Comité de Bioética en el proceso de gestación por subrogación que –como dijimos- auxilie a la persona gestante y le dé elementos objetivos a los magistrados que atienden los procesos de homologación y/o autorización de los convenios de gestación por subrogación.

4. La conveniencia de que intervenga un Comité de Bioética en los procesos de gestación por subrogación

Nuestra sociedad es moralmente plural, tecnificada y vertiginosamente cambiante.

El pluralismo -como vimos- nos condujo a reivindicar bioéticamente la autonomía del paciente para respetar su concepto de bien y mal. Entonces necesitábamos una ética para el espacio público que nos permitiera vivir y convivir pacíficamente tolerando opciones que no compartíamos. Desde esa

ética pública se distinguió la cuestión de la calidad de vida y las preferencias de la cuestión de la justicia y la dignidad para cualquier persona en cualquier lugar y tiempo (Román Mestre, 2013).

En tal sentido, Popper (2010) refiere que la sociedad abierta, libre y tolerante tiene sus enemigos: el fundamentalismo, el fanatismo, el imponer una determinada manera de ver el mundo y de valorar la vida.

En lo que hace a nuestro tema de tesis, el proceso de producción biotecnológica en la gestación por subrogación se puede dividir en tres etapas: 1. El acopio de los gametos –insumos-, 2. La producción del embrión *in vitro* y 3. La implantación, gestación y parto.

En cada etapa hay éticas y políticas que operan desde la ciencia – paradigma científico-, la ley -Estado-, las leyes del mercado -capitalismo-, la cultura y los imaginarios sobre el parentesco –sociedad y familia-. Estas cuatro lógicas suelen ser complementarias en sus elementos estructurantes, lo que da cierta coherencia a su aplicación y los distintos sistemas implicados están enmarcados por un conocimiento constituido por el momento histórico y las valoraciones socio-culturales (Amador Jiménez, 2011, pp. 44-45).

La bioética surge en el siguiente contexto:

a) En sociedades moralmente plurales donde no compartimos qué sea lo bueno/malo, donde hemos de discutir sobre lo correcto/incorrecto, donde la legalidad es la que es, pero podría ser de otra manera y, de hecho, ya lo es a pocos kilómetros.

b) En entornos democráticos de Estados de derecho, donde la tolerancia es un deber y en donde el derecho a la objeción de conciencia está más o menos reconocido o consentido.

c) En organizaciones que requieren de profesionales cualificados que no trabajan cual autónomos liberales, sino que son asalariados.

d) En sociedades del conocimiento cuya incertidumbre y complejidad exige que las decisiones públicas que hay que tomar tengan lugar en foros públicos de discusión (ob. cit., 2013).

En sus comienzos los Comités de Ética se constituyeron en foros de discusión y de consulta para evaluar las distintas opciones terapéuticas aplicables a un/a paciente determinado/a. Posteriormente se transformaron en

grupos interdisciplinarios que se ocupan de docencia, investigación y consulta de casos en los que han surgido dilemas morales (Cragno y Estévez, s.f.).

Los Comités de Bioética pueden ser definidos como instancias o estructuras de diálogo y decisión bioética que asumen la responsabilidad de intentar clarificar y resolver racional y razonablemente los conflictos de valores que se presenten en la investigación o en la práctica clínica.

Existen Comités de Ética de la Investigación que tienen por finalidad velar por los derechos, seguridad y bienestar de los seres humanos que participan en investigaciones, así como por la calidad científica de la investigación en salud.

También hay Comités Hospitalarios de Bioética o de Ética Asistencial o Ético Praxiológicos, que son los que desarrollan su tarea en el ámbito hospitalario y tienen como función debatir, reflexionar y asesorar sobre los conflictos éticos que emanan de la asistencia de la salud y la de establecer normativas o protocolos asistenciales en conflictos frecuentes en una institución bajo la propuesta de políticas institucionales. Se ocupan de igual modo de desarrollar la tarea de educación en bioética en el ámbito hospitalario (Flah, 2015, pp. 168-169).

Entonces, en los Comités de Bioética se piensan los problemas en debate interdisciplinar e institucionalizado con los profesionales de la salud que tienen el conocimiento técnico específico de su especialidad, con juristas, con trabajadores sociales, con representantes de los pacientes, con expertos en ética. En bioética los problemas, los afectados en sus contextos y sus intereses son una terna trascendental para pensar la acción a realizar. Y para que ese diálogo no fracase debe darse en el marco de pensamientos distintos e independientes (ob. cit., 2013).

El Comité de Bioética pertenece tan íntimamente a la institución hospitalaria que lo cobija que constituye su corazón. Por un lado, cumple una función ética que es lo que lo caracteriza esencialmente y lo que complica su *status* jurídico, porque si por un lado es como la conciencia ética de la institución, por el otro no forma parte del organigrama administrativo del hospital o clínica.

Por otro lado, desempeña una función moral para la cual el Comité de Bioética determina estas peculiaridades, ya que se requiere independencia y autonomía para que se puedan adoptar decisiones imparciales. Esto también se refleja en las decisiones que el Comité tome: nunca pueden ser obligatorias, sólo

constituyen recomendaciones. Por eso la función del Comité es consultiva y de asesoramiento. Nunca puede sustituir la autoridad moral del médico, ya que sería antiético e ilegal y atentaría contra la finalidad para la cual fueron establecidos (ob. cit., s.f.).

Ahora bien, ¿de qué manera puede ayudar un Comité de Bioética en el proceso de gestación por subrogación?

Como hemos mencionado a lo largo de nuestra tesis la intervención judicial en este tipo de cuestiones es cada vez más común y necesaria a los fines de otorgarle al convenio de gestación por subrogación, principalmente, un entorno legal (ver Capítulo 2, punto 6; Capítulo 3, punto 4 y Capítulo 4, puntos 2, 3 y 4).

Empero notamos que en su mayoría los precedentes judiciales que analizamos en esta tesis contienen grandes párrafos dedicados a conceptos doctrinales y teóricos, no obstante lo cual, concluyen rápidamente en la validez, homologación y/o autorización del acuerdo para realizar la gestación por subrogación.

Tal situación nos hace dudar de que se haya realizado un análisis pormenorizado de los hechos y producido las pruebas idóneas para conocer las circunstancias que rodean el caso. Consideramos que se debe evitar que los juzgados del país con estas actitudes se conviertan en escribanías que homologuen y/o autoricen convenios de gestación por subrogación sin mayores miramientos.

Si la filosofía del juez es aquella de evitar los sesgos, subjetividades y arbitrariedades, ésta queda significativamente desvirtuada cuando se trata de cuestiones problemáticas de naturaleza interdisciplinar en las cuales los jueces deben ponerse a estudiar cuestiones atinentes a disciplinas que les son ajenas, tal como es la medicina o la biología.

En dicho escenario la herramienta del perito judicial suele resultar útil, pero no deja de ser un elemento externo a la lógica del razonamiento jurídico propia del profesional del derecho (Salas Cardona, 2018).

Por eso consideramos -y postulamos- necesaria la intervención de un Comité de Bioética como una instancia asesora a las decisiones judiciales. Ello por cuanto entendemos que le permitirá al juez apartarse de esos conceptos doctrinales y ajustar sus sentencias a la realidad –o verdad- de lo que les estuvo

o está sucediendo a los intervinientes en el proceso de gestación por subrogación, estos son el/los comitente/s y –en especial- la persona gestante.

Asimismo, podría brindarles a los involucrados un elemento de inconmensurable valor probatorio al tener que impetrar un recurso de apelación contra la decisión de algún magistrado que, aprovechando la falta de normativa sobre el particular o por ocultos motivos ideológicos, rechace los procesos de autorización judicial o de homologación de convenio.

Es decir, creemos que estos supuestos deberían ser abordados desde un panorama interdisciplinar –que se configura para hacer frente a un problema concreto ubicable en un tiempo y en un espacio determinados- o multidisciplinar –que es la característica de un trabajo y de un nuevo saber que resulta de la necesaria integración de otros saberes- según el caso y el nivel de integración de los saberes (ob. cit., 2016).

Consideramos que el Comité de Bioética debe tener miembros capaces de realizar una revisión competente y minuciosa de las propuestas de investigación. Asimismo, habrá de estar constituido por médicos, científicos y otros profesionales como coordinadores de investigación, enfermeros/as, abogados/as y especialistas en ética, así como miembros de la comunidad o representantes de grupos de pacientes que puedan representar los valores culturales y morales de los participantes en el estudio. Su composición deberá estar balanceada en edad, sexo y formación científica y no científica.

El Comité debe emitir opiniones independientes; por lo tanto, deberá contar con mecanismos para asegurar la independencia de sus operaciones.

En particular, debe evitar cualquier influencia indebida y minimizar y manejar los conflictos de intereses. Así es que corresponde requerir que sus miembros declaren al comité cualquier interés que puedan tener que podría constituir un conflicto de intereses o por otro motivo sesgar su evaluación de una propuesta de investigación.

El Comité evaluará cada estudio considerando cualquier interés declarado y asegurarse de que se tomen las medidas apropiadas para mitigar cualquier conflicto posible (CIOMS y OMS, Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos, 2017).

Pensamos que existe un momento significativo en el proceso de toma de decisiones en el contrato de gestación por subrogación, y este es el instante en que la persona gestante debe prestar el consentimiento informado.

Tal conclusión surge porque el consentimiento informado podría estar mediado por una presión de carácter emocional –en los convenios altruistas- o por la necesidad económica de la gestante o su grupo familiar –en el caso de los convenios comerciales- lo que supone desde nuestro punto de vista la necesidad de que un Comité de Bioética evalúe este proceso.

Si bien en el Capítulo 3, punto 5 hicimos un análisis del consentimiento informado desde la óptica jurídica creemos necesario reeditararlo aquí, pero desde una visión bioética.

En dicho capítulo destacamos y postulamos la figura de un consejo reproductivo que, eventualmente, ayude a el/los comitente/s o a la persona gestante a tomar las decisiones con una conciencia ética y previo conocimiento de las mejores opciones disponibles.

El núcleo a través del cual gira la relación médico/a–paciente/persona gestante es el consentimiento informado. Esto supone que el médico/a ha explicado exhaustivamente todo lo concerniente al tratamiento, pronóstico y riesgos sin negar algún tipo de información y, por otro lado, que el paciente/gestante sea competente, esté libre de coerciones, ejerza plenamente su capacidad de autodeterminarse, esté en posesión de toda la información necesaria y decida establecer esa relación, siguiendo las pautas acordadas previamente por ambos.

Pero habrá que tener presente dos cuestiones: 1. el desconocimiento natural de casi todo paciente acerca de temas médicos, que en la cuestión que nos ocupa y a pesar de que la persona gestante haya podido llevar adelante algún embarazo de manera natural será sometida a un procedimiento y/o técnica nuevo o inexplorado para su cuerpo; y 2. el estado morbo del paciente/persona gestante que puede impedirle, al menos temporariamente, decidir racionalmente.

Hemos visto las innumerables variantes jurídicas que generan la gestación por subrogación y ellas se dan, en gran medida, a partir de que el consentimiento informado fue suscripto por la persona gestante.

Pensamos que el consentimiento informado es un acto jurídico complejo y por ello sostenemos que un Comité de Bioética podría ayudar a evaluarlo,

simplificarlo y –eventualmente- resolverlo a través de su dictamen, máxime si se tiene en consideración que este Comité tiene una función consultiva –sus otras funciones son también educativa y normativa-.

Avalan nuestra postura los artículos 19 y 22 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de octubre del 2005 que, si bien no especifica si los Comités de Bioética son de tipo asistencial, de investigación, locales o nacionales, deja en claro sus características y sus funciones:

Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a:

- a) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos;
- b) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos;
- c) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Declaración;
- d) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto (art. 19).

Y las funciones de los Estados:

1. Los Estados deberían adoptar todas las disposiciones adecuadas, tanto de carácter legislativo como administrativo o de otra índole, para poner en práctica los principios enunciados en la presente Declaración, conforme al derecho internacional relativo a los derechos humanos. Esas medidas deberían ser secundadas por otras en los terrenos de la educación, la formación y la información pública.
2. Los Estados deberían alentar la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas, tal como se dispone en el Artículo 19 (art. 22).

En tal sentido, y en el marco de la Provincia de Buenos Aires, se dictó la ley 14.208 que reconoce a la infertilidad humana como enfermedad y la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 1º).

Pero -en lo que aquí nos interesa- el artículo 7º crea el Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida que incluye la constitución de un Comité Asesor de Bioética transdisciplinario.

En esa línea nos preguntamos: la participación de médicos/as y enfermeros/as especialistas en fertilidad, obstetras, psicólogos/as entrenados/as en el particular y el asesoramiento legal que ofrecen las Clínicas Médicas especializadas en fertilización, ¿es suficiente para la configuración del consentimiento informado de la persona gestante?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “I. V. vs. Bolivia” -sentencia del 30/11/2016- ensaya una definición de este instituto, el cual conceptúa como una decisión previa a aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo.

Consiguientemente la mencionada Corte refiere que la decisión positiva de someterse a un acto médico derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente. Así, el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose de la visión paternalista de la medicina, centrándose en la autonomía individual.

De ahí que a la pregunta que nos formulamos anteriormente, a la luz de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podríamos responder que sí se cumple con todos los requisitos expuestos. Entendemos suficiente para que la persona gestante preste su consentimiento informado que los/as profesionales que componen las Clínicas especializadas en fertilización cumplan previamente los principios bioéticos enunciados en este capítulo.

Pero no podemos dejar de observar que preferiríamos que un Comité de Bioética sea el encargado de evaluar que se dan todas las condiciones para que la persona gestante preste voluntariamente el consentimiento informado. Este pensamiento lo hacemos extensivo al procedimiento judicial, en los que el juez, como director del proceso, puede disponer que el caso sea sometido al

conocimiento de un Comité de Bioética externo –preferentemente público– perteneciente al lugar donde se realizará el tratamiento.

No desconocemos la compleja situación estructural de los hospitales públicos de nuestro país, sobre todo, los del interior y alejados de los grandes centros urbanos. De ello da cuenta un trabajo realizado en el año 2004 por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (<http://repositorio.cedes.org/handle/123456789/3864>) en que se destaca que, nominalmente todos los hospitales cuentan con un Comité de Bioética, pero que esa referencia nominal no implica que todos funcionan regularmente, por lo que el número de comités en funcionamiento regular es escaso.

Por último, cabe ponderar otra dificultad que presenta el sistema de asistencia sanitaria de nuestro país, esto es, se encuentra dividido en público, de la seguridad social y privado.

En el primer supuesto –público– pueden acceder todas las personas porque es gratuito y está administrado por el Estado. El modelo que los rige es habitualmente sustentado en el principio de beneficencia, por lo que el espacio para la discusión y el diálogo está fuertemente restringido. En la mayoría de los casos el o la paciente no puede elegir ni decidir libremente, lo cual implica una escasa posibilidad de ejercer el derecho de autonomía.

En la seguridad social la situación es similar: la única diferencia es que solo tienen acceso los afiliados/as a determinada obra social.

Los sistemas estrictamente privados son los únicos que ofrecen el marco adecuado para el diálogo, la reflexión y las decisiones consensuadas por el o la paciente y el médico/a. En estos casos, de una u otra forma, las posibilidades de ejercicio de la autonomía están supeditadas a la condición económica del paciente.

Otro aspecto que debe considerarse son los sistemas de medicina prepaga, que pertenecen a empresas que ven en el área de salud una importante veta económica que merece ser explotada, ya que lo asocian sólo a sujetos sanos, quienes abonan una determinada suma de dinero para recibir atención médica en caso de enfermedad. Estos sistemas no contemplan la medicina preventiva, las enfermedades psiquiátricas prolongadas, ni los procedimientos costosos como los tratamientos genéticos.

Estas empresas ven en la atención médica un negocio del cual procuran obtener las mayores ganancias posibles, por lo que no les preocupa si el paciente y el médico/a tienen espacio para ejercer su derecho de autonomía (ob. cit., 2008, pp. 230-231).

Ante este complejo panorama deben actuar e interactuar el Centro Médico especializado –público y privado-, médicos, jueces, comitente/s y persona gestante.

Así, pues, entendemos que el gran desafío que enfrentamos como sociedad es armonizar todas esas realidades, proponiendo, discutiendo y dictando una legislación que proteja todos los intereses en juego.

5. Conclusión

Lamentablemente el mundo se encuentra atravesado por desigualdades de clase, de género y de raza, por lo cual resulta desacertado analizar de forma abstracta y descontextualizada a los contratos de gestación por subrogación.

Bajo este argumento sostenemos que deben existir elementos que eviten y/o prevengan que la gestación por subrogación se convierta en un vehículo para la despersonalización de las personas gestantes o para que sean contempladas como meros medios para resolver la infertilidad.

En tal sentido, existe una parte de la doctrina feminista que nos advierte que debemos oponernos a los cantos de sirena de la bioética neoliberal que defiende la gestación por subrogación como mera novedad tecno-reproductiva, porque debemos abogar por el sentido genuino de la autonomía, por los derechos humanos, por la no maleficencia y por la justicia global (Guerra-Palmero, 2017).

En el campo específico de la bioética y el bioderecho la exigencia de respeto de la dignidad humana asume en forma creciente un rol clave que estructura y da su sentido último a todos los demás principios que gobiernan las actividades biomédicas (Andorno, 2011).

Como en todo procedimiento médico, existen valores, reglas y principios que se deben respetar. Los principios bioéticos han alcanzado un valor de importancia en las últimas décadas, impulsados –en gran medida- por los avances en las técnicas médicas y/o reproductivas.

La gestación por subrogación no escapa a esa realidad y vemos cómo a la luz de los principios bioéticos dejan en la superficie muchos de sus principales conflictos. Pero observamos también cómo a través de la correcta aplicación de esos principios pueden constituirse en un camino que nos ayude a solucionarlos.

En este orden de ideas, resaltamos en este capítulo que dada la complejidad que presenta la gestación por subrogación es importante que los Comités de Bioética –preferentemente de origen estatal- intervengan. Pensemos que su aporte puede ser valioso ya que, por un lado, ayudaría a dilucidar los distintos aspectos de la particular relación entre comitente/s y la persona gestante y, por el otro, proporcionaría un cabal acompañamiento a la persona gestante en el proceso que concluirá con su consentimiento informado.

Pero consideramos además que, resguardando la privacidad de todas las personas involucradas, la recopilación de las conclusiones a la que arriben esos Comités de Bioética podrían ser un valioso aporte para lograr un instrumento legislativo integral y consensuado sobre gestación por subrogación.

Entonces una vez que la bioética encuentra su respuesta los juristas deberán sugerir con qué instrumentos legales el Estado intentará que la comunidad respete la parte de esa ética que, a juicio del legislador, resulte obligatoria (Martínez, 1994, p. 30).

Sostenemos, sin dudas, que tal y como está la situación actual, argumentar a favor de una ausencia total de normas -tanto éticas como legales- y confiar exclusivamente en los límites que los/as científicos/as se impongan –autorregulación- es, a la luz de la realidad insoslayable que existe respecto de la gestación por subrogación, pecar de iluso (ob. cit, 1994, p. 53).

Por otro lado, no estamos de acuerdo con quienes postulan que en la práctica cotidiana de los tribunales y en la noción de Derecho que existe en el inconsciente colectivo social impera un normativismo y un procedimentalismo que parecieran sordos a las demandas de bienestar y de calidad de vida de los/as ciudadanos/as que abren la puerta a la desconfianza y al desconcierto de éstos/as respecto del papel social del Derecho y de la justicia a la cual éste debe servir (Salas Cardona, 2016).

Entendemos que la justicia argentina suele tener defectos y pecar de lenta e ineficaz. Pero hemos puesto de manifiesto a lo largo de nuestra tesis una gran cantidad de fallos que –con sus matices- hablan a las claras de la amplia

aceptación que existe en el ámbito judicial a una realidad creciente en torno a la gestación por subrogación.

Podemos ver que la gran crisis de la gestación por subrogación obedece al gran desequilibrio entre el número de conflictos y los recursos disponibles para resolverlos, mitigarlos o regularlos.

Quizá la bioética sea un medio idóneo para entender cómo aquellos conflictos que en muchos casos son imprevisibles en su desarrollo pueden ser evitados, o una vez surgidos, resueltos.

Negar la estructura conflictiva que rodea a la gestación por subrogación – en particular, con una realidad social conflictiva como es la de nuestro país- es inaceptable; pero no podemos ser fatalistas y abstenernos de tomar medidas positivas y razonables contra esa conflictividad.

Creemos que debe existir un equilibrio entre las distintas posturas o miradas sobre el contrato de gestación por subrogación y que ello debe traducirse en una regulación.

También consideramos que no se pueden solucionar solamente con respuestas legales o jurisprudenciales los problemas derivados de la gestación por subrogación. Ello por cuanto están involucrados estereotipos, patrones socios culturales y situaciones de pobreza económica-social que deben ser combatidos con políticas públicas y cambios culturales.

Es aquí adonde creemos que la bioética y, en particular, un Comité de Bioética de composición amplia y plural puede aportar su mirada que nos permita terminar con las ambigüedades y vaguedades que rodean en la actualidad al contrato de gestación por subrogación.

Por último, queremos recordar que en todo el proceso de gestación por subrogación debe existir una responsabilidad ética, que es la capacidad de respuesta consciente de nuestros actos ante los demás.

Entre las responsabilidades bioéticas están: defender la dignidad de las personas vulnerables, cuidar la seguridad de los tratamientos de fertilidad, establecer con claridad los lineamientos para su aplicación y contar con la infraestructura adecuada para el almacenamiento de gametos y embriones.

Por otro lado, el Estado tiene la responsabilidad de: promulgar leyes que protejan a los usuarios/as y nacidos/as con estas tecnologías, brindar educación

sexual y contar con programas sociales para apoyar a las personas en pobreza extrema.

Esto no quiere decir que, al existir todo esto, el Estado controle la libertad reproductiva; por el contrario, esto solo garantizaría que se protejan derechos y libertades, se asegure el acceso a la salud y, principalmente, se controle la seguridad de los tratamientos de reproducción en los sistemas público y privado (Trevizo, 2014, p.185), en particular, la gestación por subrogación, objeto de esta tesis.

Capítulo 6

MARCO METODOLÓGICO

1. Introducción

Como bien dice Daniel Dei (2014), realizar una tesis significa esencialmente tomar posición, sostener una postura mediante prueba argumentativa –razonada- para resolver un problema, un interrogante aún no resuelto o sujeto a disputa en el marco de un cuerpo de conocimientos propio de una ciencia o saber. Este problema es el problema de investigación (p. 23).

En el presente capítulo describiremos el marco metodológico de nuestra tesis, es decir, el conjunto de pasos, técnicas, instrumentos y procedimientos que empleamos para abordar y dar respuesta a nuestro problema de investigación.

2. Diseño no experimental

El diseño de investigación que estructura nuestra tesis es no experimental por cuanto observamos y analizamos el fenómeno de interés -la gestación por subrogación- tal y como se da en su contexto natural sin pretender provocarla intencionalmente, es decir, nos basamos en variables que ya ocurrieron, al igual que sus efectos (Hernández Sampieri, 2014; Fernández Collado y Baptista Lucio, 1997; Cazau, 2006).

Así, nuestra labor se basó en el análisis de jurisprudencia, legislación, doctrina, testimonios y opiniones de comitente/s, personas gestantes y médicos.

Mas cabe agregar que adoptamos un diseño longitudinal, ya que recabamos datos en diferentes puntos del tiempo -tal como surge del Capítulo 2 y del análisis de la evolución jurisprudencial nacional e internacional desarrollados en los restantes Capítulos- para realizar inferencias acerca de la evolución de la gestación por subrogación, sus causas y sus efectos actuales (ob. cit., 2014).

Entonces, el diseño no experimental de nuestra tesis se basó en categorías -comitente/s, persona gestante, niño o niña, médicos/as, juez/a y

legislador/a-, conceptos -gestación por subrogación, voluntad gestacional, intimidad, libertad, acceso a la información-, variables -implicancias que reviste la ausencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación y atributos de la gestación por subrogación-, sucesos -embarazo, nacimiento, filiación-, comunidades -legislación y jurisprudencia nacional, Francia, Brasil, Grecia y Ucrania- y contextos -por ejemplo, la situación sociocultural de la persona gestante y/o comitente/s- que se dieron sin nuestra intervención directa, esto es, sin que altere el objeto de investigación.

Con este diseño se puede analizar si dos o más variables están relacionadas de dos modos diferentes: 1) partiendo de una hipótesis o, 2) simplemente buscándola luego de recolectados los datos.

En el primero se adopta al menos una hipótesis *a priori* y se intenta contrastarla, haciéndolo en forma hipotético deductiva.

El segundo caso tiene como finalidad el descubrimiento de una relación entre variables, trabajando en forma inductiva.

Teniendo en cuenta que la investigación no experimental resulta adecuada en campos en el que existe poca o ninguna investigación previa, entendemos que hay una necesidad de descubrir o aclarar relaciones existentes en la gestación por subrogación.

Además, la investigación no experimental permite analizar simultáneamente las relaciones entre un gran número de variables, lo que nos aproxima más a las situaciones reales (ob. cit., 2016) y descubrir relaciones causales que luego se contrastan con métodos que permiten un control más riguroso. Es más, en nuestro caso constituyen la única alternativa, toda vez que existen variables que no se pueden manipular por razones éticas y económicas o simplemente porque no se conoce la forma de hacerlo.

Por ejemplo, en nuestra tesis no podemos modificar la clase social de la persona gestante para conocer qué influencia tiene ello en la elección de ese rol.

3. Unidad de análisis y variable

Según Cardinaux y Kunz (2004), la unidad de análisis y la variable son elementos que componen la estructura de la hipótesis de investigación.

Las unidades de análisis incluyen el ente individual o colectivo que observamos para elaborar la tesis y cuyas propiedades investigamos (Cea D'Ancona, 2001; Cazau, 2006, pp. 76-77).

A partir de lo expuesto, podemos identificar como unidades de análisis utilizadas en nuestra tesis a la legislación, doctrina y casos jurisprudenciales argentinos relacionados con la gestación por subrogación y la legislación, doctrina y casos jurisprudenciales de Francia, Grecia, Brasil y Ucrania referentes a la gestación por subrogación.

Asimismo, todo lo que en una investigación se va a medir de alguna forma, es una variable. Entonces, las variables se caracterizan por ser cualidades de la realidad, características observables de algo, susceptibles de adoptar diferentes valores (Batthyány y Cabrera, 2011, p. 56).

En tales condiciones, las variables identificadas en nuestra tesis son las implicancias que reviste la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación y los atributos de la gestación por subrogación. Siguiendo a Cazau (2006), tratase de variables teóricas, ya que sólo indirectamente traducimos los términos abstractos a términos empíricos (pp. 78-82).

4. Tipo de abordaje metodológico

Toda investigación tiene un objetivo y según esté contextualizado se puede tener una investigación con enfoque cuantitativo, cualitativo y mixto. Es determinante esta categorización ya que a partir del enfoque se emplearán las metodologías apropiadas y se buscará alcanzar las pertinentes comprobaciones, recomendaciones y conclusiones de un fenómeno particular.

En el enfoque cualitativo, como es el caso de nuestra tesis, lo que nos modela es un proceso inductivo contextualizado en un ambiente natural; esto se debe a que en la recolección de datos se establece una estrecha relación entre los participantes de la investigación sustrayendo sus experiencias e ideologías en detrimento del empleo de un instrumento de medición predeterminado.

En este enfoque nuestras variables “implicancias ante la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación” y “los atributos de la gestación por subrogación” no las definimos con la finalidad de manipularlas experimentalmente. Y esto nos indica que analizamos una realidad subjetiva,

que se da en la relación existente entre el/los comitente/s, la persona gestante y el niño o niña nacido/a, además de tener una investigación sin potencial de réplica y sin fundamentos estadísticos.

El alcance final del estudio cualitativo consiste en comprender un fenómeno social complejo, más allá de medir las variables involucradas se busca entenderlo (ob. cit, 2004, pp. 2-20). Por esa razón nuestra tesis tiene un abordaje cualitativo, dado que buscamos comprender en qué contexto se celebra el contrato de gestación por subrogación y cuáles son las necesidades que movilizan a las partes a celebrarlo con miras a realizar propuestas que sirvan de base a una futura legislación en la materia.

5. Alcance de la tesis

Nuestra tesis es explicativa. Ello así, pues va más allá de la descripción de conceptos o fenómenos, tales como la gestación por subrogación, la voluntad gestacional y la filiación, o del establecimiento de relaciones entre éstos.

Es decir, nuestra tesis pretende responder a las causas que motivan a los/as participantes del contrato de gestación por subrogación a celebrarlo y sus consecuencias jurídicas posteriores, tales como las dificultades filiatorias y los problemas que se le presentan a un niño o niña nacida/o por esta técnica para acceder a su información genética, sobre todo, en atención a la judicialización previa a la que deben someterse y que, muchas veces, no prevé este último punto o lo hace, a nuestro modo de ver, de manera deficitaria.

El interés de nuestra tesis se centra en explicar por qué ocurre el fenómeno de la gestación por subrogación dentro de un marco carente de legislación y de un contexto que puede afectar derechos fundamentales de los/as involucrados/as, así como también en qué condiciones se manifiesta y por qué se relacionan dos o más variables, tales como las cláusulas abusivas en un contrato de gestación por subrogación y su impacto en la intimidad y libertad de los comitentes y de la persona subrogada; como también las implicancias jurídicas en el supuesto de interrupción del embarazo y en la negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes o de recibirlo/la por parte de los comitentes (ob. cit., 2004, pp. 95-96).

6. Hipótesis

Una hipótesis es un enunciado con su propia forma sintáctica y capaz de ser contrastada en la realidad. Entonces es una afirmación razonada objetivamente sobre la propiedad de algún fenómeno o sobre alguna relación funcional entre variables –eventos- (Dieterich, 2001, p. 110).

En la ciencia empírica la hipótesis se considera comprobada cuando los datos arrojados durante su contrastación confirman –con un determinado margen de error- la predicción original (ob. cit., 2001, p. 110).

En ese sentido, las hipótesis que nos propusimos contrastar a través del presente trabajo son las siguientes:

- La carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación repercute en el ordenamiento jurídico argentino en el derecho a la intimidad y libertad de los padres subrogados, persona gestante y niño o niña nacido/a por esta técnica.
- La gestación por subrogación requiere contemplar el derecho a la información e identidad a fin de tutelar el interés superior del niño o niña nacido/a bajo esta técnica.

En virtud de ello, las hipótesis planteadas son de constatación porque a través de las mismas tratamos de establecer o constatar la presencia o ausencia de la gestación por subrogación como método de procreación en determinados momentos históricos.

También a través de la comparación de los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida con los de los niños y niñas adoptados/as, tratamos de establecer o constatar la presencia o ausencia de los mismos derechos concedidos a los niños y niñas nacidos/as a través de la gestación por subrogación, en particular, con los relativos al derecho a la información.

Además, al establecer y determinar las implicancias civiles y penales para el supuesto de interrupción del embarazo por parte de la persona gestante o a petición de los comitentes, así como también las consecuencias jurídicas en el supuesto de negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes y en el supuesto de negativa de recibir al niño o niña por parte de los comitentes, tratamos de establecer o constatar la presencia o ausencia de

eventuales cláusulas abusivas en un contrato de gestación por subrogación que entren en conflicto jurídico con la intimidad y libertad de los comitentes y de la persona subrogada. A ese fenómeno o característica lo llamamos metodológicamente la variable contrastable (ob. cit., 2001, p. 119).

Para demostrar nuestras hipótesis empleamos la técnica cualitativa de la observación indirecta a través del análisis de documentos de doctrina jurídica, documentos religiosos, documentos científicos, proyectos de ley, legislación nacional y extranjera -Francia, Grecia, Brasil y Ucrania- y, jurisprudencia nacional y extranjera –Corte de Apelaciones, Cuarto Distrito, Tercera División, California; Corte Europea de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Corte Superior del Condado de Orange y Tribunal Supremo de Nueva Jersey-; recopilada a través de los distintos portales jurídicos -La Ley, El Derecho, elDial, Microjuris, SIAJ, CIJ, *web* CSJN, *web* PJJN-, libros y revistas.

Así, creímos oportuno analizar el caso de Francia dado que allí la gestación por subrogación está totalmente prohibida y prevé consecuencias tanto civiles como penales. Por otro lado, la elección de Grecia y Brasil obedece a que ambos países aceptan la gestación por subrogación, pero con diferentes limitaciones y matices. Por último, la inclusión de Ucrania se debe a que acepta la gestación por subrogación casi sin restricciones.

Cabe destacar que si bien nos generó algún grado de dificultad acceder a información actualizada sobre la legislación extranjera analizada en esta tesis -Francia, Grecia, Brasil y Ucrania- y obtener los documentos relativos a la Iglesia Católica, pudimos superar satisfactoriamente dicho inconveniente inicial.

También utilizamos material filmico a través de la película “*The surrogate woman*”. En este punto aclaramos que dicho material fue visto y analizado en su idioma original –coreano-, pero que de ninguna manera esa circunstancia nos imposibilitó comprender la trama o idea del *film*, ya que a través de la claridad de sus imágenes pudimos superar ese obstáculo.

Por último, también nos nutrimos de medios audiovisuales –episodios de programas de televisión- y de noticias publicadas en diarios *on-line*.

7. Cómo cumplimos los objetivos generales y específicos de la tesis, su relación con las preguntas de tesis y las hipótesis

Cabe señalar que los objetivos de investigación que nos planteamos han sido nuestras guías, pues orientaron nuestro recorrido (Iglesias y Vázquez, 2013).

Los objetivos tienen directa vinculación con el problema de investigación y se corresponden con él (ob. cit, 2014, p. 68).

Mediante nuestra tesis nos propusimos cumplir los siguientes objetivos generales:

- A. Determinar qué implicancias tiene para el ordenamiento jurídico argentino la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación.
- B. Especificar qué condiciones jurídicas requiere la gestación por subrogación a fin de tutelar el interés superior del niño o niña nacido/a bajo esta técnica.

Por su parte, para cumplir con los objetivos generales nos propusimos como objetivos específicos los siguientes:

- a) Detallar los momentos históricos en el que se utilizó la gestación por subrogación como método de procreación.
- b) Comparar los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños o niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida con los de los niños o niñas adoptados/as.
- c) Establecer las implicancias civiles y penales para el supuesto de interrupción del embarazo por parte de la persona gestante o a petición de los comitentes.
- d) Determinar las consecuencias jurídicas en el supuesto de negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes.
- e) Considerar las consecuencias jurídicas en el supuesto de negativa de recibir al niño o niña por parte de los comitentes.
- f) Especificar los supuestos en que son abusivas las cláusulas en un contrato de gestación subrogada.
- g) Realizar propuestas que contemplen cómo evitar conflictos jurídicos relativos a la intimidad y libertad de los comitentes y de la madre o persona subrogada.

- h) Realizar propuestas que contemplen cómo evitar conflictos jurídicos relativos al derecho a la información de los niños o niñas nacidos/as por gestación por subrogación.

Para cumplir con los mencionados objetivos específicos estructuramos nuestra tesis en cinco capítulos, lo suficientemente amplios para que dentro de ellos cada objetivo específico tenga adjudicado un epígrafe o subepígrafes.

Así, a través del capítulo 2 “Evolución histórica de la gestación por subrogación: doctrina extranjera, antecedentes legislativos y jurisprudenciales en la Argentina”, detallamos los antecedentes históricos de la gestación por subrogación –objetivo específico identificado precedentemente como a)-.

Para cumplir con esta tarea expusimos la posición de la Iglesia Católica y las posturas en el derecho comparado, lo que nos obligó a adentrarnos en legislaciones prohibitivas, como es el caso de Francia; que admitan la gestación por subrogación con condicionamientos, como acontece en Brasil y Grecia; y que la acepten totalmente sin condicionamiento, como sucede en Ucrania.

También fue necesario indagar sobre la postura del derecho argentino, razón por la cual distinguimos el anteproyecto de reforma del código civil, los proyectos de ley sobre gestación por subrogación y la jurisprudencia existente en nuestro país en tal sentido. En este último punto decidimos distinguir los procesos iniciados antes de la transferencia del material genético a la persona gestante, de los procesos impetrados con la gestación subrogada en curso, de las acciones interpuestas una vez nacido el niño o niña.

Por su parte, los objetivos específicos f), g) y h) fueron cumplidos con la elaboración del capítulo 3 “Condiciones jurídicas de la gestación por subrogación”.

Así es que para cumplir con el objetivo específico f) desarrollamos el título 3. “Supuestos de cláusulas abusivas en un contrato de gestación por subrogación”; el objetivo específico c) –a través del punto: 4. “Implicancias civiles y penales para el supuesto de interrupción del embarazo por parte de la persona gestante o a petición de los comitentes-”, para el objetivo específico g), plasmamos el punto 5. “Conflictos jurídicos relativos a la intimidad y libertad de los comitentes y de la madre o persona subrogada”.

Mediante el capítulo 4 “Condiciones jurídicas a considerar ante la falta de normativa sobre gestación por subrogación”, dimos cumplimiento a los objetivos

específicos b) –mediante los títulos: 2. “Derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños/as nacidas por técnicas de reproducción humana asistida” y 3. “Comparación de los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida con los derechos de los niños y niñas adoptados/as”; los objetivos específicos d) y e) –por el título: 4. “Consecuencias jurídicas de negativa de entrega del niño o niña por parte de la persona gestante a los comitentes y de recibir al niño o niña por parte de los comitentes”- y, mediante el título 5. “Conflictos jurídicos relativos al derecho a la información de los niños o niñas nacidos/as por gestación por subrogación” dimos cumplimiento al objetivo específico que identificamos como h).

Con el desarrollo del capítulo 5 “Dilemas éticos y bioéticos de la gestación por subrogación” dimos una respuesta global tanto a los objetivos generales como a los específicos ya que en la práctica que nos ocupa se encuentran involucrados conflictos éticos y bioéticos, sea en torno a los comitentes y la persona gestante como entre quienes deben tomar decisiones –legislativas, médicas, judiciales, u otras- alrededor de la gestación por subrogación.

En consecuencia, corresponde afirmar que cumplimos con los objetivos generales, esto es, determinar qué implicancias tiene para el ordenamiento jurídico argentino la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación y, especificar qué condiciones jurídicas requiere la gestación por subrogación a fin de tutelar el interés superior del niño o niña nacido/a bajo esta técnica. Por tanto, dimos respuesta a las dos preguntas planteadas en esta tesis.

En efecto, respondimos la pregunta ¿Qué implicancias tiene en ordenamiento jurídico argentino la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación?, mediante el cumplimiento de los objetivos específicos que identificamos como b), c), d), e), f) y g).

Y también dimos respuesta al interrogante ¿Qué condiciones jurídicas requiere la gestación por subrogación para tutelar el interés superior del niño o niña nacido/a bajo esta técnica?, por medio de los objetivos específicos que establecimos como b), d), e) y h).

En tales condiciones, podemos afirmar que al dar respuesta a nuestras dos preguntas de tesis logramos demostrar nuestras hipótesis. Así, demostramos que la carencia de un marco regulatorio de la gestación por

subrogación repercute en nuestro ordenamiento jurídico en el derecho a la intimidad y libertad de los padres subrogados, persona gestante y niño o niña nacido/a por esta técnica; como también que la gestación por subrogación requiere contemplar el derecho a la información e identidad a fin de tutelar el interés superior del niño o niña nacido/a bajo esta técnica.

CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS

Concluimos afirmando que nuestra hipótesis ha sido corroborada, toda vez que en nuestra investigación resultó palmariamente demostrado que la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación repercute en el ordenamiento jurídico argentino en el derecho a la intimidad y libertad de los padres subrogados, persona gestante y niño o niña nacido/a por esta técnica, así como también que la gestación por subrogación requiere contemplar el derecho a la información e identidad a fin de tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a bajo esta técnica.

A través de nuestro trabajo de investigación demostramos que la gestación por subrogación existió a lo largo de la historia de la humanidad (capítulo 2, punto 2.).

Ahora bien, los métodos que eran utilizados en la antigüedad para realizarla se asemejaban a la esclavitud y la sumisión de la persona gestante.

Esto nos permite afirmar que la persona gestante fue, es y será uno de los actores más vulnerables de los que se encuentran involucrados en la gestación por subrogación.

Y precisamente este estado de vulnerabilidad obedece a la complejidad de la gestación por subrogación porque no solo involucra al derecho, sino también a múltiples cuestiones que difícilmente otra figura del derecho civil nos hubiera habilitado a investigar.

Una primera respuesta que dimos al hecho de que en nuestro país la gestación por subrogación carezca de un marco regulatorio es en razón de la rigidez e intransigencia de la postura asumida por la Iglesia Católica sobre esta técnica. Esta mirada sesgada fue compartida por los primeros legisladores que presentaron proyectos legislativos sobre gestación por subrogación (capítulos 2, punto 3. y 5.2, en particular, Proyecto 0138-D-2007 y Proyecto 0394-S-2009).

Esa misma visión se destaca en el análisis realizado sobre el sistema jurídico francés a través del cual pudimos concluir que la prohibición de los contratos de gestación por subrogación no desalienta su práctica ni da una respuesta de justicia a los conflictos que se plantean (capítulo 2, punto 4.1).

Como dijimos, el propósito que persigue tanto el sistema prohibitivo francés como la postura de la Iglesia Católica es disuadir la utilización de este tipo de técnicas, pero la solución que en definitiva se obtiene no está en consonancia con el interés superior del niño o niña nacido/a mediante esta técnica, ya que existen innumerables conflictos judiciales en torno a los derechos filiatorios, al volverse una práctica clandestina que facilita la vulneración o precarización de sus derechos.

En algún punto la reprobación sistemática no hace más que desconocer una realidad creciente y nos aporta elementos para postular que entre menor sea la protección para la persona gestante y los niños y niñas nacidos mediante esta técnica, mayor es el grado de vulnerabilidad que sufren o van a sufrir.

Creemos que muchos de los proyectos legislativos analizados a lo largo de nuestra tesis proporcionan un marco adecuado y plasman los lineamientos para alcanzar los avances obtenidos en nuestro sistema jurídico en materia de derechos individuales (capítulo 2, punto 5.2).

Entonces demostramos que la gestación por subrogación es una realidad, y es una realidad creciente a partir de la abundante jurisprudencia que analizamos y que da cuenta de la gran litigiosidad que se plantea ante la carencia de una ley que regule esta técnica (capítulos 2, punto 6., y 4, puntos 3. y 4.).

Coincidimos con Maffia y Gómez (2019) cuando al referirse a la persona gestante afirman que la gestación por subrogación debe ser analizada como una cuestión de derechos humanos y no como ejercicio de la libertad de comercio para vender el propio cuerpo, en parte o por sus capacidades. Es que no puede considerarse la autonomía individual sin tener en cuenta las condiciones materiales de existencia de las personas gestantes.

Así, el aspecto más espinoso que nos encontramos como sociedad con relación a la gestación por subrogación es el que alude a la cuestión de si no estamos ante una nueva forma de explotación de la persona. Esta preocupación nos hizo profundizar en la posibilidad de que personas de dieciséis o diecisiete años sean ofrecidas o consideradas como gestantes, por la potencial gravedad que esto puede generar.

Entonces, sin una legislación sobre gestación por subrogación podríamos encontrarnos ante adolescentes gestantes, con todo lo que ello implica, dada la

particular condición de vulnerabilidad de este grupo etario, basada en que se encuentran en pleno proceso de desarrollo físico y psíquico.

La vulnerabilidad de la persona gestante es clave en este tipo de contratos. De ahí que para contrarrestar aquellos casos en que sea obligada a realizar alguna práctica que esté fuera de los límites legales o morales proponemos herramientas y facilidades que le permitan acceder a la justicia, conforme una legislación acorde a esas circunstancias y a los tiempos que corren (capítulos 3, punto 4.; 4, puntos 2., 3. y 5.).

A nuestro modo de ver existe una clara responsabilidad del Estado en no habilitar el debate legislativo sobre gestación por subrogación.

El peligroso estado actual de la cuestión permite que jueces y juezas de todo el país juzguen a la gestación por subrogación según su saber o entender. Consecuentemente el estado de incertidumbre de las partes es total, ya que no saben si serán sometidas a pericias psicológicas, si cumplen los requisitos –o, cuáles son los requisitos-, si el acuerdo cumple con las formalidades –o bien, cuáles son las formalidades-, si el juez va a homologar el convenio o no, entre otros muchos dilemas.

Otro aspecto a tener en cuenta son las cláusulas abusivas que puede contener un contrato de gestación por subrogación si sometemos al contrato de gestación por subrogación al justiprecio de la prestación que brinda la persona gestante.

Pusimos de manifiesto a lo largo de nuestra tesis que un derecho ausente habilita conductas inescrupulosas y consiente una relación jurídica onerosa que se oculta detrás de un velo de gratuidad, en que quienes pagan por este “servicio” pretenden que su “producto” sea lo más perfecto y sano posible, tal como se exige en el derecho del consumo (capítulo 3, punto 4. y 4, punto 2.).

Constatamos cómo el Poder Judicial habilita y homologa todo tipo de acuerdos, pero no toma recaudos ni realiza seguimientos posteriores a fin constatar el cumplimiento cabal de las sentencias y evitar que se cometan abusos (capítulos 2, punto 6. y 4, puntos 3. y 4.).

Sostuvimos y probamos que en la gestación por subrogación onerosa el consentimiento no es tal y que no es todo lo informado que debe ser (capítulo 4, punto 2.).

Por ello, proponemos que la futura legislación pondere a la gestación por subrogación altruista, proporcionándole prioritariamente herramientas para que no se deba judicializar las cuestiones posteriores al nacimiento.

Como en todo procedimiento médico existen valores, reglas y principios que se deben respetar. Por esa razón postulamos la necesidad de que los principios bioéticos sean tenidos en consideración para que a través de su correcta aplicación puedan constituirse en un camino que nos ayude a solucionar los desafíos que nos propone la gestación por subrogación.

En ese sentido, consideramos de importancia contar con Comités de Bioética –preferentemente de origen estatal- que intervengan. Pensemos que su aporte puede ser valioso ya que, por un lado, ayudaría a dilucidar los distintos aspectos de la particular relación entre comitente/s y persona gestante y, por el otro, proporcionaría un cabal acompañamiento a la persona gestante en el proceso que concluirá con su consentimiento informado (capítulo 5, punto 3.).

Pero consideramos además que, resguardando la privacidad de todas las personas involucradas, la recopilación de las conclusiones a la que arriben esos Comités de Bioética podrían ser un valioso aporte para lograr un instrumento legislativo integral y consensuado sobre gestación por subrogación.

En otro orden de ideas, pusimos en superficie como el desamparo legislativo vulnera fuertemente los derechos de niños o niñas nacidos/as a través de gestación por subrogación al vedarse el acceso a su información genética, violentando todos los tratados internacionales que suscribió nuestro país (capítulos 3, puntos 3. y 5. y 4, punto 4.).

De nuestra tesis surge que el estándar jurídico actual no alcanza para velar por el cumplimiento de los derechos -filiatorio y/o al acceso a la información genética- de los niños y niñas nacidos/as mediante gestación por subrogación; tarea que, por otra parte, no compete a un solo órgano de la Nación. Respaldados por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 16, 20, 22, 29, inc. c y 30) afirmamos que esta labor debe estar en cabeza de los tres poderes del Estado. Hoy, estos temas y sus consecuencias dentro de la gestación por subrogación son peligrosamente sometidos al arbitrio judicial.

El mundo se encuentra atravesado por desigualdades de clase, de géneros y de raza. Por tal razón nos resulta desacertado analizar a los contratos de gestación por subrogación de forma abstracta y descontextualizada.

Consideramos que deben existir elementos que eviten y/o prevengan que la gestación por subrogación se convierta en un vehículo para la despersonalización de las personas gestantes o para que sean contempladas como meros medios para resolver la infertilidad.

Por consiguiente, proponemos que una futura legislación contemple la creación de Registros de Personas Gestantes Altruistas de acceso público. Consideramos que esos Registros deben estar controlados y administrados por el Estado, en coordinación con el Poder Judicial. Ello a fin de que esta tarea deje de estar a cargo de los particulares, pero también para que quienes quieran gestar para otros/as se inscriban allí y, previa evaluación psicológica, den su consentimiento (capítulo 3, punto 4. y 4, punto 4.).

Sostenemos la necesidad de considerar, tanto en un futuro debate legislativo como en un proceso judicial, las condiciones de géneros, clase, etnia, estatus migratorio. Empero, como bien sostienen Maffia y Gómez (2019), tampoco se puede perder de vista los siguientes elementos: a) estatuto de igualdad para las partes que participan del acuerdo; b) incorruptibilidad de la autonomía de las personas que no puede ser cancelada ni temporalmente; c) mercantilización de la gestación y el cuestionamiento de la dicotomía entre trabajo productivo y reproductivo y; d) cosificación y despersonalización de los cuerpos gestantes.

Por último, a nuestro modo de ver esta práctica va más allá de la mera consideración de si el contrato y sus cláusulas son válidos o no, o de su legalidad, ya que lo que está en juego es la dignidad del ser humano, la de la persona gestante y la del niño o niña por nacer.

De ahí que sostenemos que indudablemente los debates legales deben ceder su lugar a una discusión de mayor nivel, en el que entren en juego – además del derecho- otras ciencias, para obtener una propuesta y una respuesta integral de cara a la sociedad sobre la gestación por subrogación.

En definitiva, creemos que nuestras propuestas, producto de esta investigación, pueden servir de base para una futura legislación en la materia, la que -a nuestro entender- serviría realmente para contrarrestar el estado actual de indefensión y vulnerabilidad en el que se encuentran la persona gestante y los niños y niñas nacidos/as mediante esta técnica.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

- Ales Uría, M. (2017). Maternidad subrogada: vulnerabilidad legal y social. Situación actual en Argentina. La mirada en el espacio europeo. En U. Basset, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, y J. Lafferrière (dirs.). *Tratado de la vulnerabilidad. La Ley*.
<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=La ley%2F2017%2F42134581%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=d2cf8085bce042ee92095b509c5dcfc8#sl=0&eid=83ad2a16035f5da28b749b2991838612&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>
- Amador Jiménez, M. (noviembre, 2011). Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India. *Revista Nomadías*, 14, 44-45.
<http://www.redalyc.org/pdf/4763/476348369007.pdf>
- Andorno, R. (agosto, 2011). El principio de dignidad humana en el Bioderecho Internacional. *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina*, 8.
<http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaeem/article/view/1059/929>
- Antún, L. (20/8/2015). “Hasta nunca”: cerró Argentina Maternity luego del escándalo de alquiler de vientres en Mendoza. *Diario Los Andes*.
<https://www.losandes.com.ar/article/-hasta-nunca-cerro-argentina-maternitty-luego-del-escandalo-de-alquiler-de-vientres-en-mendoza>
- Aznar Gil, F. (1993). Los ilegítimos en la Península Ibérica durante la Baja Edad Media.
<https://summa.upsa.es/viewer.vm?id=0000005761&page=1&search=&lang=es&view=main>
- Aznar, J., y Zunín, M. (febrero, 2015). La maternidad subrogada de alquiler o voluntaria y sus implicancias bioéticas y jurídicas.

<https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2016/05/maternidad-subrogada.pdf>

Basset, U. (11 de noviembre de 2011). Derecho del niño a la unidad de toda su información. Cita *on line*: AR/DOC/5583/2011.

Basset, U., y Ales Uría, M. (30 de mayo de 2018). Legislar sobre la maternidad subrogada. Cita *on line*: AR/DOC/598/2018.

Basset, U. (2 de mayo de 2016). Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos? Cita *on line*: AR/DOC/1311/2016.

Batthyány K., y Cabrera, M. (2011). *Metodología de la investigación en Ciencias Sociales. Apuntes para un curso inicial*. Universidad de la República. https://www.cse.udelar.edu.uy/wp-content/uploads/2016/12/01_FCS_Batthianny_2011-07-27-lowres.pdf

Berger, S. (4 de noviembre de 2015). Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución. Cita *on-line*: AR/DOC/3169/2015.

Berger, S. (12 de marzo de 2018). Fallo a favor de la gestación por sustitución en favor de dos progenitores varones. Cita *on-line*: AR/DOC/2997/2017.

Bravo Mayuli, M. (10 de mayo de 2019). Bioética y bioderecho: su impacto en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Cita *on-line*: AR/DOC/2436/2018.

Brusotti, F. (13 de febrero de 2015). Alquiler de vientres: "Al abogado, le importaba el anticipo de \$100 mil". *Diario El Sol*. <https://www.elsol.com.ar/alquiler-de-vientres-quot-al-abogado-soacutelole-importaba-el-anticipo-de-100-milquot.html>

Burgués, M., y Vázquez Acatto, M. (17 de noviembre de 2016). Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Primera parte. Cita *on-line*: MJ-DOC-10384-AR | MJD10384.

Burgués, M., y Vázquez Acatto, M. (24 de noviembre de 2016). Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Tercera parte. Cita *on-line*: MJ-DOC-10386-AR | MJD10386.

Cardinaux, N., y Kunz, A. (2004). *Investigar en derecho*. Eudeba. https://books.google.com.ar/books?id=BJVJDAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=kunz+y+cardinaux+investigar+en+derecho&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiWhreym_vAhXKHLkGHUI6CT0Q6AEIKTAA#v=onepage&q=kunz%20y%20cardinaux%20investigar%20en%20derecho&f=false

Cataldo, F. (2016). Gestación por sustitución: Una realidad que necesita ser regulada. Cita *on line*: AR/DOC/489/2016.

Cazau, P. (2006). *Introducción a la investigación en ciencias sociales* (3a ed.). Rindinuskín. <https://alcazaba.unex.es/asg/400758/MATERIALES/INTRODUCCI%C3%93N%20A%20LA%20INVESTIGACI%C3%93N%20EN%20CC.SS..pdf>

Cea D'Ancona, M. (2001). *Metodología cuantitativa. Estrategias y técnicas de investigación social*. Síntesis.

Chiapero, S. (2012). *Maternidad Subrogada*. Astrea.

Chmielak, C. (2017). Maternidad subrogada y derecho de identidad. Repercusiones sobre los derechos del niño. Cita *on line*: AR/DOC/2994/2017.

Chmielak, C. (9 de diciembre de 2019). Maternidad subrogada, perspectiva de género y licencia por maternidad. Cita *on line*: AR/DOC/3261/2019.

- Cohen Agrest, D. (directora de contenido y conductora) (13 de diciembre de 2016). ¿Qué piensan los que no piensan como yo? Alquiler de vientre [Episodio de programa de televisión]. Canal Encuentro HD. <https://www.youtube.com/watch?v=Zoj-U0BK-dU>
- Cragno, N., y Estévez, A. (s.f.). Comités hospitalarios de ética: Naturaleza y funciones. Cita *on line*: 0003/000371.
- Daniel Dei, H. (2014). *La tesis. Cómo orientarse en su elaboración* (5ta ed.). Prometeo libros.
- Dema, V. (18 de noviembre de 2013). Mi amiga me dijo: «Sé que querés ser mamá; te ofrezco mi panza». *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/mi-amiga-me-dijo-se-que-quieres-ser-mama-te-ofrezco-mi-panza-nid1630221>
- Dieterich, H. (2001). *Nueva guía para la investigación científica*. Editorial Planeta Mexicana.
- Digilio, P. (agosto, 2004). Los Comités Hospitalarios de Bioética en Argentina y las implicancias de sus funciones. <http://repositorio.cedes.org/bitstream/123456789/3864/1/SSPP200404.pdf>
- Do-hwan, Jeong (Productor), & Kwon-taek, Im (Director). (1987). *The Surrogate Mother* [La Madre Subrogada]. Shin Han Films.
- Escudero de Quintana, B. (18 de mayo de 2017). Análisis jurisprudencial sobre gestación por sustitución: reflexiones en torno a la situación de la madre portadora. Cita *on-line*: elDial DC2324.

- Famá, M. (21 de junio de 2011). Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación. Cita *on-line*: AR/DOC/1813/2011.
- Famá, M. (24 de abril de 2014). El derecho a la identidad del hijo concedido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *Lecciones y Ensayos*, 90, 2014. http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsd/collect/pderecho/lecciones/index/assoc/HWA_1014.dir/1014.PDF
- Famá, M. (7 de diciembre de 2015). La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar. Cita *on-line*: AR/DOC/3996/2015.
- Famá, M. (5 de diciembre de 2019). Acción de emplazamiento filial frente al uso de técnicas de reproducción humana asistida. Cita *on-line*: AR/DOC/3314/2019.
- Feldstein de Cárdenas, S. (28 de abril de 2017). La doctrina del tribunal europeo en materia de maternidad subrogada: análisis de un fallo ejemplar. Cita *on-line*: elDial DC2308
- Flah, L. (2015). Bioética en la experimentación con seres humanos. En S. Bergel, L. Flah, M. Herrera, E. Lamm, y S. Wierzba. *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 129-130 y 168-169). La Ley.
- Fulchiron, H. (2017). Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables. En U. Basset, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, y J. Lafferrière (dirs.). *Tratado de la vulnerabilidad*. La Ley. <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=La ley%2F2017%2F42134581%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=d2cf8085bce042ee92095b509c5dcfc8#sl=0&eid=83ad2a16035f5da28b749b2991838612&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>

Gagliardo, M. (1º de enero de 2017). Moderna contratación. A propósito del Código Civil y Comercial de la Nación. Cita *on line*: AR/DOC/1334/2017.

García de Solavagione, A. (2017). La vulnerabilidad en la adopción. Franqueando la abstracción de las frías estadísticas. En U. Basset, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, y J. Lafferrière (dirs.). *La Ley*. <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=La ley%2F2017%2F42134581%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=d2cf8085bce042ee92095b509c5dcfc8#sl=0&eid=83ad2a16035f5da28b749b2991838612&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>

Gil Domínguez, A. (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ediar.

Gil Domínguez, A. (2015). El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial. Cita *on line*: AR/DOC/2441/2015.

Gómez Bengoechea, B., y Berástegui Pedro-Viejo, A. (mayo, 2009). El derecho del niño a vivir en familia. *Miscelánea Comillas Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 67, 2009. https://www.usfx.bo/nueva/vicerrectorado/citas/SOCIALES_8/Derecho/9.pdf

Gómez Haiss, D. (14 de junio de 2017). Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte. Cita *on line*: MJ-DOC-10756-AR | MJD10756.

González, E. (18 de octubre de 2018). El derecho del niño a gozar de un emplazamiento filial respetuoso de su biografía en un nuevo caso de maternidad subrogada con ovodonación. Cita *on line*: AR/DOC/1374/2018.

Guerra-Palmero, M. (13 de julio de 2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética

neoliberal. https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2018/02/Contra-la-llamada-gestacion-subrogada-Derechos-humanos-y-jus_2017_Gaceta-Sa.pdf

Hiran da Silva Gallo, J., y Crosara Lettieri Gracindo, G. (2016). Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? ¿Cómo proceder? http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es_1983-8034-bioet-24-2-0250.pdf

Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wpcontent/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sextaedicion.compressed.pdf>

Herrera, M. (2006). *La identidad en la adopción* (Tº II). Editorial Universidad.

Herrera, M. (2015). Adopción. En R. Lorenzetti. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tº IV). Rubinzal – Culzoni Editores.

Herrera, M. (2015). Reglas generales relativas a la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En R. Lorenzetti. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tº IV.) Rubilzal – Culzoni Editores.

Herrera, M., y Lamm, E. (2015). TRHA y Derecho Filial. En S. Bergel, L. Flah, M. Herrera, E. Lamm, y S. Wierzba. *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 295, 383 y 386-387). La Ley.

Iglesias, G., y Vázquez, N. (2013). Investigación Científica como Trabajo Final. En G. Iglesias y G. Resala. *Elaboración de Tesis, Tesinas y Trabajos Finales* (pp. 91-139). Noveduc.

Inciarte, F., Quaini, F., Martínez, P., Urquiza, F, Piscicelli, C., Pasqualini, R., y Pasqualini, S. (junio, 2018). Subrogación uterina. Una realidad en la Argentina. *Revista Reproducción*, 2018(33), 27-35.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lamm, E. (2010). Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual. *Revista La Ley*, 2010(E), 1-22.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lamm, E. (2012). Filiación derivada de la reproducción asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. Cita *on line*: AR/DOC/5149/2012.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lamm, E. (marzo, 2012). Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Derecho Privado, Infojus(1)*, 17-18.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lamm, E. (2013). La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos. Cita *on line*: AR/DOC/1268/2014.

Kemelmajer de Carlucci, y Lamm, E. (24 de abril de 2014). Gestación por sustitución en la Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. Cita *on line*: AR/DOC/2573/2013.

Kemelmajer de Carlucci, A. (4 de septiembre de 2019). La gestación por sustitución y la opinión consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019. Cita *on line*: AR/DOC/2573/2013.

Jouve de la Barreda, N. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 2^a, 2017. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>

Kottow, M. (octubre, 2013). Principios en bioética. *Nuevos folios de bioética*, 11. <https://core.ac.uk/download/pdf/132237074.pdf>

- Lafferriere, N. (9 de agosto de 2017). Análisis de tres proyectos de ley sobre maternidad subrogada. Cita *on line*: MJ-DOC-11933-AR | MJD11933.
- Lahl, J. (2 de marzo de 2018). Embarazos contratados expuestos: los contratos de maternidad subrogada no protegen a las madres sustitutas y sus hijos. *Revista El Derecho*, 2018(276), 7-8.
- Lamm, E. (julio, 2011). La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal. *Revista de Derecho de Familia*, 2011(50), 107-132.
- Lamm, E. (julio, 2012). Gestación por sustitución. Realidad y derecho. *InDert Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012. http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf
- Lamm, E. (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Lamm, E. (2015). Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia. Cita *on line*: AR/DOC/4185/2015.
- Lamm, E. (16 de noviembre de 2018). Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo. Cita *on line*: MJ-DOC-13769-AR | MJD13769
- Lamm, E. (10 de mayo de 2019). La gestación por sustitución como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos. Cita *on line*: AR/DOC/1271/2019.
- Lanata, J. (Conductor). (27 de mayo de 2019). Hora 25. Vientre subrogado [Episodio de programa de televisión]. Todo Noticias. <https://www.youtube.com/watch?v=Uqb4daQTmGY>

- León Correa, F. (4 de septiembre de 2019). Responsabilidad social de las instituciones de salud y democracia participativa. Cita *on-line*: AR/DOC/2169/2019.
- Lorenzetti, R. (1998). El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores. Cita *on line*: AR/DOC/7339/2001.
- Maffía, D., y Gómez, P. (10 de mayo de 2019). Apuntes feministas acerca de la gestación subrogada. Cita *on line*: AR/DOC/1286/2019.
- Maliandi, R., y Thüer, O. (2008). *Teoría y praxis de los principios bioéticos*. UNLa.
- Maliandi, R. (2009). *Ética: Conceptos y problemas* (4a edición). Biblos.
- Maliandi, R. (abril, 2016). Fundamentación y aplicación en ética convergente. *Konvergencias, Filosofía y Culturas en Diálogo*, 22. <http://www.konvergencias.net/ricardomaliandi22.pdf>
- Mannino, P. (21 de agosto de 2015). Investigan a una agencia por alquiler de vientres en Mendoza. *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/investigan-a-una-agencia-por-el-alquiler-de-vientres-en-mendoza-nid1821112>
- Manti, F. (4 de septiembre de 2019). Maternidad subrogada: Enfoque pragmático de una práctica éticamente controvertida. Cita *on line*: AR/DOC/2421/2019.
- Martínez, S. (1994). *Manipulación genética y derecho penal*. Universidad.
- Mazo Álvarez, H. (julio-diciembre, 2014). El bioderecho: La respuesta jurídica a los problemas que plantea la bioética. *Producción + Limpia*, 9(2). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5001936>

- Monzón, J. (1 de febrero de 2019). La mujer, el médico y el jurista. El debate sobre la maternidad subrogada. Cita *on line*: AR/DOC/2429/2018.
- Navas Roggero, M. (17 de mayo de 2016). Una nueva mirada sobre las familias: la contractualización de las relaciones familiares. *DPI Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, 11. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/05/Doctrina3-Suplemento-bio.pdf>
- Ossorio, M. (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Heliasta.
- Pérez, C. (13 de febrero de 2015). El médico chileno que acudió a "Argentina Maternity" estuvo declarando ocho horas ante la fiscal Ríos. *Diario Uno*. https://www.diariouno.com.ar/pais/el-medico-chileno-que-acudio-a-argentina-maternity-estuvo-declarando-ocho-horas-ante-la-fiscal-rios-22082015_HkWZgdBfBX
- Perrino, D. (2017). Hijos de primera e hijos de segunda. En U. Basset, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, y J. Lafferrière (dirs.). *Tratado de la vulnerabilidad*. La Ley. <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=La ley%2F2017%2F42134581%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=d2cf8085bce042ee92095b509c5dcfc8#sl=0&eid=83ad2a16035f5da28b749b2991838612&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>
- Peyrano, G. (s.f.). Bioética, dignidad y derecho. Cita *on line*: 0003/009781.
- Popper, K. (2010). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós. https://monoskop.org/images/5/51/Popper_Karl_La_sociedad_abierta_y_sus_enemigos_I-II.pdf
- Quaini, F. (21 de diciembre de 2020). La gestación por sustitución, un obstáculo cultural más que jurídico o técnico. Cita *on line*: AR/DOC/3840/2020

Rivera, J., y Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tº I). La Ley.

Román Maestre, B. (11 de diciembre de 2013). Los comités nacionales de bioética: tomándoselos en serio. Cita *on line*: AR/DOC/6765/2013

Rubaja, N. (5 de diciembre de 2019). Novedades en el campo de la gestación por sustitución transfronteriza: la opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su impacto en la solución del caso “Mennesson” y la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Cita *on-line*: AR/DOC/3385/2019.

Rubaja, N. (8 de mayo de 2020). Actualidad en Derecho Internacional Privado de Familia 1/2020. Cita *on-line*: AR/DOC/890/2020.

Rubio Sanchis, M. (2012). *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante* (Trabajo final de Maestría en Estudios Interdisciplinarios de Género).

https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/118704/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_RubioSanchis_MJ.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ruiz Martínez, R. (junio, 2013). Maternidad subrogada: revisión bibliográfica. <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>

Sáenz, Á. (junio, 2015). Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado.

<http://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1817/1501>

Salas Cardona, J. (4 de mayo de 2016). La bioética y el final del derecho como ciencia. Cita *on line*: AR/DOC/4338/2016

- Salas Cardona, J. (18 de julio de 2018). La bioética y la reintegración de las tradiciones jurídicas. Cita *on line*: AR/DOC/3248/2018
- Schaefer Rivabem, F. (mayo-agosto, 2017). Bioderecho: ¿una disciplina autónoma? *Revista Bioética*, 25(2).
https://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/es_1983-8042-bioet-25-02-0282.pdf
- Scotti, L. (ene.-jun., 2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*, 2015(38), 213-249.
- Scotti, L. (11 de junio de 2019). Gestación por sustitución: acerca de la opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cita *on-line*: AR/DOC/1618/2019.
- Soto Lamadrid, M. (1990). *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*. Astrea.
- Terragni, M. (2020). *Bioética y derecho penal*. La Ley.
- Trevizo, A. (2014). Dilemas bioéticos en torno a la fertilización *in vitro* (FIV) y la mujer gestante: Hacia la figura de un consejero reproductivo.
<http://www.redalyc.org/pdf/554/55432491005.pdf>
- Urbina, P. (3 de septiembre de 2015). La identidad a partir del Código Civil y Comercial. Promoción y protección de los derechos de los niños y niñas. *Revista La Ley*. Cita *on line*: AR/DOC/2472/2015.
- Urbina, P. (8 de marzo de 2021). La deconstrucción legal de la expresión extrema de violencia de género. *La Ley. Perspectiva de género desde el derecho*, 6-8. Cita Online: AR/DOC/525/2021.
https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/2021/La_Ley.pdf

Vilar González, S. (2012). Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de derecho UNED*, 14/2014. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2014-14-7290/Documento.pdf>

Wierzba, S. (2015). El consentimiento informado y los adolescentes. En S. Bergel, L. Flah, M. Herrera, E. Lamm, y S. Wierzba. *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 232-233 y 240). La Ley.

Fuentes de información

Documentos científicos

Centro de Bioética, Persona y Familia. (31 de julio de 2012). *Las abusivas cláusulas de los contratos de alquiler de vientre en India*. <http://centrodebioetica.org/2012/07/las-abusivas-clausulas-de-los-contratos-de-alquiler-de-ventre-en-india/>

Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) y Organización Mundial de la Salud (OMS), 2017, Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos. https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/12/CIOMS-EthicalGuideline_SP_INTERIOR-FINAL.pdf

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y Centro de Estudios e Investigaciones Laborales Programa Sociedad, Cultura y Religión (CEIL), 2019, “Segunda Encuesta Nacional sobre Creencias y Actitudes Religiosas en Argentina”. <http://www.ceil-conicet.gov.ar/wp-content/uploads/2019/11/ii25-2encuestacreencias.pdf>

International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud, 2010, “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada

por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)". http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación. Dirección de Salud Sexual y Reproductiva, 2018, "Consejerías en Salud Sexual y Salud Reproductiva. Propuesta de Diseño, Organización e Implementación. Documento de trabajo". <http://iah.salud.gob.ar/doc/Documento190.pdf>

Documentos religiosos

Agencia Informativa Católica Argentina (21 de enero de 2020). Mons. Shevchuk: "La maternidad subrogada es un desastre". <http://www.aica.org/42759-mons-shevchuk-la-maternidad-subrogada-es-un-desastre.html>

Congregación para la Doctrina de la Fe (22 de febrero de 1987). Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html

Congregación para la Doctrina de la Fe (8 de septiembre de 2008). Instrucción *Dignitas Personae* sobre algunas cuestiones de bioética. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html

Santa Biblia (1994). Broadman & Holman Publishers.

Sínodo de los Obispos (2013). III Asamblea General Extraordinaria. Los desafíos pastorales sobre la familia en el contexto de la evangelización. http://www.vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20131105_iii-asamblea-sinodo-vescovi_sp.html

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, 14/4/2010, “B., M. A. c. F. C., C. R.”. Cita *online*: AR/JUR/75333/2010

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H de la Ciudad de Buenos Aires, 15/3/2018, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”. Cita *online*: AR/JUR/5414/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E de la Ciudad de Buenos Aires, 30/10/2018, “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”. <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I de la Ciudad de Buenos Aires, 28/8/2020, “S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ Filiación”. Cita *online*: AR/JUR/35471/2020.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K de la Ciudad de Buenos Aires, 28/10/2020, “: F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación”. Cita *online*: AR/JUR/54740/2020.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V de la Ciudad de Buenos Aires, 29/4/2014, “C., E. M. y otros c/ EN-Mº Salud s/ Amparo ley 16.986”. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2014-fallo-cem.pdf>.

Corte de Apelaciones, Cuarto Distrito, Tercera División, California, 10/3/1998, “John A. y Luanne H. Buzzanca. John A. Buzzanca, Demandado, v. Luanne H. Buzzanca, Apelante”. <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>

Corte Europea de Derechos Humanos, 26/6/2014, “Mennesson v France”. Cita *online*: EU/JUR/6/2014.

Corte Europea de Derechos Humanos, 21/7/2016, “Foulon y Bouvet v France”.
Cita *online*: EU/JUR/5/2016.

Corte Europea de Derechos Humanos, 21/7/2016, “Aldís Fjölhildur y otros v Islandia”. <https://laweuro.com/?p=14664>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30/11/2016, “I.V. vs. Bolivia”.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_336_esp.pdf

Corte Superior del Condado de Orange, 20/5/1993, “Anna Johnson, Demandante y recurrente, v. Mark Calvert y otros, Demandados y Demandados”,
<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/11/1990, “Muller, Jorge s/ denuncia”.
Publicado en Fallos: 313:1113.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/9/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688.”. Publicado en Fallos: 327:3753.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/3/2012, “F. A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”. Publicado en Fallos: 335:197.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 de CABA, 18/6/2013, “N. N. o D. G. M. B. s/ Inscripción de nacimiento”. Cita *online*: MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552.

Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario”. Cita *online*: AR/JUR/89976/2013.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 102, 18/5/2015, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad”, Cita *online*: AR/JUR/12711/2015.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83 de CABA, 25/6/2015, “N. N. O. s/ impugnación de filiación”. <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-civil-nro-83-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-nno-inscripcion-nacimiento-fa15020008-2015-06-25/123456789-800-0205-1ots-eupmocsollaf>

Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 29/7/2015, “A. V. O., A. c. G. Y J. J. F.”, Cita *online*: AR/JUR/28597/2015.

Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, 29/11/2015, “Dato reservado”, Cita *online*: AR/JUR/78613/2015.

Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H. M. y otro s/ medidas precautorias – art. 232 del CPCC”. *Revista La Ley* del 2/5/2016, p. 6.

Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 15/12/2015, “C. M. E. y J. R. M. por inscrip. nacimiento”, Cita *online*: AR/JUR/58729/2015.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8 de CABA, 20/9/2016, “B., B. M. y otro c. G., Y. A. s. impugnación de filiación”. Cita *online*: AR/JUR/70743/2016.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 81 de CABA, 14/6/2017, “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”. Cita *online*: AR/JUR/37036/2017.

Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, 6/7/2017, “Reservado s/ Autorización judicial”. Cita *online*: elDial.com - AAA047

Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, 6/9/2017, “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas”. Cita *online*: AR/JUR/60950/2017.

Juzgado de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, 22/11/2017, “R., L. S. y otros - solicita homologación” Expte. N° 3447358. Cita *online*: MJ-JU-M-108546-AR | MJJ108546.

Juzgado de Familia N° 6 de San Isidro, 2/3//2018, “S. M. J s/ autorización judicial”. Cita *online*: AR/JUR/1449/2018.

Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, 15/2/2018, “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas”. Cita *online*: AR/JUR/1438/2018.

Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de la 2ª Nominación de Villa María, 8/6/2018, “R., R. A. y otros s/ autorización”. Cita *online*: AR/JUR/27023/2018.

Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba, 6/8/2018, “A., M. T. y otro s/ solicita homologación”. Cita *online*: AR/JUR/39379/2018.

Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de la 1ª Nominación de Tucumán, 26/9/2018, “P. A. M. y otro s/ autorización judicial”. Cita *online*: AR/JUR/60730/2018

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 87 de CABA, 3/4/2019, “O. F., G. A. y otro s/ Autorización”. Cita *online*: AR/JUR/15656/2019.

Juzgado de Familia N° 1 de Pergamino, 22/4/2019, “C., C. A. s/ Materia a categorizar”. Cita *online*: AR/JUR/15655/2019.

Juzgado de Familia de la 5ª Nominación de Córdoba, 25/4/2019, “V. A. B. y otro s/ solicita homologación”. Cita *online*: AR/JUR/9677/2019.

Juzgado de Familia de la 6ª Nominación de Córdoba, 13/8/2019, “F. C. y otro s/ solicita homologación”. Cita *online*: MJ-JU-M-121120-AR | MJJ121120.

Juzgado de Familia N° 8 de La Plata, 27/4/2020, “D., J. E. y otro/a s/ autorización judicial”. Cita *online*: AR/JUR/15367/2020.

Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 2/12/2014, “F. M. L. y otra s/ autorización judicial”. Cita *online*: AR/JUR/90178/2014.

Tribunal Supremo de Nueva Jersey, 3/2/1987, “Asunto de Baby M.”.
<https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>

Legislación

Carta de la Organización de Estados Americanos.
http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf.

Código Civil y Comercial de la Nación.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.

Constitución de la Nación Argentina.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Constitución de la República Federativa de Brasil.
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos.
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convención sobre los Derechos del Niño.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.
http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Declaración Universal de Derechos Humanos.
https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Ley de la Provincia de Buenos Aires 14.208.
<https://normas.gba.gob.ar/documentos/04K9gi3V.html>

Ley 17.132. Ley del Arte de Curar.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/texact.htm>

Ley 17.418. Ley de Seguros.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/39520/texact.htm>

Ley 22.990. Ley de Sangre.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/49103/norma.htm>

Ley 23.798. Ley de Salud Pública–S.I.D.A.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/199/norma.htm>

Ley 25.326. Ley de Protección de los Datos Personales.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>

Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

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

Ley 26.066. Trasplante de Órganos y Tejidos.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/112375/norma.htm>

Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/texact.htm>

Ley 26.618. Matrimonio Civil.

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

Ley 26.743. Identidad de Género.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

Ley 26.862. Reproducción Medicamente Asistida.

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

Ley 27.447. Trasplantes de Órganos, Tejidos y Cédulas.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312715/norma.htm>

Ley 27.610. Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperada de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/346231/norma.htm>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Proyectos de ley

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 0138-D-2007 del 2/3/2007, presentado por la diputada Mirta Pérez (Bloque Peronista Federal, provincia de Buenos Aires). Código Civil. Incorporación del art. 63 bis, sobre nulidad del contrato de maternidad subrogada.
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0138-D-2007&tipo=LEY>

Honorable Senado de la Nación. Expediente 0394-S-2009 (SEN) del 11/3/2009, presentado por la senadora Bertolozzi de Adriana Raquel Bogado (Bloque Frente para la Victoria, provincia de Formosa). Modificación del Código Civil, incorporación del art. 63 bis sobre la nulidad expresa de acuerdos de maternidad subrogada (Reproducción del Expediente 2439-S-07, también iniciado por la senadora).
<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/394.09/S/PL>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 4098-D-2011 (DIP) del 17/8/2011, presentado por Hugo Nelson Prieto (De la Concertación, Neuquén). Maternidad Subrogada: Régimen.
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=4098-D-2011&tipo=LEY>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 5441-D-2011 (DIP) del 8/11/2011, presentado por Alberto Nicolás Paredes Urquiza (Bloque Frente para la Victoria -PJ- La Rioja) - Maternidad subrogada: Régimen.
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5441-D-2011&tipo=LEY>

Honorable Senado de la Nación. Expediente N° PE-57/12, Mensaje N° 884 del 7/6/2012. Proyecto de ley de Reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.
http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=PE&nro_comision=&tipo=PL&numexp=57/12&tConsulta=5

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 0300-D-2013 (DIP) del 6/3/2013 presentado por el diputado Gerardo Fabián Milman (Bloque GEN, provincia de Buenos Aires). Creación de Régimen de maternidad subrogada. (Reproducción del Expediente 5201-D-2011, también iniciado por el diputado).
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0300-D-2013&tipo=LEY>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 4058-D-2014 del 27/5/2014, presentado por la diputada Mara Brawer y otros. Ley Integral de Técnicas de reproducción Humana Asistida.
<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4058-D-2014>

Honorable Senado de la Nación. Expediente 2574-S-2015 del 14/8/2015, presentado por la senadora Laura Gisela Montero (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Ley sobre gestación por sustitución.
<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2574.15/S/PL>

Honorable Senado de la Nación. Expediente S-1320/16 del 26/4/2016, presentado por la senadora Liliana B. Fellner. Estableciendo el Régimen de Regulación de los Procedimientos y Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1320.16/S/PL>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 5700-D-2016 (DIP), del 31/8/2016, presentado por la diputada Araceli Ferreyra (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Corrientes) y otros. Regulación de la técnica de gestación solidaria. Régimen. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 5759-D-2016 (DIP) del 31/8/2016, presentado por la diputada Analía Rach Quiroga (Bloque Frente para la Victoria -PJ-, provincia de Chaco) y otros. Gestación por Sustitución. Régimen. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5759-D-2016&tipo=LEY>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 3765-D-2017 del 10/7/2017, presentado por la diputada Ana Carla Carrizo, (Boque UCR, Ciudad de Buenos Aires). Gestación por sustitución. Régimen. Modificación del Código Penal y de la ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=3765-D-2017>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 5141-D-2017 del 26/9/2017, presentado por la diputada Olga María Rista (Bloque UCR, provincia de Córdoba). Gestación por sustitución como técnica de reproducción medicamente asistida. Régimen. Modificación de la ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y del Código. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5141-D-2017>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 0084-D-2018 del 2/3/2018, presentado por la diputada Analía Rach Quiroga (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Chaco) y otros. Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la Gestación por Sustitución.

<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2018/PDF2018/TP2018/0084-D-2018.pdf>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 0630-D-2018 del 9/3/2018, presentado por la diputada Araceli Ferreyra (Bloque Peronismo para la Victoria, provincia de Corrientes) y otros. Técnica de Gestación Solidaria. Régimen. Modificación del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, sobre voluntad procreacional. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0630-D-2018>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 1374-D-2018 del 22/3/2018, presentado por el diputado Marcelo German Wechsler (Bloque Pro, Ciudad de Buenos Aires) y otro. Gestación por sustitución. Régimen. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1374-D-2018>

Honorable Senado de la Nación. Expediente 0825-S-2018 del 28/3/2018, presentado por el senador Julio Cesar Cleto Cobos (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>

Honorable Senado de la Nación. Expediente S-1429/2020 del 6/7/2020, presentado por el senador Julio Cesar Cleto Cobos (Bloque UCR, provincia de Mendoza). Gestación por sustitución. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1429.20/S/PL>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 3524-D-2020 del 15/7/2020, presentado por la diputada Graciela Estévez (Bloque Frente de Todos, provincia de Córdoba) y otras. Incorporación de la Gestación

por Sustitución al Código Civil y Comercial de la Nación.
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=3524-D-2020>