

# Algo más sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

Derecho humano a la procreación.  
La gestación por sustitución

*Otilia del Carmen Zito Fontán  
Marcela Spina*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Derecho humano a la procreación. III. Técnicas de reproducción humana asistida. IV. Gestación por sustitución: a) Concepto. b) Derecho a la identidad. c) Regulación en el proyecto de CCyC. d) Convenio previo. e) Jurisprudencia. V. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos reproductivos, relacionados con la conducta sexual de mujeres y hombres, y la procreación son abordados como derechos personalísimos, subjetivos, en los que están en juego el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a la intimidad, a la privacidad, a la salud, a constituir una familia, entre otros, y la dignidad del ser humano como pilar básico de los derechos humanos.

Para una corriente de pensamiento filosófico y jurídico tienen carácter absoluto: están en la esfera de la privacidad de la persona humana y ninguna norma debería ponerle límites. Son considerados derechos humanos de cuarta generación. Para otra, en cambio, su ejercicio está limitado por otros derechos fundamentales: el de los otros, que tienen el mismo derecho y pugnan por ejercerlo. Se producen así conflictos para establecer los límites a unos y otros,

que deben ser armonizados de tal manera que todos sean compatibles entre ellos. IGNACIO VILLAVERDE<sup>1</sup> dice que los conflictos entre derechos, si existen, lo son en realidad entre el derecho fundamental y sus límites. Que el principio de proporcionalidad, como método de interpretación, es de gran utilidad si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. Dice este autor: "...que para esta técnica, no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme un orden de valores o intereses preferentes en cada situación, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección".

Al derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, a la privacidad, a la salud, que pueden estar comprometidos en el ejercicio de los derechos reproductivos -incluido el derecho a la procreación-, debe sumarse el interés superior de los niños -como luego analizaremos-, que son los grandes ausentes en la toma de decisiones de quienes han ejercido estos derechos, en el marco de su libertad y autonomía personal.

Los derechos reproductivos no son absolutos, aunque se enmarquen dentro del vasto contenido del derecho a la intimidad personal y a la vida privada. Deben ejercerse teniendo en mira valores esenciales que habiliten al legislador a poner límites objetivos por la envergadura de los derechos que deben ser tutelados. Un deseo no puede erigirse necesariamente en un derecho que deba ser protegido y garantizado.

## II. DERECHO HUMANO A LA PROCREACIÓN

La reproducción humana ha sido concebida a través de los tiempos como resultado de las relaciones sexuales entre sus únicos autores, un hombre y una mujer, como la libre elección para decidir si tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién; una decisión personal tomada en el marco de las relaciones privadas, en la intimidad de la pareja. La infertilidad femenina o masculina era un impedimento decisivo.

Los valores y principios que rigieron la sociedad durante muchos años se han modificado, en especial en los últimos años del siglo XX, con inevitables repercusiones de orden cultural y político, como así también en el campo jurídico. Una nueva visión de la sexualidad, la procreación y la libertad se impone. La

---

1 VILLAVERDE, Ignacio. "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad", trabajo publicado en la serie *Justicia y DH. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ecuador, 2008.

perspectiva de género, un nuevo concepto de familia y los avances de la ciencia médica llevan inexorablemente a regular las nuevas conductas de la persona humana. En ese marco, tuvo recepción legislativa el matrimonio igualitario.

El avance científico y tecnológico acompañó ese proceso de cambios y abrió la posibilidad de la inseminación genética con fines procreativos. Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) abarcan los tratamientos o procedimientos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo o, en un concepto más amplio: "conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana"<sup>2</sup>.

Estos tratamientos significaron un paliativo frente a la imposibilidad de procreación por naturaleza permitiendo tener descendencia biológica a aquellos que sufren esterilidad o infertilidad en la pareja, como un procedimiento terapéutico. Luego pasó a ser también una forma alternativa de procreación.

Los planteos e interrogantes sobre la valoración ética del derecho subjetivo a la procreación asistida no tardaron en llegar frente a este avance de la ciencia y a la voluntad de alguna parte de la sociedad de someterse a estos procedimientos por razones muy diversas: no sólo por imposibilidad natural de procrear, sino como una opción para ejercer este derecho.

Cabe preguntarse si este derecho a la procreación incluye la facultad de elegir libremente los procedimientos reproductivos que más convengan al interés de su titular o si esta facultad debe estar limitada y ejercerse con la debida responsabilidad, dado los derechos que se encuentran involucrados, como es el derecho a la vida del niño que nacerá. Por eso se ha afirmado en doctrina que, además de referirnos al derecho a procrear y a tener descendencia, debemos considerar el derecho del hijo a tener padres y las implicancias del tema en relación al derecho a la identidad del hijo.

El derecho a procrear y los deseos de maternidad y paternidad, por un lado, y el derecho a la intimidad de los donantes de material genético y el respeto a la dignidad del niño que se quiere engendrar, por el otro, plantean la necesidad de un razonable equilibrio. Ninguno de ellos tiene derechos absolutos; el principio de la proporcionalidad que antes mencionamos es el que debe regir en la búsqueda del punto justo.

El derecho humano a la procreación, aunque no de manera explícita, está reconocido en las convenciones internacionales de derechos humanos, enmarcado en el derecho a fundar una familia. Así lo hacen la Declaración Universal

---

2 SANTAMAÑA SOLÍS, Luis. en <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>, profesor titular de la Facultad de Medicina, Universidad Autónoma de Madrid.

de 1948<sup>3</sup>, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>4</sup>, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales<sup>5</sup>, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDD)<sup>6</sup>, entre otros.

Por otra parte, el derecho a la vida privada y familiar ha sido reconocido expresamente en el art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)<sup>7</sup>, como así también por el Convenio Europeo para

---

3 “Artículo 16.1. Hombres y mujeres con mayoría de edad, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia. Disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en su disolución. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es la unidad fundamental y natural de grupo de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

4 “Artículo 17. Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

5 Protocolo de San Salvador: “Artículo 15. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad”.

6 “Artículo 16. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: El mismo derecho para contraer matrimonio; El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento...”.

7 “Artículo. 11. Protección de la honra y de la dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 8<sup>o</sup>.

En sus sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado este derecho. Así lo hizo, entre otros, en los fallos dictados en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, del 27 de abril de 2012, relacionado con la violación del derecho a la protección de la familia (arts. 17 y 19 CADH)<sup>9</sup> y en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, del 28 de noviembre de 2012, en el cual la Corte determinó los alcances de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar, al derecho a la vida, sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la CADH<sup>10</sup>.

Es necesario, en este punto del análisis, hacer una reflexión sobre los derechos humanos, los límites a su ejercicio y los deberes correlativos. Ha expresado JOSÉ MARÍA TAU: “...los derechos no pueden existir sin deberes: hay derechos y pretensiones exigibles, precisamente porque existen deberes”<sup>11</sup>. Expresa el “Preámbulo” de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948: “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad (...) Los deberes de

8 El convenio fue adoptado por el Consejo de Europa el 4/11/1950 y entró en vigor en 1953. “Artículo 8°. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

9 La Corte afirmó que la familia es el núcleo natural y fundamental de la sociedad. Además subrayó los derechos de los niños y niñas; su interés superior y el principio de no discriminación; y su derecho a la identidad -arts. 8°, 9°, 18 y 21 CDN-. Ver texto completo en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

10 En el análisis de la aplicación de la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) y los alcances del derecho a la vida del art. 4° de la CADH, conforme a su interpretación, la Corte concluyó en que la “concepción” tiene lugar desde el momento en que el embrión es implantado en el útero, razón por la cual, antes de ese evento, no habría lugar a la aplicación de la norma mencionada. Con relación a la prohibición de someterse a la FIV impuesta en Costa Rica, la Corte señaló que hubo una injerencia directa en la vida privada de las parejas al impedir que decidieran sobre si deseaban o no someterse al tratamiento de FIV para tener hijos y afectar su proyecto de vida, cuya única opción para procrear era la FIV. Reconoce además que los derechos reproductivos son derechos humanos y existe el derecho a procrear y no hacerlo... Ver texto completo en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

11 “El eclipse de los derechos humanos”, Diario “El Día”, La Plata, 21 de abril de 2016.

orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan...”.

### III. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) introdujo cambios sustanciales en esta materia con el reconocimiento expreso de las TRHA y de la voluntad procreacional como nueva fuente de filiación, además de las ya existentes por naturaleza y adopción<sup>12</sup>. La recepción es amplia y admite varias posibilidades mediante técnicas de baja complejidad, cuando la unión de los gametos femenino y masculino se realiza en el interior del aparato reproductor femenino; y de alta complejidad, cuando la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del aparato reproductor femenino, en el laboratorio, como ocurre con la fertilización *in vitro*<sup>13</sup>.

Con respecto a los aspectos técnicos específicos (como la donación de material genético, la crioconservación de embriones, el control de los centros médicos, entre otros temas), el legislador dispuso que sean regulados por una ley especial, que aún no se ha sancionado<sup>14</sup>.

En la regulación de las TRHA, conforme lo expresan los fundamentos del proyecto, se ha tenido en mira la posibilidad de utilizar las técnicas por una persona sola, que puede ser madre sin necesidad de estar en pareja, facilitando la formación de una familia monoparental; como así también por matrimonios o uniones estables heterosexuales u homosexuales, con material homólogo (perteneciente a la pareja) o heterólogo (a través de la utilización de material genético donado).

En ambos tipos, homóloga y heteróloga, la voluntad procreacional se manifiesta a través del consentimiento informado. En la homóloga, las consecuencias quedan circunscriptas al ámbito familiar o de la pareja; mientras que en la heteróloga se extienden además al equipo médico y a quien fue el donante del material genético, que puede o no ser anónimo.

---

12 Previo a la sanción del CCyC, y en el proceso de adecuación del derecho a la realidad social, se dictaron en la República Argentina la ley N° 26.618 de matrimonio igualitario -promulgada el 21 de julio de 2010-; la ley N° 26.743 de igualdad de género -promulgada con fecha 23 de mayo de 2012-; y la ley N° 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, Boletín Oficial del 23 de junio de 2013, que establece que tienen derecho a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas mayores de edad sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil.

13 Conf. decreto N° 956/2013, reglamentario de la ley N° 26.862, art. 2°.

14 Proyectos N° 0581-D-2014 y N° 4058-D-2014, con media sanción en la Cámara de Diputados.

En este último tipo de prácticas se provocan consecuencias no solo biológicas, sino jurídicas en materia de filiación, que deben ser reguladas cuidadosamente por los derechos que puedan ser afectados: el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y, especialmente -como lo hemos mencionado-, el derecho del niño a conocer su identidad biológica.

Este derecho a la identidad biológica del niño y su derecho a la información en los casos de utilización de gametos donados por un tercero ha sido resuelto por los codificadores tomando una postura intermedia entre los ordenamientos que protegen el anonimato absoluto del donante y aquellos que son más permisivos y admiten el acceso a la información en todos los casos. Como excepción, el nacido por estas técnicas tiene acceso a la información en casos determinados, en que el derecho a la intimidad y a la privacidad del donante, debe ceder frente a sus intereses. El primer caso: para conocer datos médicos del donante, recurriendo al centro médico que intervino en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; y el segundo, por razones debidamente fundadas y evaluadas judicialmente, para revelar la identidad del donante. Estas excepciones, entendemos, fueron establecidas en forma taxativa.

Esta tercera fuente de filiación que el nuevo código regula es posible si se cumplen dos requisitos básicos: el primero, *la voluntad procreacional*, que implica la decisión de la o las personas de tener un hijo utilizando las TRHA independientemente del material genético utilizado; el segundo, que esa voluntad sea expresada en el *consentimiento previo, informado y libre*, que debe recabar el centro de salud interviniente, y renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones y que es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión.

A través de la *voluntad procreacional*, como elemento volitivo, se plasma la decisión de incluir a este hijo por nacer como parte de su proyecto de vida y la decisión de asumir la relación filial tomando a su cargo toda la responsabilidad de traer un hijo al mundo, desde su concepción, para criarlo, educarlo y contribuir a su formación.

No es el dato genético lo que determina el vínculo jurídico entre quien expresó la voluntad procreacional y el niño nacido mediante estas técnicas, sino quien o quienes han prestado el consentimiento para someterse a ellas.

Los nacidos por TRHA, según establece el art. 562 CCyC, son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos. Como veremos luego, es una disposición que pone una barrera a la utilización de estas técnicas en los casos de "gestación por sustitución", no reconociendo la maternidad de la mujer que expresó su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado.

La instrumentación del consentimiento debe reunir los requisitos previstos en las disposiciones especiales, dice el art. 561 CCyC y ser *protocolizado ante escribano público* o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. No tenemos conocimiento acerca de que desde la vigencia del CCyC se haya utilizado esta última opción. En todos los casos se procedió a la protocolización ante escribano público. Esto implica afirmar una vez más que el otorgamiento en escritura pública brinda seguridad jurídica, garantiza fecha cierta, autenticidad, guarda, conservación y certeza.

Los consentimientos informados en las TRHA heterólogas que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art. 563 CCyC) deben ser proporcionados por los propios progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental<sup>15</sup>.

El consentimiento otorgado es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión. Este consentimiento previo y libre comparte las características del consentimiento informado para un acto médico -de acuerdo a la ley N° 26.529, reformada por la ley N° 26.742, y al art. 59 CCyC<sup>16</sup>- pero algo lo diferencia, además de la formalidad: *tiene la virtualidad para determinar el vínculo filial a través de la voluntad procreacional*<sup>17</sup>.

Recientemente se han producido dos novedades con relación al tema: la primera, relacionada con las formalidades que deben acompañar este consentimiento informado, conforme al art. 561 CCyC antes citado. La disposición N° 1093/2016 del 5 de mayo de 2016 de la Dirección Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires establece que, ya que la certificación ante autoridad sanitaria no fue regulada y la protocolización notarial resulta *de una onerosidad inevitable y discriminatoria* -resuelve excediendo a nuestro criterio sus facultades y su competencia material-, la certificación podrá realizarse ante el funcionario del registro civil que le dará el carácter de instrumento público y formará parte del legajo base.

---

15 Decidido en forma unánime en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015, conclusiones de la Comisión VI, "Identidad y Filiación".

16 El Ministerio de Salud de la Nación, por resolución N° 561/2014, homologó un modelo único y obligatorio de consentimiento informado bilateral que deberá ser utilizado por todos los prestadores, efectores y profesionales médicos.

17 1. Respecto a las características, los requisitos, las formalidades y el proyecto de escritura, remitimos a los comentarios de los arts. 560, 561 y 562 del *Código Civil y Comercial Comentado. Anotado. Concordado*, tomo II, Eduardo Gabriel Clusellas coordinador, Editorial Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, págs. 718 y sgts. 2. Modelos de consentimiento informado para la utilización de TRHA en todas sus variantes. Consultar la publicación de la Sociedad Argentina de Medicina de Reproducción Asistida (SaMer) en [www.samer.org.ar](http://www.samer.org.ar).

Toda la doctrina estuvo conteste con lo dispuesto en esta norma, en la cual el legislador estableció requisitos estrictos para garantizar seguridad jurídica del consentimiento médico donde se expresa la voluntad procreacional.

A lo sumo, algunos autores sostuvieron que debe haber una alternativa a la protocolización notarial para evitar los posibles costos, pero ningún sector doctrinario estableció que se eliminara el requisito, como lo dispone esta reglamentación de la Dirección Provincial que estamos analizando.

De procederse de acuerdo a la disposición N° 1093/2016, no sería necesaria la protocolización notarial ni la certificación ante autoridad sanitaria alguna, sino un tipo de reconocimiento ante el oficial del registro civil de la existencia del consentimiento médico, libre e informado para la utilización de TRHA. Además, es una norma de carácter local que elimina o hace optativa para el interesado la formalidad exigida por la legislación de fondo.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, octubre de 2015, comisión 6, "Familia, Identidad y Filiación", sobre "Cuestiones generales en materia de determinación de la filiación derivada de las TRHA", concluyeron, *por unanimidad* que: "Los consentimientos informados a las TRHA heterólogas, que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art. 563 CCyC) deben ser proporcionados por los propios progenitores en ejercicio de su responsabilidad parental al Registro Civil. Aída Kemelmajer de Carlucci (UNCuyo), Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UN de La Plata), Silvina Basso (Uces) y Adriana Warde (UNC)".

Lo transcrito da cuenta de una instancia previa y distinta a la intervención del registro civil, que se soslaya con la aplicación de la disposición N° 1093/2016 en análisis.

La segunda novedad es la resolución N° 2190-E-2016 del Ministerio de Salud de la Nación, publicada el 6 de diciembre de 2016, por la que se creó el "Programa Nacional de Reproducción Médica Asistida", que estará a cargo de un coordinador nacional.

Esta resolución, a un año y medio de vigencia del CCyC, en su art. 4° establece: "Designase al Coordinador del Programa Nacional Reproducción Médica Asistida, como certificante en su carácter de autoridad sanitaria en la jurisdicción nacional, ello en relación a lo establecido en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley N° 26.994 en lo pertinente, concordantes y/o modificatorias".

El nombramiento de la autoridad sanitaria certificante a la que se refiere el art. 561 CCyC se concretó pasado el tiempo mencionado, un año y medio después de la sanción del CCyC. La única alternativa era la protocolización

notarial del consentimiento informado. Vale decir entonces que la disposición del registro de las personas mencionada se extralimita de sus facultades al eliminar una exigencia que surge del Código Civil. Por ello consideramos que es inconstitucional.

### IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

#### a. Concepto

La gestación por sustitución, la gestación por otro, la maternidad subrogada, madre suplente, madre portadora y el alquiler de vientre, son formas distintas de denominar la práctica por la cual una mujer se compromete a gestar un niño y entregarlo a otra persona (comitente), aportando su material genético (óvulo) o bien gestando un embrión aportado por los comitentes o donado por terceros.

La doctrina nacional y extranjera, en general, contempla dos situaciones en las que la mujer aporta solamente su útero: para gestar un embarazo de un embrión ajeno o que también aporte su óvulo además de su útero.

CHIAPERO<sup>18</sup> entiende por “maternidad subrogada” a: “...el caso de la mujer que recibe el embrión ajeno y se compromete a desarrollarlo hasta su nacimiento, para -ocurrido éste- entregar el niño a sus comitentes...”.

Preferimos, para identificar esta TRHA, utilizar la expresión “gestación por sustitución” y reservar el término “maternidad” para la persona que tiene la voluntad procreacional y asume todas las responsabilidades que emanan de la filiación, aquella que ha deseado ese hijo y lo ha incluido en su proyecto de vida.

Cuando están dissociadas la gestante y la madre genética la aplicación de las TRHA es más resistida, con fundamentos éticos, filosóficos y jurídicos. La inmoralidad del contrato, por su objeto, que lesiona la dignidad del ser humano; el conflicto de intereses en juego entre ambas partes, la posible explotación de la mujer gestante; la violación del principio de la protección del interés superior del niño, las consecuencias que puede sufrir el niño en su desarrollo, por la dicotomía que plantea la ruptura del vínculo gestacional y el filial resultante son, entre otros, los argumentos expuestos por una parte de la doctrina nacional y comparada.

No obstante, como hemos señalado, las nuevas realidades sociales, la forma distinta de concebir la familia, las modificaciones introducidas en el de-

---

18 CHIAPERO, Silvana María. *Maternidad Subrogada*, Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 101.

recho de familia, y los avances científicos y tecnológicos sumados al derecho a gozar del beneficio de los mismos obligan a efectuar un replanteo del pensamiento tradicional y la necesidad de su regulación específica, poniendo los límites adecuados a su ejercicio.

Existen casos donde este procedimiento es la única alternativa viable para ejercer el derecho a tener un hijo propio y formar una familia, como por ejemplo: el caso de una pareja de dos hombres o el de las mujeres que no pueden llevar a cabo un embarazo por falta o por pérdida del útero. Ello implica una discriminación que significa que las personas con recursos económicos pueden recurrir a este avance científico en otro país que lo admite y no en el nuestro, que está en posibilidades técnicas de realizarlo.

El proyecto de CCyC originario regulaba, dentro de las TRHA, a la gestación por sustitución, la fertilización o procreación *post mortem*. Ambas fueron eliminadas en su paso por la legislatura.

## **b. Derecho a la identidad**

El derecho a la identidad, incorporado a nuestro sistema jurídico con especial énfasis a través de la reforma constitucional de 1994, se reconoce como un derecho humano personalísimo.

La identidad puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo la verdad biológica el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho<sup>19</sup>.

“La identidad personal es el derecho humano y personalísimo que tiene cada niño, cada persona, a ser lo que es y ejercer libremente la capacidad de autoconocimiento integral, incluyendo el acceso a la verdad sobre sus raíces y autodeterminación de su personalidad en todas sus facetas: social, cultural, intelectual, política, sexual, etc., siempre que sean axiológicamente válidas para el ordenamiento jurídico”<sup>20</sup>.

“Conocer nuestro pasado, construir nuestro presente y proyectar en sociedad nuestra personalidad. El reconocimiento de la identidad personal implica la posibilidad que tiene cada persona de demarcar su *yo, completo*, desde el derecho a conocer su origen, el derecho a la autodeterminación de su personalidad, su vida sexual, sus ideas políticas, su religión, sus ideales de vida, hasta la decisión de tener una muerte digna”<sup>21</sup>.

19 KRASNOW, Adriana N.; Pitasny, Tatiana. “La gestación por sustitución. II. El derecho a la identidad. III. A modo de cierre”, 3 de diciembre de 2015, MJ-DOC-7539-AR, MJJD7539.

20 JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. *Fecundación asistida e identidad personal*, Astrea, 2016, pág. 158.

21 *Ibidem*.

El derecho a la identidad del niño concebido mediante TRHA no puede soslayarse. El derecho de toda persona a ser ella misma, de distinguirse de los demás, constituye su verdad personal. Tradicionalmente se distingue la identidad biológica o estática, propia del derecho a conocer sus orígenes, como sucede en la adopción -arts. 595 y 596 CCyC- y el derecho a la información en las TRHA -arts. 562 y 564 CCyC-, de la identidad social o dinámica, que fundamenta las acciones de reclamación de filiación mediante las acciones previstas en los arts. 582 y sgts. CCyC.

Tratándose del niño nacido mediante TRHA heteróloga, no coinciden la identidad biológica y la filiatoria, quedando debilitado el factor biológico frente a la voluntad procreacional. La regla, como hemos señalado, es que el hijo nacido mediante estas TRHA es hijo de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado el consentimiento, quedando desplazado el tercero que ha aportado los gametos. Este desplazamiento en la determinación del vínculo jurídico es el que pone un severo límite a la posibilidad del hijo de ejercer su derecho a la identidad biológica, reconocida por los arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la introducción del presente, nos referimos al conflicto que puede plantearse cuando los derechos fundamentales, en un caso concreto, están en pugna unos con otros y el derecho debe poner límite a alguno de ellos sin menoscabar su valor y sin tener que jerarquizarlos para llegar a una solución. El principio de la proporcionalidad conduce a establecer los límites adecuados, ponderando la legitimidad del fin perseguido. Si evaluamos la virtualidad de mantener el anonimato del tercero que aportó los gametos y las consecuencias posibles a la vulneración del derecho a la identidad, es posible que la ecuación resulte proporcional.

No obstante, no nos parece que esta conclusión sea aplicable a todos los casos; siempre estará latente la vulneración de este derecho del niño nacido mediante estas TRHA que, como hemos expresado en otro momento, es el gran ausente en la toma de decisiones.

En pos de la coherencia, el sistema jurídico de nuestro país debe ponderar la prevención de daños al derecho a la identidad; lo hace en el caso lamentablemente histórico de hijos de desaparecidos y en el caso de filiación por adopción. Sería importante hacerlo, asimismo, ante la utilización de técnicas de TRHA, protegiendo los datos y la posibilidad de ejercicio del derecho a la identidad independientemente del vínculo de filiación. Fallos jurisprudenciales, algunos de los cuales citamos en este trabajo, han reafirmado la protección de este derecho, como así también han avalado la gestación por sustitución.

### c. Regulación en el proyecto de CCyC

Los autores del proyecto incluyeron la regulación estricta de la gestación por subrogación, pero -como antes mencionamos- no fue receptada por decisión legislativa. Los codificadores, frente a las distintas posturas asumidas en la legislación comparada, han expresado 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, y no una postura abstencionista o prohibitiva que no podría evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos.

El art. 562 prescribía que: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. *La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.* El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la *filiación por naturaleza*".

Del análisis de esta normativa surge claramente que el objetivo ha sido aceptar la fuerza de la realidad, ya que el derecho que va a la saga de las necesidades sociales debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales imponiendo los límites necesarios para proteger a todos los involucrados en este procedimiento: la gestante, comitente/s y niño por nacer.

Respecto de la gestante, se exige el cuidado de su persona -aspecto físico y psíquico- que no se haya sometido a un proceso de gestación más de dos veces para evitar su explotación; para los comitentes, se exige que estén imposibilitados de concebir o llevar adelante un embarazo, con lo cual el uso de estas técnicas no puede ser una opción, tiene que ser *la única alternativa* para tener un hijo propio.

En todos los casos, debe tenerse en mira el interés superior del niño por nacer. Las partes, gestante y comitente o comitentes, deben otorgar el con-

sentimiento previo, informado, libre y formal, que debe ser homologado judicialmente. El centro de salud no puede iniciar el tratamiento sin esa autorización judicial previa.

Cabe destacar la sanción que trae aparejado el incumplimiento de la homologación judicial previa: la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza, es decir, conforme quien dio a luz al niño.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, octubre de 2015, comisión 6, "Familia, Identidad y Filiación", sobre "Gestación por sustitución" se concluyó, *por unanimidad*, que: a) "Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida; y b) se debe regular la gestación por sustitución en una Ley Especial conforme el criterio del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación"<sup>22</sup>.

### d. Convenio previo

El nuevo CCyC reconoce expresamente los derechos personalísimos; no los define, pero establece una regla general de inviolabilidad de la persona humana y su dignidad. Incluye en la *integridad espiritual*, el derecho a la intimidad personal o familiar, el honor, imagen e identidad, entre otros, reconociendo el derecho a reclamar la prevención y la reparación de los daños sufridos cuando estos derechos hayan sido vulnerados. En la *integridad física* se incluyen los actos de disposición del propio cuerpo. Se prohíben las prácticas destinadas a producir una alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia y se establecen los límites a la disposición de los derechos personalísimos. Son derechos subjetivos cuyo fin es proteger la personalidad humana en sus distintos aspectos. Su tutela está indisolublemente unida al concepto de dignidad, un valor moral, que es fundamento básico de los derechos humanos.

El derecho a la procreación, a tener acceso a los adelantos científicos y tecnológicos, a someterse a las TRHA y a tomar decisiones alternativas, constituye un derecho personalísimo.

La suscripción del convenio previo que celebran las partes para regular sus derechos y obligaciones a efectos de someterse al tratamiento de TRHA es el ejercicio de un derecho personalísimo y debe incluir el consentimiento de la

---

22 La comisión fue integrada por: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UN de La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (Uces), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

futura gestante y comitente o comitentes, y la voluntad procreacional de éstos últimos, de la que resultará el emplazamiento filiatorio del hijo por nacer.

Parte de la doctrina argentina y comparada considera que estos convenios son ilegales, contrarios a la moral y a las buenas costumbres por estar involucrado el cuerpo humano, y que tienen un objeto prohibido: el hijo por nacer.

No coincidimos con esta posición doctrinaria. Consideramos que la gestante podría, en ejercicio de su libertad y autonomía, decidir válidamente colaborar con su función vital -que no implica una disminución permanente de su integridad física- con la procreación de un hijo ajeno; su motivación puede ser afectiva, humanitaria y social, es decir, para mejorar la salud psíquica de otra persona. El principio general que rige los derechos personalísimos -art. 55 CCyC- es que el consentimiento para su disposición es admitido "si no es contrario a la ley y a las buenas costumbres". Tratándose del propio cuerpo, están prohibidos los actos de disposición que impliquen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley y a las buenas costumbres, *excepto* que la disposición sobre el propio cuerpo sea para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona: "por razones afectivas, con fines humanitarios y sociales" (conf. art. 17 CCyC), *en pleno ejercicio de sus derechos personalísimos*<sup>23</sup>.

Con relación a la gratuidad u onerosidad del convenio, se han expresado distintas posiciones doctrinarias. Algunas de ellas se han inclinado ineludiblemente por los fines altruistas que deben inspirar la gestación por sustitución. Fue la elección de la regulación proyectada.

En la historia de nuestro país, la tradición que acompaña a la dación de sangre, de fluidos y de órganos ha sido y debe ser legalmente altruista, totalmente gratuita.

Otra posición doctrinaria entiende que este tipo de convenio debe tener la necesaria compensación por las molestias, el lucro cesante y los gastos médicos.

Quienes consideramos que debe tener un fin altruista tememos que si se permite una compensación importante, puede ocultar una retribución que implique una ganancia. Esto facilitaría la explotación de las mujeres sin recursos, sumado a ello la posible intermediación y la asociación ilícita para explotar esta forma como un negocio. Tal es el hecho que sucede en varios países, provocando lo que se conoce como turismo reproductivo.

---

23 Sobre la posibilidad de celebración de convenios de este tipo pueden consultarse los trabajos presentados en la 39 Jornada Notarial Bonaerense: TEITELBAUM, Horacio. "Gestación por sustitución. Abstención legal y ambigüedades constructivas"; y Spina, Marcela V. "Las técnicas de fertilización humana asistida como fuente de la filiación. Una nueva incumbencia notarial cercana a la bioética".

Las alternativas se dividen entre países que permiten solamente la variante altruista y los que permiten el acuerdo económico. Entre los primeros: Canadá y Brasil. Entre los restantes: algunos estados de Estados Unidos, Ucrania, Rusia, Grecia, India, Tailandia, Nepal y Camboya. Basta con utilizar un buscador de internet y colocar países que permiten alquiler de vientre para conocer alternativas, costos, legislación aplicable y servicios disponibles: [www.biotex.com.es](http://www.biotex.com.es), [www.bebesymas.com](http://www.bebesymas.com), [www.babygest.es](http://www.babygest.es), [www.genessics.com.es](http://www.genessics.com.es), [www.surrogacy.ru](http://www.surrogacy.ru), [www.reproduccionasistida.org](http://www.reproduccionasistida.org), entre otras.

Dice con acierto ELEONORA LAMM que, si se “presume” que estas situaciones encierran una vulneración de derechos, debe preverse y proyectar un formato legal que regule compensaciones -no retribuciones- que sean fijadas por la autoridad de aplicación con criterios uniformes que no importen un enriquecimiento de la persona gestante, evitando de esta manera que esta sea la motivación y reducir así la tan temida “explotación”<sup>24</sup>. Podría una persona con un vínculo afectivo con la mujer decidir realizar este acto de amor a favor de la persona que está sufriendo por la imposibilidad de poder gestar a su propio hijo. El fin altruista se hace evidente.

En la legislación comparada y a los efectos de limitar la realización de estas prácticas, se exige que la gestante sea familiar hasta el segundo grado del comitente. Esta limitación podría ser discriminatoria para quienes no cuenten con un familiar en tales condiciones.

En Argentina, con fecha 31 de agosto de 2016, se ha presentado un nuevo proyecto legislativo que trata exclusivamente sobre gestación por subrogación (5759-D-2016), en cuya elaboración intervinieron investigadores del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)<sup>25</sup>.

Entre los temas trascendentes, el proyecto establece que las partes deben previamente solicitar autorización judicial, regulando en forma estricta los requisitos que deben cumplir el comitente y la gestante, los que serán evaluados judicialmente; se crea un registro de las gestantes por subrogación para inscribir los casos autorizados y los no autorizados; se establecen los datos que deben formar el legajo base para la inscripción de nacimientos; se determina que el fin debe ser altruista en los términos del art. 17 CCyC. Es indispensable el consentimiento, informado y libre, mediando previo asesoramiento. Se incluye en el proyecto una compensación económica determinada por la autoridad de aplicación, a favor de la gestante, que debe retribuir los posibles gastos y que los procedimientos deben ser cubiertos por las obras sociales. Además

---

24 LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia”, publicado en: *La Ley* 21/12/2015, cita online: AR/DOC/4185/2015.

25 <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?id=190090>

se debe contratar un seguro a favor de la gestante por las eventualidades que pueden producirse durante la gestación. Se establecen sanciones para quien no cumpla el procedimiento de autorización previa, que fijará que la filiación se determinará por la naturaleza.

Se establecen tipos penales para quienes violen el pedido de autorización judicial o intermedien entre comitentes y gestantes para obtener un lucro.

#### **e. Jurisprudencia**

En un corto período de tiempo -entre 2012 y principios de 2017- se han conocido quince casos jurisprudenciales sobre “gestación por sustitución” realizados en nuestro país. Todos ellos con favorable acogida respecto de la filiación a favor de los comitentes, quienes eran los titulares de la voluntad procreacional. Parte de ellos se dieron en contextos familiares y otros con gestantes ajenas a la familia.

En algunos casos se plantearon con el hecho del nacimiento del hijo ya consumado, por lo que tuvo que recurrirse a distintos recursos procesales como: impugnación de la maternidad, solicitud de inscripción registral, medida autosatisfactiva o declaración de certeza. Otros se solicitaron como medida cautelar durante el embarazo y antes del nacimiento para conseguir un correcto emplazamiento filiatorio. También se plantearon como autorización judicial previa para la realización de la práctica e implantación del embrión. En algunos se decidió la inconstitucionalidad del art. 562 CCyC. Dos fueron solicitados por parejas conformadas por dos hombres.

Brevemente relataremos los hechos de los mismos: un matrimonio se presentó ante la justicia a fin de solicitar una autorización para inscribir el nacimiento de su hija, que fue concebida mediante fertilización *in vitro* con surogación uterina. Relataron que, luego de dos embarazos que no llegaron a término, la mujer debió someterse a la extirpación de su útero, motivo por el cual no les quedó otra opción que acudir a dicha técnica con la colaboración de una amiga que prestó su vientre para cumplir su objetivo de ser padres. El juez admitió lo solicitado y ordenó la inscripción de la menor que estaba pendiente y que había nacido con material genético de los solicitantes. Ello con fines altruistas, ya que la gestante tenía hijos propios. El fallo cumple con pautas del proyecto del CCyC del año 2012 (art. 562)<sup>26</sup>.

---

26 “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, 18/06/2013, La Ley, 01/07/2013, 2; La Ley 2013-D, 195-DFyP 2013 (octubre), 07/10/2013, 39; DFyP 2013 (noviembre), 87, con nota de Sabrina M. Berger, Andrés Gitter, La Ley 11/11/2013.4. Cita online: AR/JUR/23081/2013.

En otro caso, un matrimonio celebró un convenio con una persona de su conocimiento, quien en forma altruista accedió a ser madre subrogada. Nacida la criatura, se inscribió como hija de la gestante y reconocida por el padre. El material genético (óvulo y espermatozoide) pertenecían a los accionantes. Demostraron de esta forma el vínculo biológico a través de un estudio de ADN. La acción de impugnación de la maternidad fue ejercida por el padre y la mujer que ha tenido la voluntad procreacional, manifestando que quien es tenida por madre, no lo es (art. 261). La madre gestante se allana y por aplicación del principio del “interés superior del niño” son reconocidos como padres los que tuvieron el proyecto y han criado a la niña desde su nacimiento<sup>27</sup>.

En otro caso, los actores solicitaron la inscripción del nacimiento de una niña mediante la técnica procreacional de maternidad subrogada. El juez de primera instancia dispuso la inscripción del nacimiento y la retroactividad del ejercicio de la patria potestad al momento de la concepción<sup>28</sup>.

En este caso jurisprudencial ocurrido en la provincia de Mendoza, los padres comitentes -que aportaron el material genético- y la madre gestante se presentaron conjuntamente a solicitar una medida autosatisfactiva para poder inscribir a su hija de acuerdo a su realidad biológica, ya que ni el código de VÉLEZ ni el nuevo Código Civil y Comercial contemplan una solución para el caso de gestación por subrogación, resultando en consecuencia una técnica no prohibida. El juez hizo lugar a lo solicitado y expresó que teniendo en cuenta la voluntad de quienes aportaron el material genético de ser reconocidos como padres del niño, la correspondencia biológica del nacido (conforme surge del informe de ADN agregado en autos), y el principio de la realidad biológica, esta es la solución que más responde al interés superior del niño. Sin perjuicio de lo cual corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hijo su realidad gestacional<sup>29</sup>.

También en la provincia de Mendoza inscribieron como padre y madre de tres menores a quienes resultaron biológicamente emparentados, habiendo llevado adelante el embarazo la madre de la actora -abuela de los menores- con el material genético que aportaran los accionantes. Sintióndose y siendo los

---

27 “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°102, 18/05/2015, La Ley 25/06/2015, 5, La Ley 2015-C, 522, RCCyC 2015 (julio), 91-DFyP 2015 (noviembre) 208, con nota de Sabrina M. Berger, Jorge Nicolás Lafferrière y Ludmila Viar. Cita online: AR/JUR/12711/2015.

28 “N. N. O s/ inscripción de nacimiento”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, 25/06/2015, DFyP 2015 (octubre), 218, con nota de Aníbal Filippini, DFyP 2016-1, 04/02/2016, 223. Cita online: AR/JUR/24326/2015.

29 “O., A. V. s/ med. Autosatisfactiva”, Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 29/07/2015, El Derecho (21/10/2015, N° 13.837), 2015.

padres biológicos, solicitaron la inscripción en el registro civil y capacidad de las personas. El juez, ante el vacío legal, tomó un rol activo y decidió hacer lugar a la solicitud<sup>30</sup>. Asimismo, dictó una medida cautelar conexas para otorgarle los beneficios de una obra social de los pretendidos padres antes de la resolución del tema filiación, ya que los menores quedaban sin cobertura.

En otras dos oportunidades, en las ciudades de Bariloche y Rosario, los interesados optaron por solicitar la autorización judicial previa a la implantación del embrión con los requisitos que exigía el proyecto del Código Civil y Comercial, con acogida favorable.

En el hecho planteado ante los estrados judiciales en la ciudad de Bariloche, provincia de Río Negro, una pareja cuya mujer tiene una enfermedad que impide la gestación, tiene tres embriones congelados y solicitó autorización para la implantación de un embrión en el útero de su cuñada -esposa de su hermano-. La gestación es completamente altruista: la futura gestante y su esposo ya tienen tres hijos y todos están de acuerdo con este procedimiento para beneficiar a los futuros padres biológicos. La autorización fue otorgada. La sentencia autorizó el procedimiento y estableció las pautas para el consentimiento informado. Se indicó un tratamiento psicológico para la gestante y se ordenó transmitir al niño el origen de su nacimiento<sup>31</sup>.

En otro caso, un matrimonio, por derecho propio, solicitó autorización judicial para realizar transferencia de embriones a través de la gestación por otra mujer y, para el supuesto de que esta fuera exitosa, para que se inscriba en el registro de estado civil y capacidad de las personas al niño/niña -concebido de tal forma, a nombre de los peticionantes-. La solicitante había pasado infinidad de tratamientos y sufrimientos, dos embarazos logrados y frustrados, el último de los cuales había terminado con la extirpación del útero. Relatan que, esperando un milagro, concurrieron a la iglesia del padre Ignacio y en ese lugar conocieron un matrimonio a quienes les explicaron su situación. Las dos mujeres se hicieron amigas y esta señora se apiadó ante la historia vivida por la otra y le ofreció ser madre portadora. Avanzaron en ese proyecto con el asentimiento del esposo de la gestante, que tiene una hija de 4 años. Solicitaron la autorización judicial previa para proceder a la implantación en la futura gestante, que había tomado la decisión de ayudarlos, de dos de los seis embriones que poseen criopreservados los peticionantes. El Tribunal Colegiado de Familia de Rosario aceptó la petición<sup>32</sup>.

---

30 "C. M. E. y J. R. M. Inscripción de nacimiento", Juzgado de Primera Instancia de Familia de Mendoza, 15/12/2015, MJ-JU-M-96193-AR, MJJ96193, MDZ, MJ, SYD.

31 "Dato Reservado s/ Autorización", Juzgado de Familia N° 9 de Bariloche, 29/12/2015.

32 "XXX s/ maternidad por sustitución", Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 2/12/2014, DFyP 2015 (diciembre), 237, con nota de Andrés Gil Domínguez. Cita online: AR/JUR/90178/2014.

En un reciente y muy bien fundado fallo, se resolvió declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC para el caso concreto como medida autosatisfactiva, antes del nacimiento de una niña concebida por TRHA a través de gestación por sustitución. Se presentaron al Tribunal de Familia del departamento judicial de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, una mujer embarazada y su hermana. Expusieron que la señora embarazada estaba gestando un hijo que genéticamente es de su hermana y su pareja. Solicitaron que se ordenen medidas cautelares urgentes para que, producido el nacimiento, se inscriba a la niña por nacer a nombre de los comitentes -su hermana y su pareja-. La gestante tiene tres hijos. Los niños y ambas parejas fueron oídos todos en audiencia y manifestaron estar de acuerdo y aceptar el procedimiento. El fallo tiene en cuenta la diversidad funcional de la comitente (carece de útero por una enfermedad congénita denominada síndrome de Rokitansky) que implica una discapacidad para gestar, que sin duda le da el derecho de acceder a las TRHA, siendo la única alternativa para poder tener un hijo propio y evitar toda forma de discriminación para quienes no pueden acceder a la maternidad o paternidad en condiciones de igualdad con los demás. El fallo parte de un argumento indiscutible: la falta de regulación de esta técnica y que ello no implica que deba considerarse una práctica prohibida. El silencio de la ley debe resolverse por el principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Nacional: "Todo lo que no está prohibido, está permitido").

Ante la imposibilidad de M. R. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, la gestación por otra mujer -en este caso su hermana M. C. H.- se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5.1, CADH), a la libertad personal (art. 7.1, CADH), a la igualdad y no discriminación (art. 24 CADH).

Asimismo, el ejercicio del derecho a la *maternidad* y a conformar una familia (art. 17 de la CADH), estándares claramente establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica".

Negar el acceso a la gestación por subrogación afecta el principio de no discriminación, ya que las personas con recursos económicos suficientes pueden hacerlo fuera del territorio nacional, en países cuya legislación lo permite. Así lo demuestra la realidad actual.

El fallo declara la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC para este caso por imponer la inscripción del menor a nombre de la gestante, desoyendo la voluntad procreacional. Expresa que es obligación del poder judicial, en virtud de los derechos humanos involucrados, efectuar una interpretación armónica a favor del reconocimiento de esos derechos y decla-

rar para este caso de oficio la inconstitucionalidad y la anticonvencionalidad de la norma mencionada, teniendo en cuenta el interés superior del niño por nacer y el derecho a su correcto emplazamiento filial.

La decisión judicial mediante una medida preventiva, como es la acción declarativa, ordena la inscripción del menor a nombre de la comitente y le otorga a ésta licencia por maternidad.

Dispone además el seguimiento psicológico del grupo familiar y la necesidad de hacer saber al menor de edad el origen de su nacimiento<sup>33</sup>.

Recientemente se han conocido tres fallos más<sup>34</sup>. En el primero, dos hombres que se presentaron a la justicia acompañando un convenio de gestación por sustitución celebrado en escritura pública entre la pareja conviviente como comitente y la gestante por sustitución, quien manifiesta expresamente que desea someterse a este procedimiento con el fin altruista de ayudar a los comitentes para poder ser padres. El consentimiento informado previo y libre se otorgó anticipadamente ante el centro de salud y fue debidamente protocolizado. A través de la técnica utilizada nacieron mellizos y se solicitó en los estrados judiciales que sean inscriptos como hijos de los comitentes y no de la mujer que dio a luz. La sentencia analiza que, conforme a los avances sociales y los derechos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que forman el bloque de constitucionalidad, el derecho debe reconocer las distintas modalidades de familia y un estado democrático no puede dar prioridad a un tipo de familia sobre otras, sino aceptar y proteger a todas. Que a partir de la reforma del CCyC existe una nueva forma de filiación surgida por las TRHA que también debe ser protegida. La gestante ha expresado antes y durante el proceso judicial su voluntad de no mantener vínculo con los menores y de estar de acuerdo con que sean inscriptos a nombre de quienes tuvieron la "voluntad procreacional" de acuerdo a los arts. 560, 561 y 562. Luego del análisis de los hechos, se declaró la inconstitucionalidad para este caso concreto del art. 562 del Código Civil y Comercial, basado principalmente en el principio del "interés superior del niño" consagrado en la CDN y la ley N° 26.061 que debe primar para la resolución del caso. Expresa el fallo que la

---

33 Expediente N° LZ-62420-2015, "H. M. y Otro/a s/ medidas precautorias (Art. 232 del CPCC)", Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora (Buenos Aires), 30/12/2015 (sentencia firme).

34 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 4 de la Ciudad de Buenos Aires, 15/6/2016, inédito.

aplicación literal del art. 562 de inscribir a los menores como hijos de la mujer que dio a luz y que manifestó antes, durante y después del nacimiento que no tiene la intención de ser madre, sino de ayudar a los comitentes a conseguir una familia, no traería ningún beneficio a los menores. El interés superior del niño en este caso es emplazarlos en su verdadera familia, la de quienes han tenido la voluntad procreacional de querer y cuidar a esos hijos, y reconocer su verdadera identidad. No hay conflicto de intereses ya que la gestante y los comitentes están de acuerdo: el interés superior del niño conlleva a reconocer esta filiación. En síntesis, el fallo ordenó inscribir a los mellizos nacidos como hijos de la pareja de hombres. La gestante fue una mujer que ya tenía hijos y, como surgía del contrato y de las declaraciones en el expediente, fue madre por subrogación por motivos altruistas. Es interesante mencionar que el grupo familiar está integrado además por una hija nacida por gestación por subrogación en Estados Unidos y se solicita ser “adoptada por integración” por el otro integrante de la pareja que no resulta ser el padre biológico, reconociendo así una nueva modalidad de familia. La sentencia determina que debe protegerse el derecho a la identidad de los menores, que deben conocer las modalidades de su nacimiento<sup>35</sup>.

En septiembre de 2016 otro fallo de primera instancia de la justicia nacional impugnó la maternidad biológica y la consecuente inscripción en el registro de estado civil y capacidad de las personas, de un niño como hijo de la persona que dio a luz, teniendo en cuenta solamente ese dato biológico -y no la TRHA implementada para su nacimiento-, el convenio entre las partes, la realidad genética y la voluntad procreacional. Se resolvió, ante la *falta de conflicto entre las partes* y teniendo en cuenta el interés superior del niño, la situación de discapacidad de la madre (por no poseer útero por una enfermedad, síndrome de Rokitansky), la voluntad procreacional, el derecho a la identidad, hacer lugar a la impugnación e inscribir el niño a nombre de los comitentes. Asimismo, el juez ordenó comunicar al niño esta historia que le precede y ordenó al Ministerio de Salud conservar los antecedentes del caso para ponerlos a disposición del menor en su oportunidad<sup>36</sup>.

Finalmente, un fallo más reciente, dictado el 30 de noviembre de 2016 también de Lomas de Zamora, se ocupó del caso de una madre que decidió ser gestante por sustitución de su propio nieto. Su única hija, siendo muy joven, atravesó circunstancias que le impiden gestar un niño. Tuvo un embarazo con desprendimiento de placenta, fallecimiento fetal, extirpación absoluta del útero y una parte

---

35 Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30/06/2016, expediente N° 31689/2016, inédito.

36 70.522/2014, Miriam Cataldi, Juez Subrogante. Aún inédito.

importante de las trompas, conservando la producción de óvulos. Es decir, su hija tiene una incapacidad funcional para llevar adelante un embarazo, pero mantiene la aptitud de tener un hijo biológico propio de ella y de su esposo. Decidieron los comitentes realizar una práctica de TRHA mediante la implantación del embrión en el vientre de la madre de la comitente. El carácter altruista de este acto no plantea duda y tampoco la intención de la gestante de posibilitar a su hija poder tener un hijo. Solicitaron una medida preventiva para que el niño por nacer sea inscripto en el registro civil y capacidad de las personas como hijo de quienes tuvieron la voluntad procreacional, y no de la madre que lo daría a luz. El fallo decidió declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC para este caso y ordenar la inscripción del niño a nombre de los padres que expresaron su voluntad procreacional. Esta decisión analizó las normas del sistema legal vigente frente a la situación de discapacidad que tiene la comitente -que le impide la gestación de hijos- y concluyó que las normas del CCyC no garantizan el efectivo ejercicio de los derechos humanos a la procreación, a formar una familia, a favorecerse de los progresos científicos y a no ser discriminada<sup>37</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La regulación de la filiación que tiene origen en las TRHA en el nuevo CCyC ha sido insuficiente frente a las nuevas relaciones de familia. Los cambios producidos en la sociedad, en las relaciones humanas, en el concepto de familia; los avances tecnológicos y científicos; las pruebas genéticas que permiten determinar la filiación de la persona humana; sumados al necesario reconocimiento de los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la procreación, la decisión de tener o no tener hijos, el derecho al acceso a procedimientos médicos para ayudar o hacer posible el ejercicio de estos derechos, sin discriminación de ningún tipo; necesitan respuestas acordes de la legislación.

El Código Civil y Comercial vigente además omitió establecer expresamente los principios generales del "interés superior del niño y su derecho a la identidad", sin perjuicio de surgir implícitamente de la normativa general.

El uso de las TRHA, en especial las que se realizan con material genético heterólogo -donado por un tercero-, tiene implicancias bioéticas y jurídicas que

---

37 Expediente N° LZ-52635-2016 - "B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar", Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/11/2016 (sentencia firme) (fallo completo en [www.villaverde.com.ar](http://www.villaverde.com.ar)). Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8, 20/09/2016 - "B., B. M. y otro c/ G., I. A. s/ impugnación de filiación", El Derecho, (21/12/2016, N° 14.105) (2016).

afectan la sensibilidad humana en una sociedad cuya valoración ética y moral es básicamente cambiante.

Frente a la escasa regulación actual es necesaria la sanción de una ley especial, que aún no se ha concretado, que regule las TRHA en todas sus variantes cumpliendo con las previsiones establecidas en el CCyC.

Quedan algunos temas candentes que todavía no tienen regulación específica: los límites a la manipulación genética, la protección de los embriones crioconservados, la creación y regulación de los bancos de datos de los donantes, la fiscalización y registro de los centros de salud dedicados a las TRHA y la tan compleja gestación por sustitución, y la posibilidad o no de la gestación *post mortem*. En este marco, el derecho a la identidad de los niños nacidos por el uso de TRHA tiene especial relevancia.

La gestación por sustitución es una TRHA científicamente posible y probada que se realiza en Argentina. Es aceptada por la sociedad -da cuenta de ello la jurisprudencia relacionada en el presente comentario- y es la única alternativa posible para algunas personas para el ejercicio de su derecho humano a la procreación. Su inclusión en la regulación legal sin duda coadyuvaría a la concreción de estos objetivos y al ejercicio de derechos reconocidos por nuestra constitución y por las convenciones internacionales que Argentina ha ratificado.

El silencio de la ley es una opción riesgosa, ya que deja a todos los involucrados con la única alternativa de la vía judicial y con la inseguridad jurídica que puede significar la discrecionalidad de los jueces ante la ausencia de regulación. Por ello reiteramos que la gestación por sustitución debe ser regulada en la legislación de fondo, como ha sido previsto en el proyecto de CCyC.

En la situación actual, ante el silencio de la ley que no regula ni prohíbe la gestación por sustitución, entendemos que corresponde aplicar "el principio de legalidad" que establece que todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la Constitución Nacional).

El art. 562 CCyC determina que los hijos nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre. Esta norma constituye una barrera a la utilización de estas técnicas en los casos de gestación por sustitución, no reconociendo la maternidad de la mujer que expresó su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado. La única alternativa es la judicialización para obtener el emplazamiento filial del hijo nacido, acorde con la voluntad procreacional, y para desplazar las presunciones legales.

La protocolización ante escribano público de los consentimientos informados -art. 561- constituye la forma que otorga seguridad jurídica, garantiza fecha cierta, autenticidad, guarda, conservación y certeza.

El consentimiento informado debidamente protocolizado, en el caso de

utilización en las TRHA de material heterólogo, debe ser presentado ante el registro civil y capacidad de las personas por los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental, a efectos de integrar el legajo base para la inscripción del nacimiento.

El interés superior del niño es un principio fundamental que inspira el ordenamiento jurídico y es esencial cuando se trata de decidir sobre la filiación, el derecho a la inscripción inmediata de su nacimiento y su derecho a la identidad. Ha sido reconocido en la CDN y se presenta en su interpretación y aplicación como una regla compleja que la jurisprudencia ha aplicado no sólo en casos de conflicto de intereses con sus padres u otros miembros de su entorno afectivo o con el Estado, sino con frecuencia, cuando se ve menoscabado el ejercicio de sus derechos. El art. 3º de la ley N° 26.061 establece que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

El tema que nos ocupa está en pleno debate en los ámbitos judiciales, legislativos y doctrinarios. También fue tema de la 39 Jornada Notarial Bonaerense -noviembre de 2015- y la XXXII Jornada Notarial Argentina -agosto de 2016- y debe continuar siendo de interés y estudio por el notariado. El notario es un asesor privilegiado en derecho de familia y puede coadyuvar en la redacción imparcial (con el plus de fe pública y seguridad jurídica) en consentimientos informados y convenios relacionados a las TRHA.