

Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera de Abogacía

Reproducción Asistida

Gestación por Sustitución.

Implicancia en el ordenamiento jurídico Argentino.

Tutor: Dra. Barberis, Viviana

Alumno: Mota, María de los Ángeles

Correo Electrónico: mdelosangelesmota@hotmail.com

Teléfono Móvil: +54 9 341-2822408

Título al que aspira: Abogada

Año de presentación: Febrero 2024

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

Le dedico el resultado de este trabajo a todos los que de una u otra forma estuvieron a mi lado, apoyándome en este largo camino. Principalmente, a quienes me contuvieron en los momentos malos y en los menos malos. Gracias por enseñarme a afrontar las dificultades sin perder nunca la cabeza ni morir en el intento.

Me han enseñado a ser la persona que soy hoy, mis principios, mis valores, mi perseverancia y mi empeño. Todo esto con una enorme dosis de amor y sin pedir nada a cambio.

También quiero dedicarle este trabajo a quienes comparten mi vida, por la paciencia, por la comprensión, por el empeño, por la fuerza, que me ha permitido alcanzar el equilibrio que me permite dar todo mi potencial. Nunca dejaré de estar agradecida por esto.

También, quiero dedicarle este trabajo a mi hijo Santino. Su nacimiento, ya sea por casualidad o causalidad, ha coincidido con la finalización de este trabajo final. Sin duda él es lo mejor que me ha pasado, y ha llegado en el momento justo para darme el último empujón que me faltaba para terminar el proyecto.

Y mil gracias a mi tutora la Dra. Viviana Barberas, por su colaboración en este trabajo final.

1. RESUMEN.

La Reproducción humana asistida o Fecundación Asistida 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 del embrión, la gestación por subrogación señalar qué condiciones jurídicas requiere para tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica. Constatamos mediante un abordaje cualitativo de alcance explicativo que la carencia de un marco regulatorio de ambos temas repercute en nuestro ordenamiento jurídico en el derecho a la intimidad y libertad de los padres subrogados, persona gestante y niño/niña nacida/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, nuestro trabajo final aporta al campo del Derecho Familia 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, el embrión la persona gestante y los niños nacidos mediante gestación por subrogación. -

2. MARCO TEÓRICO

En el presente trabajo nos planteamos como tema la reproducción Humana Asistida o fecundación asistida, con énfasis en la subrogación de vientre y en el embrión ya que es uno de los avances científicos más trascendentales en los últimos años respecto de la reproducción humana. Todo lo que atañe a la Persona como sujeto de derecho y social es de vital importancia ante los avances científicos y tecnológicos se replantean las definiciones éticas, religiosas, políticas en relación con la identidad humana.

La exploración llevada a cabo se presenta en forma ordenada y específica de los conocimientos recogidos, la que atañe a la rama del Derecho Privado.

El desenlace de esta labor se basó en el análisis en la ley, jurisprudencia, legislación nacional y extranjera Francia , Grecia , Brasil y Ucrania, Corte Europea de Derechos Hu7manos, Corte Interamericana de Derechos Humano, recopilación a través de portales jurídicos libros específicos del tema, revistas, doctrina, proyecto de ley, documentos científicos , testimonios de personas gestantes y médicos, el análisis en estudio esboza los beneficios, las dificultades y laguna que emergen de la propia norma como así también excitaciones por parte de la sociedad ante el surgimiento de la ley 26.862, que Regula el ingreso al tratamiento de Fertilización Asistida , pero no así todas las consecuencias jurídicas que surgen de dicho tratamientos

En cuestión metodológica el trabajo constará de capítulos con sus respectivas conclusiones y conceptos fundamentales, cerrando el análisis del pretendido trabajo con una conclusión que encuadre observaciones, consideraciones, argumentaciones de los temas que nos ocupa.

Orden Público de Protección: Es aquel que tiene al sujeto protegido, en este particular ante en vínculo contractual de subrogación de vientre, contrato conservación de embriones, donación, uso y desecho de estos

TRHA: Técnica de Reproducción Humana Asistida.

Rafes: Registro Federal de Establecimiento de Salud, Es el órgano rector de control e Inscripción de los bancos donadores de gametos.

Gametos: Célula reproductora masculina o femenina de un ser vivo.

FIV: Fecundación de Alta Complejidad Invito

ICSI: Inyección introito plasmática de espermatozoides con ovocitos propios.

ICSI: Con ovocitos donados.

Blastocitos: Fase del desarrollo del embrión de los mamíferos, equivalente a la blástula, que constituye una estructura celular compleja derivada de la mórula; está formada por una masa celular interna de la que se origina el embrión y de una capa periférica de células que formará la placenta.

EOC: Estimulación ovárica

TE: Transferencia de embriones

PMO: Programa médico obligatorio

3. INTRODUCCIÓN

El desarrollo científico y medico cada más se insertado en la intervención en los procesos fundamentales de la vida y de la muerte ha creado serios problemas éticos y de difícil resolución como es las Técnicas de Reproducción Humana Asistida , la habilidad para separar la actividad sexual de la reproductiva , ha llevado al desarrollo de prácticas como la Fertilización in vitro, el congelamiento de embriones y la maternidad subrogada o sustituida, que abren posibilidades a michas personas que no pueden engendra de manera natural.

Los nuevos descubrimientos en la genética humana , así plantean y generan un entorno en el que, la inquietud científica por una lado, el derecho , la dignidad de los individuaos y de la sociedad en la que estos se integran, pueden suscitar incertidumbres con alcances distintos , pueden ser beneficios pero también peligroso y serio , derivados de aplicaciones perjudiciales para la dignidad del hombre y para el progreso del valor de la humanidad y al terminar masificados , debe conocer cuáles son sus derechos , para poder defenderlos.

La realización de esta investigación con incidencia directa en el embrión humano, y la subrogación de vientre, realidades con las que hasta hace poco no se contaba, tiene amplias repercusiones legales.

El desarrollo de la Medicina plantea a la ciencia un enorme desafío: asegurar el derecho igualitario a todos los seres humanos.

4. HIPÓTESIS:

La vida del ser humano comienza desde el momento mismo de la fecundación, aun cuando hablamos de embriones que no han sido implantados; por consiguiente, estamos hablando de seres dotados de vida humana, que tiene derecho subjetivo y que por el afán de aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida se ha desvirtuado su importancia en violación de los derechos del niño, de la vida y de la dignidad.

Y en cuanto a la Gestación por Subrogación constatar la carencia de un marco regulatorio que repercute en el ordenamiento jurídico argentino, en el derecho a la intimidad y libertad de los padres subrogados, persona gestante y de niño o niña nacido 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, ya que en la actualidad no hay alcance para saber ¿Qué pasa con la interrupción del embarazo de la persona gestante? ¿O que dicha interrupción sea a pedido de los comitentes? ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas ante la negativa de persona gestante de entregar al bebe a los comitentes? ¿Qué pasa con ese bebe si los comitentes después de nacido no quieren recibirlo? ¿Cómo se proceden antes cláusulas abusivas en el contrato de Gestación?

CAPÍTULO 1

SUMARIO: 1. Introducción 2. Técnicas de Reproducción Asistidas. 3. Incidencia de la Religión en la TRHA. 4. El Derecho Positivo LEY 26862. 5. Los Problemas Post-Ley.

1. INTRODUCCIÓN:

A la luz del nuevo Código Civil y Comercial es la relativa al derecho filial, que determina, ni más ni menos, quién o quiénes son, jurídicamente hablando, los progenitores de determinado/a niño o niña. Espectro que, como es sabido, se ha ampliado, tras la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CC y C, recepta un sistema filial tripartito (art. 558). Recepción que requirió de años de evolución socio-jurídica en el Derecho argentino. Recuérdese que originalmente el Código Civil de Vélez Sarsfield nació con un único sistema de determinación filial, el aplicado para la filiación biológica o por naturaleza, y que es recién en el año 1948 que Argentina incorpora un segundo tipo filial, el adoptivo, tras la sanción de la ley 13.252. En este contexto o línea histórica, en los Fundamentos del entonces Anteproyecto, antecedente directo del CC y C, se afirmaba: "De conformidad con el desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, el título sobre la filiación recepta la determinación de la filiación cuando ésta se debe o es consecuencia de ella, asumiéndose que de conformidad con las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación. En este sentido, la reforma recepta que el derecho filial se encuentra integrado por tres modos o formas de alcanzar la filiación: a) por naturaleza; b) por técnicas de reproducción humana asistida, y c) por adopción". De esta manera, el CC y C incorpora a nuestro ordenamiento jurídico nacional una tercera causa fuente filial producto del uso de las técnicas de reproducción humana asistida - autónoma e independiente de las reglas de la filiación biológica y adoptiva-, en donde la voluntad procreaciones, exteriorizada en el consentimiento previo, informado y libre, es el factor determinante de los vínculos filiales. El artículo 562 del CC y C define qué se entiende por voluntad procreaciones, reafirmando que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y también de quien prestó su consentimiento previo, informado y

libre, siempre que éste se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos. Ahora bien, no es propósito de este trabajo realizar una descripción exhaustiva de la normativa vigente en materia de TRHA en la Argentina, ni sopesar los pros y los contras desarrollados en doctrina sobre la regulación de esta tercera causa fuente filial que incorpora el legislador en el CC y C: la voluntad procreaciones. Por el contrario, el objetivo inmediato de estas líneas es continuar coadyuvando a cuestionar y repensar los porqués del "afuera de la ley" en este campo particular del Derecho de Familia -la filiación- tomando como pivote el desarrollo de una nueva modalidad de configuración familiar:

2. TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Se prefiere la utilización del término «infertilidad» para aludir a la imposibilidad de lograr un embarazo (infertilidad primaria) o de llevar a término un embarazo porque este se interrumpe debido a abortos espontáneos (infertilidad secundaria), por sobre el empleo de vocablos como «esterilidad», que parecerían indicar que la patología es inmodificable.

Con respecto a las diversas técnicas reproductivas, muchos han sido los términos que se han utilizado a lo largo del tiempo para aludir a estas prácticas. A los fines de esta elaboración, refiero a «técnicas de reproducción asistida» (TRA), abarcando a todos aquellos procedimientos que sustituyen o contribuyen a la producción de uno o más de los pasos naturales del proceso de reproducción. No entraremos -por el momento- en el análisis de las especificidades que presenta cada una de las técnicas que englobamos dentro del concepto.

Queda claro, entonces, que se alude aquí a aquellos mecanismos que requieren necesariamente de la intervención de terceras personas para la consecución de la finalidad consistente el lograr un embarazo. Estos terceros serán -en principio- médico y otros profesionales del arte de curar, que, en mayor o menor medida, intervendrán para alcanzar aquel objetivo, sustituyendo o incentivando los procesos naturales. Es por ello por lo que se habla de desnaturalización o medicalización del proceso pro creacional. -

3. INCIDENCIA EN LA RELIGIÓN TRHA

Las religiones. Los acérrimos opositores a la utilización de las técnicas de reproducción asistida han sido desde un comienzo representantes de las diversas religiones. -

Otros argumentos en contra: **lo antinatural, el feminismo y más...**

Un último argumento entre los muchos que se postulan como fundamento al rechazo de las técnicas es el que asegura que, ante la imposibilidad de procrear a través de métodos naturales, se abre como camino ideal la posibilidad de la adopción. Nadie puede razonablemente cuestionar desde la moral esta posición, que implica brindarle un hogar a un niño que ya ha nacido, y que en tal carácter merece la especial protección de las leyes y del Estado. Sin embargo, sabemos que no resulta tan sencillo acceder a esta posibilidad, por las dilaciones y requisitos que se exigen desde lo estatal a los adoptantes (motivos relacionados con la capacidad económica o de condición social, e inclusive con la moral «no convencional» de los pretensos adoptantes pueden muchas veces determinar su rechazo); por los años que lleva el trámite necesario para obtener la adopción definitiva, e inclusive desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, porque puede no ser esta la opción más deseada por todos aquellos que quieren ser padres, y no vemos cómo puede considerarse moralmente reprochable que quieran ser - o intentar ser- padres biológicos.

4. EL DERECHO POSITIVO EN LA ARGENTINA: LA LEY 26.862

La ley consagra el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida como un derecho de todos los ciudadanos.

– Art. 1: «Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida».

Art. 2: «Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica

para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones». Aquí la ley establece el alcance de la cobertura obligatoria que aparece como bastante «inclusivo».

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

5. LOS PROBLEMAS POS LEY

Si bien -como ya se señaló- la sanción de la ley vino a resolver uno de los problemas principales de la comunidad a través de la obligatoriedad de su cobertura por parte de los agentes del seguro de salud, queda claro al analizar la normativa que son numerosos todavía los desafíos que se plantean en torno al tema, como así también que lamentablemente la ley vigente desperdició la oportunidad de expedirse sobre una serie de cuestiones dilemáticas desde el punto de vista bioético que no fueron consideradas.

Esta suerte de regulación incompleta pone a los médicos en la incómoda posición de verse obligados a autolimitarse en cuanto a la utilización de las diversas técnicas, lo que cada uno llevará a cabo según su propio y leal saber y entender.

La inexistencia de una regla externa al propio profesional que determine cuál debe ser el alcance de estas técnicas, hace pesar sobre ellas una suerte de oscurantismo que torna todavía más difícil la comprensión y análisis por parte del conglomerado social y genera razonables resquemores.

La propia comunidad médica se encuentra carente de criterios al respecto, como no sean los que proporciona la propia «lex artes», cuya interpretación varía muchas veces de uno a otro profesional.

Los desafíos en este sentido son múltiples. Piénsese por ejemplo en la cantidad de cuestiones que se resuelven pura y exclusivamente sobre la base de la práctica de hecho de los profesionales. Por ejemplo: ¿cuántas son las intervenciones que razonablemente

se harán sobre una misma paciente? ¿En qué momento deja de tener sentido que la mujer continúe poniendo (y exponiendo) su cuerpo a estas terapias? ¿Es correcto realizar los tratamientos a mujeres solas (sin pareja estable) o a mujeres que ya han atravesado la menopausia? ¿Cuántos embriones habrán de implantarse cada vez? y ¿Cuántos de ellos será razonable crio preservar para posibles futuras transferencias? Estos y otros interrogantes con aristas médicas y éticas se plantean a los profesionales que se encuentran huérfanos de soluciones legales debiendo recurrir solo a las reglas de la buena práctica y a sus propias convicciones morales. Un problema adicional que agrava este cuadro de situación tiene que ver con el hecho de que, a partir de la sanción del texto legislativo, proliferó la aparición de instituciones noveles que se dedican a la fertilidad, y que muchas veces incurren en errores de «principiantes» propiciados entre otras cosas por la falta de regulación y fiscalización.

CAPÍTULO 2

LOS EMBRIONES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 2. TEORÍAS SOBRE LA CONCEPCIÓN. 3. DONACIÓN DE GAMETOS. 4. ACTUALIDAD JURÍDICA. 5. JURISDICCIÓN. 6. ART 19 DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ALCANCE. 7. ART 1 Y 2 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Entre los problemas que merecen más profundo análisis por ser uno de los que ha dado lugar a más arduo debate no solo en la comunidad científica, sino también en la sociedad toda, es el de la manipulación de embriones que muchas de estas técnicas implican.

El principal punto para dilucidar tiene que ver con determinar cuál es el estatus moral y jurídico del embrión. ¿Cuál es en definitiva la protección jurídica que merece un embrión? ¿Se trata ya de una persona humana plena a la que puedan atribuirse derechos o puede ser considerado como una persona potencial, como un conjunto de células que no alcanza los estándares mínimos para merecer la integral protección de la persona humana? ¿Tiene indefectible derecho a la vida? ¿O puede ser descartado?

La utilización del término «embrión» ha sido muy discutida en los ámbitos científicos, sin haberse alcanzado aún una unificación terminológica. Los términos usados -con las sutiles diferencias que cada uno implica- son varios. Se habla de «ovocitos» para referirse a los óvulos en los que ha ingresado el núcleo de un espermatozoide, pero no se ha producido todavía la singamia o unión de los gametos, y de «óvulos fecundados» para aludir a aquellos óvulos en los que dicha singamia sí ha tenido lugar.

Parece importante aquí recurrir a algunos datos que nos brinda la embriología médica, que nos enseña lo siguiente: Las células reproductoras se encuentran en las trompas de Falopio. Allí se produce la fusión mononuclear y la multiplicación celular. Luego el óvulo

fecundado comienza su tránsito hacia el endometrio, ubicado en las paredes del útero. Esa masa esponjosa y sanguinolenta es el lugar preparado para que el ovocito anide. Si eso no ocurre durante el período de fertilidad de la mujer, los preparativos de la matriz uterina habrán sido vanos, con lo que la muralla se desmoronará, dando inicio a un nuevo ciclo. El peregrinar del ovocito hacia su morada demora alrededor de siete días, pudiendo ocurrir que durante dicho tránsito el ovocito cambie de rumbo, por ejemplo, saliendo afuera de la cavidad uterina y dando origen a un embarazo ectópico que será necesario interrumpir, o que el cigoto se subdivida, anidando solo uno de los ovocitos. En este tránsito por el útero materno, alrededor del sexto día, aparece el blastocito, una suerte de compartimento diferenciado dentro del cual se habrán de separar un grupo de células que darán origen a la formación trilaminar constituida por el endodermo, mesodermo y ectodermo. Sobre este último, alrededor de la segunda semana aparece la placa o cresta neural, que puede definirse como incipiente principio del sistema nervioso. Recién con la aparición de dicha placa queda despejada la posibilidad de que el ovocito sea en realidad una mola. La experiencia médica demuestra que, en algunos casos, la cresta neural no aparece, con lo cual el óvulo aunque fecundado, no es más que un mero conglomerado celular, una junta amorfa de

células .Luego, de la interacción entre la notocorda y esa cresta neural es de donde se originará el tubo neural cuya función es fundamental, dado que en él se desarrollará el encéfalo y la médula espinal que se hallará completo y cerrado alrededor del día 27 posterior a la unión del óvulo con el espermatozoide. A partir de la cuarta semana, el embrión crecerá aceleradamente, vastas regiones cambiarán de ubicación, y aparecerán los esbozos de casi todos los órganos y funciones del cuerpo. Hasta aquí, lo que puede aportarnos la embriología.

Bastante más difícil se torna hacer encajar estas ideas propias de la ciencia médica y en particular de la embriología con las características que se reconocen como propias de la persona humana: pensemos por ejemplo en la indivisibilidad, característica reconocida como propia de la persona humana. Conociendo, como ya señalamos «supra», que puede ocurrir que el cigoto se subdivida y dé lugar a los conocidos como «gemelos idénticos», deberemos concluir en que, o bien las personas son divisibles, o bien no nos encontramos aún con una persona, opción por la que -en lo personal- nos parece razonable inclinarnos. Nos resulta razonable pensar que el momento en que se produce el cierre del tubo neural (que será luego la sede del encéfalo y sin el cual no existirán los huesos del cráneo ni la mayor parte del cerebro) debería considerarse el momento adecuado en que comienza la existencia de las personas. Ello porque si entendemos que el fin de la existencia de las personas ocurre cuando cesan totalmente las funciones encefálicas, sería razonable pensar que la existencia de la persona comienza, aun de manera incipiente, con el funcionamiento del encéfalo. Ello ocurre el día 24 posterior a la unión de óvulo y espermatozoide.

Estos datos médicos solo servirán como un aporte a la hora de posicionarnos en el punto a partir del cual reconoceremos el comienzo de la existencia de la persona humana, dando así nacimiento a su protección jurídica.

2. TEORÍA DE LA CONCEPCIÓN

Existen diversas teorías, que ubican ese comienzo en diversos momentos temporales:

– Teoría de la concepción «stricto sensu»: hace foco en la unión del óvulo y el espermatozoide que acaece en las trompas de Falopio. Es la teoría que adopta el magisterio de la Iglesia Católica.

– Teoría de la fecundación: hace pie en el fenómeno de la singamia (fusión de los núcleos de los gametos).

– Teoría de la anidación: sostiene que hasta tanto el óvulo fecundado no se «prende» a las paredes del útero, no comienza la existencia de la persona. Es la más ampliamente aceptada por la comunidad médica.

– Teoría neurológica: con diversas variantes ubica el comienzo de la existencia en la aparición de los rudimentos del sistema nervioso.

– Teoría del nacimiento: lisa y llanamente sostiene que la existencia de la persona comienza con el nacimiento con vida.

Como vemos, existe un amplio abanico de posibilidades a la hora de posicionarnos frente a este esencial cuestionamiento que se pregunta sobre el comienzo de la existencia humana. Resulta así esencial establecer el estatuto de los embriones, ya que de ello dependerá cuál es el destino posible. Es muy diferente la solución de considerarlos «sujetos» a considerarlos «bienes jurídicos protegidos», cuestión que más adelante analizaremos en detalle.

Esta discusión plantea dilemas éticos y científicos: desde la ciencia, la posición más comúnmente sostenida es la que asegura que el 80% de los embriones que se forman no llegan a desarrollarse porque son portadores de anomalías cromosómicas incompatibles con la vida. Solo el 30% de las gestaciones llegan a término. El 70% se interrumpe antes o durante la fase de la implantación. Y esto sucede tanto naturalmente como artificialmente con estas tecnologías. Esta gran cantidad de óvulos fecundados se pierden, y en la mayoría de las ocasiones la mujer no se da cuenta. Por lo tanto, se explica, no debe sobrevalorarse al embrión, preembrión u óvulo fecundado, sino a aquel que logró implantarse y tiene posibilidades reales de desarrollo. La fertilidad humana es altamente ineficaz. Así, se argumentará, el embrión aislado no tiene capacidad de evolución propia ni la potencialidad que se esgrime para justificar su identificación con la persona humana.

Desde el punto de vista ético, tampoco existe acuerdo en cuanto al estatus del embrión. Las posiciones que consideran al embrión una persona, en general, están ligadas al punto de vista de la moral católica que apoya los principios de su dogma en elaboraciones teóricas. Desde esta óptica, se sostiene que, en el momento de la concepción, dos seres humanos transmiten un código genético humano a otro ser y, por ende, a partir del momento de la concepción, se considera al cigoto como un ser humano individual con derecho a la vida.

Como contrapuesta a esta postura está la de los que consideran que tanto el embrión como el feto carecen de estatus moral precisamente porque no poseen las características necesarias que definen a una persona. No se cuestiona la humanidad biológica del feto, sino que se rechaza la identificación de lo biológico con lo moral. Se plantea una distinta consideración entre lo que puede ser definido como vida humana y persona. Solo las personas son miembros de la comunidad moral y poseen derechos que pueden ser violados por las acciones de otros. El razonamiento y la autoconciencia son atributos de la persona que no están presentes en el embrión.

Entre las dos posturas radicalmente opuestas que hemos mencionado, existen muchas otras que sitúan en diversos puntos del camino (que va desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento del niño) la adquisición del estatus moral de persona humana. Algunos aluden a una cuestión cronológica, considerando que se adquiere luego del primer trimestre de embarazo, en tanto otros la relacionan con un proceso gradual de adquisición de sensibilidad que sería determinable mediante el estudio del sistema nervioso central del feto.

3. LA DONACIÓN DE GAMETOS

El principal problema a este respecto tiene que ver con la persona del donante. Si bien se mantiene en reserva su identidad, sus antecedentes hereditarios y médicos son estudiados en profundidad e incluso se atiende a su aspecto físico y a su coeficiente intelectual. En algunos países, el futuro receptor evalúa esta información que le es ofrecida por los establecimientos, y sobre la base de ella, selecciona el donante. Esto no ocurre en nuestro país, donde la selección compete al médico tratante, que utiliza el

donante que considera más acorde a los rasgos fenotípicos de cada pareja. Es causa de debate el hecho de que, a través de este mecanismo, podrían eventualmente implementarse usos de las técnicas con fines moralmente cuestionables, que no se relacionan con la solución del problema de la infertilidad, sino con la selección del bebé perfecto eligiendo por ejemplo color de cabello o coeficiente intelectual.

Otro problema reside en determinar si la identidad del donante debe ser revelada a las parejas inseminadas y qué información se debe dar, en un futuro, al niño o niña. Es decir: ¿Se debe mantener el secreto en las técnicas que implican material genético heterólogo (semen, óvulos o embriones donados), o se debe brindar esta información a la pareja y eventualmente al niño?

4. ACTUALIDAD JURÍDICA DE LA CUESTIÓN

Previo a entrar en el análisis estrictamente jurídico de la cuestión, no podemos menos que poner en tela de juicio en primer lugar, el empleo de la expresión **«embrión»,** en relación con las técnicas de reproducción asistida. Entendemos que la palabra «embrión» no es técnicamente correcta desde el punto de vista médico, ya que el producto de la aplicación de los procedimientos de reproducción asistida se trata propiamente de «ovocitos» (el óvulo fecundado por el espermatozoide). Existe ya fecundación, pero no hay todavía embarazo, el cual solo se producirá en el caso de que el ovocito -implantado que fuera en el seno materno- lograra adherirse y anidar en las membranas que lo recubren, comenzando a recibir nutrición a través del torrente sanguíneo de la madre. Y creemos que la cuestión es relevante no solo porque resultará determinante -como luego veremos al analizar los términos del Código Civil y Comercial a la hora de determinar el comienzo de la existencia de la persona humana, sino además porque nos encontramos en una sociedad donde la palabra «embrión» detenta una valoración social intrínseca muchas veces más importante que la de la propia mujer parturienta.

Adelantamos asimismo nuestro criterio en el sentido de que la única forma en que puede coherentemente admitirse la utilización de TRA es considerando que los embriones congelados «no son sujetos de derecho». Caso contrario, estos tienen un estatus

equivalente a un niño y resulta un imposible jurídico o bien lisa y llanamente, ilegal, pactar su descarte, crio preservación o bien su entrega a otra pareja por la decisión y con la mediación de una clínica de fertilidad. Sobre la base de este criterio, deberían ser rechazadas todas las acciones judiciales en las que se persigue la cobertura de tratamientos de fecundación asistida de alta complejidad ante la negativa por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga obligadas por la Ley 26.862, la cual - por su parte- si atendemos a este criterio, no debería haber sido sancionada.

Si entendemos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, un ovocito pronúcleo (embrión extracorpóreo) es sujeto de derecho, y no solo un bien jurídico protegido, resulta absolutamente incongruente que garanticemos a través de una ley especial el acceso de la población a las TRA, ya que estas implican necesariamente el eventual descarte o donación de embriones.

No pocas veces, la adopción de esta postura extrema en cuanto al comienzo de la persona humana centrándola en el momento de la concepción entendida como fecundación (es decir, unión de óvulo y espermatozoide) ha dado lugar a sinsentidos en el ámbito jurisprudencial. Bástenos mencionar como ejemplo el fallo judicial que ordenó la realización de un «censo de ovocitos, designándoles un tutor especial»; o el caso en que se hizo lugar al pedido de la actora que solicitó una medida cautelar, llamada «de protección de persona» en representación de cinco «embriones congelados, en su carácter de "madre" de los mismos, autorizándola a implantárselos, aún en contra de la expresa voluntad de su ex cónyuge en sentido contrario», e inclusive el conocido caso «Portal de Belén» que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que derivó en la prohibición de la pastilla Imediat de anticoncepción de emergencia, también conocida como «pastilla del día después» por considerarla abortiva. O el más reciente caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se rechazó la obligatoriedad de cobertura del diagnóstico genético preimplantacional a cargo de la obra social demandada. Si bien la Corte Suprema de la Nación evitó analizar los fundamentos de la Corte Suprema de Mendoza para rechazar el diagnóstico genético preimplantacional, circunscribiendo el análisis a la obligatoriedad de cobertura de dicho estudio por parte de la obra social demandada, lo cierto es que la confirmación de aquel precedente por nuestro más alto tribunal parece orientarse en el mismo camino.

En todos estos precedentes, se configuran a nuestro criterio flagrantes violaciones a derechos fundamentales de las personas y de las familias en el acceso a la conformación familiar; incluidos los derechos reproductivos -el derecho a intentar procrear-, el derecho a beneficiarse de los avances científicos y a no ser discriminado en su acceso, el derecho a tener hijos sanos e inclusive el derecho a no ser víctima de un daño injusto si este pudiera ser evitado mediante medidas razonables, recientemente consagrado por el Código Civil y Comercial. Entendemos que adoptar una posición tan extrema solo conduce a sostener argumentos de perfil fundamentalista en relación con la protección (absoluta) del embrión no implantado y en cuanto a la debida ponderación y balance de diferentes derechos en juego.

5. JURISPRUDENCIA

CSJN («Portal de Belén» y «L. E. H. c/ OSCEP s/ Recurso Extraordinario»)

Es de interés repasar brevemente los argumentos oportunamente sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los caratulados «Portal de Belén», y también en la sentencia de dicho tribunal confirmatoria de la dictada por la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza en los autos «L., E. H. y OT. En J. 221.605/50.235 L., E. H. c/ O.S.E.P. p/ acción de amparo s/ QUEJA», como asimismo lo sostenido por la propia Corte al fallar el caso «F. A.L.» , («Por otra parte, el artículo 20 de la Ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 10 de la Convención "debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción", no constituye una reserva que, en los términos del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación la aplicación del artículo 21 de la ley. **Parece anclar el criterio de nuestro más alto Tribunal en una protección absoluta del embrión no implantado que colisiona con el derecho a la salud reproductiva, y los convierten en precedentes cuando menos cuestionables a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

De los antecedentes parlamentarios de la ley en cuestión surge que los legisladores expresamente consideraron dicho glosario y entendieron que las técnicas allí previstas están incluidas en la protección integral consagrada en los arts.1 y 8 de la Ley 26.862 (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 11, 8.a sesión ordinaria, 27 de junio de 2012). La miembro informante del dictamen de la mayoría mencionó que el DGP es definido por la Organización Mundial de la Salud como una técnica de reproducción asistida y sostuvo lo siguiente: «Todas estas técnicas definidas en el glosario que provee la Organización Mundial de la Salud están incorporadas dentro de lo que nosotros planteamos en el art. 8, cuando decimos que se dará cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje diagnóstico y de procedimientos que la Organización Mundial de la Salud define como "reproducción médicamente asistida"» .

En palabras de la Procuradora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, «el espíritu de la Ley 26.682 es respetar y proteger los derechos constitucionales a la salud sexual y reproductiva, a la vida familiar y a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Para más, cabe destacar que el método ICSI se encuentra expresamente mencionado en el artículo 8 de la ley vigente, lo cual puede implicar la preparación de embriones que eventualmente no serán implantados. No se vislumbra entonces cuál sería el fundamento para otorgar un trato diferente al DGP. En cuanto se trata de una técnica que permitirá alcanzar un nivel de certeza acerca de la viabilidad de los embriones seleccionados, incrementando las probabilidades de lograr un embarazo y resguardando el derecho a la salud física y psíquica de la madre. Por lo demás, aquellos embriones que no sean implantados podrán crio conservarse de acuerdo con lo establecido por la normativa vigente (art. 8, Ley 26.682; art.2, Decreto reglamentario 956/13)» (19).

Nótese que el dictamen de la Procuradora pone de manifiesto la misma contradicción que venimos señalando, en tanto la adopción de una tesis tan restrictiva debería implicar el rechazo de cualquier acción encaminada a obtener la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad e incluso la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 26.682. Ello en virtud de que todas las TRA implican la posibilidad del eventual descarte de embriones. La única diferencia estriba en todo caso, en el hecho de que en tanto en el tratamiento de reproducción sin diagnóstico genético preimplantacional esa selección es azarosa, en el caso de que hubiera diagnóstico

genético preimplantacional, la selección se hará prefiriendo la implantación de aquellos embriones que podrán generar un feto viable y sano, crio preservando los no implantados.

6. ALCANCE ART 19 DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Como es sabido, la redacción original del Código Civil y Comercial se refería a «la concepción en el seno materno» como comienzo de existencia de la persona humana, y aclaraba que, en el caso de TRHA, «la existencia comienza con la implantación del embrión en la mujer».

Sin embargo, esta redacción inicial fue modificada y se quitó la referencia al seno materno y a que la existencia comienza con la implantación del embrión en la mujer, lo que parecería indicar que nuestro ordenamiento recoge el criterio de que el sitio en donde se produzca la concepción (corpórea o extracorpórea) es irrelevante.

Lamentamos que estas modificaciones de última hora hayan afectado la técnica legislativa del Código. Creemos que el art. 19 del CCyCom no puede interpretarse sin tener en cuenta, por ejemplo, los arts. 20, 560 y ss. del CCyCom, como asimismo las normas contenidas en el Título Preliminar, en particular, los arts.1 y 2 , ya que la interpretación propuesta implicaría la tácita derogación de los mencionados o, cuando menos, una incongruencia absoluta del cuerpo legal. Veamos: Si interpretamos la norma contenida en el art. 19 del CCyCom en el sentido de que la vida comienza con la concepción (equiparando este término «concepción» al de «fecundación») estaremos contrariando los más elementales principios contenidos no solo en la Constitución Nacional, sino -como se ha visto- en los tratados de derechos humanos y el propio Código Civil y Comercial, que expresamente establece que estos constituyen fuentes ineludibles a la hora de resolver.

En efecto, esta norma señala que el comienzo de la existencia de la persona humana acontece desde la concepción. Pero no aclara qué se entiende por concepción cuando se trata de personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida

Entendemos que una adecuada y armónica interpretación deberá hacerse según la línea legislativa que adopta el Código Civil y Comercial y atendiendo a otras legislaciones, como la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y a lo decidido por la Corte IDH, cuya jurisprudencia -como ya vimos- es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional.

Por otra parte, la disposición transitoria segunda del Código Civil Comercial establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado. Por lo tanto, la naturaleza, límites y grado de protección que se le otorga al embrión no implantado o «in vitro» serán materia de una normativa especial, no siendo objeto de regulación de la legislación civil.

La quita de la consideración de que la concepción acontece en el «seno materno» no obedece a nuestro juicio a que se pretenda retornar a la idea de concepción (que ella entiende como fecundación) **como punto de partida del comienzo de la existencia, sino que más bien responde a la coherencia que el Código Civil y Comercial mantiene con la Ley 26.743 de Identidad de Género**. La referida coherencia radica en que, en el derecho argentino, no es necesario someterse a operación quirúrgica alguna para proceder a la modificación del género: una persona que ha nacido mujer puede cambiar su identidad al género masculino y quedar embarazada; en tal caso no sería jurídicamente seno «materno», porque este niño nacería de un padre que es la identidad
«auto percibida» de quien da a luz, siendo este el elemento central en respeto por el derecho a la identidad. Esta es la misma razón por la cual en el Título V del Libro Segundo, referido a la filiación, se alude en varios articulados a la persona que da a luz y no a la noción de «madre» o de «mujer». De este modo, se alcanza una regulación coherente y sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional, en el que prima el principio de igualdad y no discriminación, como el reconocimiento y protección del derecho a la identidad en sus diferentes vertientes.

Creemos además que, a la hora de entender la concepción en el caso de las técnicas de reproducción asistida, que es una cuestión a la que no refiere de modo expreso el CCYC, debe tenerse en consideración la jurisprudencia internacional (con el fallo
«Artavia Murillo») y también de modo esencial con la integración de otras normas del propio CCYC, como el art. 20, que establece lo siguiente: «Duración del embarazo.

Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de 300 (trescientos) días y el mínimo de 180 (ciento ochenta), excluyendo el día del nacimiento».

Como se puede advertir, en el tema referido al comienzo de la existencia de la persona humana, la interacción entre concepción y embarazo es de suma importancia en el Código Civil y Comercial, por su refuerzo de la trascendencia de la concepción como sinónimo de anidación. Sucede que sin concepción-anidación, nunca podría existir embarazo. En otras palabras, tratándose de técnicas de reproducción humana asistida, si el embrión no es implantado en la persona, jamás se podrá anidar (concepción) y, por lo tanto, no habría posibilidad de embarazo alguno. Solo transfiriéndose el embrión en la persona, se puede relacionar la noción de concepción con la de embarazo, tal como lo hace el articulado en análisis.

Asimismo, los artículos que regulan lo referido a técnicas de reproducción asistida y la Ley 26.862 no deberían existir en nuestro ordenamiento jurídico, de admitirse esta postura, ya que, si los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico indicaran que la concepción equivale a fecundación, mal podrían admitirse regulaciones que permitieran descarte o donación de «personas», las cuales serían a todas luces ilegales e incluso delitos penales.

Por todo lo expuesto, la única solución que armoniza el art. 19 del CCYC con los arts. 20, 560, 561, 562, 563 y cetes. Del mismo cuerpo normativo, con la Ley de Reproducción Humana Médicamente Asistida (Ley 26.682), con los tratados internacionales de derechos humanos y con los precedentes jurisprudenciales regionales en la materia, es la que propiciamos, **entendiendo que los embriones no implantados no son personas, más allá de que se tratare de bienes jurídicamente protegidos.**

. <u>Respecto del fallo «Artavia Murillo» de la CIDH y la discusión acerca de su carácter vinculante</u>

En el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictado en autos «Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica», se sostuvo que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente. De este

modo, centró su análisis en los derechos fundamentales involucrados: a) el derecho a la vida íntima y familiar; b) el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; c) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y d) el principio de no discriminación.

El alto tribunal regional expresó lo que se transcribe a continuación: «… es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto de un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual es "fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona pueda expresarse al nacer"».» El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (…). En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observa que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de estas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado».

Sobre el alcance que tienen los precedentes de la Corte IDH en nuestro ordenamiento jurídico, se ha expedido la CSJN en «Giroldi», donde sostuvo que «la ya recordada

“jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, 2. º párr.), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2, Ley 23.054)». Por su parte en «Mazzeo» , el Alto Tribunal señaló expresamente que «la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)», lo cual importa «una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos». En síntesis, es posible concluir que, conforme a nuestro derecho convencional y su interpretación jurisprudencial, la técnica de reproducción humana asistida ICSI se encuentra permitida así como la crioconservación de los embriones que no sean implantados en el útero de la mujer. En segundo lugar, encuentra aval la permisión de la técnica ICSI en la legislación y jurisprudencia comparada. En este orden, puede señalarse que aquella técnica de reproducción humana asistida se practica en todo el mundo. El único país que lo prohibió fue Costa Rica, con la sentencia que luego originó el caso «Artavia Murillo».

No obstante, hay opiniones -bien que minoritarias- que aseveran que los precedentes de la CIDH no serían vinculantes para nuestro país, y que sostienen que, si bien es criterio de la CSJN que la doctrina de la CIDH es orientadora necesaria en materia específica de los derechos humanos en general y en especial de los contenidos de la Convención y, cabría apartarse de ellos en circunstancias extremas, dado que la jurisprudencia del Tribunal Internacional no puede ir más allá que la Convención misma, que es su base de sustentación, ni de su soporte constitucional que le sirvió de cauce de introducción en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, se razona que, en atención a la reserva

efectuada en la Convención sobre los Derechos del Niño, el precedente jurisdiccional interamericano no puede aplicarse a la Argentina, ya que violaría la propia Constitución Nacional. Así, sostiene: «. La reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad "por fuera" del control de constitucionalidad».

Este criterio resulta erróneo e implica desconocer el valor del importante antecedente jurisprudencial que el fallo «Artavia Murillo» constituye para toda la región. Remontémonos a las circunstancias del caso: Costa Rica regulaba la práctica de la fertilización in vitro, a través de un decreto del Ministerio de Salud. Este decreto reglamentaba de manera restrictiva la práctica, ya que habilitaba su acceso solamente a parejas casadas, no permitiendo la crioconservación de los embriones y / o gametos, razón por la cual el procedimiento disminuía notablemente su efectividad generando en las parejas un alto costo económico y emocional.

Pese a esta regulación limitada, se articula acción de inconstitucionalidad contra dicho decreto ejecutivo, utilizando diversos argumentos sobre «violación del derecho a la vida» y «manipulación consciente de embriones». Así, el 15 de marzo del año 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica emitió sentencia mediante la cual anula el Decreto. 24.029-S de febrero de 1995.

Básicamente, los fundamentos versaron sobre los siguientes aspectos: «la infracción del principio de reserva legal», debido a que la regulación sobre «el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano» efectuada por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el derecho constitucional; y que las prácticas de FIV «atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano por cuanto: 1) "el ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no solo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida"; 2) "en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico", y 3) "como el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer"» (52). A su vez, la Sala concluye: «. El embrión humano es persona desde el momento de su concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservando su congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a riesgo desproporcionado de muerte. La

técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de esta es lograr un ser humano, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos -voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta- viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.» . En el año 2001, un grupo de personas se presenta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando a Costa Rica, ya que la sentencia de la Sala Constitucional les prohibía continuar realizando el procedimiento médico a quienes ya lo habían comenzado, como también el acceso al resto de las parejas que pretendieran iniciarlo.

En noviembre del año 2012, la Corte Interamericana se expide sobre el litigio en cuestión condenando a Costa Rica por violación a diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En primer lugar, la Corte Interamericana interpreta el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y concluye diciendo que «el embrión no implantado no es persona humana». Lógicamente, será susceptible de protección, lo que no importa detentar el estatus jurídico de persona humana. Esto resulta fundamental, ya que, si se sostuviera lo contrario, sería inviable todo el sistema de fertilización asistida.

De sus extensos fundamentos surge que la prohibición de la práctica acarrea una injerencia arbitraria en la vida privada familiar de las personas y las parejas; interfiere en el derecho a formar una familia inclusiva del derecho a procrear; el derecho a la igualdad y a la no discriminación; el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal; el derecho a la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia. En referencia a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar expresamente afirma que se han conculcado los derechos a la autonomía reproductiva y a la posibilidad de acceder a la tecnología para ejercer ese derecho y el derecho a alcanzar el nivel más alto y elevado de salud sexual y reproductiva. En conclusión: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos zanja un debate candente y establece que el embrión no implantado no es persona. El máximo órgano jurisdiccional a nivel regional en materia de derechos humanos expresó: «sobre

la base de la prueba científica, concluyo que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento, no hay lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Considero, además que la expresión "en general" indica que la protección del derecho a la vida desde la concepción, mencionado en el art.4 no es absoluta ni incondicional, sino gradual e incremental según su desarrollo, e implica entender la procedencia de excepciones a la regla general».

Por lo tanto, para la región resulta trascendental el hecho de que la Corte Interamericana se haya expedido sobre el estatus jurídico del embrión no implantado y en cuanto al acceso de las personas y las parejas a la reproducción humana asistida. Este derecho a procrear y hacerse de los avances de la ciencia forma parte del cúmulo de derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, los que Argentina ha ratificado. Sin lugar a duda, pone fin a un debate de larga data y funda una nueva etapa en los derechos sexuales y reproductivos que impacta inevitablemente en toda la región.

7. Obligada alusión al Título Preliminar del Código Civil y Comercial, arts. 1 y 2

Hoy -más que nunca- los magistrados, al sentenciar, deben realizar un adecuado control de constitucionalidad y de convencionalidad, y no podemos dejar de señalar que para ello deben necesariamente recogerse las normas fundamentales para todos los operadores del derecho y muy en particular para aquellos que ejercen la tarea jurisdiccional contenida en los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial.

El art. 1 establece lo siguiente: «Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho».

Es decir que el nuevo Código inaugura su texto con un artículo que constituye la columna vertebral del instrumento legal más importante del derecho privado, que coloca al propio Código Civil y Comercial en su justo lugar, como parte integrante de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos

jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1. Sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el Código; 2. Servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes: a. leyes aplicables (el propio Código, en primer lugar, y las leyes complementarias) que deben, precisamente, estar en total que el país sea parte; ya sea que tengan jerarquía constitucional derivada, como los instrumentos que enumera el art. 75, inc. 22; que adquieran tal lugar por una mayoría especial, como lo prevé la misma normativa como aconteció en el 2014 con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según lo establece la Ley 27.044; o que no tengan tal jerarquía, pero sean ratificados por el Estado argentino.

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Uno de los sistemas sobre el que ha impactado de manera directa es el legal. Así, los instrumentos de derechos humanos - con jerarquía constitucional desde 1994- han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. Como se expusiera oportunamente en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial siendo uno de ellos, y de manera precisa, la «constitucionalización del derecho privado», al cual se hace mención, en otros términos, en el art. 1:«La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto, innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado». Se trata, nada más ni nada menos, que, de un modo diferente de razonar, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el derecho.

De lo expuesto se desprende sin hesitación el lugar que se le otorga a la jurisprudencia regional -en particular, a la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-. Otro de los aspectos valorativos es que el Código Civil y Comercial es un «Código con identidad latinoamericana». En tal sentido, se advierte lo siguiente: «Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil francés, sancionado por Ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios en los Códigos de Europa (Italia, 1865; Portugal, 1867 y España, 1889) y América (Quebec, 1866; Luisiana, 1870; Perú, 1852; Chile, 1857; Argentina, 1871 y Brasil, 1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana, así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región».

Otro de los pilares sobre el cual se elaboró el Código Civil y Comercial, y que la obligada perspectiva constitucional-convencional seguramente irá actualizando con el paso del tiempo, es ser un «Código de la igualdad». En este sentido, se asevera: «Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables». A la par, se define al Código Civil y Comercial como un «Código basado en un paradigma no discriminatorio», siendo que
«en la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados, aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento».

El art. 2 a su hora prevé lo siguiente: «Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

Como se ve, el Código Civil y Comercial no adopta un listado jerárquico con las pautas hermenéuticas. Solo por razones propias del lenguaje, se debe colocar una variable seguida de la otra, sin que, a partir de esta sucesión, sea hábil inferir que esconde un orden descendente. Al regular las pautas de interpretación, se vuelve a apelar a los tratados de derechos humanos, reafirmándose así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio Código y, a la par, su interpretación y consecuente aplicación. En este sentido, es coherente esta doble mención, ya que el art. 1 del CCYC se ocuparía más del marco conceptual teórico y el art. 2 de la vertiente práctica que conlleva todo ordenamiento jurídico. Esto, justamente, se relaciona con la coherencia a la cual alude el articulado en análisis en su última parte; más específicamente, con que la teoría (en especial, el CCYC y la práctica (la interpretación al resolver los casos) interaccionen de modo coherente.

De este modo, se puede afirmar que el CCYC adhiere a la interpretación activista y no a la originalista, en la misma línea que lo hace la Corte IDH y su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en nuestro país, la Corte Federal desde el resonado caso «Kot» en 1958.

El Código Civil y Comercial adopta en materia de interpretación reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico -que debe estar en consonancia siempre con los tratados de derechos humanos-. En este sentido, se afirma lo que transcribimos a continuación: «Se trata de una interpretación “adecuada” que “constituye uno de los tipos más importantes de interpretación sistemática”. Tiene lugar siempre que se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior. Este modo interpretativo se basa en la asunción tácita de que el legislador respeta los principios generales del derecho y las disposiciones constitucionales y no pretende derogarlos».

8. CONCLUSIÓN

No obstante comprender la complejidad de la toma de decisiones en el área, a nuestro juicio el criterio del juzgador a cuyo conocimiento llegaren estos asuntos deberá desprenderse de los prejuicios tan arraigados en nuestra magistratura propios de la moral católica occidental y deberá priorizar la aplicación del principio constitucional de

autonomía consagrado en el art. 19 de nuestra Carta Magna, que garantiza el ejercicio de las conductas autorreferentes en la medida que no afecten derechos de terceros, proscribiendo cualquier intervención arbitraria de estos, aun cuando estos puedan no compartir tal proyecto o consideren que resulta improcedente o disvalioso.

En este orden de ideas, opinamos que el ejercicio de la maternidad o paternidad de forma responsable, sin afectar derechos de terceros, no puede constituir como ilícito ningún acto, y merece ser amparado judicialmente en caso de llegar a conocimiento de los tribunales. Cobra trascendental importancia, en particular a partir de la entrada en vigor del CCYC, lo dispuesto en convenciones internacionales que integran nuestro bloque de convencionalidad.

Ergo, no es necesaria una ley específica que refiera al PGD para que resulte razonable que una pareja que corre riesgo de transmitir a su hijo una enfermedad genética provocándole graves daños, decida someterse a dicha práctica. Quedará en el criterio de cada pareja la elección de realizar o no este procedimiento diagnóstico, pero resulta claro que esto no es otra cosa que el ejercicio de su autonomía de la voluntad, ya consagrada hace casi dos siglos en nuestra Constitución Nacional.

No negamos que tanto los progenitores como los médicos e inclusive el Estado, cuando les toca intervenir como legisladores o en su función jurisdiccional, se encuentran obligados a realizar un análisis pormenorizado de las implicancias de la utilización de esta y otras prácticas, pero estamos convencidas de que ello debe hacerse necesariamente desde la base de los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, y que constituyen inclusive principios básicos de la bioética, como el principio de autonomía.

Para ello, es deseable que los jueces se despeguen de la muy arraigada concepción positivista que impera en nuestro derecho, según la cual parecen pensar que los magistrados no pueden resolver sobre la base de otros criterios que no sean aquellos que se encuentran específicamente regulados por un cuerpo normativo.

CAPITULO 3

MATERNIDAD SUBRROGADA

SUMARIO: 1.INTRODUCCION. 2. ANTECEDENNTE HISTORICO DE LA GESTACION POR SUBROGACION 3. DERECHO COMPARADO 4. DOCTRINA EXTRANJERA 5. PROYECTO DE LEY 6. JURISPRUDENCIA 7.CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La gestación por subrogación es una realidad creciente a nivel mundial y local. Aclaramos que a lo largo de esta labor se utilizará 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 trabajo final 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. 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 nuestro trabajo. 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 investigación 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 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 2 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 superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica. Así, mediante nuestro trabajo 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 nacidos mediante gestación por subrogación.

En definitiva, se busca 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. -

2. ANTECEDENTE HISTORICO DE LA GHESTACION POR SUBROGACION

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. 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 Saraí 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 Saraí. Y Saraí 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 descriptas 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. 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. 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 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. 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 esperma del padre comitente o de un donante. 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 crio 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. 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 adquirían 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 misericordia causa. 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. 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 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.

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.

3. DERECHO COMPARADO

Caso Francia en 1982 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 Nº 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 20 material y psicológica de las mujeres involucradas. En igual sentido se expresó en la

Opinión Nº 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre "Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación". Luego, en la Opinión Nº 110 "Problèmes éthiques soulevés par la gestación 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. Esta línea argumental siguió la legislación de ese país. La ley Nº 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. 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 21 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 certifi cats 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. 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.

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. 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. Asimismo, estimó que el procedimiento para establecer o reconocer la filiación respecto de los niños /y niñas nacidas/as como consecuencia de la gestación por subrogación varía según los Estados, e incluso, pueden variar dentro de un mismo país.

Se tiene encuentra 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 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.

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** . 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 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. 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 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. 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 de cada caso, 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.

4. DOCTRINA EXTRANJERA

Caso en 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 Nº 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. 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 32 presentar en el registro una copia de la resolución judicial.

Caso Brasil En Brasil se permite la gestación por subrogación siempre que el contrato sea altruista, estando expresamente prohibido el carácter lucrativo de esta práctica. 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. Así, la primera resolución del Consejo Federal de Medicina fue dictada bajo el Nº 1358/92, pero luego fue derogada por la resolución Nº 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 temporaria 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. 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 Nº 1957/2010 a través de la resolución Nº 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: 1. Informe médico con perfil psicológico, que acredite la adecuación emocional y clínica de la gestante. 2. Formulario de consentimiento informado firmado por los pacientes -padres genéticos- y por la gestante. 3. Descripción por el médico tratante, pormenorizado y por escrito de los aspectos médicos de las técnicas de reproducción asistida, con los datos de carácter biológico, legal, ético y económico, así como los resultados de la técnica propuesta. 4. Contrato entre los pacientes -padres genéticos- y la gestante estableciendo claramente la cuestión de la filiación del niño. 5. Aspectos biopsicosociales que intervienen en el embarazo y el parto. 6. Los riesgos de la maternidad. 7. 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. 8. la garantía de tratamiento y seguimiento médico, incluyendo equipos multidisciplinarios, en su caso, de ser necesario, para la gestante hasta el puerperio. 9. 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.

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.

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.

Caso Ucrania Es un país que tiene uno de los enfoques más liberales sobre gestación por subrogación y cuyas leyes son completamente permisivas. 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 -Instrucción 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. 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. 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. PROYECTOS DE LEY

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 38 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 propia.

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, se describe en orden cronológico cada una de las iniciativas legislativas existentes a la fecha.

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).

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, pretenso/s 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. 7º). **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. 8º y 9º).

6. JURISPRUDENCIA

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 se describe –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.

3) los interpuestos una vez nacido el niño.

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 Nº 7 de Rosario, 2/12/2014; "Dato reservado", Juzgado de Familia Nº 9 de Bariloche, 29/12/2015; "Reservado s/ Autorización judicial", Juzgado de Familia Nº 7 de Viedma, 6/7/2017; "S., M. J. y otros/ autorización judicial, Juzgado de Familia Nº 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 otros/ autorización judicial", Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de la 1ª Nominación de Tucumán, 26/9/2018; "O. F., G. A. y otros/ Autorización", Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 87, 3/4/2019; "D., J. E. y otro/a s/ autorización judicial", Juzgado de Familia Nº 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 comitentes/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 otros/ 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).

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 Nº 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015).

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 Gualeguaychú, 14/04/2010; "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad", Juzgado Nacional en lo Civil Nº 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 Nº 2 de Mendoza, 6/9/2017; "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas", Juzgado de Familia Nº 60 2 de Mendoza, 15/2/2018; "C., C. A. y otros s/ Materia a categorizar", Juzgado de Familia Nº 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 inscripto. Nacimiento", Juzgado de Familia Nº 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 Nº 86 de la Ciudad de Buenos Aires, 18/6/2013; "N. N. O. s/ inscripción de nacimiento", Juzgado Nacional en lo Civil Nº 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 Nº 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 Nº 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. CONCLUSION

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 se describen 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. 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 descripto en torno al sistema francés 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. La 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 reprobación. 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. -

CAPITULO 4

CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN 3 CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA PERONA GESTANTE 4. CLAUSULAS ABUSIVAS 5. IMPLICANCIAS CIVILES Y PENALES POR LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO 6. CONFLICTO JURÍDICO RELATIVO A LA INTIMIDAD Y LIBERTAD DE LA GESTANTE Y COMITENTE

1. Introducción.

En primer término, se analiza los requisitos generales del contrato de gestación por subrogación y luego los supuestos de cláusulas abusivas en el contrato de gestación por subrogación. Se aborda esta cuestión considerando su existencia a pesar de la falta de legislación, ya sea que se haya formalizado de manera altruista u onerosa. Considerando qué cláusulas deben contener estos acuerdos y, fundamentalmente, cuáles son abusivas. Luego, se verá 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.

Se evaluara 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, dando diversas razones por las cuales se considera posible exigir una reparación en caso de interrumpir un embarazo generado a partir de un contrato de gestación por subrogación y analizando 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 se examina los supuestos de consentimiento de la persona gestante y se verá cómo puede impactar su edad a la luz del artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Posteriormente, se abordarán 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, estos análisis involucrados. Evaluando la conveniencia de que exista un consejero reproductivo que intervenga antes de tomar cada decisión, así como 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 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, considerar los conflictos jurídicos relativos al derecho a la información de los niños y niñas nacidos por gestación por subrogación. Para ello abordar las definiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño relativas al derecho a la identidad. En ese orden de ideas mencionar los supuestos de identidad estática y dinámica.

2. CONTRATO 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, 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.

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.

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.

En lo que respecta a los requisitos del o de los comitentes, **se entiende 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 concs. 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 al o los comitentes y la persona gestante desde el aspecto médico, psicológico y legal. 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 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.

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.

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. 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 otros/ solicita homologación" Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba y "P.,
A. M. y otros/ 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. Se cree 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 se tiene 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.

3. CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA GESTANTE

Otro aspecto interesante para 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 como 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.

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.

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.

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.

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, o bien 21 años y haber transitado al menos por un embarazo.

Pero se quiere 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.

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 convivencia, conforme la normativa vigente.

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.

4. CLAUSULAS ABUSIVAS

Hay autores que consideran que en todo contrato de gestación por subrogación se involucran una serie de cláusulas fuertemente gravitatorias de las libertades fundamentales de la persona gestante. 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.

Se cree 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.

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: o su dieta; o sus actividades deportivas; o su vida sexual; o la cantidad de chequeos médicos a los que deben someterse, que van más allá de los requeridos normalmente; o 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. Se han reportado acuerdos de gestación por subrogación en el Estado de California 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.

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 Nº 7 de Rosario, 2/12/2014; “H. M. y otros/ medidas precautorias – art. 232 del CPCC”, Juzgado de Familia Nº 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 Nº 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 Nº 81 de CABA, 14/6/2017; “Reservado s/

Autorización judicial", Juzgado de Familia Nº 7 de Viedma, 6/7/2017; "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas", Juzgado de Familia Nº 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 Nº 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 otros/ solicita homologación", Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba, 79 6/8/2018 y "P. A. M. y otros/ autorización judicial", Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de la 1ª Nominación de Tucumán, 26/9/2018).

Se entiende que situaciones como las descriptas precedentemente no deberían acontecer en este tipo de contratos altruistas, máxime si han sido homologados judicialmente de manera previa

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, "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 médica 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.

Por ello se sostiene 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.

5. IMPLICANCIAS CIVILES Y PENALES POR INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO DE LA GESTANTE O APEDIDO DE LA COMITENTE

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.

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.

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.

Se creyó 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 hacernos 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.

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.

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?

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 estén en peligro y no se puede alegar objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria postaborto. Ello por cuanto se sostiene 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.

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.

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.

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.

Algunos autores, 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.

Se permite dudar suponer que las partes –gestante y comitente/s- se encuentran en un pie de igualdad. Se sabe 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 otros/ 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 otros/ 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 otros/ 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 realzado 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. Considerando 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. Se entiende 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. Ante estas circunstancias es dable preguntarse si ¿podría existir la posibilidad de que se expidan pólizas de seguro que contemplen estos acontecimientos?

6. CONFLICTO JURÍDICO RELATIVO A LA INTIMIDADA Y LIBERTAD DE LOS COMITENTES, DELA MADRE O PERSONA SUBROGADA

Se considera 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.

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.

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,)- 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 compadre 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 recaratulada 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.** Por su parte, los Dres. Kiper y Fajre sostuvieron en mayoría que: 96

…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. 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: 1. ser mayor de edad, 2. ser saludable, 3. tener una situación económica estable -no en pobreza o extrema pobreza- sin deseo de superarse económicamente a través de la gestación por subrogación, 4. tener un nivel de educación medio superior, como mínimo, para así entender la complejidad del tratamiento, 5. ser psicológicamente capaz de tomar decisiones libres de influencias externas, 6. 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. Considerando 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 Nº 0825-S-2018 (SEN), impulsado por el Senador Julio Cesar Cleto Cobos, preveía una figura de similares características a la descripta 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 el ámbito de la gestación por subrogación existe una circunstancia que eventualmente podría encontrarse íntimamente ligada a la intimidad y libertad de los involucrados**. Se advierte 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 como lo contemplan algunos ordenamientos jurídicos internacionales como, por ejemplo, el Reino Unido.** Tampoco se exige una ratificación post parta ante el mismo juez o tribunal que hubiere intervenido en el proceso de autorización previa. En tal sentido, 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). 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.

Se entiende 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. 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.

Pareciera que se está hablando de ciencia ficción cuando se detallan 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. Se ha 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. Se cree que a la gestación por subrogación altruista se le debe dar prioritariamente herramientas para que no se deba judicializar las cuestiones posteriores al nacimiento. Se sostiene 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 través de gestación por subrogación al vedarse el acceso a su información genética violenta todos los tratados internacionales que suscribió nuestro país. Se ha 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. La solución a estos complejos problemas está en una legislación que contenga reglas claras, **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 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.

CAPITULO 5

Consideraciones ante la falta de normativa sobre Gestación por Subrogación.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. DERECHOS OTORGADOS POR EL CCYC A LOS NIÑOS Y NIÑAS NACIDOS BAJO TRHA. 3. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se procede a desentrañar algunos aspectos relativos a las condiciones jurídicas ante la falta de normativa sobre gestación por subrogación. En primer término, se analizará cuáles son los derechos otorgados por el Código Civil y Comercial de la Nación a los niños nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida. Se aborda 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 nacidos/as mediante técnicas de reproducción asistida y cómo los afectan esas normas y su ausencia.

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, hay que 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. 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. 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 . 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.

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 108 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.

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, 2021.

Autoras como Kemelmajer de Carlucci, Herrera (2022) 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**.

3. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS

Se concluye afirmando que esta 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 o niña nacido/a bajo esta técnica.

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.

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. 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.

ÍNDICE

Resumen **1**

Marco Teórico..... **2**

Introducción..... **3**

Hipótesis **4**

Capítulo 1

Técnicas de Reproducción Humana Asistida

1. **Introducción**..... **5**
2. **Técnicas de Reproducción Humana Asistida**..... **6**
3. **Incidencia en la Religión**..... **6**
4. **El Derecho Positivo en la Argentina Ley 26.862…**..... **7**
5. **Problemas Pos ley…**..... **8**

Capítulo 2

Los Embriones

1. **Introducción**..... **10**
2. **Teoría de la Concepción**..... **12**
3. **La donación de gametos…**..... **13**
4. **Actualidad Jurídica de la cuestión**..... **14**
5. **Jurisprudencia…** **16**
6. **Alcance Art 19 del C/c de la Nación** **17**

7. Alusión al título Preliminar del CCYC de la Nación Art 1 y 2…..24

8. Conclusión **28**

Capítulo 3

Maternidad Subrogada

1. Introducción **30**

2. Antecedente Histórico… **31**

3. Derecho Comparado **34**

4. Doctrina Extranjera Caso Grecia… **41**

Caso Brasil **42**

Caso Ucrania… **44**

5. Proyectos de Ley… **46**

6. Jurisprudencia… **51**

7. Conclusión **54**

Capítulo 4

Contratos de Gestación por Subrogación

1. Introducción **55**

2. Contratos de Gestación por Subrogación.....**56**

3. Consentimiento Informado de la Perona Gestante **59**

4. Cláusulas Abusivas.....**62**

5. Implicancia Civiles y Penales por Interrupción del Embarazo de

Gestante o a pedido de la Comitente.....**65**

8. Conflicto Jurídico Relatico a la Intimidada y Libertad de la

Comitente de la madre o la subrogante **71**

Capítulo 5

Consideraciones ante la falta de Normativa vigente sobre la Gestación Por Subrogación

1. Introducción.....**78**

2. Derechos Otorgados por el CCYC de la Nación a los niños y niñas

Nacidos/as por técnica de Reproducción Humana Asistida..... **78**

3. Conclusión..... **82**

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Ales Uría, M. (2017). Maternidad subrogada: vulnerabilidad legal y social. Situación actual en Argentina. La mirada en el espacio europeo. Tratado de la vulnerabilidad. La Ley.

Antún, L. (2015). "Hasta nunca": cerró Argentina Maternity luego del escándalo de alquiler de vientres en Mendoza. Diario Los Andes. Obtenido de: https://www.losandes.com.ar/article/-hasta-nunca-cerro-argentinamaternitty-luego-del-escandalo-de-alquiler-de-vientres-en-mendoza

Aznar Gil, F. (1993) La maternidad subrogada de alquiler o voluntaria y sus implicancias bioéticas y jurídicas.

Basset U. (2015) El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en *CCYC, La Ley.*

Basset, U. (2016). Legislar sobre la maternidad subrogada. Obtenido de: AR/DOC/5583/2016

Basset, U., y Ales Uría, M. (2018).Derecho del niño a la unidad de toda su información. Obtenido de: https://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2020/XXXI-Encuentro-Nacional-del-Notariado-Novel/trabajos-tema-1/TRABAJO_20.pdf

Berger, S. (2015). Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución. Obtenido de: AR/DOC/3169/2015.

Berger, S. (2018). Fallo a favor de la gestación por sustitución en favor de dos progenitores varones. Obtenido de: AR/DOC/2997/2017.

Burgués, M., y Vázquez Acatto, M. (2016). Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Primera parte. Obtenido de: MJ-DOC-10384-AR | MJD10384

Cardinaux, N., y Kunz, A. (2004) Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Tercera parte. Investigar en derecho. Eudeba. Obtenido de: MJ-DOC-10386-AR | MJD10386

Cazau, P. (2006). Gestación por sustitución: Una realidad que necesita ser regulada. Introducción a la investigación en ciencias sociales (3a ed.). Obtenido de: AR/DOC/489/2016

Chávez V. (2019) El debate sobre los embriones no implantados: proyecto de ley busca regular su uso. Obtenido de: https://www.infobae.com/salud/ciencia/2019/04/08/el-debate-sobre-los-embriones-no-implantados-un-proyecto-de-ley-busca-regular-sus-usos/

Chiapero, S. (2012). Maternidad Subrogada. Editorial Astrea.

Chmielak, C. (2017). Maternidad subrogada y derecho de identidad. Repercusiones sobre los derechos del niño. Obtenido de: AR/DOC/2994/2017

Chmielak, C. (2019). Maternidad subrogada, perspectiva de género y licencia por maternidad. Obtenido de: AR/DOC/3261/2019. 183

Cohen Agrest, D. (2016). ¿Qué piensan los que no piensan como yo? Alquiler de vientre. Obtenido de: https://www.youtube.com/watch?v=Zoj-U0BK-dU

Colegio de Abogados de Morón(s/f) Interrupción de la crioconservación: "Los embriones no implantados no son personas en el sentido jurídico". Obtenido de: https://camoron.org.ar/nuevas-normas/constitucional/interrupcion-de-la-crioconservacion-los-embriones-no-implantados-no-son-persona-en-sentido-juridico/

Famá, M. (2015). La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar. Obtenido de: https://www.justierradelfuego.gov.ar/wp-content/uploads/2020/11/COMENTARIO-gestacion-sustitucion-DIALOGO-FUENTES.-Yuba.pdf

Fulchiron, H.; Bidaud-Garon, C.y Lafferrière J. (2017) Tratado de la vulnerabilidad. La Ley.

Gagliardo, M. (2017). Moderna contratación. A propósito del Código Civil y Comercial de la Nación. Obtenido de: AR/DOC/1334/2017

Gil Domínguez, A. (2014). La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico. Editorial Ediar.

Gil Domínguez, A. (2015). El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial. Obtenido de: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/GIL-DOMINGUEZ-El-derecho-a-la-identidad-gene%CC%81tica-y-las-TRHA-en-el-Co%CC%81digo-Civil-y-Comercial.pdf

Gómez Bengoechea, B., y Berástegui Pedro-Viejo, A. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. Miscelánea Comillas. *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*.

Gómez Haiss, D. (2017). Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte. Obtenido de: https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/06/29/gestacion-por-sustitucion-necesaria-existencia-de-una-ley-especial-en-la-argentina-primera-parte/

González, N. (2014) El Derecho a conocer los orígenes Biológicos versus el anonimato en la donación de gametos. Universidad de Barceló.

González, E. (2018). El derecho del niño a gozar de un emplazamiento filial respetuoso de su biografía en un nuevo caso de maternidad subrogada con ovodonación. Obtenido de AR/DOC/1374/2018

Hartmann, I. (2023) Descarte de embriones: un proyecto de ley que duerme hace 4 años y la corte abre el debate. Obtenido de: https://www.clarin.com/sociedades/descarteembriones-proyecto-ley duerme-hace-4-

Herrera, M. (2017) Conflictos contemporáneo TRHA la experiencia Derecho Argentino. *Revista de Antropología Social*.

Hiran da Silva Gallo, J., y Crosara Lettieri Gracindo, G. (2016). Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? ¿Cómo proceder? Obtenido de: Gaceta-Sa.pdf

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*, pág 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. Obtenido de: AR/DOC/5149/2012

Kemelmajer de Carlucci, y Lamm, E. (2014). Gestación por sustitución en la Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. Obtenido de: AR/DOC/2573/2013

La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España (2014). Paradoja de la invocación del

interés superior del niño para negar sus derechos. Obtenido de: AR/DOC/1268/2014.

Lafferriere J (2014) Art. 19 del Nuevo CCYC "Reconocimiento como persona al embrión humano" – Publicado por *la Ley* DFYP2014

Mazzeo J. (2017) Microjuris " TRHA Acogida Legislativa y el dilema que plantean"

Quaini, F., Martínez, P., Urquiza, F, Piscicelli, C., Pasqualini, R., y Pasqualini, S. (2018). Subrogación uterina. Una realidad en la Argentina. *Revista Reproducción*, pág. 27-35. 187

Rodríguez Ituburu M. (2015)- Regulación de THA en la actualidad.