

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA

THE GESTATIONAL SURROGACY IN ARGENTINE LAW AND JURISPRUDENCE

SILVANA DEL CARMEN ASNAL¹

Fecha de recepción: 14/08/2018

Fecha de aceptación: 18/09/2017

RESUMEN:

El tema de la gestación por sustitución, subrogación de vientre o maternidad subrogada resulta, para algunos, una de las cuestiones más nuevas y actuales que presenta el Derecho de las Familias. Sin embargo, luego del análisis que se realizará en este trabajo, se podría concluir que ello no es tan así.

En el presente se plantea, como cuestión principal, si la falta de regulación por parte del Código Civil y Comercial y/o leyes complementarias ha sido obstáculo para que la figura de la gestación por sustitución sea utilizada.

La respuesta a esa cuestión es negativa. Como se demostrará a lo largo del trabajo, la falta de legislación no impidió que numerosos casos hayan sido sometidos a decisiones de la justicia nacional, antes y después de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC), que hoy innova en la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), pero no ha incorporado regulación alguna con respecto a la gestación por sustitución. El vacío legal fue cubierto, antes y ahora por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia.

ABSTRACT

The Gestational surrogacy, for some, is a new and current theme in de Family Rights. However, after analyze made this dissertation, we can infer that this inference is wrong.

The main question is if lack of regulation in the new Civil and Comercial Code, or in complementary laws, has been an obstacle to use the Gestational surrogacy.

The answer in negative. Because lack of regulation did nonstop to many people, who resort to national justice, before and after the new Code.

¹ Abogada y Escribana, egresada de la Universidad Nacional de Córdoba; Diplomada en Derecho Procesal Civil por la Universidad Blas Pascal (Córdoba); Especializanda en Derecho Judicial y de la Judicatura en Universidad Católica de Córdoba (Tesina en elaboración. Título: EL ALCANCE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO CIVIL DE CORDOBA). Actual Secretaria de Primera Instancia-por concurso- en el Juzgado de Primera Instancia y Segunda Nominación de Río Tercero, Córdoba.
Email personal: silvana.asnal@gmail.com

This Code innovates in assisted humans reproduction techniques. However, there are no regulations about the Gestational surrogacy. The void was covered by jurisprudence and doctrinarians.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución; ley; jurisprudencia; familia; derechos humanos.

KEY WORDS: Gestational Surrogacy; law; jurisprudence; family; human's rights.

I. Introducción

Como ya se adelantó, en este trabajo se plantea, como hipótesis principal, que la ausencia de regulación por parte del Código Civil y Comercial y/o leyes complementarias no ha sido obstáculo para que la figura de la gestación por sustitución sea utilizada. Para ello se realiza un recorrido sobre conceptos y nociones esenciales para comprender el instituto, y luego la referencia a los numerosos casos planteados ante Tribunales argentinos y, en especial, la reseña de los suscitados en la Provincia de Córdoba.

Los objetivos principales del trabajo podrían resumirse en los siguientes:

- 1- Conocer y destacar conceptos básicos y fundamentales que se relacionan con la gestación por sustitución, hoy muchos de ellos incluidos en el nuevo CCC.
- 2- Conceptualizar jurídicamente el instituto de la gestación por sustitución, ya que al no estar regulada se carece de concepto legal.
- 3- Destacar el valor de la labor de la jurisprudencia ante vacío o silencio de la ley
- 4- Lograr conclusiones que avalen la hipótesis principal.

II. Conceptos

En primer término, resulta indispensable dejar sentados ciertos conceptos, ya que muchos de ellos hoy resultan novedosos y solo algunos han sido incorporados a la legislación.

Desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial nuestra ley civil reconoce tres tipos de filiación: 1. Por Naturaleza, 2- Por Adopción, 3- Por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Las dos primeras ya estaban reguladas en el Código Civil de Velez Sarsfield. La filiación por naturaleza desde 1871 y la filiación adoptiva desde 1948. La tercera es la novedad del CCC.

Por otro lado, la última parte del nuevo art. 558, en consonancia con el antiguo art. 250 del Código de Velez, afirma que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de esta. Hoy, un niño puede tener dos padres o dos madres (cfr. Ley 26.618- Nueva Ley de Matrimonio Civil), y con ellos estaría integrada su filiación. Si un tercero reclama la filiación del mismo niño, deberá dejarse sin efecto una de la anteriormente establecida, claro está, mediante la correspondiente acción de impugnación (art. 578, CCC).

Entonces, corresponde distinguir entre:

- Filiación por naturaleza: es aquella que deriva del acto sexual y donde la filiación

coincide con la realidad biológica. Se funda en la realidad biológica, con independencia de si se quiere ser padre o madre².

-Filiación por adopción: que deriva de la voluntad de una o dos personas con respecto a una tercera, que se manifiesta luego del nacimiento de esta última. No hay vínculo biológico ni genético entre adoptante y adoptado, sino un vínculo jurídico que nace a partir de la sentencia que concede la adopción.

-Filiación por TRHA: en la que el vínculo filial deriva de la voluntad procreacional. Es decir, se funda en el elemento volitivo: querer ser padre o madre, independientemente del elemento genético y/o biológico. Se encuentra regulada a partir del art. 560 del CCC.

Cabe aclarar que, los tres tipos de filiación surten los mismos efectos. Es decir, no puede haber discriminación de derechos y deberes que se sustenten en la especie de filiación que le da origen (cfr. art. 558,2 parte, CCC). Ello en virtud del respeto debido a las directivas impuestas por la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (art. 17) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2).

A partir de la tercera forma de filiación reconocida por la ley (por TRHA), surge un nuevo concepto para la comunidad jurídica: La voluntad procreacional.

1.La voluntad procreacional:

Esta constituye el elemento relevante para la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA. Es la voluntad o decisión de una persona de que un ser nazca y sea su hijo; la causa eficiente e insustituible de esa existencia. En definitiva: “es el elemento central para la determinación de la filiación cuando se ha producido por TRHA, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente tienen la voluntad de ser padres o madres o de un tercero ajeno a ellos.”³

En nuestro país se traduce en la exteriorización del consentimiento previo, informado y libre, de la forma prevista por los art. 560 y 561 del CCC, de las personas que pretenden ser padre o madre a través de técnicas de reproducción asistida. El propio código define la voluntad procreacional en el art. 562⁴.

2.Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA):

Son aquellos procedimientos médicos tendientes a que parejas o personas infértiles (por razones de salud o estructural, como las parejas del mismo sexo) puedan acceder a la maternidad/paternidad.

Conforme al concepto que brinda la ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, publicada en el B.O el 25/6/2013, en su art. 2, “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.

Las mismas pueden ser homólogas, cuando el material genético utilizado pertenece a los integrantes de la pareja que quiere concebir, o heterólogas, cuando se utiliza material cedido por terceras personas. También se distinguen las técnicas intracorpóreas, o de baja complejidad, que tiene por objeto la unión entre el óvulo y el espermatozoide en

2 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (2014), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014- Tomo II, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 426.

3 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora (2014), Op. Cit., p. 508.

4 “Art. 562: Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

el interior del cuerpo de la mujer, lo que se logra por medio de la inducción a la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de ovulación e inseminación intrauterina intrauterina, intracervical o intravaginal con material genético de la pareja o no. En cambio, las técnicas extracorpóreas o de alta complejidad son aquellas en las que la unión del óvulo y el espermatozoide acontece fuera del aparato reproductor femenino: fecundación citrointracitoplasmática de espermatozoide, crioconservación de ovocitos y embriones, etc⁵.

Los tratamientos más conocidos y utilizados son:

- La inseminación artificial: tratamiento de baja complejidad en el cual luego de una inducción de la ovulación se introduce una muestra de semen capacitada dentro del útero de la mujer.
- La fecundación in vitro: tratamiento de alta complejidad que consiste en la unión del óvulo con el espermatozoide en el laboratorio. Se trata de conseguir el mayor número posible de embriones aptos para luego poder transferirlos al útero materno.
- La ovodonación: es uno de los tratamientos de alta complejidad de mayor aplicación en el campo de la reproducción asistida. Los óvulos de la donante se unirán a los espermatozoides de la pareja receptora para obtener embriones; éstos se transferirán a la receptora para conseguir el embarazo tan deseado.

III. La gestación por sustitución

Conceptualmente, es un proceso por el cual una mujer lleva a cabo un embarazo como consecuencia de la transferencia de un embrión, o más, de parte de los padres procreacionales/comitentes, para dar a luz e inmediatamente entregar el, o los, niño/s así nacidos a sus padres procreacionales/comitentes.

Presupone una mujer miembro de una pareja (integrada por quienes solicitan los servicios de gestación) o sola, que no puede llevar a cabo un embarazo, por lo que conviene/n con una tercera persona (gestante) la implantación de un embrión en la matriz de esta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente, previa renuncia de la filiación materna lo entregue a la pareja o mujer comitente⁶. Cabe agregar que también pueden ser comitentes los integrantes de una pareja masculina o un hombre solo, que deseen ser padres.

Este tipo de procedimiento, desde el punto de vista médico, son casos de FIV (Fertilización In Vitro), pero la incorporación de una tercera persona trae consigo una mayor complejidad en diversos aspectos, entre ellos, el jurídico a la luz del principio filial para la determinación de la maternidad que rezeptan los ordenamientos jurídicos conocido por el adagio "madre siempre cierta es"⁷.

1. Terminología:

Se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta

5 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora (2014), Op. Cit., pp.422-435.

6 CHIAPERO, Silvana María(2012), Maternidad Subrogada, Buenos Aires, Astrea, p. 91

7 HERRERA, Marisa, (2017): "Técnicas de reproducción humana asistida: conceptualización general

Página del Ministerio de Salud de la Nación: <http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general> (fecha de consulta: 07 de agosto de 2018), p.2.

ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes⁸. El término “gestación por sustitución”, es la terminología adoptada por el anteproyecto del Código Civil y Comercial.

2. Recepción legislativa:

El mencionado anteproyecto de Reforma al Código Civil que fuera presentado al Poder Ejecutivo el 27 de marzo de 2012, regulaba la “gestación por sustitución”. Sin embargo, luego fue excluida del articulado que finalmente aprobó el Congreso de la Nación.

En principio, su exclusión se debió a la falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas, atendiendo a los múltiples y complejos debates éticos y morales que derivan de su aplicación; toda vez que implica una técnica en la cual la mujer puede ser la madre genética o la simple gestante del feto concebido in vitro por los gametos de la pareja requirente, o bien por aquéllos de un padre y de un tercer donante⁹.

Para reforzar esta supresión, se afirmó que el instituto posee escaso reconocimiento legal en el derecho comparado, optando la mayoría de las legislaciones por no regular este instituto o bien prohibirlo en forma expresa, siendo escasas las legislaciones que regulan esta posibilidad de establecer vínculos filiales en sentido positivo. A su vez, dentro de los países que la admiten encontramos: por un lado aquellas legislaciones que autorizan la gestación por sustitución comercial, es decir aquella en la cual se admite que la mujer gestante reciba retribución económica, en contraposición a otro grupo que solo admite el desarrollo de estas prácticas cuando se realizan sin fines de lucro¹⁰.

Sin embargo, al adoptar una postura abstencionista, se crea un vacío normativo (sin prohibición expresa, ni regulación concreta) y es allí donde entra en escena el valor doctrinario del aludido Proyecto de Reforma, el derecho comparado, la doctrina autoral y la jurisprudencia nacional e internacional.

IV. La regulación que no vio la luz

Como ya se adelantó, el anteproyecto del CCC incluyó, en el art.562, la regulación expresa de la figura que nos convoca. Pero debido a la falta de consenso en torno a su regulación y aplicación; toda vez que implica una técnica en la cual la mujer puede ser la madre genética o la simple gestante del feto concebido in vitro por los gametos de la pareja requirente, o bien por aquéllos de un padre y de un tercer donante, en el Senado de la Nación se optó por suprimir el artículo proyectado, modificando también la redacción del art. 19, en relación al comienzo de la existencia humana.

La frustrada norma establecía:

“El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

8 LAMM, Eleonora (2012a), “Gestación por sustitución Realidad Y Derecho”, Indret Revista Para Análisis Del Derecho N° Julio de 2012, Barcelona, p. 4
9 GONZALES MAGAÑA, Ignacio (2014): “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”, DFyP (noviembre), p. 181 - Cita Online: AR/DOC/3853/2014

10 LAMM, Eleonora (2012b): “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona, N° 24, enero de 2012 (<http://www.ub.edu/fildt/revista/>) (fecha de consulta: 07 de agosto de 2018).

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

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

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

Si bien la norma no vio la luz, ha servido de antecedente y referencia en casos resueltos por magistrados nacionales, ya que resulta la única referencia legislativa (al menos en modo de anteproyecto) sobre la cuestión, en el Derecho Argentino.

Es inconmensurable el valor doctrinario y de opinión autorizada que el aludido Proyecto de Reforma nos dejó, y en especial a los jueces, quienes al resolver estos casos concretos acuden a él en forma de guía o de norte a seguir, para fundamentar sus decisiones¹¹.

V.La ausencia de regulación como obstáculo al uso de la figura de la gestación por sustitución

Luego de la introducción precedente, y como se adelantó, es posible afirmar contundentemente que la falta de legislación no ha evitado que esta práctica médica se realice. El argumento principal que sirve de base a los que defienden la práctica es el principio de legalidad, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, en virtud del cual es posible afirmar que todo lo que no está prohibido expresamente por la ley, está permitido¹².

En tal sentido, se ha señalado que ante tal silencio, resulta necesaria una solución -con mirada constitucional y convencional- que atienda el deseo y el derecho de ser padres de una pareja, aunque sin descuidar el interés superior del niño o niña nacida de esa manera. Es que, desde esa perspectiva, no se puede dejar de reconocer que la voluntad de procrear es un derecho humano y fundamental que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio¹³.

El derecho a procrear se funda en el derecho básico de todo individuo o pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el espaciamiento entre los nacimientos

11 GONZÁLEZ, Andrea; MELÓN, Pablo; NOTRICA, Federico: La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada - Id Infojus: DACF150426 - página infojus.gov.ar. <http://www.sajj.gov.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod> (fecha de consulta:07 de agosto de 2018)

12 Art. 19 C.N: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

13 GIL DOMINGUEZ, Andrés (2014), “Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución”, DIP Diario Familia y Sucesiones Nro. 40 del 21.08.2015.

y disponer información y medios para ello. Incluye también el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad a lo establecido en los documentos de derechos humanos¹⁴

Es cierto que no hay ningún texto normativo nacional o internacional que aludan de manera expresa a ese derecho, sin embargo, muchas de esas facultades se encuentran comprendidos en los reconocidos derechos a la vida; a la libertad y seguridad; a la dignidad y al libre desarrollo a la personalidad; a la integridad física; a la intimidad personal y familiar; a un nivel de vida adecuado que le asegure tanto al titular como a su familia la salud y el bienestar; el derecho al matrimonio y a fundar una familia; el derecho a la maternidad y a la infancia¹⁵.

Sin embargo, como ningún derecho es absoluto, resulta necesario determinar su alcance. Este tipo de derecho, de tan amplio alcance, plantea la necesidad de establecer un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad¹⁶.

Por ello, y a fin de evitar incertidumbre jurídica proclive a la vulneración de derechos, no caben dudas que hubiera sido mejor regular la figura.

Otro de los argumentos a favor, se funda en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, considerando que la gestación por sustitución es una de ellas. Entendiéndose que el propósito del acceso integral a los procedimientos y TRHA es asegurar que se halle libre de obstáculos fácticos, económicos, normativos y de cualquier índole desproporcionada o discriminatoria

Por otro lado, frente al derecho de los padres encontramos los derechos de los hijos. Precisamente por ello, se ha incluido la perspectiva del interés superior del niño, pues son los sujetos más débiles y merecedores de protección aún antes de su nacimiento. Aquel principio, sentado en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), impone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño (cfr. art.3, CDN). Es un mandato que obliga, frente a situaciones conflictivas que puedan restringir o limitar derechos individuales, a privilegiar determinados derechos de los niños. Es decir, el derecho de los niños es de un interés superior a otros derechos individuales o colectivos. En nuestro país, la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, consagró legislativamente este principio. Ahora, el CCC también lo incluye expresamente como pauta interpretativa en todo proceso en el que estén involucrados niños, niñas y adolescentes (art. 706 inc. "c").

En materia de gestación por sustitución, en Argentina, numerosos casos han llegado a la justicia y han tenido resolución favorable. Al momento de plantear estos casos en instancia judicial, hubo distintas estrategias que se justifican debido a la falta de regulación de la gestación por sustitución. Así, se han planteado:

1. Casos en que el niño/a ya ha nacido, en los cuales se planteó:
 - a. impugnación de la maternidad de la gestante
 - b. solicitud de la inscripción registral,
 - c. medidas autosatisfactivas
 - d. acción declarativa de certeza;
2. Casos de pedido de autorización judicial previa a la implantación del embrión en el vientre;

14 Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD) (1994), El Cairo, párrafo 7,2 y 7,3.

15 art. 3, 16,18, 25 y 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

16 CHIAPERO, Silvana María (2012): Op. Cit., p. 29.

3. Casos de pedido de autorización judicial previa al alumbramiento, con el embarazo en curso.

4. A su vez, en el marco de un proceso colectivo promovido por el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, la Federación LGTB y una pareja de copadres, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó una medida cautelar colectiva mediante la cual ordenó al Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires que inscriba provisoriamente a los niños y niñas nacidos por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizadas en nuestro país a través de la gestación por sustitución, a favor de las personas que ejerzan el derecho a la voluntad procreacional expresando su consentimiento previo, libre e informado, sin emplazar como progenitora a la mujer gestante que previamente manifestó no titularizar ni ejercer voluntad procreacional alguna¹⁷.

VI. Los casos argentinos

En los casos de maternidad subrogada se verifica una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, dada por la utilización de técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro, que nos enfrenta a la necesidad de determinar legalmente la maternidad del hijo habido de esta gestación¹⁸.

Los supuestos que comprende se pueden dividir en tres grandes grupos, según la amplitud o delimitación conceptual de los supuestos. Así se aceptan:

1. Casos en que sólo el embrión de una pareja puede ser implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz el hijo en beneficio de la pareja.

2. Supuestos en que la mujer gestante es inseminada o fecundada con su propio óvulo y el aporte de semen de un hombre casado, asumiendo el compromiso de tener al hijo y entregarlo a la pareja conformada por el dador del semen y su esposa, renunciando a sus derechos maternos filiales con fines de adopción.

3. Y los casos más usuales y amplios, en los que técnicas médicas permiten a una mujer gestar un hijo para terceros con distintas variantes: a) que los gametos sean aportados por el matrimonio o pareja contratante; b) que ambos gametos provengan de donantes; c) que la gestación lo sea con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de donante; y d) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja contratante, el semen¹⁹.

Estos últimos supuestos han conformado la mayoría de los casos argentinos que, sobre la materia, se han presentado ante los diversos Tribunales del país, aún antes de la entrada en vigencia del nuevo CCC. Entre ellos pueden mencionarse precedentes dictados

17 CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA UNICA- "DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO –OTROS- Número: EXP A1861/2017-0"- Agosto De 2017

18 FAMÁ, María (2011): "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura Regulación", La Ley, t. 2011-C, (Buenos Aires, 2011), p. 1217

19 FAMÁ, María (2011): Op. Cit., p. 1217.

por la justicia nacional en lo civil²⁰, por la justicia de la Ciudad de Buenos Aires²¹ y por numerosos Tribunales del país²², incluso de la Provincia de Córdoba²³:

VII. Breve análisis de los casos cordobeses

Los cuatro casos que se registraron en la provincia de Córdoba han obtenido resolución muy recientemente y, paradójicamente, son cuatro supuestos absolutamente distintos. Tres de ellos se presentaron antes de la consecución del embarazo y uno con posterioridad al nacimiento del niño. A su vez, han involucrado tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, y un caso de monoparentalidad en el que una mujer deseaba ser madre por medio de esta técnica.

Precisamente, la diversidad de los casos planteados y soluciones brindadas por los magistrados ameritan un breve análisis de cada uno, a fin de dejar expuestas las diferencias apuntadas. De esta manera se pretende demostrar que pese a la complejidad y multiplicidad del tema, los magistrados han realizado un exhaustivo análisis de cada situación en particular, y una interpretación amplia y acorde a los derechos humanos en juego. Por tales motivos, todos los casos presentados han logrado una acogida favorable por parte de los Tribunales de esta Provincia.

Estos fallos, junto a los anteriormente citados y dictados por tribunales de todo el país, constituyen una muestra muy importante del valor de la jurisprudencia frente al silencio de la ley y, probablemente, servirán de antecedente a la futura y necesaria legislación.

20 - Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, "N.N. o D.G.M.B s/ inscripción de nacimiento", Infojus online, Id Infojus: FA13020016.

- Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, "C., F. A y otro c/ R. S., M. L.", 18/05/2015, Cita Online: AR/JUR/12711/2015.

- Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, "N., N. O.", 25/06/2015, La Ley, Cita online AR/JUR/24326/2015.

- Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 - Expte. 70522/2014 - "B., B. M. y Otro c/ G., Y. A. s/ Impugnación de Filiación" - 20/09/2016.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H.-. "S. T. V. s/ inscripción de nacimiento" - 15/03/18. Cita: Diario Jurídico del 23/05/2018. http://www2.tribunales.gov.ar/intranet/Docs/Diario/DJ_240518.pdf

21 Tribunal Superior de Justicia C.A.B.A., "M., C. K. s/información sumaria", 04/11/2015, inédito.

- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires- Sala I, "D. N. S. E. Y Otros Contra Gcba Sobre Amparo" Expte N°: A37847-2015/0 Ciudad De Buenos Aires, Octubre de 2015.

Cámara De Apelaciones En Lo Cayt - Sala I Secretaría Única- "Defensor Del Pueblo De La Ciudad Autónoma De Buenos Aires Y Otros Contra Gcba Y Otros Sobre Amparo -Otros-Número: EXP

A1861/2017-0" - Agosto de 2017- cita: <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/075/320/000075320.pdf>

22 Juzgado de Familia de Gualeguay, "B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario", 19/11/2013, Cita: Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.

- Tribunal Colegiado Rosario Nro. 7, "XXX", 02/12/2014, La Ley, Cita online AR/JUR/90178/2014; LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015.

- Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F.", 29/7/2015, Cita online: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por sustituci%C3%B3n.pdf>, compulsada el 10/03/2016.

- Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, Cita Online: AR/JUR/58729/2015.

- Juzgado Familia Nro. 9 de Bariloche, "X", Expte. Nro. 10178-14 , 29/12/2015, inédito.

- Juzgado Familia Nro. 7, Lomas de Zamora, "H., M. y otro/a", 30/12/2015, Microjuris online, MJ-JU-M-97208-AR.

- Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, S y G s/Filiación- inédito- Junio de 2016. <http://www.lacapital.com.ar/la-ciudad/la-justicia-otorgo-la-paternidad-plena-una-pareja-homosexual-n968385.html>

- Juzgado de Familia de Viedma - "Reservado s/ autorización judicial", Expte N° 0260/17/J7, Sentencia del 6 de julio de 2017.- <http://www.diariojudicial.com/nota/78740/civil/subrogacion-igualitaria.html>

- Juzgado de Familia Rosario, autos caratulados "H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS", CUIJ N° xxx", Auto N° 05 de diciembre de 2017 cita: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/078/007/000078007.docx>

23 - Juzgado de Segunda Nominación de Familia de Córdoba- "R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION"- Auto N° 930, del 22/11/17.

- Juzgado de Primera Instancia y Cuarta Nominación de Familia de Córdoba-"A., P. A. Y OTRO - MEDIDAS URGENTES"- ACTA N°98 FOLIO 122/126 del 21/05/18.

- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Familia de Villa María "R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES" (EXPTE. N° 2908074)- Sentencia N° 47 del 08/06/18.-

- Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de la ciudad de Córdoba "A., M. T. y Otro - Solicita Homologación" Expte SAC N° ... del 06/08/2018. http://www2.tribunales.gov.ar/cargawebweb/_news/newsDetalle.aspx?id=1536

Así, en el caso resuelto por el Juez de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba: “R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION”, del 22/11/17, una pareja heterosexual solicitó la autorización judicial para gestar su hijo en un vientre sustituto e inscribir a ese niño como propio.

La judicialización del caso se realizó de manera previa a lograr el embarazo, tal como lo preveía el artículo del Código Civil y Comercial que fue eliminado antes de su aprobación, por la vía del “Pedido de homologación de un convenio sobre *“gestación por sustitución”*”.

El magistrado analizó la procedencia del pedido de homologación del acuerdo, analizando los requisitos considerados relevantes a tal fin. Concluyó que era viable su homologación, ya que el mismo no vulnera ni el orden público y se condice con la tutela efectiva de los derechos de las partes. A su vez, consideró innecesaria la declaración de inconstitucional del art. 562 del CCC.

Finalmente, el juez homologó el acuerdo y autorizó a la pareja a inscribir como propio al niño que sería producto de un embrión de ambos y que crecería en el útero de otra mujer, que era pariente de ellos (su cuñada), quien manifestó ante el juez que no contaba con voluntad procreacional en relación al niño que engendraría.

En tanto, en el resuelto por la Jueza de Familia de Cuarta Nominación: “A., P. A. Y OTRO - MEDIDAS URGENTES”, del 21/05/18, se autorizó a un matrimonio homosexual, compuesto por dos varones, a anotar a su hijo, gestado por una amiga, con sus apellidos. El embarazo se logró con un óvulo de banco fecundado por una técnica “in vitro” y con espermatozoides de uno de los papás. El caso se judicializó después del nacimiento del bebé, aunque la gestante había prestado su consentimiento previo ante Escribano Público y ante el centro de reproducción humana asistida.

La demanda se canalizó por la vía de la “medida autosatisfactiva”, una vez que se produjo el nacimiento, y con el fin de inscribir al bebé como hijo del matrimonio de comitentes, quienes manifestaron su “voluntad procreacional”.

La jueza finalmente ordenó al Registro Civil la inscripción de la filiación derivada de la técnica de reproducción humana asistida. Es decir, el niño se inscribió como hijo de los comitentes, con el apellido de los dos hombres. A su vez, también desestimó la declaración de inconstitucionalidad del art. 562, CCC, por cuanto no hay voluntad procreacional y ni nexo genético entre el hijo y la gestante. Es decir, no hay razón alguna para atribuirle la maternidad.

En el caso analizado por el Juzgado de Villa María: “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES”, del 08/06/18, una pareja heterosexual con graves problemas para conseguir un embarazo de forma natural y con técnicas asistidas, solicitó autorización para autorice para llevar adelante la técnica de reproducción médicamente asistida llamada gestación por sustitución, con gametos de los comitentes y/u ovodonación en caso de ser necesaria, determinando que la filiación de la niña o niño que nacerá de dicha técnica recaiga sobre los comitentes por ser quienes poseen la voluntad procreacional de acuerdo a lo dispuesto por los art. 558. La gestante sería una amiga íntima de la mujer, quien está casada y tiene dos hijos.

El magistrado, luego de haber realizado un exhaustivo análisis de los hechos que rodean el caso y apoyándose, mayormente, en instrumentos internacionales de derechos humanos, hizo lugar a la autorización. A su vez, ordenó que una vez producido el nacimiento, el niño o niña, sería inscripto en el Registro Civil como hijo del matrimonio comitente, sin tener vínculo alguno con la gestante.

Finalmente, el Juez de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de la ciudad de Córdoba, muy recientemente homologó un acuerdo realizado entre dos mujeres,

en virtud del cual una de ellas gestaría en su vientre a un niño/a que sería inscripto en el Registro Civil como hijo de la otra. Esta última, debido a graves problemas de salud, había perdido su útero y por ello no podría quedar embarazada. Es este supuesto, quien brinda la voluntad procreacional no aportaría material genético, ya que la fecundación se realizaría con óvulos y esperma provenientes de un banco de donantes anónimos (autos: “A., M. T. y Otro - Solicita Homologación”, del 06/08/2018).

En este caso sí se declaró la inconstitucionalidad del art. 562, CCC, que determina que la maternidad, por ley, es atribuida a la mujer gestante. A tales efectos el magistrado expresó: *“Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CC y C la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna per ser la persona que dio a luz” (sic).*

En definitiva autorizó a las mujeres a realizar la práctica biomédica, previo a prestar el consentimiento informado en los términos del art. 560 y 561 del CC y C, y que luego sea inscripta, la persona humana nacida de esa manera, como hijo de quien manifestó su voluntad procreacional. Recomendó hacer conocer al hijo su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez.

VIII. Conclusiones

La gestación por sustitución importa una forma (especial) de ejercer el derecho a procrear, que se encuentra comprendido en el derecho de formar una familia y el libre desarrollo de la persona. En consecuencia, aunque la ley no la haya regulado expresamente, no puede ser desconocida por los jueces. Admitir lo contrario implica, además de desdeñar aquel derecho fundamental y, consecuentemente, a nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, sino también frustrar psicológica y socialmente a aquellas personas y/o parejas que, aunque lo desean profundamente, les es físicamente imposible gestar un hijo.

No es el derecho a un hijo/a el que se debe garantizar, sino la posibilidad de intentar concebirlo por medio de las técnicas y avances científicos que se ponen a disposición del hombre para corregir las imperfecciones que predispone la naturaleza.

No obstante ello, nunca debe perderse de vista el principio que obliga a privilegiar siempre el interés superior de los niños/as, quienes tienen derecho a la identidad y la vida familiar, es decir, a crecer en el ámbito de una familia. Este último concepto debe considerarse tal como lo hace el nuevo Código Civil y Comercial, es decir, admitiendo múltiples formas de vida familiar (entre ellas: familias monoparentales, ensambladas, extendidas, homosexuales, heterosexuales, etc.)

Corresponde garantizar este derecho sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Es que, la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad, y por ello merece la más amplia protección por parte de todos los órganos del estado. Así, el derecho a la vida familiar comprende el derecho de los padres de procrear y de que sus miembros puedan vivir juntos; el derecho a ejercer la responsabilidad parental, crianza, cuidado y educación de los hijos, etc.

Por otro lado, de los numerosos casos jurisprudenciales presentados se desprende que la falta de regulación no ha amilanado la utilización de la práctica de la gestación por sustitución. Por ello, no deberá descartarse que en el futuro el tema fuera nuevamente

traído a estudio y sea objeto de un debate, más amplio en el tiempo y concreto en la materia, a nivel social y legislativo.

De todos modos, el artículo proyectado en el nuevo Código Civil y Comercial (y luego descartado) es de utilidad para los jueces a los que se les presentan este tipo de casos. Complementa a aquellos argumentos fundados en el derecho a procrear, a la vida familiar y a la identidad, e interés superior del niño, reconocidos por los Tratados Internacionales. Porque, pese al vacío legal específico, se han encontrado fundamentos suficientes en los derechos humanos y principios consagrados en los Tratados Internacionales, que hoy tienen jerarquía supra constitucional, y en la normativa Proyectada (de conformidad a los art. 2 y 3 del CCC).

En definitiva, la gestación por sustitución es una práctica existente y, como lo demuestran los casos señalados, más frecuente de lo que se cree. Es decir, que la falta de regulación no ha generado su supresión como medio para acceder a la paternidad por parte de parejas que naturalmente están imposibilitadas para tener hijos. Por ello, y para evitar soluciones dispares o hasta contradictorias (efectos no deseados), resulta conveniente su legislación. Es cierto que el tema exige un debate adulto y exhaustivo. Pero no debe olvidar el legislador que el tiempo es un factor determinante en aquellos que ansían ser padres y no pueden serlo naturalmente. La ciencia y la medicina han dado respuestas y soluciones substanciales, apropiadas y oportunas a la problemática. Resta que el Derecho (léase: el sistema legal) asuma la responsabilidad que le corresponde e imponga reglas claras, coherentes y adecuadas que la realidad le exige.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZPIRI, Jorge O. (2015), *Incidencias del Código Civil y Comercial- Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi.
- BELOFF, Mary; DEYMONNAZ, Virginia; FREEDMAN, Diego; HERRERA, Marisa y TERRAGNI, Martiniano (2012), *Convención sobre los Derechos del Niño Comentada, Anotada y Concordada*, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- CHIAPERO, Silvana María (2012), *Maternidad Subrogada*, Buenos Aires, Ed. Astrea.
- FAMÁ, María (2011), “*Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*”, en *La Ley*, t. 2011-C, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés (2015), “*Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución*”, *DIP Diario Familia y Sucesiones Nro. 40*. (<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Familia-Doctrina-2015-08-21.pdf>) (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- IGLESIAS, Elsa (2015) en GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia (Directores): *Código Civil y Comercial- Análisis Jurisprudencial- Comentado, Concordado y Anotado, Tomo I*, Rosario, Ed. Nova Tesis.
- GONZÁLEZ, Andrea; MELÓN, Pablo; NOTRICA, Federico - “*La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*” - www.infojus.gov.ar - Id Infojus: DACF150426 (<http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-def6240-51fcanirtcod>) (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).

- GONZALES MAGAÑA, Ignacio (2014), *“La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”*, Publicado en: DFyP 2014 (noviembre) - Cita Online: AR/DOC/3853/2014. (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I*, Buenos Aires, Ed. Infojus.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (2014), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni.
- LAMM, Eleonora (2012a), *“Gestación por sustitución Realidad y Derecho”*, *Indret Revista Para Análisis Del Derecho*, (edición de Julio), Barcelona. http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf (fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- LAMM, Eleonora (2012b); *“La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”*, *Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona*, N° 24, (enero), (<http://www.ub.edu/fildt/revista>) (fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- LAMM, Eleonora (2016c), *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicaciones I Ediciones.
- MEDINA, Graciela (1997), *“Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana”*, *Revista La Ley* Nro. 119, Junio de 1997- Id Infojus: DACA970156. (http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca970156-medina-maternidad_por_sustitucion_principales.htm) (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- POLVERINI, Verónica (2012): *“La voluntad procreativa como causa fuente de filiación. En Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012”*, *El Derecho*, Buenos Aires (<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>) (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018)
- ZANNONI, Eduardo. A. (2012), *Derecho civil. Derecho de familia, Tomo 2*, Buenos Aires, Ed. Astrea.

LEGISLACIÓN

- Constitución de la Nación Argentina (CN).
- Convención Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH)
- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina- Ley (CCC).
- Código Civil de Dalmacio Velez Sarsfield (CC).
- Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
- Ley 26.618 Matrimonio Igualitario
- Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

CONSULTA DE JURISPRUDENCIA

- Revista Actualidad Jurídica On line: www.actualidadjuridica.com.ar
- Sistema Argentino de Información Jurídica- Infojus: www.infojus.gob.ar
- Página oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: www.csjn.gov.ar
- Página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.or.cr
- Base jurídica del Poder Judicial de Córdoba: <http://jurisprudenciaca.justiciacordoba.gob.ar/cordoba.php>