

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los avances jurisprudenciales en Argentina

Assisted Human Reproduction techniques and jurisprudential developments in Argentina

Facundo Álvarez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)24](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)24)

Comentario a

Alanis, Virginia Gertrudis y Otro - Autorizaciones
**Juzgado de Primera Instancia y Segunda Nominación en lo Civil, Comercial,
de Conciliación y Familia de Bell Ville**

RESUMEN:

En un caso reciente en el que se requería la autorización para llevar adelante una Gestación por Sustitución, el Juez interviniente en la causa resolvió hacer lugar a la demanda presentada por una pareja que solicitaba efectuar la práctica mediante la implantación del embrión en el útero de una tercera persona, y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, permitiendo que el niño/a nacido de la mujer portadora fuera inscripto en el Registro Civil y de Capacidad de las personas como hijo de los requirentes.

La importancia de la resolución radica en dos grandes cuestiones: por un lado, la autorización otorgada por el Juez para llevar adelante la práctica, y, por otro lado, los fundamentos que brinda para declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 en este caso.

ABSTRACT

In a recent case where an authorization was requested to practice a surrogacy, the Judge ruled in favor of the claim filed by a couple seeking to carry out the procedure by implanting the embryo in the uterus of a third person, and declared article 562 of the Civil and Commercial Code unconstitutional. This allowed a child born from the surrogate mother to be registered in the Civil Registry as child of the intended parents.

The significance of the sentence lies in two main aspects: on the one hand, the authorization

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba); Maestrando en Derecho de Empresas (ICDA – Universidad Católica de Córdoba); Asistente de Magistrado – Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; OCRID N° 0009-0001-8841-2063.

granted by the Judge to go ahead with the procedure, and on the other, the reasons provided to declare the unconstitutionality of article 562 in this case.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución - Filiación - Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Derecho a la familia.

KEYWORDS: Surrogacy - Filiation - Assisted Human Reproduction Techniques - Family law.

I. Introducción

En este artículo voy a analizar el caso "Alanis, Virginia Gertrudis y Otro – Autorizaciones", resuelto por el Juzgado Civil, Comercial de Conciliación y Familia N° 2 de la Ciudad de Bell Ville, en la Provincia de Córdoba.

En el caso bajo análisis, la pareja conformada por los accionantes inició el proceso judicial tendiente a obtener la autorización para llevar adelante la Técnica de Reproducción Humana Asistida (en adelante THRA) por medio de gestación por sustitución. A los fines de efectivizar el procedimiento, plantearon que éste se llevaría adelante mediante el aporte de gametos de la pareja y/o de un donante, así como el aporte gestacional de una tercera mujer portadora, esta última, amiga de ambos.

Las dos cuestiones medulares que aborda la resolución son, por un lado, la autorización solicitada por la pareja de llevar adelante el procedimiento médico en sí; con la consecuente inscripción del niño como hijo de la pareja y, por otro lado, la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación para el caso en particular.

El fallo se hace eco de otros antecedentes cercanos en tiempo -tanto nacionales como provinciales- que están dando solución al problema de la falta de regulación en las cuestiones reproductivas que atentan contra el proyecto familiar de múltiples argentinos, y están sirviendo de antecedente directo para brindar soluciones a la problemática filial surgida como consecuencia de los avances sociales y científicos, dando un paso más ajustado a la realidad social contemporánea.

II. Análisis del caso

1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Generalidades. La gestación por sustitución en particular.

De modo preliminar, podemos decir que las TRHA son un conjunto de procedimientos médicos empleados para ayudar o hacer posible la procreación humana y resolver problemas de esterilidad de las parejas. La OMS las identifica como "Reproducción médicamente asistida" o "Técnicas de reproducción asistida" (ICMART & OMS, 2010), pero podríamos resumirlo en que son todos los tratamientos o métodos tendientes a lograr el establecimiento de un embarazo, cuando una pareja no logra concretarlo de forma natural. Estos métodos surgieron a lo largo de la historia como consecuencia de los avances científicos, médicos y sociales, que llevaron también a los sistemas jurídicos a tener que crear leyes que dieran un marco legal apropiado para llevar adelante las diversas prácticas reproductivas.

A nivel nacional, Argentina sancionó en el año 2013 la Ley N° 26.862, que define a la reproducción médicamente asistida, como los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Esta norma establece los lineamientos generales que regulan los derechos que asisten a las personas que buscan concretar un deseo de maternidad o paternidad, y que, por circunstancias naturales, ajenas a su voluntad, se ven imposibilitados de lograrlo.

En líneas generales, la Ley comprende el derecho de acceder a los procedimientos de TRHA, con independencia de la orientación sexual, estado civil o tipo de cobertura de salud; así como enumera las diferentes técnicas en particular y los deberes que pesan sobre los ciudadanos que eligen acceder a estos métodos.

Para aproximarnos al concepto de la gestación por sustitución en particular, práctica cuya autorización se requería en los autos analizados, tomando la denominación adoptada por el anteproyecto del Código Civil y Comercial, podemos hablar de la gestación en virtud de la cual una mujer que actúa como gestante precisamente gesta un hijo para otra persona, sin ánimos de actuar como madre. El hecho de que sea por sustitución implica, justamente, que se gesta un hijo para otra persona que no puede hacerlo (Lamm, 2012).

El Juez presenta en este caso a la gestación por sustitución como una especie del género dentro de las THRA, en la misma línea que lo hace la Dra. Lamm, planteando que se puede definir como una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona gestante acuerda con otra, o con una pareja, gestar un embrión. El magistrado hace hincapié en que uno de los principales objetivos de la práctica, junto con la efectiva implantación de un embrión, es que la persona nacida tenga vínculo jurídico filiatorio con la pareja comitente, en lugar de con la madre gestante.

Dicho esto, y como se verá más adelante, lo que hace al fondo del asunto no califica como una cuestión litigiosa o contenciosa, sino simplemente una autorización de una práctica no legislada que implica, por un lado, la habilitación para efectuar la práctica en sí, y por otro la declaración de inconstitucionalidad de una norma que, a mi modo de ver, resulta tal vez incoherente con la misma ley que la habilita.

2. La autorización judicial y la norma en contraste con la realidad

Con relación a lo primero, considero relevante destacar la postura que toma el Magistrado al abordar la cuestión de la autorización. Si bien él mismo enfatizó que no buscaba dotar la solución de originalidad o novedad, ya que el tema fue abordado por diversa jurisprudencia y doctrina, no deja de ser relevante algo que puede resultar obvio: la vigencia del principio de legalidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, frente a la falta de prohibición expresa de las normas que regulan la temática reproductiva, en particular a la Gestación por Sustitución.

Al respecto, se refirió Bidart Campos al expresar que la concepción dogmática y absoluta del ordenamiento jurídico resulta imposible de sostener frente a la realidad que exhibe el mundo normativo, muchas veces incompleto, con innumerables vacíos y algunas (Masciotra, s.f.). Es así que, si bien los ciudadanos tenemos el deber de sujetar nuestros actos a las previsiones contenidas en las leyes, puede ocurrir que el desarrollo de las ciencias, las nuevas tecnologías y los cambios físicos y sociales tornen al derecho a veces obsoleto o insuficiente.

¿Qué consecuencias trae esto? Que la falta de una norma clara que establezca los derechos y obligaciones de las partes involucradas en un caso como el que estamos analizando -o, en caso que exista, ésta resulte contradictoria con una normativa de igual o mayor jerarquía- pondrá en una situación de desamparo a las personas que, por limitaciones naturales o de salud, no pueden concretar su proyecto de vida familiar. Es por esto que los jueces tienen la obligación de llegar a una solución aplicando principios generales del derecho, tratados internacionales de derechos humanos y precedentes judiciales.

Sobre este punto el Tribunal destacó que la falta de regulación provoca que, tanto las personas ya nacidas como los padres gestantes y familiares, se encuentren frente a una total desprotección jurídica que repercute en todos los aspectos de su vida, situación que indudable y necesariamente habilita la discrecionalidad judicial para hacer frente a la incertidumbre jurídica bajo la que se encuentran.

De allí es que resulta necesario someter la autorización de la práctica al Juez, ya que, por un lado, al tratarse de una técnica no receptada de manera expresa por nuestra legislación vigente, los centros de salud requieren una autorización judicial para llevar adelante el tratamiento. Es que, por otro lado, la falta de esta última produciría que la filiación se determine por las reglas de la filiación por naturaleza.

En casos como estos en los que no existe una regulación expresa, es importante la autorización de un magistrado cuando, al tratarse de una práctica con componentes "controvertidos", existe una posible afectación de derechos fundamentales tanto en la madre gestante, el niño que va a nacer y por último de los pretensos padres. Desde esta perspectiva, la intervención del Juez implica una garantía no sólo de legalidad, sino también de proporcionalidad, respeto por la autonomía de la voluntad y el interés superior del niño.

Es así que la autorización no sólo legitimará el acto médico, sino que también va a dotar de protección a las partes involucradas, determinando la filiación, y evitando eventuales y futuros conflictos.

Por otra parte, no puedo pasar por alto de dónde surge el quid de la cuestión y cómo esta ausencia de regulación se vislumbra como una consecuencia de la falta de adecuación de las normas con la realidad y con los avances sociales de los últimos tiempos. Esta circunstancia afecta no sólo a las familias hetero parentales con limitaciones naturales o médicas, sino también a las familias mono y homoparentales, como nuevos sujetos que, si bien están reconocidos en el propio CCCN, se ven también afectados por esta ausencia de normativas que los protejan.

La llamada "familia tradicional matrimonial", basada en la procreación por naturaleza como único modo conocido por el derecho entró, en las últimas décadas, en una crisis sustancial. En relación a este tópico las Dras. Aida Kemelmajer, Marisa Herrera y Eleonora Lamm plantearon que, en el nuevo panorama social, junto con modelo tradicional, conviven en la realidad diversos "nuevos" modos de vivir en familia y distintas nuevas formas de procreación, por lo que el derecho en general y el filial en particular no pueden escapar a estas transformaciones (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lamm, 2012: 3-45).

En este sentido, el Juez de la causa tomó estos lineamientos como marco genérico para dar una respuesta a los planteos en particular que se le sometieron a estudio, enfatizan-

do en que los cimientos de esta práctica deben buscarse en el derecho a procrear y a formar una familia, por ser un derecho humano fundamental.

Desarrolla también este punto cuando hace referencia al anteproyecto de reforma del CCCN, al mencionar el proyectado artículo 592 que establecía, por un lado, la existencia de la práctica en sí y por otro lado el establecimiento filiatorio entre el nacido y el o los comitentes. Sumado a esto, el artículo preveía que debía acreditarse, entre otras cuestiones, el interés superior del niño que puede nacer, la capacidad plena y salud física y psíquica de la persona gestante, el aporte de gametos de alguno de los comitentes, el hecho de que la gestante no aporte gametos ni reciba retribución alguna, etc. El énfasis se pone en que esta regulación proyectada -que en muchas resoluciones semejantes se toma como doctrina- habilitaba la práctica de la Gestación por Sustitución de manera amplia e igualitaria, sin discriminación alguna; sino con el fin último de asegurar el derecho a formar una familia en cualquiera de sus modalidades.

En definitiva, este fallo representa así un avance significativo en el reconocimiento explícito del derecho a formar una familia en un enfoque igualitario, superando estereotipos y barreras discriminatorias.

3. La voluntad procreacional como nueva causa fuente del derecho filial.

Tanto las normativas internacionales como las argentinas establecen que la voluntad procreacional es determinante al momento de analizar los casos de gestación por sustitución. Es así que el propio CCCN incluye como fuente de filiación a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 558.

El Juez fundamenta su postura en el concepto de la voluntad procreacional, en el sentido de que implica querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir responsabilidades emergentes de la relación paterno filial, y que en el campo en análisis resulta ser la fuente típica de creación del vínculo, materializándose así el elemento volitivo.

Expone el Dr. Andrés Gil Domínguez que la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (.). Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un Código Civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente, aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y del linaje (Gil Domínguez, 2015: 36).

Tomando esta idea de base, el Tribunal valoró que éste es el norte a seguir en los casos que tratan esta temática, que es el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a fundar la familia, el respeto por la autonomía personal, reproductiva, la integridad psicofísica y el goce de los avances científicos.

Tampoco debe pasarse por alto la posición que ocupa la mujer gestante, amiga de la pareja comitente. En este sentido, el Juez hace énfasis en que es imprescindible la ausencia de voluntad procreacional en ella; sino que su aporte tiene que ser la expresión de una actitud altruista y desinteresada, en apoyo a la realización de la práctica en favor de la pareja. Hay que destacar así la particularidad de que el proyecto parental compromete

el cuerpo y la salud de una tercera persona, con quien después el niño o niña no tendrá vínculo jurídico alguno, más allá de su derecho a saber que ha nacido de este modo (No-trica & Curti, 2018: 14-15).

Dicho esto, una vez manifestada y asumida la voluntad procreacional -manifestada de manera libre e informada-, ésta debe ser el fundamento legítimo para establecer la relación jurídica entre los actores y el niño nacido, ya que así se le garantiza al niño un entorno familiar adecuado y se respeta la autonomía de la persona gestante de participar del proceso sin tener que asumir ningún rol materno.

4. La declaración de inconstitucionalidad

Los actores solicitaron que, una vez autorizada la práctica, y de resultar ésta exitosa, el hijo nacido sea inscripto a su nombre, es decir, como hijo de la pareja.

En este sentido, se advierte que existe una clara contradicción de todo lo expuesto anteriormente con la disposición expresa del art. 562 del CCCN en cuanto establece que *“los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que ha prestado su consentimiento previo ...”*.

A los fines de resolver esta cuestión, el Juez -acertadamente- planteó que la mencionada norma adopta una postura desfavorable respecto a la práctica analizada, ya que no toma en cuenta el elemento volitivo, sino que desconoce totalmente la voluntad de los progenitores intencionales, con todo lo que ello implica, atribuyéndosela a la mujer gestante.

En este sentido, planteó que *“quitando el impedimento legal de la disposición del art. 562 del CCC, la autorización que esta resolución alumbraría resultaría inviable e intrínsecamente contradictoria. Se transformaría en una encerrona que la propia autorización procura despejar, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, debe reconocer a esta última como su madre, invalidando la razón que le dio carta libre a la práctica como la voluntad procreacional de Virginia Gertrudis Alanis”*.

Simplificando, podemos decir entonces que, en caso de que no se declarara la inconstitucionalidad del artículo, los actores verían violentado su derecho de ser padres, que está autorizado y reconocido por el propio artículo que habilita la práctica. En este sentido, considero más que razonable la conclusión a la que llega el juzgador.

III. Conclusiones

En definitiva, estimo que la solución adoptada por el Tribunal resulta adecuada a las circunstancias presentadas ya que el Juez se mostró atento y a la altura de los avances sociales, científicos y jurídicos, así como de las problemáticas que atraviesa hoy el derecho de filiación. Esta solución integra el conjunto de antecedentes que hoy están dando cuenta de que el derecho argentino, en particular el de Córdoba, no puede ni debe quedarse atrás en cuestiones tildadas a veces de sensibles o polémicas, sino que tiene que ser aquel que asegure el amparo efectivo de los derechos esenciales de sus ciudadanos.

En este sentido, el fallo no sólo da respuesta concreta y justa a los actores, sino que también representa un ejemplo de cómo, frente a los vacíos legislativos, la judicatura puede -y debe- actuar como agente de adecuación normativa a la realidad social contemporánea.

nea; promoviendo así un derecho dinámico, inclusivo y comprometido con la dignidad humana.

Ojalá estos avances constituyan un punto de partida, que sirva también como llamado a la sociedad en general y a los agentes de derecho en particular, para dar respuestas concretas a las problemáticas causadas por un derecho muchas veces insuficiente y ajeno a la realidad.

Referencias bibliográficas

- Gil Domínguez, A. (2015). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ediar.
- International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology & Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Organización Mundial de la Salud.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2012). Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino: Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Derecho Privado*, 1(1), 3-45.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución: *Realidad y derecho*. *InDret*.
- Masciotra, M. (s.f.). Discrecionalidad judicial: paradigma del Código Civil y Comercial de la Nación. *Base de Datos SAJ*. ID SAJ: DACF240083.
- Notrica, F., & Curti, P. J. (2018). Técnicas de reproducción humana asistida. En M. Herrera (Dir.), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Tomo II, pp. 14-15). Rubinzal Culzoni.