

E

EN LETRA

DERECHO CIVIL  
Y COMERCIAL

Año II, Nº3  
Junio de 2017  
ISSN 2525-0140

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.



*Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.* Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN 2525-0140.

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por el **CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES (CEICJUS)**.

**Editor responsable / correspondencia epistolar:**

Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales  
Uruguay 546, piso 2º, departamento 3 (C1015ABL)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

**Correspondencia digital:**

[direccion@enletracyc.com](mailto:direccion@enletracyc.com)

Diseño gráfico de las tapas confeccionado por **Luciana PAPAIZAN**.

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. El CEICJUS, EN LETRA, EN LETRA DERECHO PENAL, EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

## EDITORIAL

La publicación de esta tercera edición tiene un significado especial para nuestro Consejo Editorial. Hace un año presentábamos al mundo académico el primer número de la Revista, con las expectativas y ansiedades que todo trabajo inaugural representa para sus participantes. Hoy, a un año de tan importante evento, creemos que hemos recorrido un camino de aprendizaje, aunque —por supuesto— mucho más largo es el camino que queda por delante.

En esta edición, el Comité Evaluador Externo, plenamente consolidado, ha aportado su saber al evaluar detallada y criteriosamente cada uno de los originales recibidos. Sin lugar a dudas, su colaboración ha ayudado a dotar de mayor profesionalismo y cientificidad nuestro quehacer editorial.

Comenzamos este número con la ya tradicional Columna que caracteriza el inicio de las publicaciones del CEICJUS, en esta oportunidad a cargo de nuestra Editora Senior, Agustina Perez. En ella, la autora, con una mirada crítica y actual, reflexiona sobre la tensión entre la libertad de expresión y la publicidad sexista.

Un artículo de autoría de José Luis Monti da inicio a la sección de artículos de la Revista. En su trabajo, el autor analiza el accionar de los jueces en casos de lagunas normativas, poniendo especial énfasis en el problema que representa la justificación de la sentencia ante tales situaciones.

Luego, pasamos al área del Derecho Comercial de la mano de Santiago del Río y Cecilia Hoszowski. Del Río aborda y fundamenta la necesidad de obtener la aprobación de la nueva ley de defensa de la competencia (actualmente bajo análisis del Poder Legislativo), atento el desactualizado sistema legal que impera en Argentina en dicha área. Hoszowski, por su parte, analiza la obligación de registrar el contrato de fideicomiso a la luz de la legislación actual, resaltando el vacío legal que existe ante la no registración frente al concurso o quiebra del fiduciante.

Más adelante, se abordan las temáticas actuales del Derecho de Familia. Maximiliano Nitto y Fiorella Bianchi examinan la controvertida figura de la gestación por sustitución, tanto a la luz del ordenamiento jurídico argentino como desde una perspectiva de Derecho Comparado. Por su parte, Ivana Cajigal Canepa reflexiona sobre la importancia de tener en cuenta la opinión de niños, niñas y adolescentes cuando se trata de intervenciones médicas que afecten su cuerpo y su salud.

En materia de derechos fundamentales, Leonardo Geri analiza el régimen jurídico local sobre directivas médicas anticipadas, a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho Comparado.

Cierra esta edición de la Revista el trabajo de una joven abogada uruguaya, quien ha confiado en EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL para publicar su *opera prima* en materia de Derecho Internacional Privado. La autora sostiene que existe una imperiosa necesidad de actualizar e intensificar las soluciones vigentes en materia de cooperación cautelar internacional con miras a garantizar una mejor realización transnacional de la justicia.

De esta manera presentamos el tercer número de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL, que marca a su vez nuestro primer aniversario, a la espera de continuar contando con el apoyo y confianza de autores que deseen dar a conocer sus trabajos científicos a la comunidad académica a través de nuestra publicación.

Consejo Editorial de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28 de junio de 2017

---

## GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: LAS GRAVES IMPLICANCIAS DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE UNA PRÁCTICA INSTAURADA EN LA REALIDAD ARGENTINA

*Maximiliano NITTO\** y *Fiorella BIANCHI\*\**

---

Fecha de recepción: 15 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 28 de mayo de 2017

### Resumen

En el presente artículo se propone analizar la figura de la gestación por sustitución. Se comenzará por investigar las técnicas de reproducción humana asistida, sus orígenes, su recepción en Argentina y su evolución hasta lograr convertirse en normativa vigente. Posteriormente, se examinará en profundidad el instituto bajo estudio, comparando las diversas posturas que han tomado los países acerca de su regulación y el lugar que fue obteniendo en la legislación interna —desde el Código de Vélez hasta el Código Civil y Comercial—. Finalmente, desarrollaremos las graves implicancias que genera —en la práctica— la ausencia de regulación.

### Palabras clave

Gestación por sustitución – maternidad subrogada – Código Civil y Comercial de la Nación – técnicas de reproducción humana asistida – mujer gestante – comitentes – voluntad procreacional – filiación – Derecho de la salud – judicialización – bioética – Derecho a la familia – igualdad ante la ley – Derecho a la dignidad – interés superior del niño

---

\* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Secretario académico del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante de segunda de la asignatura “Elementos de Derecho Civil (parte general)”, cátedra a cargo del Dr. Manuel Cobas. Colaborador de “Derecho a la Salud”, curso a cargo de la Dra. Marisa Aizenberg. Contacto: maximilianonitto@gmail.com.

\*\* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Ayudante de la asignatura “Obligaciones Civiles y Comerciales”, cátedra a cargo de la Dra. Sandra Wierzba. Colaboradora de “Derecho a la Salud”, curso a cargo de la Dra. Marisa Aizenberg. Contacto: fiore.bianchi@hotmail.com.

## SURROGACY GESTATION: THE ABSENCE OF REGULATION OF AN ARGENTINIAN PRACTICE AND ITS SERIOUS IMPLICATIONS

### Abstract

The present paper analyzes the surrogacy gestation subject. We will begin by examining the human assisted reproduction techniques, their origins, their admission in Argentina, and their evolution while becoming a substantive regulation. Subsequently, the institution herein observed will be deeply examined by comparing the different positions that have been taken by other countries regarding its regulation as the position that has been chosen by the Argentinian legislation, that is, from the Velez's Civil Code to the new Civil and Commercial Code. Finally, we will evaluate the serious implications that are being caused due to the absence of regulation.

### Keywords

Surrogacy gestation – surrogate motherhood – National Civil and Commercial Code – human assisted reproduction techniques – expectant mother – committents – *Procreation will* – Filiation – Health rights – judicial procedure – Bioethics – Family rights – equality before the law – Dignity right – best interest of the child

### I. Delimitación del objeto de estudio

El estudio del presente trabajo se centrará en investigar la situación de la gestación por sustitución en Argentina, las incontables problemáticas que genera su falta de regulación, sus posibles soluciones, mas limitándonos únicamente a lo concerniente al derecho interno.

No desconocemos el existente turismo reproductivo<sup>1</sup> que en muchos casos conlleva esta práctica, ni la fuerte vinculación que tiene con el Derecho Internacional Privado. Empero, su omisión es voluntaria a los efectos de cumplir con los límites anteriormente propuestos.

---

<sup>1</sup> LAMM (2012) denomina “turismo reproductivo” a aquellos casos en los que parejas o individuos comitentes, que disponen de medios económicos, se trasladan a otros países donde la práctica se encuentra regulada, para contratar a través de agencias a la mujer que gestará su hijo y luego establecer el vínculo filial en dicho país.

## II. Introducción

Ningún concepto permanece estático a lo largo del tiempo, y el significado jurídico de “familia” no ha sido la excepción. El modelo que hasta hace unas décadas era preponderante en la sociedad ha ido perdiendo virtualidad, permitiendo el avance de nuevos y numerosos tipos de familia.

A tal punto es así que —lejos de querer brindar una definición— nos limitaremos a mencionar los múltiples modelos de familia existentes en la actualidad: uniones de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, familias formadas por diversos vínculos de parentesco, familias ensambladas (SCOTTI, 2012). Todos ellos conforman, en el presente, diversos tipos de familias que el ordenamiento jurídico no puede desconocer ni dejar de regular.

A su vez, los avances científicos han contribuido a modificar el significado y alcance de los conceptos, logrando resultados que hasta hace unas décadas eran impensados. No hay que olvidar que hasta el siglo pasado el único modo de concebir era de forma natural, dentro del aparato reproductor femenino. Sin embargo, la tecnología ha conseguido implementar grandiosas innovaciones en la materia. Por tal motivo, hoy se han logrado disociar dos conceptos que durante mucho tiempo se consideraron inescindibles: sexo y concepción.

De esta manera, y coincidiendo con LAMM (2012), gracias a la tecnología —especialmente a las técnicas de reproducción humana asistida— es posible la reproducción sin la realización del acto sexual, y la concepción de un niño/a por fuera del seno materno. Sucede que, ineludiblemente, esta separación entre la procreación humana y el ejercicio de la sexualidad, suponen cambios estructurales que el derecho debe analizar y normar.

Es por ello que, a la luz de estas transformaciones, incluso ha variado la noción de “maternidad”, pudiendo disgregarse en 3 tipos: la genética, la gestacional, y la socioafectiva—que pueden, o no, convivir en la misma persona— (GIL DOMINGUEZ, FAMÁ, HERRERA, 2010).

## III. Derechos reconocidos por los tratados internacionales

Con la reforma de 1994, la Constitución Nacional mencionó por primera vez el “derecho a la salud” de manera expresa —aunque no autónoma— en su artículo 42. Pese a ello, el acierto más destacado en materia sanitaria se encuentra en el artículo 75 inciso 22 que otorgó jerarquía constitucional a ciertos Tratados Internacionales de Derechos

Humanos<sup>2</sup> que contienen expresamente la consagración del derecho a la salud como un derecho humano fundamental.

De esta forma y, a través de los tratados, el Estado ha dejado de tener un rol pasivo —por el que se limitaba a no intervenir negativamente en el disfrute de los derechos de sus ciudadanos—, para pasar a tener una función activa como administrador, garante y controlador del sistema.

Al respecto, la observación general n° 14, realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha señalado que el derecho a la salud no debe ser entendido como un mero derecho a estar sano sino que entraña libertades y derechos que deben ser respetados en un marco de igualdad y no discriminación. Así, les impone a los Estados tres deberes: respetar, proteger y cumplir.

Adentrándonos concretamente en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, mencionaremos específicamente aquellos que tienen estrecha relación con el objeto de estudio y cuyas normas consideramos vulneradas por nuestro país.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer: se desprende de su artículo 5, apartado b, la importancia de la maternidad como función social; de su artículo 12, las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica. Asimismo, surge de su artículo 16, el reconocimiento más importante en materia planificación familiar: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos...”*.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: aquí también observamos numerosos artículos que consagran el respeto de los derechos de las personas en igualdad de condiciones, entre ellos el artículo 11, que establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar<sup>3</sup>; y el artículo 17, referido a la

---

<sup>2</sup> El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, incorporó originariamente diez Tratados Internacionales de Derechos Humanos, dejando abierta la posibilidad de incluir otros a través del proceso legislativo que el propio artículo establece.

<sup>3</sup> La CIDH, en el fallo “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica” del 22 de noviembre de 2012, interpretó de manera amplia del concepto de libertad, entendiéndolo como la capacidad de



protección de la familia, que reconoce en los apartados 1 y 2 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Bajo este fundamento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “CIDH”) ha expresado en el precedente “*Artavia Murillo*”<sup>4</sup> que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Protocolo de San Salvador: en ambos instrumentos se hace mención a que los Estados deben garantizar el derecho a toda persona de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico — artículo 14, apartado “b” del protocolo de San Salvador, y artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre—.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”: el artículo 4, apartados a, b, c, e y f, establece: *“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; y f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley”*.

Declaración Universal de Derechos Humanos: el artículo 12 reza *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el artículo 15 indica *“Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”*.

---

hacer y no hacer todo lo que este 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 así definida, es un derecho humano básico. Asimismo ha dicho que el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, formando la maternidad parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Considerando así, que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada, en el sentido genético o biológico.

<sup>4</sup> CIDH, “*Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*”, 28/11/2012.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: el artículo 23.1 establece “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

En el mismo orden de ideas, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) reconoce el derecho básico que tienen todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos; como así disponer de la información y de los medios para ello, y alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Reconoce a su vez el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

Por último, la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU<sup>5</sup> estableció que la salud reproductiva es “*un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia*”. La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a “*métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados*”. Los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para la conformación de una familia y de recurrir a métodos para superar el obstáculo de la infertilidad. En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de esos derechos incluyen el acceso a tratamientos para la infertilidad y el uso de técnicas de reproducción humana asistida.

#### **IV. Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Orígenes y evolución dentro del derecho argentino**

Durante la mayor parte de la historia, la descendencia de la humanidad se produjo por la unión de hombres y mujeres considerados fértiles, cuyo resultado era la procreación de un ser vivo nuevo, diferente, con entidad y genética propia. Es por ello que, para aquellas parejas que no lograban concebir un hijo por causas de esterilidad o infertilidad, la única posibilidad de formar una familia era a través de la adopción.

---

<sup>5</sup> La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU fue llevada a cabo en Beijing en 1995, disponible online: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20ofull%20report%20S.pdf>.

Sin embargo, a lo largo de los años la ciencia se ha propuesto encontrar la respuesta a numerosos dilemas de la humanidad, representando el campo de la salud, un desafío constante. En materia de concepción, en 1978 nació la niña Louise Brown, a partir de una técnica innovadora, para esa época, que se denominó “fecundación in vitro”. El caso “Brown” fue bautizado como el primer bebé “probeta”, puesto que su concepción había sido lograda a partir de la unión de un óvulo y un espermatozoide —provenientes de sus progenitores— pero fuera del sistema reproductor femenino.

De allí en adelante, la ciencia y la tecnología han generado incontables avances, —siendo la fertilización in vitro una de las tantas TRHA que existen en la actualidad— permitiendo así que muchas parejas e individuos pudieran formar una familia con descendencia sanguínea propia.

Empero, los avances científicos rara vez son pacíficos. Por el contrario, a menudo distintos sectores de la sociedad ofrecen resistencia a estos cambios por considerar que contrarían la moral y ética imperantes.

En nuestro país, el reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida ha generado calurosos debates legislativos, cuyos orígenes se remontan al año 1985, cuando se presentó el primer proyecto legislativo para regularlas.

No obstante, recién en 2011 comenzaron las discusiones parlamentarias, adoptando el Estado el rol protagónico, hasta entonces desempeñado por el sector privado.<sup>6</sup>

Uno de los mayores debates alrededor de las TRHA ha sido si se las debía considerar como una solución para la infertilidad, y —de ser así— quiénes y cómo debían acceder a ellas. Esto no era menor ya que, si se consideraba que el problema sólo radicaba en la infertilidad —valorándola como una “enfermedad”—, se recortaba su acceso, limitándolo a un determinado grupo de personas y excluyendo a aquellos que, pese a no ser estériles, también requerían de estas técnicas para concebir —como las parejas homosexuales o personas solteras—.

Finalmente, se legisló a las TRHA desde la esfera de los derechos sexuales y reproductivos, entendiendo que abarcaban varias dimensiones: derecho a la igualdad,

---

<sup>6</sup> En tal sentido, creemos necesario aclarar que si bien en Argentina el uso de las TRHA no estaba prohibido, era una práctica a la que sólo podían acceder personas que contaran con los recursos económicos necesarios para solventarlas.

derecho a formar una familia, derechos reproductivos, derecho a la no discriminación por orientación o identidad sexual.<sup>7</sup>

Con el antecedente de la ley 26.618,<sup>8</sup> el 25 de junio de 2013 se promulgó la ley 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, cuyo artículo 7 estableció como beneficiarios a todas las personas mayores de edad, sin hacer distinción de sexo u orientación sexual.

No obstante ello, y pese a resultar un gran avance, la situación no quedaba resuelta debido a que, si bien a través de los artículos 121 y 126 de la Constitución Nacional, las provincias delegaron en la Nación ciertas facultades que les eran propias, se reservaron — entre otras potestades— el poder de legislar en materia sanitaria. Por tal motivo, el Congreso Nacional tiene el poder suficiente para dictar una norma sanitaria con carácter de orden público, pero las provincias no están obligadas a adherir a ella y, menos aún, a cumplir con su contenido.

Tanto es así que, desde la promulgación de la ley 26.862 a la fecha, tan sólo ocho provincias han adherido<sup>9</sup> y seis han sancionado sus propias normas.<sup>10</sup> En cambio, otras provincias, tales como Jujuy, Salta, Formosa, Corrientes, Tucumán, Catamarca, Santiago del Estero, San Juan y Mendoza no cuentan con normativa propia ni con adhesión a ley nacional.

Paralelamente a la sanción de la mencionada ley, existía en el país el Anteproyecto del Código Civil y Comercial (CCCN), cuyo origen se debió al exhorto realizado por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 191/2011.<sup>11</sup> En él se incluía el reconocimiento de la filiación a partir de las técnicas de reproducción humana asistida, a la vez que incluía —y tal como se

---

<sup>7</sup> Son los fundamentos brindados por la Diputada Iturraspe en la reunión 11- 8va. Sesión ordinaria de la Honorable Cámara de Diputados, de fecha 27 de junio de 2012. Versión taquigráfica online disponible en: <http://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/>.

<sup>8</sup> Esta ley modificó el Código Civil, reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>9</sup> Chubut (ley I-503 de agosto de 2013); Santa Fe (ley 13.357 de septiembre de 2013); La Pampa (ley 2.737 de octubre de 2013); San Luis (ley III-0868 de noviembre del 2013); Entre Ríos (ley 10.301 de mayo de 2014); La Rioja (ley 9.440 de octubre de 2013); Chaco (ley 7.645 de julio de 2015) y Misiones (ley XVII-87 de octubre de 2015).

<sup>10</sup> Neuquén (ley 2954 de agosto de 2015); Tierra del Fuego (ley 995 de agosto de 2014); Santa Cruz (ley 3225 de julio de 2011); Córdoba (ley 9695 de noviembre de 2009); Buenos Aires (ley 14208 de diciembre de 2010) y Río Negro (ley 4557 de junio de 2010).

<sup>11</sup> A través del cual se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

desarrollará en el apartado siguiente— a la gestación por sustitución como un medio idóneo para la procreación.

Sin embargo, el Anteproyecto terminó sufriendo serias modificaciones, y las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida —con excepción de la gestación por sustitución— quedaron reguladas en los artículos 560 a 564 del CCCN.

Así, el CCCN<sup>12</sup> ha sorteado —aunque parcialmente— las desigualdades que anteriormente observábamos en aquellas provincias que habían optado por la no regulación de las TRHA. Ello es así en tanto, en tales provincias, continúa siendo una cuenta pendiente regular el modo en que las personas podrán acceder a estas técnicas en condiciones de igualdad con respecto al resto de los habitantes del territorio argentino.

## V. Gestación por sustitución

No existe consenso doctrinario acerca de la denominación adecuada para ese tipo de TRHA, sin embargo, consideramos que resulta más preciso el término “gestación por sustitución”, por ser el concepto que mejor se adecua —o menores contradicciones presenta— a su definición.

Por oposición, descartamos los términos “maternidad subrogada” o “madre sustituta”, ya que “maternidad” supone una noción más extensa que la de “gestar” —y, como veremos a continuación, en este instituto la mujer únicamente se propone gestar un embrión para otro, es decir, poner su cuerpo a disposición—.

Igualmente dejamos de lado las voces “alquiler de vientre” o “madre de alquiler”, y todas aquellas que hagan alusión al nacimiento de una relación contractual —expresa o tácita, con o sin fines de lucro, entre parejas o individuos comitentes y la mujer gestante—. Este tipo de contratos son, en nuestro ordenamiento jurídico, nulos de nulidad absoluta, puesto que al estar el cuerpo humano fuera del comercio resultan de objeto prohibido.<sup>13</sup>

Creemos acertado definir entonces a la gestación por sustitución como una de las técnicas de reproducción humana asistida, por medio de la cual una mujer, denominada

---

<sup>12</sup> Por ser normativa de fondo con aplicación obligatoria para todo el territorio nacional.

<sup>13</sup> Para profundizar la explicación, este tipo de contratos devendrían nulos conforme lo establecido en los arts. 958, 1003 y 1004 del CCCN, por ser contrarios a la moral y a las buenas costumbres, y por recaer sobre cosas que no están en el comercio.

gestante, acuerda de manera altruista con una persona —mujer u hombre— o con una pareja —homosexual o heterosexual—, denominada comitentes, poner su cuerpo a disposición a los fines de gestar un embrión. Este embrión puede contener material genético del/los comitente/s y hasta, incluso, de la mujer portadora. Sin embargo, una vez nacida la persona, el vínculo filial deberá ser emplazado al/los comitente/s. En ningún caso, existirá filiación con la mujer gestante.

A su vez, dentro de este tipo de TRHA, debemos distinguir dos modalidades. Por un lado se encuentra la gestación por sustitución plena o total, donde la mujer portadora, además de brindar su cuerpo para la gestación, aporta los gametos femeninos —óvulos— que son fecundados con esperma del comitente o de un donante. Para poder llevar a cabo este tipo de técnica basta con la inseminación artificial, ya que es la gestante la que aporta parte del material genético. Se trata entonces de una técnica de baja complejidad.<sup>14</sup>

Por otro lado se halla la modalidad parcial, en la cual la concepción tiene lugar a partir del aporte del material genético —gametos femeninos— de una mujer distinta de la gestante. Si bien este aporte generalmente proviene de la mujer comitente, puede ocurrir que provenga de un donante —determinado o anónimo—. Es así que para poder llevar a cabo la gestación, debe realizarse una fecundación in vitro —técnica de alta complejidad—, donde la unión entre óvulo y espermatozoide se efectúa fuera del sistema reproductor femenino.

Así es como, a través de la definición puede advertirse su importancia: esta técnica es la única posibilidad para algunas familias de tener un hijo biológico, con material genético propio. Tal es el caso de las parejas de hombres homosexuales, la mujer a la que un embarazo puede producirle un grave riesgo de muerte,<sup>15</sup> o aquella que se encuentra

---

<sup>14</sup> De acuerdo con lo establecido en el decreto 956/2013 -que reglamenta la ley 26.862- se clasifica a las técnicas como de baja y alta complejidad: “Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre el óvulo y el espermatozoide tienen lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.” Por su parte, indica que las de baja complejidad son “aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada,, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical, o intravaginal, con semen de la pareja o donante”.

<sup>15</sup> O enfermedades como por ejemplo: distrofias musculares, miopatías, valvulopatías cardíacas, hipercoagulabilidad, entre otras.

imposibilitada de gestar ante la ausencia de útero,<sup>16</sup> y el hombre soltero que desea llevar adelante un proyecto de parentalidad.

Sin embargo, la doctrina no ha sido pacífica en aceptar esta figura. Por el contrario, se han desarrollado fuertes debates jurídicos, éticos y morales, concernientes a la dignidad y el respeto por el ser humano. Algunos autores<sup>17</sup> sostienen que, de aceptarse esta técnica, la mujer portadora será utilizada como objeto de explotación, viéndose principalmente afectadas aquellas mujeres que se encuentren en un estado de vulnerabilidad económica, social y cultural.

Otros doctrinarios exponen que la gestante se vuelve un mero instrumento para lograr la concepción del hijo de un tercero, cosificando de esta manera a la figura femenina y fomentando su comercialización. Entienden que esta práctica vulnera el derecho subjetivo de la mujer portadora, su integridad física, moral y psicológica, su dignidad y su salud (TARABORRELLI, 2016).

Este debate ha tenido lugar no sólo en Argentina sino en muchos otros países del mundo, llevando a los Estados a adoptar diferentes posturas respecto de su regulación. En tal sentido, consideramos que en la actualidad pueden verificarse tres posiciones:

1. Prohibición de la figura.<sup>18</sup>
2. Admisión: dentro de esta vertiente podemos encontrar a la admisión amplia, que es aquella que recepta plenamente la figura;<sup>19</sup> y la parcial, que la regula imponiéndole ciertos requisitos y condiciones.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> La ausencia congénita de útero es denominada por la medicina como “Síndrome de Rokitansky”.

<sup>17</sup> Entre ellos: ZANNONI (1998: 533), BOSSERT (1985: 237), RIVERA (2007: 414), SAMBRIZZI (2012: 24).

<sup>18</sup> Tal es el caso de Alemania, Suecia, Francia, Italia, España, Austria.

<sup>19</sup> Ucrania, Rusia, India, algunos Estados de Estados Unidos como California, Illinois, Arkansas y Maryland. Brevemente y en palabras de VILAR GONZÁLEZ (2014), mencionaremos el caso de California, por tratarse de uno de los más paradigmáticos, debido a que *“declara legalmente a los padres del niño nacido, tengan o no conexión genética con él. Se admite la subrogación comercial, se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto, y se permite a los padres comitentes, independientemente de su estado civil u orientación sexual, ser considerados padres legales antes del nacimiento y sin necesidad de acudir a procedimientos de adopción”*.

<sup>20</sup> México, Australia, Sudáfrica, Israel, Canadá, Brasil, Reino Unido, Nueva Zelanda. Bajo esta postura cada país exige el cumplimiento de diversas condiciones que se hallan previstas en su propia legislación. A modo de ejemplo, en Israel, algunos de estos requisitos son: la gestante debe ser soltera; los

3. Abstención: es la postura adoptada por nuestro país, por cuanto no se incluye a la gestación por sustitución en la ley de Reproducción Médicamente Asistida 26.862, decreto 956/13, o en el CCCN. Esta posición será analizada en profundidad en el apartado siguiente.

#### V.A. *La evolución en el derecho argentino*

El origen de nuestro ordenamiento jurídico sienta sus bases en el Derecho Romano. De allí que el viejo Código de Vélez en su artículo 242 establecía que la maternidad quedaba demostrada por la irrefutable prueba del parto,<sup>21</sup> receptando de ese modo el antiguo principio “la madre siempre es cierta” —*mater semper certa est*—.

No obstante, el avance de la tecnología no fue ajeno al cuerpo humano, y menos aún, en materia de salud, en cuanto a los modos de concepción. A tal punto es así que, a diferencia de lo que establecía el Código de Vélez,<sup>22</sup> y adaptándose a los tiempos modernos, el artículo 19 del CCCN determina que el comienzo de la persona humana se produce desde la concepción. Es decir que ya no se requiere necesariamente que se lleve a cabo dentro del seno materno. Así, el Código deja abierta la posibilidad de concebir una persona humana de manera asistida y fuera de él.

Creemos significativo destacar que el Anteproyecto del CCCN regulaba en su artículo 562 la figura bajo análisis. En él se resaltaba la importancia del consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución —mujer gestante y comitente/s—. Asimismo, determinaba que la filiación entre

---

embriones deben haberse creado de forma in vitro con óvulos de la comitente o de otra mujer; la gestante no puede estar relacionada a la comitente. Grecia, por su parte, establece que: la gestante debe probar que se encuentra sana física y psíquicamente; la comitente no debe exceder la edad de 50 años; la gestante y los comitentes deben ser ciudadanos o residentes permanentes del país en donde se va a llevar a cabo la práctica; se permite compensación por los gastos, pero se prohíbe cualquier otro tipo de beneficio económico.

<sup>21</sup> Artículo 242 del Código Civil: “La maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”.

<sup>22</sup> Artículo 70 del Código Civil: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.



el niño nacido y el/los comitente/s quedaría establecida mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes, y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El Anteproyecto indicaba también que, previo a la homologación, el juez debía acreditar que: había sido resguardado el interés superior del niño por nacer; la gestante tenía plena capacidad, buena salud física y psíquica; al menos uno de los comitentes había aportado los gametos; uno o ambos comitentes poseía imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término; la gestante no había aportado sus gametos; la gestante no había recibido retribución; la gestante no se había sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; la gestante había dado a luz a, al menos, un hijo propio.

El artículo proyectado finalizaba estableciendo que, si se carecía de autorización judicial previa, la filiación quedaría determinada por naturaleza.

De esta forma, el Anteproyecto adoptaba la postura de la admisión parcial, por cuanto decidía regular la figura pero imponiéndole ciertos límites y requisitos.<sup>23</sup> En sus propias palabras y coincidiendo plenamente con ellas: *“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”*.<sup>24</sup>

Sin embargo, al llegar a la Cámara de Senadores, los legisladores optaron por suprimir la regulación de la gestación por sustitución, modificando sustancialmente el artículo 562. Esta decisión tuvo como fundamento la falta de consenso existente en torno a la reglamentación de este tipo de prácticas que, como hemos expuesto anteriormente, provoca fuertes debates éticos, morales y jurídicos. Por ello intuimos que para evitar que

---

<sup>23</sup> Al decir de los fundamentos del Anteproyecto: *“Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”*. Explica particularmente sobre la gestación por sustitución 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”*.

<sup>24</sup> Fundamentos del Anteproyecto del CCCN. Versión online: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

este tipo de discordancias terminarían retrasando o impidiendo la sanción del Código, finalmente decidieron excluirla.

Es así que se llegó a la redacción actual del mencionado artículo: *“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”*.

En suma, y a modo de síntesis, el Código en vigor establece dos cuestiones fundamentales: la concepción puede producirse dentro o fuera del seno materno; empero, y aun tratándose de THRA, la filiación le corresponderá a la mujer que haya dado a luz y a quien tenga —hombre o mujer— la voluntad procreacional.

Sostenemos que el artículo 562 representa un avance parcial en la materia, en la medida en que logra poner en un segundo plano el aspecto genético, para darle preeminencia a la voluntad de quien o quienes desean ser padres. Sin embargo no permite la posibilidad de que el nacido tenga filiación con una mujer distinta de la que lo ha gestado.

Es así que nos encontramos con el siguiente encuadre jurídico: la gestación por sustitución carece expresamente tanto de reconocimiento como de prohibición, empero de la letra del artículo anteriormente mencionado se infiere que esta técnica se encuentra vedada, al determinar que el nacido siempre tendrá vínculo filial con la mujer que lo dio a luz.

Esto ha llevado, en la práctica, a que los nacidos bajo este tipo de procedimiento deban obtener el reconocimiento filial a través de un pronunciamiento judicial.<sup>25</sup> En este sentido, algunos jueces han resuelto la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del artículo 562 CCCN, por entender que éste constituye una barrera para el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, reconocidos por instrumentos internacionales de máxima jerarquía jurídica. En este sentido argumentan que, como la gestación por

---

<sup>25</sup> Algunos fallos son: “H. M. y otro s/ medidas precautorias”, Juzgado de Familia de Lomas de Zamora Nro. 7, 30/12/2015, cita MJJ97208; “S. G. G y otros s/ filiación”, Tribunal Colegiado de Rosario, 27/05/2016; “A. R. C. y otros c/ C. M. J. s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 7, junio 2016; “B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 8, 20/09/2016; “C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. s/ impugnación de maternidad”, Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, 18/05/2015, cita AR/JUR/12711/2015.

sustitución no se halla expresamente prohibida, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido —artículo 19 de la Constitución Nacional—, lo que vuelve al artículo 562 CCCN. incompatible con las protecciones establecidas en ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>26</sup> y en nuestra norma fundamental.

Por lo hasta aquí expuesto, consideramos que Argentina ha dejado pasar la gran oportunidad de incluir, dentro de un código de fondo obligatorio para todo el territorio nacional, a la gestación por sustitución como una técnica viable, permitiéndole la posibilidad de formar una familia a un amplio grupo de individuos, entre ellos parejas de hombres homosexuales, hombres solteros, mujeres imposibilitadas de gestar, y mujeres cuyos embarazos pueden producir un grave riesgo para su salud.

#### ***V.B. Graves implicancias de la ausencia de regulación de la gestación por sustitución***

Para desarrollar los efectos negativos que genera la falta de regulación de esta técnica, primero debemos identificar los actores intervinientes. En este tipo de prácticas necesariamente participan:

- a- Una mujer en calidad de “gestante”;
- b- Una persona —hombre o mujer— o una pareja —homosexual o heterosexual— en calidad de comitente/s;<sup>27</sup> y
- c- Uno o más niño/a/s, como fruto de ese embarazo llevado a término.

##### ***V.B.1. Respetto de la mujer gestante***

Situación laboral: si se trata de una mujer que se encuentra prestando tareas en relación de dependencia para un tercero, debemos preguntarnos qué ocurrirá cuando, a

---

<sup>26</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño -artículos 3.1, 7, 8, 18-, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer -artículos 2, 4, 16- y Convención sobre Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad -artículos 1, 3, 6, 23, 25-.

<sup>27</sup> También es posible que intervenga un banco de gametos, cuando el material genético es donado. Sin embargo, al efecto del análisis propuesto, la figura no es relevante.

través de esta técnica, la mujer quede embarazada y se lo notifique a su empleador. No existen dudas que deberá hacer uso de la licencia correspondiente, pero, ¿deberá hablarse de licencia por “maternidad”?<sup>28</sup> ¿O se deberá modificar la ley de Contrato de Trabajo creando un nuevo tipo de licencia? ¿Podría suceder que el empleador se negara a abonar el salario correspondiente por el tiempo que ella dure? Bien podría alegar que ese hecho altruista de su trabajadora pertenece a la esfera de su intimidad y por tal motivo no tiene la obligación de solventar económicamente dicha decisión.

Cobertura médica: aquí el problema se presenta un poco más complejo ya que se deben analizar numerosas situaciones. Principalmente, se debe determinar quién debe acarrear el costo de la cobertura sanitaria de la mujer gestante durante el embarazo, parto y posparto. Debemos cuestionarnos ¿Qué ocurre si la gestante posee una cobertura de salud a través de una obra social o de una empresa de medicina prepaga? ¿Son ellos quienes deben cubrirlo? Probablemente ofrezcan sus reparos y consideren que todo el proceso deba ser soportado por el agente de salud del/los comitente/s, ya que son ellos quien/es recurren a esta técnica debido a su imposibilidad de concebir. Particularmente nos inclinamos por esta última postura, ya que consideramos que la gestación por sustitución es un tipo de TRHA, por lo que, el hecho de que se requiera del cuerpo de una mujer portadora para llevar a término un embarazo deseado por los comitentes, no implica que dicha cobertura deba ser erogada por un agente sanitario distinto al de éstos últimos.

Ahora bien, resulta más difícil aún dilucidar quién debe proporcionar la cobertura sanitaria en los casos en los que, como consecuencia de dicho embarazo, en la mujer gestante se generen secuelas o desarrolle problemas de salud, como por ejemplo: diabetes gestacional, enfermedades hepáticas, entre otras. Aquí, por el contrario, propiciamos que los gastos y tratamientos deben ser solventados por la obra social o empresa de medicina prepaga de la gestante. Arribamos a esta conclusión ya que la cobertura de las afecciones de salud, independientemente de su origen, es la finalidad de los servicios que prestan estos agentes de salud.

Incapacidad sobreviniente: en ese caso ratificamos lo mencionado en el párrafo precedente. Sostenemos que es el agente de salud<sup>29</sup> de la mujer gestante el que debe brindar los servicios correspondientes si ha quedado con alguna incapacidad sobreviniente como consecuencia del embarazo. Sin embargo, ¿qué ocurre si, como resultado de esa incapacidad, ésta no puede volver a trabajar o no puede volver a quedar embarazada?

---

<sup>28</sup> Recordemos que, tal como expusimos en el apartado V, “maternidad” supone una noción más extensa que la de “gestar”.

<sup>29</sup> Ya sea que se trate de una obra social o de una empresa de medicina prepaga.

¿Podrá reclamar algún daño o indemnización al/los comitente/s? Consideramos que la respuesta es negativa por cuanto la gestación por sustitución implica una decisión altruista y una asunción de riesgos por parte de la portadora, quien ha brindado el debido consentimiento<sup>30</sup> para llevar a cabo dicha práctica.<sup>31</sup>

Cuidados durante el embarazo: durante todo el transcurso del embarazo, la mujer gestante debe cuidar su salud de una manera especial. Así es que cualquier embarazada debe evitar consumir alcohol, tabaco, drogas ilegales, entre muchas otras recomendaciones. A su vez, debe concurrir a controles periódicos con el obstetra y cumplir con las pautas por él indicadas, ya sean análisis de sangre, vacunas, ecografías, y numerosos exámenes médicos tendientes a observar el correcto crecimiento y desarrollo del embrión. Empero, no debemos dejar de recordar, que la mujer se encuentra gestando un bebé para un tercero, ¿qué sucede si no cumple con los recaudos y cuidados correspondientes? ¿Cómo podrían acceder los comitentes a conocer el estado de salud de la mujer y de su hijo por nacer, si esta última se negara? ¿En qué carácter podrían solicitar los antecedentes médicos de la paciente o una entrevista con el obstetra que sigue el embarazo? Como posible respuesta, consideramos que el ámbito de intimidad y confidencialidad establecido por la ley 26.529<sup>32</sup> debería ser ampliado a/los comitente/s —únicamente en lo concerniente al embarazo, parto y posparto en este tipo de TRHA— puesto que ellos serán los progenitores de ese hijo por nacer. Por ello, sostenemos que —siempre dentro de un marco de discrecionalidad y bajo estricto criterio profesional—, deberán poder conocer y participar de los controles de la gestante, resultados de los exámenes médicos, el estado de salud del feto, etc.

Vemos aquí, una vez más, otra dificultad que podría ser subsanada si la práctica en estudio estuviese regulada y contenida bajo la mirada y el acompañamiento de las autoridades sanitarias.

### **V.B.2. Respetto de la gestante y los comitentes**

Negativa ante la entrega/recepción del niño/a: tal como están dadas las condiciones en la actualidad, la gestación por sustitución se realiza en condiciones que distan de ser ideales. En este contexto, debemos pensar ¿qué podría ocurrir si, al momento del nacimiento del bebé, la mujer gestante no deseara hacer entrega del niño al/los

---

<sup>30</sup> De conformidad con lo establecido en los artículos 1719 y 1720 del CCCN.

<sup>31</sup> Por supuesto que ello no incluye a los reclamos por responsabilidad civil médica que puedan recaer sobre los efectores de salud, tanto por su propia actividad como por la omisión del deber de informar.

<sup>32</sup> Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, art. 2.

comitente/s? ¿Cómo podrían reclamarlo? A la inversa ¿cómo resolveríamos el dilema si fuesen los comitentes quienes no desearan recibir al hijo nacido? Este último caso podría ser frecuente en aquellos casos en los que bebé naciera con alguna enfermedad o discapacidad.<sup>33</sup>

### V.B.3. *Respecto del niño/a nacido*

Comitente/s que fallece/n durante el embarazo: ¿Qué ocurre con el bebé si, previo a su nacimiento, muere el único o ambos comitentes? En el caso de una pareja, si uno de los dos fallece, se espera que el otro se haga cargo del menor. Volvemos a observar que, debido a la ausente regulación, la mujer gestante queda desprotegida e inmersa en un gran dilema. ¿Quién queda a cargo del nacido? ¿A quién se le emplazará el vínculo filial? ¿A los fenecidos? ¿A la gestante, pese a no haber deseado un hijo y no tener vínculo genético con él?

## VI. **Corolario**

Los problemas descriptos a lo largo del presente trabajo son algunos de los tantos que se pueden generar en la práctica cotidiana. Probablemente todos, o muchos de ellos, ya estén ocurriendo pese a no haber llegado a la justicia o a los medios de comunicación.

No obstante ello, no debemos desconocerlos y, menos aún, mirar hacia un costado. Sostenemos que la forma de reducirlos o contenerlos es generando un marco regulatorio propicio, que tenga por fin evitar la desprotección y la vulneración de los derechos de los diversos actores intervinientes.

Consideramos que el reconocimiento de estas técnicas es la primera forma de aceptar la realidad en la que vivimos. El hecho de seguir sin reconocerlas o, incluso, de negarlas, únicamente genera la creencia errónea de que dejarán de realizarse.

Respetamos la opinión de quienes no aceptan esta técnica como una alternativa en la generación de una nueva vida, pues sin dudas se trata de una temática que provoca muchas dudas e incertidumbres respecto de sus consecuencias.

---

<sup>33</sup> Tal es el caso de una pareja australiana que no quiso recibir a su hijo nacido por gestación por sustitución, a través el vientre de una mujer tailandesa, por padecer de Síndrome de Down. Más en: [https://www.clarin.com/sociedad/Alquilaron-ventre-rechazaron-sindrome-Down\\_o\\_Bk1f1T95wmx.html](https://www.clarin.com/sociedad/Alquilaron-ventre-rechazaron-sindrome-Down_o_Bk1f1T95wmx.html)

Sin embargo, consideramos que rechazar la gestación por sustitución no brinda una solución al problema de fondo, por el contrario, hace más riesgoso el proceso y vulnera aún más la situación de todos los actores involucrados.

Descartamos todo tipo de remuneración que tenga como fin retribuir económicamente a la mujer gestante por brindar el cuerpo para la consecución de un embarazo. No así la compensación por los gastos generados como consecuencia de ello.

Asimismo, sostenemos que el/los comitente/s no podrán elegir a cualquier mujer para comenzar este proceso. Por el contrario, compartimos la propuesta<sup>34</sup> de que esta última surja dentro del marco de un registro debidamente controlado por la máxima autoridad sanitaria, el Ministro de Salud de la Nación, en el cual, la mujer que desee inscribirse cumpla con ciertos requisitos, tales como: someterse a un control médico completo; entrevistas psicológicas y sociales; haber tenido al menos un hijo propio; junto con los demás requerimientos que muy acertadamente habían sido previstos por el Anteproyecto.

El presente trabajo ha sido elaborado creyendo en la necesidad de incluir a la gestación por sustitución como una de las técnicas de reproducción humana asistida, cuya finalidad es la de posibilitar ser padres a aquellos que de manera biológica se han visto impedidos de serlo.<sup>35</sup> No reconocerla, privaría a diversos sujetos, —como hombres homosexuales, hombres solteros, mujeres imposibilitadas de gestar, y mujeres cuyos embarazos pueden producir un grave riesgo para su salud— de poder formar una familia de conformidad con lo establecido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

No debemos perder de vista que, para estos individuos, el recurso de la gestación por sustitución no es una opción más entre las muchas técnicas posibles. Por el contrario, aquellos que deben recurrir a ella para lograr concebir un hijo genéticamente suyo, no tienen otra opción. Su única posibilidad de ejercer su derecho a constituir una familia en el ámbito de su privacidad y sexualidad es recurriendo a esta técnica.

Como es de pleno conocimiento, la realidad avanza continuamente y mucho más rápido que el derecho. La práctica que analizamos a lo largo de este trabajo ya está

---

<sup>34</sup>Proyecto de ley S-2574/15, disponible online en:  
[www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/366126/downloadPdf](http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/366126/downloadPdf)

<sup>35</sup> Al respecto, existe actualmente el proyecto de ley 5759-D-2016 con estado parlamentario que busca regular la figura bajo estudio. Disponible online en:  
<http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5759-D-2016&tipo=LEY>

instaurada no sólo en Argentina, sino en el mundo entero y, probablemente, su origen haya tenido lugar mucho antes de lo que imaginamos.

Los pronunciamientos judiciales sobre la materia nos advierten que tan sólo un puñado de casos ha llegado a la justicia, sin embargo ¿cuántos otros se deben haber producido en las sombras?

Reconocer los hechos que suceden en la realidad y enmarcarlos dentro de un plexo normativo, sin duda alguna servirá para disminuir los riesgos y las consecuencias negativas que hemos tratado de esbozar a lo largo de estas páginas.

## Bibliografía

- BOSSERT, G. (1985) *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- GIL DOMINGUEZ, A., FAMÁ, M., HERRERA, M. (2010) *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar.
- LAMM, E. (2012) “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, julio 2012.
- RIVERA, J. (2007) *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- SAMBRIZZI, E. (2012) “Maternidad subrogada. Reforma proyectada”, *La Ley*, 2012-1, pp. 24-33.
- SCOTTI, L. (2012) “El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en derecho*, año 1, n° 1, pp. 267-290.
- TARABORRELLI, R. (2016) “Algunas consideraciones sobre el alquiler de vientres y la integridad física”, *Estilo Caja, Revista de la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, n° 52, pp. 10-12.
- VILAR GONZÁLEZ, S. (2014) “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de derecho UNED*, n° 14.
- ZANNONI, E. (1998) *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea.