



GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: NECESIDAD DE UNA PRONTA SOLUCIÓN.

Por Maria Eugenia Sánchez Uthurriague y Silvina Belén Fernández¹

Las autoras abordan en este trabajo la necesidad de regular una de las técnicas de reproducción humana asistidas: especialmente la “gestación por sustitución”. Citan jurisprudencia y casos publicados en medios de comunicación masiva para dar cuenta que se trata de una técnica vigente pero que requiere una protección jurídica específica y ha quedado pendiente en la reforma del Código civil y comercial. Señalan que debería atenderse la voluntad procreacional por sobre el sustrato biológico y que es urgente este reconocimiento normativo a fin de garantizar los derechos de los niños y niñas nacidos/as con estas técnicas a vivir en familia, a tener una nacionalidad, a conocer sus orígenes, a la identidad, entre otros.

Sumario:

I. Introducción. II. Definición y conceptualización. III. Situación de la Técnica de Reproducción Humana Asistida. IV. Casos reales suscitados en nuestro país. V. Ausencia de marco regulador de la TRHA. VI. Conclusiones.

I. Introducción.

Los avances de la ciencia han permitido romper con cuestiones dogmáticas hasta nuestros días, desafía constantemente a la naturaleza, al destino de ciertos sujetos de no poder llegar a concebir hijos biológicos a razón de distintas causas (que exceden el estudio del presente artículo). Y nos referimos a la maternidad, cuya máxima romana establecía su certeza² y hoy es un paradigma en crisis. Ello se debe a la posibilidad de gestar sin necesidad de una relación sexual previa, incluso en un vientre extraño al material genético que formó el embrión. Esto último se debe al

¹ Abogadas (UNLP), pasantes del programa “*Diversidad familiar y derecho de familias*” dependiente de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP; diversidad@jursoc.unlp.edu.ar

² “*Mater semper certa est*” que significa madre siempre cierta es.

descubrimiento de las técnicas de reproducción humana asistidas³, especialmente es objeto del presente la “*gestación por sustitución*”, que consiste en un fenómeno social que se presenta a nivel internacional como nacional, con diferente tratamiento según cada estado, y que pese a las bondades o críticas que se le encuentre a la figura, lo cierto es que constituye una práctica cada vez más frecuente en la realidad y requiere de una pronta regulación.

II. Definición y conceptualización.

Antes de adentrarnos en el tema objeto de este artículo, definiremos la *gestación por sustitución* como una TRHA (Técnica de Reproducción Asistida) que consiste ni más ni menos que en una forma de acceso a la parentalidad dentro de las diversas formas familiares. Existen distintas denominaciones para las cuales se conoce a la técnica aludida: *gestación por sustitución, alquiler de vientre, maternidad subrogada o suplente*, entre otras.

Para Sanchez Aristi⁴, “*la llamada maternidad subrogada o maternidad por subrogación puede definirse como la práctica por la cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado*”⁵. A nuestro criterio, no es acertado llamarla “maternidad”; sería como al donante de espermatozoides y óvulos llamarlos respectivamente padre/madre, cuando en verdad son simples donantes, sin voluntad de emplazarse en un lazo filiatorio en relación con el niño por nacer.

³ En adelante, TRHA

⁴ Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Madrid.

⁵ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael “*Gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos*”, Revista Humanitas, Humanidades Médicas, N° 49. Barcelona, España, Abril 2010. Disponible on line en http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf (última consulta 21/10/2015)

En este caso, la mujer que lleva a cabo el embarazo no es madre, sino gestante. Ello se debe a la disociación entre tres tipos de maternidades: la genética, la gestacional y la socioafectiva⁶, que pueden coincidir, o no, en la misma persona. Y esta última observación hace ruido por una idea heteronormativa e idealizada de la maternidad en el inconsciente colectivo, como dice Libson, *“aquella ideología heteronormativa hace de lo biológico un lugar irrevocable de dominación, que se pone a la luz en las diversas situaciones de deslegitimación que experimentan las maternidades y paternidades no biológicas”*⁷.

La *gestación por sustitución* es la única posibilidad para algunas familias de que sus hijos tengan con ellos identidad genética. Es la solución para aquellas mujeres que por alguna causa están imposibilitadas de gestar; también para las parejas conformadas por dos hombres, ya que deberán necesariamente recurrir a un vientre ausente en su pareja, aportando alguno de los dos el material genético para engendrar a su hijo, incluso para varones solos que deciden llevar adelante un proyecto de parentalidad sin recurrir al instituto de la adopción. Es decir, para estos tipos familiares, la única opción posible de tener hijos biológicos es acudiendo a la gestación sustituida.

Toda la doctrina es consciente que esta técnica es sumamente compleja porque se juzgan cuestionamientos que exceden lo jurídico; entran en el plano ético y moral de cada individuo. Y su confirmación es su exclusión del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial que acaba de entrar en vigencia, bajo el fundamento que ameritaría un debate más profundo. ¿Y cuál sería la razón de estos cuestionamientos? Creemos en lo afirmado por Eleonora Lamm, *“porque rompe con*

⁶ GIL DOMINGUEZ Andrés, FAMÁ María Victoria, HERRERA Marisa, “Matrimonio Igualitario y derecho constitucional de familia”, Editorial Ediar, 1° Ed, Buenos Aires, 2010, p.290 (Conf. Cit KRASNOW Adriana).

⁷ LIBSON Micaela Chyntia, *“La diversidad en las familias: un estudio social sobre parentalidad gay y lesbiana”*, Septiembre 2009, p.59, Disponible on line en www.inadi.gob.ar, visitada el 17/10/2015



*arraigadas reglas*⁸ relativas a la maternidad y el rol de la mujer reproductiva dentro de la sociedad.

III. Situación de la Técnica de Reproducción Humana Asistida.

Respecto a la técnica aludida, en el contexto mundial, se adoptan dos posiciones en relación con ella. En la primera, los Estados prohíben categóricamente la figura⁹, tachan con nulidad esos acuerdos, incluso algunos prohíben expresamente la implantación de material genético extraño a la mujer gestante (hay quienes penan hasta con prisión a los profesionales médicos que asistan o realicen la TRHA). La segunda postura acepta y regula la *gestación por sustitución*, encontrando dos vertientes, los que libremente reconocen a las partes plena autonomía de voluntad para negociar las cláusulas del contrato¹⁰, y los que aceptan la figura pero con ciertas limitaciones en pos de resguardar y proteger a las partes, especialmente los derechos de la gestante y los del por nacer¹¹ por considerarlos sujetos vulnerables en la contratación.

Este tratamiento disímil que tiene la figura hace que los comitentes, ante la prohibición o imposibilidad de realizarla en sus países, se trasladen a aquellos estados donde se les permite realizarla con el fin de engendrar el hijo tan deseado. Ello lleva a que en este “turismo reproductivo” se planteen diversos conflictos,

⁸ LAMM, Eleonora; “*Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*” Revista InDret 3/2012, p. 4, disponible online en http://www.indret.com/es/derecho_de_la_persona_y_familia/17/; visitado el 21/10/15.

⁹ Francia, Alemania, Suiza, Italia, Austria, España (LAMM Eleonora, “Gestación...”cit. p. 11)

¹⁰ Georgia, California, Rusia, Ucrania, India hasta el 2012.

¹¹ “República Federativa de Brasil en donde se encuentra regulada por el Conselho Federal de Medicina RESOLU O CFM N° 2.013/2013 (Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Se o I, p. 119) Punto VII - SOBRE A GESTA O DE SUBSTITUI O (DOA O TEMPORÁRIA DO ÚTERO). Allí se establece que dicha técnica podrá ser utilizada en los casos en que la mujer que desea ser madre tenga un problema médico o para las uniones homoafectivas. Además de ello, la gestante debe tener vínculo de parentesco con alguno de los comitentes, y no puede haber de por medio contraprestación alguna, entre otros requisitos. Otros países que la regulan son Reino Unido, Canadá, Grecia, Israel, Sudáfrica, el Estado de Tabasco en México, y cinco Estados de Australia, cuando el fin de esta práctica es altruista” NOTRICA Federico, GONZALEZ Andrea y MELÓN Pablo “*La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*” Artículo publicado www.infojus.gov.ar, Id Infojus: DACF150426, Año 2015, visitado el 19/10/2015

especialmente ante dos situaciones puntuales: el reconocimiento de la filiación establecida mediante TRHA en el país de origen de los comitentes y, por otro lado, la negativa a otorgarle al menor la nacionalidad del país donde se realizó la práctica y nació, dejándolo al limbo de avatares judiciales y conculcando severamente el interés superior del niño¹². Fue de público conocimiento, con relación a lo último apuntado, lo sucedido en el año 2012 con Tobías, nacido en la India e inscripto mediante amparo en el Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sin perjuicio de ello, aquellos países que optan por una postura rígida al respecto, han iniciado un sendero de flexibilización normativa mediante casos jurisprudenciales que se les presentaron requiriendo una respuesta¹³. Y un claro ejemplo de ello es España, que prohíbe expresamente los contratos que tengan por objeto la realización de esta TRHA¹⁴. Sin embargo, aceptó la inscripción de un niño nacido en California, reconociendo el consentimiento previo dado por los comitentes como fuente de lazos filiatorios del nacido en el extranjero. En un principio, para regularizar esta situación de los niños, se dictó la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado Español (el 18 de febrero de 2009); pero en octubre del año siguiente se cambia de criterio exigiendo como documento válido para inscribir en el Registro Civil, una sentencia judicial extranjera que reconozca la filiación determinada en dicho estado¹⁵. Hoy en día se sigue este criterio de validación de sentencias extranjeras.

Otro supuesto fue el de un niño nacido en Ucrania en el año 2009, donde los comitentes eran de nacionalidad inglesa y la mujer gestante una señora Ucraniana de estado civil casada. Existían entre los países un enfrentamiento entre normas

¹² En adelante, ISN

¹³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, LAMM Eleonora y HERRERA Marisa, “Regulación de la gestación por sustitución” La Ley T 2012- E, Sec. Doct., p. 960.

¹⁴ Art 10, Ley 14/2006 que regula las TRHA y sanciona con nulidad absoluta la gestación por sustitución.

¹⁵ VILAR GONZÁLEZ, Silvia “Situación actual de la Gestación por Sustitución”, Revista de Derecho UNED, Ed. UDEN, España, N°14, Año 2014, p. 909.

indirectas con relación a la nacionalidad y determinación de la filiación del nacido. Ucrania plantea que el contrato de gestación es válido y los comitentes de nacionalidad inglesa son los progenitores del niño. Mientras que, Inglaterra, desconocía la fuente volitiva de determinación filiatoria, por lo cual, para este último, el niño debía ser inscripto en Ucrania por haber nacido allí, reconociendo como madre a aquella mujer que lo parió y haciendo valer la presunción de paternidad por el estado civil de la gestante. En palabras llanas, la criatura se encontraba en un estado de apatría¹⁶ Fue en virtud del interés superior del niño (ISN) que se procedió, previa judicialización, a anotar al nacido reconociendo la voluntad procreacional como fuente legítima de lazos parentales alcanzándolo al menor la nacionalidad de los comitentes.

Los más relevantes casos son los dirimidos en los estrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷, que el 26 de junio de 2014, dictó dos sentencias iguales, ambas entabladas contra el estado Francés por vulnerar derechos protegidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ellos son “LABASSEE c. FRANCIA” (Requête n° 65941/11)¹⁸ y “MENNESSON c. FRANCIA” (Requête n° 65192/11)¹⁹.

Sus hechos son similares y en forma sucinta los expondremos. En Francia está prohibida la *gestación por sustitución*, y por esa causa es que estas parejas deciden iniciar esta práctica en USA, en los estados de Minnesota y California, respectivamente. Al nacer el niño en dicho país, se reconoce como padres a los comitentes en virtud del consentimiento previo otorgado por las parejas francesas, y a los fines de su certificación, extienden una constancia de nacimiento donde lucen

¹⁶ SCOTTI, Luciana “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, Revista Pensar en Derecho, UBA, pág. 282, disponible on line <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> , vistada el 21/10/2015.

¹⁷ En adelante, TEDH

¹⁸ Ver sentencia en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180#{"itemid":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180#{), aun no traducida al español, visitado el 20/10/2015

¹⁹ Ver sentencia en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179#{"itemid":\["001-145179"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179#{) , aún no traducida al español, visitado el 20/10/2015

como padre y madre los comitentes, obviando que el niño nació mediante sustitución gestacional. Una vez arribada la familia a su país de residencia, este instrumento es registrado, y ante el descubrimiento de esta situación, solicita el Ministerio Público su anulación por considerar que el convenio es violatorio del orden público, desconociendo el consentimiento firmado como fuente generadora de vínculos y tachándolo con la nulidad. La diferencia con el caso Labassee, es que se rechazó desde un principio la inscripción registral, generando las mismas consecuencias que la anulación en Mennesson.

El tribunal se pronuncia estableciendo que el hecho de prohibir en sus territorios la técnica de referencia, no implica negarle al niño su consecuente inscripción una vez nacido, ya que esta situación le genera un estado de incertidumbre general, que se proyecta en la identidad del niño nacido, que no hace otra cosa más que vulnerar el ISN²⁰. Asimismo, el desconocimiento de la voluntad procreacional como generadora de vínculos paterno-filiales, es una injerencia arbitraria en la vida privada que conculca el derecho a la vida familiar.

¿Qué conclusión sacar de ello? Que la prohibición encubre la finalidad de desalentar a las parejas a que accedan a la parentalidad por este medio. Sin embargo, el fin no se logra. Es tan grande el deseo y la decisión de estas parejas, que buscarán la forma de acceder a ella, incluso cuando el estado lo prohíba expresamente y tengan mil escollos que sortear para lograr su cometido. Cabe aclarar que pese a ciertos intentos²¹, no existe hasta la fecha del presente, instrumentos internacionales que regulen pautas generales tendientes a evitar el choque de normas jurídicas como las expresadas. La tendencia hoy en día es hacia la regulación y la flexibilización, y la prueba de ello el número creciente de estados que optan por regular la figura o suavizar las rígidas posturas o requisitos requeridos²².

²⁰ “La ilegalidad de una técnica reproductiva en un país europeo no puede privar a los menores, nacidos en el extranjero, de su filiación en los países de origen de sus padres...” Extracto nota diario El País, España, del 10/07/2014

http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html, visitado el 21/10/2015

²¹ LAMM Eleonora, “Gestación...” Cit. p. 28.

²² LAMM Eleonora, “Gestación...” Cit. p 18.

IV. Casos reales suscitados en nuestro país.

Uno de los casos más insólitos es el ocurrido en Mendoza²³, en el cual la hermana del hombre comitente es quien se ofreció a colaborar para que el matrimonio pueda tener un hijo biológico. La pareja comitente aportó el material genético, ya que el problema que los hacía estériles consistía en la imposibilidad de gestar, pero su material genético era absolutamente apto²⁴.

En el año 2012, en el Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Civil Nº 86²⁵, se ha resuelto favorablemente un caso sobre la inscripción de una niña nacida mediante el uso de ésta práctica.

Se trata de una pareja que luego de una larga búsqueda en pos de concebir un hijo, y después de haber cursado dos complejos embarazos, que no han podido culminar a tiempo, siendo en el último de ellos, necesaria una intervención compleja que llevó a la extirpación de su útero, lo que a partir de allí, tomaría nula toda posibilidad de llegar a un embarazo, estableciendo así que la única alternativa sería acudir a una Fertilización In Vitro con subrogación uterina.

Es por ello que la pareja en cuestión, paralelamente a realizar la inscripción en el Registro de Adoptantes, inició averiguaciones y evaluó la posibilidad de acceder al deseo de tener un hijo, a través de la *gestación por sustitución* en el exterior, sin

²³ LAMM Eleonora, “*Gestación por sustitución. Realidad que exige legalidad*” Ponencia presentada en las XXV Jornadas de Derecho Civil, Bahía Blanca, año 2015, para la Comisión 6 (Filiación e Identidad) p.3, Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/>, visitado el 24/10/2015

²⁴ Con relación a este punto, hay quienes realizan la distinción entre infertilidad e ingestabilidad. Los primeros tienen una causa que hace que su material genético no sea apto o útil para generar un embrión, pero tienen la posibilidad, con ovodonación, de gestar un niño. Los segundos, tienen la imposibilidad de gestar, ya sea por ausencia de útero, enfermedades congénitas, entre otras causas, teniendo material genético fértil, apto para procrear. A estas últimas familias es a quienes interesa la regulación de la gestación sustituida.

²⁵ Esta disponible en <http://www.casi.com.ar/sites/default/files/Inscripci%C3%B3n%20apellido%20ni%C3%B1a%20x%20su%20regulaci%C3%B3n.pdf> visitado el día 21/10/2015.



embargo desecharon rápidamente ésta opción a causa de los altos costos que implica la técnica.

De ésta manera, la pareja conoce a una señora, que según sus relatos, vivió muy de cerca todo, ya que era amiga y masajista de ambos y quien voluntariamente al ver la frustración y dolor que significó para la esposa el hecho de no poder engendrar un hijo, es que se ofreció a gestar en su vientre.

Fue así, como el matrimonio comenzó un tratamiento terapéutico, a través de una fertilización in vitro, donde se logró un embrión, que luego se implantó en la Sra. amiga resultando ésta embarazada en el primer intento, naciendo finalmente la niña el 19 de Abril del año 2012.

Es de destacar que la gestante era madre de dos hijos, mayores de edad, con quienes conversó acerca de su voluntad y deseo de ayudar a la pareja amiga, y que se trataba de la primera vez que se sometió a un proceso de ésta naturaleza, sin recibir retribución alguna, más allá de la cobertura médica.

La niña nacida mediante la TRHA estuvo con el matrimonio desde sus primeros minutos de vida, siendo los mismos quienes presentaron la demanda solicitando la inscripción de nacimiento de la niña, adjuntando como prueba informe de los profesionales intervinientes en la terapia desarrollada, estudio de ADN de la Fundación Favalaro, certificado médico suscripto por la obstetra que asistió al parto, declaración de testigos y la gestante ratificando todo el contenido de la presentación hecha por éstos.

Se puede ver en el caso descrito que el elemento determinante de la filiación, no es ni más ni menos, que la llamada voluntad procreacional, que denota la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para que lleve a cabo su gestación.



En el caso en cuestión se expiden favorablemente el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, la Sra Fiscal y el Defensor de Menores, poniendo como eje central el Interés Superior del Niño, y la voluntad procreacional por parte de los gestantes. Ello no es ni más ni menos que el deseo de tener un hijo, de darle afecto, de asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por lo que sin duda alguna contiene el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial, que justamente es lo que en el ámbito de las TRHA se tomó como elemento determinante a la hora de determinar la filiación.

Es importante tener en cuenta que estas nuevas maneras de llegar a conformar una familia, requieren que sus derechos sean reconocidos, en donde los vínculos no sólo se fundan en bases biológicas, sino también en la construcción de vínculos basados en la socioafectividad y cuya construcción dependen de la existencia de la voluntad procreacional.

En el fallo, se hace mención a recientes fallos, que aunque de diferente manera, todos han puesto de relieve éste tipo de técnicas, demostrando a su vez, que aunque no se cuente con legislación que admita la técnica, se han registrado varios casos en nuestro país, o en su defecto, se ha petitionado la inscripción en nuestro país, de nacimientos que se han producido en el exterior, en donde se ha acudido a éste tipo de terapia. Esto demuestra una clara realidad, que aunque no esté legislada, requiere una pronta respuesta.

Y se hace referencia, entre otros, al caso de Entre Ríos, Gualeguaychú, del 14 de abril del 2010, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, donde se resolvió, que en virtud de una acción de impugnación de la maternidad, que se proceda aún cuando no se dieren con estrictez los presupuestos establecidos en el Art. 262 del en ese momento Código vigente, en tanto, en éste caso se aprehende el Art.261 en el sentido que no se trataba la gestante del hijo que pasaba por suyo.

Y finalmente luego de una exhaustiva fundamentación se procede a resolver favorablemente la inscripción de la niña.

Otro de los casos a mencionar, es el del Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Civil N° 102²⁶ de mayo de éste año, en donde una mujer de forma voluntaria, libre y espontánea, decidió colaborar con una pareja de su confianza realizando una técnica de *gestación por sustitución*, aceptando que un óvulo fecundado con el material genético del matrimonio sea implantado en su cuerpo, producto del cual nació una niña que fue inscripta como hija de la mujer gestante y el padre biológico, aunque en la realidad convivió con la pareja desde su nacimiento.

Se trata de una pareja que ante la imposibilidad de llevar a cabo un embarazo, pese a los estudios y tratamientos que realizaron, y con el enorme deseo de tener un hijo, empezaron a realizar averiguaciones sobre la *gestación por sustitución* en los Estados Unidos y también en la India, pero éstas posibilidades fueron rápidamente desechadas frente a los altos costos que implicaba la técnica en cuestión.

El entorno de la pareja, acompañaba y sentía la frustración de la misma. Esto es así, de modo que la niñera del sobrino de uno de los cónyuges, quien mantenía un estrecho y cercano vínculo con ellos, se ofreció a ayudarlos de manera libre y voluntaria, encontrándose la misma totalmente dispuesta a llevar a cabo un embarazo con el material genético de la pareja, utilizando la técnica de fecundación In Vitro, transfiriéndose el óvulo fecundado a la gestante.

Al nacer la niña, ésta pudo ser reconocida por su padre biológico, pero no lo pudo ser por su madre, dado que al momento de su nacimiento fue anotada como hija de

²⁶ Está disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2015/06/26/fallo-del-dia-se-admite-una-accion-de-impugnacion-de-maternidad-en-un-caso-de-gestacion-por-sustitucion/> visitado el día 21/10/2015.

la gestante, conforme lo prescripto en el artículo 242 del en ese momento código vigente, el Código Civil.

A fin de que se emplace a la genética y se desplace del estado de madre a la gestante es que el matrimonio inicia una acción para impugnar la maternidad, teniendo como sustento lo previsto en el artículo 261 del anterior Código en vigencia, que admitía la impugnación de la maternidad “*por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo*”. Y fundando su pretensión en el nexo biológico que los une con la niña, lo que acreditaron con el estudio de ADN que acompañaron, por haber tenido lugar la fecundación de manera extracorporal y el implante del embrión en la demandada.

La madre gestante se allana lisa y llanamente a la pretensión sin objeción alguna, reconociendo haber colaborado con el matrimonio de forma totalmente libre y espontánea y que los padres biológicos y voluntarios son los accionantes.

Los fundamentos que se han suscitado a lo largo del fallo en cuestión, son entre otros:

- Que se desvirtúa la teoría de cosificación de la mujer, que un sector de la doctrina sostiene tajantemente; ya que se trata de un acuerdo voluntario y libre, que no contiene un interés económico, y que se basa en un vínculo afectivo entre las partes, en donde tampoco cuadraría tacharlo de inmoral.

-Se cita a Eleonora Lamm, quien refiere que la *gestación por sustitución* no viola el interés superior del niño, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y que de no ser así no hubiera existido. Además, refiere que el interés superior del niño exige la regularización de la *gestación por sustitución* dándole un marco legal que lo proteja y además le brinde seguridad jurídica. Y continúa diciendo que de ésta práctica nace un niño y el interés superior



exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo y que esa filiación sea reconocida legalmente

-También se hace referencia a la correspondencia biológica de la nacida con los accionantes.

Es por ello que resultó favorable la procedencia de la demanda, valorándose en primer lugar la voluntad que ha obtenido el matrimonio en convertirse en padres de la niña, quienes han asumido desde los primeros minutos de vida de la nacida, el ejercicio de la responsabilidad parental, así como la correspondencia biológica, conforme el estudio de ADN que acompañaron, teniendo especial interés en la niña, con el deber en los accionantes de informarle cuando sea oportuno, y con la conformidad de los dictámenes de los Señores Representantes de los Ministerios Públicos, los demás fundamentos soslayados, entre otros es que se procedió a hacer lugar a la demanda.

Otro caso²⁷ muy interesante, aconteció en Mendoza, a principios de éste año, en donde una mujer de 49 años decidió someterse a una terapia para realizar una Fecundación In Vitro, con el material genético de su hija y su pareja, que pese a los diferentes tratamientos que habían realizado, les era imposible el curso de un embarazo.

Es así, que los tres se someten a un tratamiento de fertilización asistida, en donde, por la avanzada edad de la mujer, el médico optó por implantar tres óvulos, para tener más posibilidades de que se llegara a término. A las pocas semanas de haberse realizado la técnica, se le informa a la mujer gestante que tenía tres embriones en perfecto estado.

²⁷ Nota publicada en http://www.clarin.com/sociedad/presto-ventre-hija-trillizos_0_1319868703.html visitada el día 24/10/2015.

Al llegar a las últimas semanas, la mujer tuvo que permanecer internada, ya que por la edad de la mujer, se estaría tornando un embarazo complicado. Es por ello que los médicos decidieron realizarle una cesárea, al cumplirse las treinta y dos semanas de gestación, en donde nacieron tres hermosos y sanos bebés, de los cuales dos son gemelos y el tercero es su hermano mellizo.

Actualmente, el caso, se encuentra ante la justicia.

El pasado 18 de octubre²⁸, con motivo del día de la madre, una mujer cuenta ante un medio de comunicación cómo tuvo a su segunda hija. Y relata que conoció a su pareja hace 16 años, y que luego del parto de su primer hijo, ella sufrió una atonía uterina, es decir una inflamación de útero, y en pos de resguardar su vida, es que los médicos han tomado la decisión de extraer su útero. Razón por la cual, vieron sus deseos de ser padres nuevamente frustrados.

Comenzaron averiguando sobre la opción de *gestación por sustitución* en el exterior, pero debido a los altos costos que implica la terapia es que rápidamente desistieron de esa posibilidad. Es así, que una amiga muy cercana a la pareja, que conocieron durante un viaje, se ofreció a ayudarlos para cumplir el deseo de tener un segundo hijo. Y continúa relatando que estuvieron muy presentes en todo el embarazo de su amiga, estando atentos a los detalles. Y que su hija Alma, ha nacido con ellas tomadas de la mano.

El hermano mayor de Alma, también se expresa, diciendo que sus papas han puesto la semillita de su hermanita en la panza de una amiga de mamá, porque la de ella está lastimada. En la misma nota periodística conmemorativa al día de la madre, se refieren a la primera pareja que en Argentina realizó la terapia de *gestación por sustitución* y que han tenido un dictamen favorable para que se inscribiera a la bebé

²⁸ Nota publicada en <http://tiempo.infonews.com/nota/191050/tenemos-derecho-a-ser-madres-y-padres-biologicos> visitada el día 25/10/2015.



como hija propia. Quienes además han creado un perfil en Facebook para colaborar con otras personas, al que denominaron con la frase: “*la fuerza de un deseo*”, que es el nombre del libro que han publicado en 2013.

Otro caso²⁹ para mencionar, y que ha adquirido bastante notoriedad en los medios de comunicación, es la conmovedora historia de Tamara Gorro y Ezequiel Garay, quienes tras varios años de tratamientos, y luego de 18 intentos de Fertilización Asistida fallidos, han acudido a una *gestación por sustitución* en los Estados Unidos, en donde felizmente el pasado 12 de octubre ha nacido Shaila, dando por cumplido un deseo tan anhelado.

V. Ausencia de marco regulador de la TRHA.

Las contingencias que podrían presentarse por la falta de regulación son inmensas, lo que inquieta no solamente a la doctrina especializada sino también al público en general. A pesar de haber existido distintos proyectos para regularla³⁰, el intento más evidente fue su incorporación al anteproyecto de Código Civil y Comercial, excluido, como ya dijimos, en el debate parlamentario.

Sin perjuicio de ello, la realidad demuestra que “*la gestación por sustitución es muy frecuente en Argentina, se realiza y mucho, aunque con distintas estrategias que rondan la ilegalidad, que a veces violan principios o normas jurídicas a los fines de determinar la filiación a favor de los que han querido ser los padres*”³¹, por ejemplo falsificación de constataciones de parto, impugnación de la maternidad determinada mediante ADN siempre que la gestante no haya aportado su material genético; se lleva a cabo mediante acuerdos verbales entre las partes, no quedando constancia escrita de las obligaciones pactadas entre ellos e, incluso, no se prevén ciertas

²⁹ Nota publicada en <http://www.ratingcero.com/notas/128925-ezequiel-garay-y-su-esposa-tamara-gorro-presentaron-su-hija-shaila> visitado el día 24/10/2015.

³⁰ Desde 2007 hasta 2012, sólo cuatro obtuvieron estado parlamentario, sin perjuicio de que ninguno de ellos llegó a ser tratado en las cámaras de origen (LAMM Eleonora, “*Gestación...*” Cit. p. 29).

³¹ Nota a LAMM Eleonora, <http://www.mdzol.com/nota/402282-que-es-la-gestacion-por-sustitucion-buscan-regular-una-practica-que-crece-al-borde-de-la-ilegalidad/>, visitado el 22/10/2015



contingencias a que puede estar supeditada la práctica y el proceso gestacional, por ejemplo, el caso de embarazo múltiple.

La falta de regulación no frena la realización de la TRHA. Lo único que genera es inseguridad jurídica. Estos acuerdos y las consecuencias quedan a la suerte del juez al cual sea sorteada la causa, sujeto a su subjetividad y si lo encuadra o no dentro de la categoría de su moral, poniendo en peligro la integridad del niño que nació mediante ella, más allá de las críticas o bondades que se le encuentren; y la prueba de ello son los diversos casos suscitados, judicializados y que han sentado precedentes.

Luego de la entrada en vigencia de nuevo Código, en el mes de agosto pasado, se presentó un nuevo proyecto³² para regular la técnica, cuya autora es la Dra. Eleonora Lamm; presentado por la senadora nacional Laura Montero (UCR)³³.

A grandes rasgos, extraemos de dicho proyecto, que uno de los requisitos que se planteó, es que la gestante no puede aportar el material genético, debe por lo menos haber dado a luz a un hijo propio y se pone como límite que la misma sólo puede presentarse a dos procesos.

Podrá ser requerido por una pareja, o por una sola persona, quienes aportarán el material genético y se deberá demostrar la imposibilidad de concebir o de poder llevar adelante el curso de un embarazo.

El proyecto también exige que todo proceso de *gestación por sustitución*, deberá tener previamente autorización judicial, en donde los participantes deban reunir los

³² Nota publicada en <http://www.tiempodesanjuan.com/politica/2015/10/18/buscan-regular-gestacion-sustitucion-107958.html> . Visitado el día 21/ 10/ 2015.

³³ Nota publicada por Infonews <http://www.infonews.com/nota/256668/una-ley-para-regular-la-gestacion-por-sustitucion>, visitada 21/ 10/ 2015



requisitos ante el juez, y donde se certificará el aporte del material genético por parte del o los padres biológicos.

Se exigirá también un certificado de buena salud, física y psíquica de la gestante, como así también que todos hayan recibido asesoramiento médico y psíquico.

De acuerdo a la nota periodística y en palabras de LAMM *“De aprobarse, quienes quieran ser padres efectivamente lo serán de inmediato después de nacido el bebé. Existirá un registro en el Ministerio de Salud donde se anotarán las personas que quieren ser gestantes”*.

Frente a este vacío legal, hasta el momento, en el marco del festejo del día de las madres pasado, es que distintas organizaciones en defensa de la igualdad de género se han manifestado difundiendo un mensaje sobre las familias comaternales,³⁴ reclamando la pronta regularización de la *gestación por sustitución*, que garantice el pleno acceso a los derechos de familia.

VI. Conclusiones.

La sociedad y la ciencia van mucho más adelantadas que el Derecho, pero este debe adecuarse, tiene la obligación de ajustarse a los cambios; de lo contrario corre el riesgo de caer en desuso. Todo lo hasta aquí expuesto, los numerosos casos suscitados en territorio de nuestro país, nos hace cuestionar, si no es cabal fundamento que hacen necesaria su regulación, para proteger a las diversas partes que intervengan en esta práctica que tan a menudo y a espaldas de la legislación se realiza, y de ese modo evitar consecuencias disvaliosas ante esta realidad no prevista e ignorada por nuestro ordenamiento jurídico.

³⁴ Conf. Nota del diario “La mañana de Córdoba”, del 19/10/2015. Disponible en http://www.lmcordoba.com.ar/nota/219528_reclaman-la-sancion-de-una-ley-de-gestacion-por-sustitucion . Visitado el 20/ 10/ 2015.

Como dice Marisa Herrera, “*cuando vos regulás, controlás y cuando controlás le podés dar un marco de protección mínima*”³⁵. Los estados, específicamente los que ratificaron la Convención de Derechos del Niño, deben asegurar que conozcan sus orígenes y se sepa con certidumbre los emplazamientos filiatorios al momento de nacer; también que sean inscriptos inmediatamente luego de nacer y a obtener una nacionalidad. Al regular la voluntad procreacional no existiría menoscabo a dicho interés, por el contrario, se otorga seguridad jurídica al conceder identidad mediante la registración correspondiente y la obtención de su documento nacional de identidad.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se abordó el tema *gestación por sustitución*, arribando a las siguientes conclusiones finales:

- Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la *gestación por sustitución* está permitida (UNANIMIDAD).

- Se debe regular la *gestación por sustitución* en una Ley Especial conforme el criterio del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (UNANIMIDAD).

- La ley especial de *gestación por sustitución* debe hacer hincapié en la protección de todas las personas intervinientes (MAYORIA, la minoría fue: “La ley especial de *gestación por sustitución* debe hacer hincapié en la protección de la persona gestante”).

- El nacido por *gestación por sustitución*, con edad y grado de madurez suficiente, tiene derecho a conocer su realidad gestacional y a acceder al expediente judicial (UNANIMIDAD).

- El derecho a conocer los orígenes del niño nacido por *gestación por sustitución* realizada con material genético de personas ajenas al proyecto parental se resuelve, en el caso de los donantes de gametos, por aplicación de los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación (UNANIMIDAD).

³⁵ Conf. Nota del diario “Página/ 12”, del 5/ 10/ 2012. Disponible on line en <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-7540-2012-10-05.html>, Visitado el 20/ 10/ 2015.



Creemos que es necesaria la pronta regulación, y que su supresión del CCyC sólo ha dado tiempo de procesar, debatir y buscar el momento oportuno de ser dictada una norma específica que proteja por sobre todo al niño por nacer, para que sea inscripto por quienes desean criarlo y cuidarlo, es decir, quienes tienen la voluntad de ser sus padres.

Consideramos que ese tiempo es hoy, en pos del Interés Superior del niño que está siendo violado ante la realidad presente; y que sería fundamental también para todas las personas intervinientes, dejando en claro los presupuestos para llevarse a cabo la práctica para de esta manera prevenir, por ejemplo, situaciones en donde haya personas que se beneficien económicamente y se pene a quien hace de intermediario entre una persona y una pareja con el deseo de tener un hijo para sacar un provecho económico.

En definitiva, la regulación vendría a darle un marco a una situación que como relatamos se viene presentando cada vez más en la realidad, garantizando el ejercicio de los derechos, reconociendo la diversidad familiar, maximizando las posibilidades de éxito y de felicidad de las personas al momento de la conformación de la familia, para desechar situaciones de desventajas y estigmatización de las personas.