

# **XIV Congreso Nacional de Derecho Político**

**DERECHO Y POLITICA EN LA  
DEMOCRACIA.**

*Tensiones y Debates*

**AADP**

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO

XIV Congreso Nacional de Derecho Político: Derecho y Política en la Democracia. Tensiones y debates / Ernesto Castrelos ... [et al.] ; compilado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Carlevaro Agustin ; editado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Agustin S. Carlevaro. - 14a ed revisada. - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste, 2018.

DVD-ROM, PDF

ISBN 978-987-3619-33-5

1. Derecho. 2. Democracia. 3. Argentina. I. Castrelos, Ernesto II. Zimmerman, Héctor, comp. III. Monzón Wyngaard, Alvaro, comp. IV. Agustin, Carlevaro, comp. V. Zimmerman, Héctor, ed. VI. Monzón Wyngaard, Alvaro, ed. VII. Carlevaro, Agustin S., ed.

CDD 340.1

---

## AUTORIDADES

### ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO. COMISIÓN DIRECTIVA 2016-2019

---

El 22 de septiembre de 2016 se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, la Asamblea de elección de autoridades de la Asociación Argentina de Derecho Político - AADP para el período 2016-2019. La actual Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho Político está integrada por:

**Presidente:**

*Alvaro MONZÓN WYNGAARD (UNNE)*

**Vicepresidente 1°:**

*Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ (UNC)*

**Vicepresidente 2°:**

*Solange DELANNOY (UNR)*

**Vicepresidente 3°:**

*Ricardo DEL BARCO (UNC)*

**Vicepresidente 4°:**

*Miguel DUARTE (UNC)*

**Secretario General:**

*Héctor ZIMERMAN (UNNE)*

**Prosecretario General:**

*Gustavo PONCE ASAHAD (UNR)*

**Tesorero:**

*Omar Ulises D'ANDREA (UNNE)*

**Protesorero:**

*Marcelo MONAYAR (UNCa)*

**Vocales titulares:**

*1°. Jorge Edmundo BARBARÁ (UNC)*

*2°. Adriana MACK (UNR)*

*3°. Edgar Gustavo FERNÁNDEZ SUÁREZ (UNC)*

*4°. Gustavo GONZALEZ (UBA)*

*5°. Julio PLAZA (UNTucumán)*

**Vocales suplentes:**

*1°. Ernesto CORDEIRO GAVIER (UCC)*

*2°. Magalí MIRANDA (UNC)*

*3°. Noelia DI MONTE (UNR)*

*4°. Cecilia CARRERA (UNC)*

*5. Alejandro CASSANI (UNC)*

# Gestación por Sustitución. Análisis Político de una realidad que empuja.

Fermina Mauriño<sup>317</sup>

*Facultad de Derecho. Cs. Sociales y Políticas de la UNNE. fermina\_03@hotmail.com*

y filosofía del derecho, con el caso Bignone y el caso Thomas, que tuvieron lugar en la Argentina en el año 2010 y 2017, respectivamente.

Creo que la solución que resta por realizar por el porvenir de las democracias constitucionales es profundizar, reformar e intensificar los elementos democráticos de las instituciones representativas, porque que éstos revisten mayor legitimidad democrática al tomar las decisiones que afectan los derechos fundamentales de las personas, en un doble registro: procedimental e instrumental. Para concretar el ideal del autogobierno –objetivo capital de toda democracia que se precie de tal–, es preciso que todos los afectados por una decisión tomen parte de ella. Esto se hace otorgándole al Parlamento la última palabra cuando estén en juego los derechos fundamentales, y dejar que un puñado de personas decidan sobre millones. Así, creo que podríamos dar paso, utilizando palabras de Waldron, a “una estructura mental filosóficamente más modesta, jurídicamente menos arrogante y políticamente menos aterrorizadora”<sup>316</sup>.-

## Comisión: Estado de Derecho.

---

<sup>316</sup> J. Waldron, “Derecho y desacuerdos”, p. 275.

<sup>317</sup> Integrante del Proyecto de Investigación N° G001-2013 “Tecnología en Salud como Derecho Humano. Implicancias jurídico-profesionales del Ingeniero Biomédico”. acreditado por Resolución N° 872/13 C.S. UNNE, bajo la Dirección del Dr. Jorge E. Monzón.

## I. INTRODUCCIÓN

La familia ha ido cambiando a lo largo del tiempo<sup>318</sup>, al punto que en algún momento se llegó a hablar de la “Crisis de la Familia”. Hoy la doctrina mayoritaria ha logrado concluir que lo que entró en crisis no es la Familia en sí, sino el concepto tradicional que nosotros teníamos de ella. En consecuencia, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina ha introducido modificaciones en materia de Derecho de Familia que acercan nuestro ordenamiento positivo a las distintas realidades sociales. El reconocimiento de las distintas formas de familia significó una evolución en nuestro Derecho Civil, volviendolo compatible con los mandamientos establecidos por el Bloque Constitucional Argentino<sup>319</sup>. A este fenómeno se lo ha conocido como la Constitucionalización del Derecho de Familia.

Uno de los principales cambios consiste en la creación de una tercera fuente filial: la Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cuya fuente es la voluntad procreacional, es decir la voluntad de ser padres. En esta misma línea el Anteproyecto del Código Civil y Comercial preveía la introducción de la regulación de la Gestación por Sustitución, texto que fue suprimido del Código sancionado. No obstante, la técnica se siga realizando sin ningún tipo de limitación, afectándose en muchos casos los derechos de los sujetos más débiles de la relación.

Este trabajo tiene por fin el análisis del debate que se ha dado en esta materia y el análisis político de cuestión teniendo en cuenta las implicancias bioéticas<sup>320</sup>, jurídicas y sociológicas que trae aparejada la práctica de la GS sin un marco regulatorio.-

## II. MATERIALES Y MÉTODOS

El enfoque elegido para la realización de esta investigación es el cualitativo, el cual se mueve dinámicamente entre las normas, los hechos y su interpretación. Se utilizó el método jurídico que se sirve de la inducción para extraer de la variedad de fenómenos sociales, con basamento en la lógica.

Sin embargo, esta aproximación no prescinde en modo alguno del método realista como auxiliar para elaborar las conclusiones de trascendencia. Para ello, se analizó y comparó la normativa vigente y los Proyectos de Ley propuestos al Poder Legislativo. Se analizó jurisprudencia nacional e internacional en materia de Gestación por Sustitución y Derechos Humanos.-

<sup>318</sup> Como bien enuncia Marisa Herrera en su trabajo: Las familias en el Proyecto de Reforma del Código Civil: “Ya no se pone en duda que la familia no es una sola; aquella formada por un matrimonio integrado por dos personas de diferente sexo cuya unión se mantiene “para toda la vida”, con hijos producto del acto sexual entre ellos. Esta familia en singular ha pasado a compartir el escenario con otras diversas formas de vivir en familia. Claro está, ello implica complejidad. Indudablemente, la realidad social se muestra más compleja”. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/las-familias-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-civil/>.

<sup>319</sup> Los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional desde 1994 han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento, a tal punto que la célebre frase “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico” le pertenece a uno de los recordados maestros del derecho constitucional que, no por casualidad, se interesó en los conflictos de familia. Marisa Herrera. Sobre las Familias en Plural. Reformar para transformar. Revista Jurídica UACES.

<sup>320</sup> Según Florencia Luna en su trabajo Nuevas dimensiones para la bioética: Antropología filosófica y bioética, la bioética brinda una reflexión cuidadosa sobre el ser humano, sus acciones y sus valores. Al hacerlo, presenta al ser humano con sus dilemas contemporáneos. Pese a que la bioética no se agota en ésto (hay reflexiones dirigidas a cuestiones no humanas) no se puede negar que uno de sus centros es la persona y sus acciones; acciones de índole bastante específica como son las actividades médicas o la experimentación biomédica. Aunque estas acciones se analizan a la luz de los valores y de los dilemas éticos que plantea la sociedad contemporánea, no cabe duda de que ponen de manifiesto una cierta percepción de qué sea el ser humano, cómo actúa, cuáles son sus problemas. Permite, por ejemplo, observar cómo cierta reconsideración de los valores conlleva un cambio de actitudes, cómo de respuestas de sumisión y verticalidad con el otro se está pasando a actitudes de respeto de sí y del otro, y a una mayor horizontalización en las relaciones con los semejantes (entre ellos con el médico). La bioética, por otra parte, analiza ciertas etapas vitales por las que pasan las personas a la luz de desarrollos tecnológicos o innovaciones sociales que ponen de relieve la pregunta por el ser del hombre desde la inserción o el impacto de una tecnología en especial: la técnica médica. Se formulan planteos respecto del comienzo de la vida, reflexiones acerca de ciertas etapas cruciales del desarrollo humano y dudas en relación al final de la existencia. Revista de Bioética y Derecho N°14, 2008, p 10.

### III. EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Cabe decir antes de entrar al tema que nos ocupa, que no podemos abordarlo sino desde la óptica de los derechos humanos, con tolerancia a lo diferente y respeto hacia el otro. Debemos tomar como base de la convivencia democrática el respeto a la libertad individual de los ciudadanos, quienes en el marco de su vida íntima o familiar, tienen derecho a diseñar una historia propia -única e irrepetible- para alcanzar su felicidad<sup>321</sup>.

En este sentido cabe destacar que el desarrollo de las TRHA, entre ellas la GS, está íntimamente relacionado con los cambios en las relaciones de familia y las necesidades de nuestra sociedad, brindando a quienes se encuentran imposibilitados de concebir, una solución superadora de los límites para la procreación<sup>322</sup>. Como consecuencia de estos cambios, al día de hoy, se reconocen derechos humanos personalísimos vinculados al alcance del cumplimiento de objetivos de vida que hacen a la salud integral de las personas<sup>323</sup>. Ya no puede desconocerse la importancia que puede tener el hecho de formar una familia y decidir sobre procrear o no procrear. La maternidad y la paternidad son experiencias que marcan la vida de las personas, este hecho forma parte de nuestra identidad, y tiene gran implicancia social. Es un derecho de cada uno de nosotros el poder decidir nuestro proyecto de vida, de acuerdo a nuestras convicciones, deseos y experiencias. Tenemos derecho a elegir libremente y en igualdad de condiciones.

Las personas que desean tener hijos, y no pueden, padecen un gran sufrimiento, muchas veces acarreado un destructivo sentimiento de fracaso personal y conllevando a la ruptura de sus planes de vida. Y es allí en donde las TRHA vienen a jugar un papel crucial, por cuanto permite a aquellas parejas, o personas solas, que por impedimentos biológicos no pueden vivir el proceso del embarazo o de concebir un hijo con su carga genética, concretar su deseo. Esta realidad debemos tenerla presente a lo largo de la lectura del presente trabajo: las personas que llegan a la práctica de TRHA desean fervientemente ser padres, seguramente han transitado por un largo camino de angustia y dolor, y encuentran en la técnica médica una luz y la esperanza de llegar algún día a ser padres.

Además, resulta clave al momento de debatir sobre la postura que nuestro país adopta en consideración a la gestación por sustitución que tengamos en cuenta que el derecho argentino, en el marco de los derechos personalísimos contemplados por nuestro bloque constitucional (Constitución Nacional y Tratados, Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos) protege el derecho a la libertad -incluida la libertad reproductiva-, a la privacidad, a la vida íntima y familiar, a la salud -tanto física como psíquica-, a gozar de los avances científicos y tecnológicos, a la igualdad y a la no discriminación.

El contenido esencial de la noción de derechos reproductivos es el derecho a procrear, como derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo del individuo libre. El concepto comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas, con la información y los medios adecuados para su realización<sup>324</sup>. Por ello, prohibir la GS como herramienta para aquellas personas que desean tener un hijo y no pueden, resultaría en una violación de los derechos reproductivos y por ende la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Reforzando lo expuesto hasta aquí, cabe reseñar los argumentos de la

<sup>321</sup> Andrea Gonzalez, Pablo Melon, Federico P. Notrica. La Gestación por Sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Influxus. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

<sup>322</sup> José Jesús López Gálvez- Juan Manuel Moreno García. ¿«Industria de la fertilidad» o respuesta a la búsqueda del hijo biológico? Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj).

<sup>323</sup> Ver definición de la OMS de Salud Integral

<sup>324</sup> Esther Farnós Amorós. La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj).

Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH— en el caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”.-

#### IV. EL CASO “ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA”

En el caso Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, la Corte IDH revisa una sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo del año 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en ese país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica y, en particular, generó que algunas de las víctimas del caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV, violándose así los derechos humanos a la vida íntima y familiar; el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

Si bien el fallo trata principalmente el estatuto del embrión in vitro y el inicio de la existencia de la persona humana -se establece que el embrión no es persona- además dejó claro que negar la posibilidad de acceder a las TRHA implica violar el derecho de las personas a la integridad física y psíquica, la cual abarca el derecho a la salud reproductiva. Así también, manifestó que prohibir las técnicas viola al derecho a la intimidad y a formar una familia en igualdad de condiciones, y el derecho a gozar de los avances científicos, sentando un antecedente de innegable peso.

No puede desconocerse el valor de la interpretación que hace la corte IDH al respecto, por cuanto no se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>325</sup>. Para la Argentina, las interpretaciones de la Corte IDH sobre la convención son vinculantes por cuanto expresamente en el 2º de la ley 23.054<sup>326</sup> reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. art. 62 de la Convención<sup>327</sup>). La Republica Argentina no solo ratificó la Convención, sino que le otorgó jerarquía constitucional. Por lo que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para cada juez del país.-

#### V. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO FUENTE DE LA FILIACIÓN POR TRHA

Las técnicas de reproducción asistida generaron a nivel mundial lo que se conoce como la “revolución reproductiva”, produciendo un gran cambio en materia de filiación debido a que estas

<sup>325</sup> Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm. Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Disponible en <http://aldiaargentina.microjuris.com>.

<sup>326</sup> 10 LEY N° 23.054. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. ARTICULO 2º - Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad.

<sup>327</sup> CADH. Artículo 62. 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Tal es así, que hoy en día, como consecuencia de las TRHA, es posible la reproducción sin sexo; lo que nos ha llevado a plantearnos una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes<sup>328</sup>. Estos cambios nos generaron interrogantes y objeciones que, al no tener una respuesta social unívoca, desembocaron en una típica cuestión de axiología jurídica y política legislativa: cuáles son los valores que debemos proteger y cómo debe hacerse<sup>329</sup>.

Respondiendo a estas necesidades, el Código introdujo cambios necesarios en el instituto de la filiación, adaptándolo al origen y dinámica de los vínculos filiales en el presente<sup>330</sup>, siendo una muestra de ello el reconocimiento de las TRHA como tercera fuente filial la que no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo: la voluntad procreacional<sup>331</sup> reflejada en el consentimiento previo, informado y libre otorgado por las partes involucradas. “Con todo ello, si la voluntad procreacional se identifica como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene, sin dudas, el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de las TRHA es la típica fuente de creación del vínculo. No estamos hablando de familias inventadas, sino de familias deseadas, buscadas y cimentadas sobre la base del amor, del respeto y, lo principal, la elección libre, plena, y consentida, de querer ser padre o madre más allá de los impedimentos naturales”<sup>332</sup>.

Hay quienes entienden que la voluntad procreacional no es un concepto novedoso sino que siempre existió, pero que con la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida adquirió un significado normativo y simbólico distinto. De acuerdo a lo manifestado por el Dr. Andres Gil Dominguez, para el ordenamiento constitucional y convencional argentino, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio<sup>333</sup> el cual de acuerdo al principio de pluralidad, es un derecho abierto para las parejas de igual o distinto sexo casadas o en unión convivencial y también para hombres o mujeres que no conforman pareja”<sup>334</sup>.

<sup>328</sup> Eleonora Lamm. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas. <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>.

<sup>329</sup> OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida. CASADO, M. (Coord.) Signo. Barcelona. 2008. Disponible en: [http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion\\_Reprod-Asistida.pdf](http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf). Compulsado el 17-07- 2011.

<sup>330</sup> KRASNOW (2012), pp. 155-170 y KRASNOW (2015), pp. 3-28

<sup>331</sup> Marisa Herrera en su trabajo: Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia, nos responde la pregunta ¿qué es la voluntad procreacional?, y dice: “La voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético”. [en línea] Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/preguntas-y-respuestas-sobre-las-modificaciones-mas-relevantes-en-materia-de-familia-por-marisa-herrera/>

<sup>332</sup> La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada por Andrea González, Pablo Melón, Federico P. Notrica [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Id Infojus: DACF150426

<sup>333</sup> Andrés Gil Domínguez. Diario Familia y Sucesiones Nro 40 - 21.08.2015 Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución. <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Familia-Doctrina-2015-08-2>

<sup>334</sup> Adriana Krasnow. Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial. Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas. Disponible en file:///C:/Users/Usuario/Desktop/16151-32310-1-SM.pdf

## VI. DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO TRHA ESPECIAL. CONCEPTO, MODALIDADES Y TERMINOLOGÍA

La GS es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad, en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida<sup>335</sup> en la que una mujer gesta para otros (comitentes), sin que de ello derive vínculo filial alguno entre ella y el niño nacido de esa relación. La filiación del niño será determinada respecto de los comitentes teniendo en cuenta la voluntad procreacional, es decir la voluntad de ser padres.

Ahora bien, la gestación por sustitución puede tener varias modalidades, y de acuerdo a ellas se la puede clasificar en:

a.- Gestacional o Tradicional. En el primer caso, la persona gestante sólo llevará a término el embarazo en su vientre y no tendrá ninguna relación genética con el niño nacido, es decir que no aporta gametos propios, “pudiendo ser utilizados para la fecundación gametos de los futuros padres, o bien de donantes anónimos, que serán introducidos en la madre portadora a través de la técnica de la fecundación in vitro (FIV)”<sup>336</sup>. En cambio, en la GS Tradicional, la mujer gestante aporta óvulos propios que serán fecundados mediante inseminación artificial. En este último supuesto, la persona gestante tiene vínculo genético con el niño, por lo que resulta más complejo el panorama. Por ello en muchos ordenamientos se prefiere la modalidad gestacional.

b.- Altruista o “Comercial”. En la primera modalidad, la GS se realiza sin contraprestación alguna - lo que no quiere decir que no se cubran los gastos médicos y otras necesidades relacionados al embarazo. En la GS “comercial”, la gestante llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio<sup>337</sup>.

La tendencia es regular la GS de modalidad gestacional y altruista. Siguiendo esta línea, en lo que hace a la denominación de la práctica, la doctrina argentina se inclina por el término “gestación por sustitución” porque hace referencia a que la gestante, tal como lo sugiere la palabra, sólo gesta, y no aporta material genético. Por otra parte la denominación “por sustitución” hace referencia a que lleva adelante el embarazo por otros, que no pueden hacerlo (esta es otra de las características que presenta la figura de GS que propone nuestra doctrina: que los comitentes no puedan concebir o llevar a término un embarazo como requisito).

Se ha dejado de lado el término “maternidad subrogada” por ser inadecuado, recordemos que la mujer gestante no busca ser madre, ya que la maternidad es unarealidad que va mucho más allá de la gestación y el alumbramiento. Asimismo, la denominación “alquiler de vientre” resulta incorrecta y un tanto peyorativa, ya que no estamos hablando de un contrato de locación del útero de una mujer a cambio de una contraprestación, tal como si fuera una cosa. Se trata de un acuerdo de voluntades entre personas libres y con fines altruistas.-

## VII. EL DEBATE. PRINCIPALES ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La doctrina contraria a la figura de la GS entiende que la misma supone la explotación de la mujer gestante y la cosificación del cuerpo femenino. Alegan que esta práctica favorece el “mercado negro de vientres” en el que mujeres pobres o en situación de vulnerabilidad son utilizadas como objeto del comercio.

Al respecto, la postura a favor de la GS sostiene que al suponer que la mujer como sujeto libre no puede decidir y acordar si quiere gestar para otro o no, estamos minimizando el rol de su

<sup>335</sup> Eleonora Lamm. Gestación Por Sustitución: Ni Maternidad Subrogada Ni Alquiler De Vientres, 2014.

<sup>336</sup> Silvia Vilar González. Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

<sup>337</sup> Silvia Vilar González. Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

voluntad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo. En este sentido hay feministas que entienden que los acuerdos de gestación por sustitución son una manera de mostrar que la función biológica de la mujer no debe determinar su destino y que el destino de cada mujer debería ser una elección libre<sup>338</sup>.

En lo que respecta a la explotación de mujeres, la realidad es que la GS se practica y es claro que solo pueden ser explotadas aquellas mujeres que no se encuentran en condición de decidir por sí mismas porque se encuentran en situación de vulnerabilidad, por lo tanto, no regular equivale a no proteger y abandonar esas mujeres vulnerables. Regular la GS es controlar y limitar su práctica, creando una herramienta eficaz para impedir “el mercado negro de vientres” y el “turismo reproductivo”.

El Interés superior del niño también ha servido de argumento a la postura en contra de la GS, por cuanto esta parte de la doctrina supone que se viola el derecho del niño a la vida familiar, y el derecho a la identidad.

Resulta evidente que, si nos atenemos a la lógica propuesta por el nuevo Código, no se entiende como podría ser violado el interés superior del niño por nacer mediante la práctica de la GS, al contrario, el niño fue concebido en el marco de una familia que lo deseó y que lo quiere, solo que fue gestado de una manera distinta a la tradicional. En contraposición a los argumentos vertidos al inicio de punto, regular la GS garantiza el cumplimiento de los derechos del niño nacido por esta técnica por cuanto otorga seguridad jurídica y certeza del estado de familia del mismo desde su nacimiento.

Por último, hay quienes se oponen a regular la GS porque la entienden inmoral, opuesta a la dignidad humana y antinatural. Esta es la tesis que sostiene, entre otros, la Iglesia Católica. Ahora bien, en un país laico y democrático como el nuestro, cabe preguntarse sobre la injerencia que la religión y la moralidad puedan tener para limitar la libertad de las personas, cuando sus acciones no puedan dañar a otros. En este sentido y siguiendo a la Dra. Lamm, el Estado no debe hacer cumplir un conjunto de valores a quienes no los comparten, sobre todo en ausencia de daño demostrable para terceros y para los involucrados. Allí está el límite del poder estatal, el punto donde el ejercicio de los derechos individuales que no irrogan derechos a terceros se despliega libremente desde la igualdad<sup>339</sup>, sobre todo porque la salvaguarda de ciertos valores no es absoluta y hay que ponderar su protección en conjunto con otros derechos.-

#### VIII. EL ART. 562 DEL CÓDIGO. EL DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DE DECLARAR –O NO- SU INCONSTITUCIONALIDAD

La voluntad procreacional ha sido incorporada en el art. 562 del Código Civil y Comercial como factor determinante de la filiación en los casos de TRHA, siendo su redacción actual la siguiente: “ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”

El problema que se ha planteado respecto a este artículo, es que de manera expresa el mismo establece que los niños nacidos por TRHA necesariamente tendrían vínculo filial con quien “quien dio a luz”, manteniendo en apariencia el principio de “mater semper certa est”. Por esta razón parte de la doctrina sostiene que la gestación por sustitución no tiene cabida en el derecho

<sup>338</sup> (Ob.Cit) Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. ELEONORA LAMM. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)

<sup>339</sup> Andrea Gonzalez, Pablo Melon, Federico P. Notrica. La Gestación por Sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Influxus. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

argentino<sup>340</sup>, o que en su caso para reconocer la filiación con los comitentes de los niños nacidos por esta práctica, es necesario declara la inconstitucionalidad del art. 562.

Esta última fue la postura adoptada por el Juzgado de Familia Nro. 7 de López de Zamora en el caso H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC), fallo del 30 de diciembre de 2015. El caso refiere a una pareja de la cual la mujer, por una enfermedad denominada Síndrome de Rokitansky, no puede gestar, pero tiene ovarios funcionales. Por este motivo y con el fin de “lograr su propia descendencia” recurrieron a la técnica de gestación por sustitución: mediante TRHA se fecundaron in vitro ovocitos de la mujer con esperma de su propia pareja, y se implantaron dos de esos embriones en el vientre de la hermana de la comitente, quien se había ofrecido a gestar por ella de manera altruista como un acto de solidaridad fraterna. Finalmente, solo uno de los embriones anidó y durante el embarazo se presentaron ambas hermanas al juez solicitando que al nacer la niña concebida sea inscripta como hija de los comitentes (quienes aportaron su propio material genético) y no de la gestante, quien para la niña cumpliría el rol de tía y madrina.

El fallo fue favorable a reconocer el vínculo filial entre los comitentes y la niña, ordenando su correspondiente inscripción al nacer, pero para ello la jueza entendió que era necesario declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en el caso concreto de gestación por sustitución “en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz” y entendiendo que constituye “una barrera para el ejercicio de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica.”

Asimismo, la magistrada manifestó en su fallo que “En el art. 562 del C.C.y C.N. el legislador ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución, ya que sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante” y que “aplicar aislada y literalmente la norma del art. 562 del C.C.y C.N., sin armonizarla con los derechos de raigambre constitucional, puede constituir una discriminación hacia la mujer que por carecer de capacidad gestacional pero no genética.”<sup>341</sup>

Ahora bien, a favor de la gestación por sustitución, pero con una opinión distinta a la recién expuesta respecto de la declaración de inconstitucionalidad del art. 562, hay quienes entienden que el extremo de tachar de inconstitucional dicha norma no resultaría necesario. Esta tesis se funda en el concepto de interpretación sistémica a la que apela el Código, pues si bien de la lectura enclaustrada del artículo 562 puede entenderse que siempre el niño es hijo de quien dió a luz, lo cierto es que dicha norma debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y de modo coherente con todo el Ordenamiento Jurídico, de acuerdo al 2º del C.C.y C.N.<sup>342</sup>

Lo previsto por el artículo segundo permitiría “superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y da facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el Sistema”, la interpretación debe ser armónica. “Se trata para decirlo con Savigny, del elemento sistemático, el

<sup>340</sup> Osvaldo Pitrau y Lucila Córdoba, en su trabajo La voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida en el nuevo Código, publicado en la Revista DPI-Familia y Sucesiones N° 38 sostiene que “La determinación como progenitor de quien dio a luz es indiscutible en el nuevo Código ya que acertadamente no ha sido considerada la posibilidad del alquiler de vientres.”

<sup>341</sup> Expte. N° LZ-62420-2015 – “H. M. y Otro/a s/medidas precautorias (Art. 232 del CPCC)” – JUZGADO DE FAMILIA N° 7 DE LOMAS DE ZAMORA (Buenos Aires) – 30/12/2015. Disponible en: <http://abogadosdefamilia.com.ar/fallo-declara-inconstitucional-art-562-del-ccyc>

<sup>342</sup> ARTÍCULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

cual tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y las reglas del derecho en el seno de una vasta unidad”<sup>343</sup>.

Esta postura es compatible con la resonada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la cual sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas.

Hay quienes incluso interpretan que en definitiva y en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el dec. 956/2013 y los arts. 558 y 562 del C.C.yC.N., la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional que se puede concretar de forma privada, pudiendo ser gratuito, oneroso o asistencial (cubriendo determinados gastos durante el embarazo de la mujer gestante), con - o sin- aporte de material genético por parte de uno de los padre/madre/copadre/comadre, sin que ningún juez o jueza pueda establecer una prelación jerárquica entre dichas modalidades<sup>344</sup>.-

#### IX. EL RIESGO DE NO REGULAR LA FIGURA

Ahora bien, tal como hemos visto antes, no prohibida la práctica de la gestación por sustitución en nuestro país, la misma está permitida. Esto surge del Principio de Reserva contemplado en nuestra Constitución Nacional. El problema se encuentra en que tampoco está regulada y, al no haber reglas claras de juego, la gestación por sustitución no solo se hace, sino que se practica sin ningún tipo de límite o control, dejando desprotegidas a las partes más vulnerables de la relación.

Al no haber normas claras que brinden seguridad jurídica, el niño ve afectados sus derechos en tanto nace en una especie de limbo, sin certeza alguna respecto de su filiación e identidad. Hasta el momento, de los casos llevados a la justicia en nuestro país se han visto dos estrategias legales: la primera es NO inscribir al niño cuando nace y pedir al juez que se lo inscriba a nombre de los comitentes; la segunda, es inscribir al niño como hijo de la mujer que dio a luz y luego impugnar dicha maternidad por no ser la “madre biológica”, reclamando la maternidad de la comitente. En ambos supuestos los derechos del niño se ven vulnerados<sup>345</sup>.

En el primer caso, se viola el derecho del niño por cuanto no tiene DNI hasta que el juez resuelve el planteo (¿meses... años?). Con ello se viola el derecho del niño a estar inmediatamente inscripto, a su identidad y a tener vínculo filial. Así también, y como consecuencia de no tener DNI se vulnera el derecho del niño a la salud y a la educación, entre muchos otros. En la segunda estrategia, si bien el niño tiene DNI, se viola su derecho a la identidad ya que su documentación no se corresponde con la realidad familiar de ese niño. El panorama se complica muchísimo más cuando el conflicto tiene

---

<sup>343</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS. C.C.y C. N. Dir. Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord. Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

<sup>344</sup> Andrés Gil Domínguez. Diario Familia y Sucesiones Nro 40 - 21.08.2015 Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución.

<sup>345</sup> Eleonora Lamm GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. REALIDAD QUE EXIGE LEGALIDAD. Comisión nº6, Familia: “Identidad y filiación”.

aristas internacionales. En estos casos, a la lista de derechos vulnerados del niño se le suma la violación del derecho a tener nacionalidad<sup>346</sup>, es preocupante los numerosos casos de niños apátridas<sup>347</sup>.

Por otro lado, en caso de incumplimiento del convenio por parte de la gestante (arrepentimiento) o de los comitentes (tal es el caso de comitentes que ante alguna patología del niño no lo quieren recibir) y ante la falta de respuesta jurídica a dicha situación, se supone un grave perjuicio para el menor, por lo que es necesaria una correcta regulación normativa de esta figura<sup>348</sup>.

En cuanto a la protección de la mujer, la falta de regulación favorece el desarrollo de los llamados “baby business” (industria de bebés) y “turismo reproductivo”. Es decir que la falta de límites y control del estado, favorece a que mujeres en situación de vulnerabilidad sean explotadas que se compense pero no se retribuya; un mínimo de 3 años de residencia en el país para al menos uno de los comitentes. . .) Verificados dichos requisitos y con la homologación judicial del acuerdo, recién podría procederse a la implantación del embrión en el útero de la gestante.

Además, el Proyecto proponía establecer que, toda cláusula que limite los derechos de la gestante se tenga por no escrita, y la creación de un Registro de Gestantes. Por otra parte, se proponía tipificar el delito de intermediación de la GS, es decir la creación de una figura penal para sancionar a quienes actúen como intermediarios<sup>349</sup>.

La iniciativa recibió críticas y no tuvo el apoyo necesario para su aprobación. Amén de ciertas cuestiones de redacción y técnica legislativa, y de las posturas extremas que se oponen per se a reconocer la gestación por sustitución, el debate levantó opiniones bastante contrarias entre sí: algunas posturas feministas argumentaron su preocupación porque el proyecto no establecía suficientes controles para proteger a las mujeres de la explotación de vientres; mientras que por otro lado, la Federación Argentina de LGTB criticó el proyecto por entenderlo excesivamente regulatorio (restrictivo de las libertades de las personas) y paternalista del cuerpo de las mujer.

Otro argumento crítico, sostenido entre otros por el Dr. Gil Domínguez, es que la judicialización de cada caso es una exigencia que puede significar un obstáculo para que parejas gay pudieran acceder a la paternidad, dada la discriminación encubierta que podrían llegar a encontrar en los tribunales de Familia<sup>350</sup>.

Tal es así que en el año 2016 se presentaron dos nuevos proyectos de ley para regular esta figura:

1- El proyecto presentado por la diputada Araceli Ferreira el cual fue elaborado en conjunto con la Federación Argentina de LGTB reflejando las críticas que fueron realizadas en el 2015 al proyecto de Montero. En principio, el proyecto propone denominar a la figura “Gestación Solidaria”, dejando de lado el término sustitución.

<sup>346</sup> En el mundo globalizado en que vivimos es cada vez más frecuente que para poder concretar el derecho a formar una familia, gracias al avance de la biomedicina y frente a las dificultades que imponen los ordenamientos jurídicos propios, las personas se desplacen al extranjero para acudir a la gestación por sustitución (GS) en aquellos países en los que está permitida o es posible técnicamente, a pesar de las dificultades que ésta técnica pueda traer aparejada. En atención a los diferentes posicionamientos estatales en relación a estas prácticas, es finalmente el poder judicial quien debe hacer frente a los conflictos que se presentan una vez que han nacido las niñas y niños y que pretenden desplazarse y que sus derechos sean reconocidos en el Estado en que residirán. Las soluciones jurisprudenciales han sido divergentes. Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. ELEONORA LAMM, NIEVE RUBAJA. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global. Revista de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona. <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16156/19163>.

<sup>347</sup> Como medida para evitar la situación de niños apátridas el Tribunal de Derechos Humanos Europeo ha dispuesto que cada país bajo su jurisdicción puede decidir su postura y regulación ante la GS, pero que cuando personas nacionales hayan practicado dicha técnica en el extranjero, ningún estado puede impedir el ingreso de los mismos ni del niño nacido, debiendo reconocerse en todos los casos la filiación correspondiente y sus consecuentes derechos.

<sup>348</sup> Silvia Vilar González. Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

<sup>349</sup> JORNADA DE DEBATE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN 08-09-15. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=U0tTnsBfYFo>

<sup>350</sup> Gestación por sustitución: duras críticas a proyecto de ley de Laura Montero. Disponible en <http://www.mendoza.com/nota/53328-para-vidal-los-25-mil-millones-es-justo-lo-que-necesita-buenos-aires/>

Este proyecto propuso la creación de un registro de madres gestantes, mujeres que a diferencia del proyecto presentado por el Partido Frente para la Victoria- no necesariamente deben tener vínculo afectivo con los comitentes. En este sentido Esteban Paulón, Vicepresidente de la Federación Argentina de LGTB, explicó que la denominación “gestación solidaria” obedece a que el proyecto de Ferreira no exige que la mujer (gestante) que llevará durante nueve meses en su vientre el bebé de otros (comitentes), mantenga con éstos un vínculo afectivo previo. Para Paulón exigir un vínculo previo “es otra vez volver a poner a la maternidad o paternidad en un plano sentimental”, algo innecesario “si la gestante está dispuesta, hay garantías de cuidado de salud y está inscripta en un registro”<sup>351</sup>. Por otra parte, el proyecto se diferencia fundamentalmente de la otra línea de trabajo legislativo en que no requiere autorización judicial, sino que alcanza un instrumento suscripto entre los involucrados en un centro médico autorizado, a través del cual las partes acuerdan concretar la técnica de Gestación Solidaria, que luego debe ser protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente de la jurisdicción.

Esta propuesta, en coincidencia con los otros proyectos presentados, también aboga por la técnica “gestacional”, es decir que la gestan no debe aportar sus gametos.

Respecto del art. 562 del CCyCN, el proyecto de Gestación Solidaria propone su modificación, siendo el texto sugerido el siguiente: “Voluntad Procreacional. Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los termino de los artículos 560 y 561, debidamente inscriptos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuera mediante Gestación Solidaria, con independencia de quien haya sido la “gestante”<sup>352</sup>.

2.- El Proyecto presentado por un grupo de investigadores del CONICET, en conjunto con la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) y la diputada Analía Rach Quiroga, (Frente para la Victoria). Este proyecto de ley propone regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas de la gestación por sustitución y su proceso judicial. Tiene puntos muy similares al Proyecto de Montero (2015) y al igual que el Anteproyecto de Reforma, mantiene el carácter no lucrativo de GS, aunque refuerza su cumplimiento introduciendo nuevos recaudos a lo largo de su articulado, tales como que existan vínculos o lazos afectivos entre la persona que gesta y el/los comitentes, y modificaciones al Código Penal a los fines de evitar las agencias intermediarias y las transferencias embrionarias sin autorización judicial.

En los fundamentos del proyecto, dice expresamente diferenciarse de otras propuestas por cuanto “no recepta acuerdos privados de GS, ni tiene por fin el procedimiento de homologación de estos acuerdos por vía judicial (“Proyecto Montero” EXPTE. 2574-S-2015). Por el contrario, propone estatuir un procedimiento íntegramente judicial, con intervención del equipo interdisciplinario del juzgado, en el cual las partes - gestante y comitentes- deberán intervenir con su respectiva asistencia letrada, peticionando la autorización judicial previa a la realización del procedimiento de GS” (Expediente N° 5700-D-2016).

En este punto cabe preguntarse si es que la relación que nos aboca - comitentes/gestante- puede darse de manera íntegramente judicial y más aún si se pretende que exista un vínculo afectivo previo entre ambos. Los involucrados antes de ir a la justicia seguramente habrán tenido encuentros, conversando y pactando voluntariamente las condiciones de su acuerdo según sus convicciones y necesidades, por ello, no reconocer la validez de dicho acuerdo significa menospreciar la capacidad de autodeterminación las partes en un asunto tan sensible e íntimo como lo es la vida familiar. En este sentido entiendo que la función del juez debe ser la de homologar un acuerdo

<sup>351</sup> 21/09/2016 "Gestación solidaria", el otro proyecto que intenta legislar sobre hijos nacidos en un vientre ajeno. Nota disponible en <http://www.telam.com.ar/notas/201609/164002-gestacion-solidaria-el-otro-proyecto-que-intenta-legislar-sobre-hijos-nacidos-en-un-vientre-ajeno.html>

<sup>352</sup> Proyecto de Ley de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria. H. Cámara de Diputados de la Nación. Expediente N° 5700-D-2016.

libremente prestado por personas capaces, corroborando el cumplimiento de aquellos requisitos que nos permitan evitar y controlar la vulneración de derechos y la explotación de mujeres.

Volviendo al Proyecto, el mismo incluye disposiciones para la regulación precisa del acceso a la información de los niños/as nacidos de un procedimiento de GS y propone modificaciones a la ley cuyo objeto principal gira en torno a la cobertura médica como lo es la ley 26.862 a los fines de incorporar el costo de la GS en su articulado. Esta propuesta también introduce un aspecto penal que involucra la GS al introducirse dos normativas al Código Penal tendiente a evitar cualquier tipo de intermediación que constituya un abuso y total desprotección a las gestantes.

Asimismo, cabe destacar que se prevé expresamente, que la GS no importará restricción alguna a los derechos personalísimos de la persona que gesta, en tanto es ella quien decide sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía<sup>353</sup>. Otro punto que aborda el proyecto de ley es el que habla de quien deberá cubrir el tratamiento. Según el texto, el propio sistema de salud de la pareja deberá generar una cobertura que incluya a la gestante y a todos los tratamientos vinculados al embarazo y nacimiento.

En general, el proyecto presentado por la Diputada Analia Rach Quiroga es una versión pulida del proyecto presentado en el 2015 por la Senadora Montero, con la diferencia de que incluye la necesidad de un vínculo afectivo entre la gestante y los comitentes<sup>354</sup> y la exigencia de un proceso en teoría íntegramente judicial de GS. Ambos son criticados por la Federación Argentina de LGTB por resultar restrictivo.

## X. CONCLUSIONES

1.- No hay duda de que se trata de una figura muy compleja y sensible, que nos crea innumerables interrogantes jurídicos y éticos, pero es necesario buscar respuestas a la luz de los valores y las necesidades de la sociedad contemporánea. Es entendible que parte de la sociedad reaccione rechazando lo nuevo, porque es desconocido, y es una respuesta psicológica normal, pero ello no alcanza para objetar la GS. La asimilación de las novedades se va dando generalmente de forma paulatina.

2.- No podemos olvidar que del “otro” lado hay intereses y derechos, aquellas personas que desean tener hijos con vínculo genético y no pueden, tienen derecho a gozar del avance científico. Estos derechos importan y están protegidos por nuestro bloque constitucional y deben ser puestos en la balanza al momento de las ponderaciones que realicemos para resolver la situación de la gestación por sustitución a nivel país.

3.- Si bien es indispensable fijar límites a las conductas del hombre, y más aún en aquellas cuestiones relacionadas al avance de la ciencia, es importante que esas delimitaciones se hagan desde la mirada de los derechos humanos de manera plural y objetiva, abarcativa de las distintas realidades que se ven afectadas por nuestro reglamento, evitando la inferencia de juicios religiosos, así como de todo prejuicio y discriminación social.

4.- La realidad es que incluso la prohibición expresa de la GS (que se da en algunos países) no logra evitar que se realice la práctica a través de estrategias turbias y conflictivas, empeorando la situación.

5.- Aunque jurisprudencialmente se viene emparchando la falta de regulación, se producen vulneraciones a los derechos de los niños que nacen por GS. Asimismo, al no establecerse límites claros que permitan al estado controlar la práctica de GS, se corre el riesgo de que mujeres en situación de vulnerabilidad puedan ser explotadas; y la falta de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la GS, favorece al llamado “turismo reproductivo”.

<sup>353</sup> (Ob Cit. Proyecto de Ley Expediente N° 5700-D-2016)

<sup>354</sup> Con este requisito se recepta una de las realidades observadas en los casos que llegaron a la justicia hasta el momento. Se ha observado que las gestantes tienen un vínculo afectivo con los comitentes.

6.- Al no existir leyes que pongan freno y marquen las pautas para la práctica aceptable de la Gestación por Sustitución, dejamos expuestas a aquellas mujeres vulnerables que pueden caer en la explotación de personas. Una medida para frenar este negocio es justamente establecer normas que permitan al estado controlar la realización de estas técnicas y asegurarse que las mismas se realicen de forma libre y respondiendo a fines altruistas, con total entendimiento de sus derechos.

7.- Si prohibimos, vulneramos los derechos humanos de las aquellas personas que quieren formar una familia. Derechos humanos amparados por nuestro bloque constitucional. Si en vez de regular, callamos: desprotegemos. Tendría más sentido utilizar las objeciones que nos presentan las TRHA de manera positiva a través de una regulación clara que nos permita limitar los efectos que como sociedad no estamos dispuestos a soportar. De nada sirve preocuparnos, si no hacemos nada al respecto. Regular es crear una herramienta para controlar que la GS se haga sin vulnerar los derechos de ninguna de sus partes.

8.- No es una fácil tarea regular la GS de manera tal que cubra todos los puntos que nos preocupan como sociedad y que a la vez signifiquen un marco de acción amplio y flexible para los sujetos interesados en la práctica. Claramente, a mayores requisitos mayor protección y control, pero a su vez mayores son las complicaciones para quienes quieren hacer uso de la técnica.

9.- Entre los proyectos de ley presentados encuentro similitudes en las técnicas empleadas por el de Montero en el año 2015 y el del FPV en el 2016, por cuanto siguen la línea de lo propuesto en el Anteproyecto de reforma del Código Civil.

10.- Considero que, en el contexto actual de nuestro país, resulta conveniente regular la GS de manera tal que exista una intervención judicial que controle que la gestante presta su consentimiento de forma libre e informada y que homologue el acuerdo de las partes. Debe respetarse la capacidad de autodeterminación de las partes involucradas dando al juez la función de contralor de requisitos y la homologación del acuerdo al que arribaran los comitentes con la gestante.

Nada obsta que, en un futuro, existiendo mayores herramientas para combatir la explotación de vientres y habiendo madurado nuestra sociedad en relación a la materia, el proceso no pueda ser simplificado.

11.- Con respecto al art. 562, si bien al acudir a nuestro ordenamiento jurídico de manera sistemática encontramos el reconocimiento de la GS, entiendo que -sobre todo en un contexto como el actual, en el que estamos iniciando un camino diferente en el que existen dudas y opiniones encontradas- sería conveniente contar con normas claras que no necesiten de una interpretación forzada. Mucho se ha dicho que “no se debe hacer decir al código lo que no quiere decir” y en este caso dice expresamente que se es hijo de quien dio a luz, norma que entiendo debe ser tachada de inconstitucional al momento de reconocer la filiación entre los comitentes y el niño nacido por GS.-

#### BIBLIOGRAFÍA

- Marisa Herrera. Las familias en el Proyecto de Reforma del Código Civil. Gonzalez Vilar, Silvia (2014) Situación Actual de la Gestación por sustitución Revista UNED
- Marisa Herrera. Sobre las Familias en Plural. Reformar para transformar. Revista Jurídica UACES.
- Lamm, Eleonora (2012) Gestación por sustitución Ni madre subrogante ni alquiler de vientre. Observatorio de Bioética de Universidad de Barcelona.
- Lamm Eleonora (2013) Gestación por sustitución, realidad y derecho. Revista para el análisis del Derecho.
- Eleonora Lamm. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida - Revista de Bioética y Derecho, núm. 24, enero 2012, p. 76-91
- Rivera, Julio Cesar (2012). Comentarios del Anteproyecto Código Civil y Comercial. Abeledo Perrot. Buenos Aires
- Eleonora Lamm GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. REALIDAD QUE EXIGE LEGALIDAD. Comisión n°6, Familia: “Identidad y filiación”.
- Sambrizzi, E. A. (2012). La maternidad subrogada (gestación por sustitución) Buenos Aires
- Andrea Gonzalez, Pablo Melon, Federico P. Notrica. La Gestación por Sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Influxus. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)