

# La fractura del axioma “madre siempre cierta es” frente a la voluntad procreacional\*



Horacio Teitelbaum

## RESUMEN

El Código Civil y Comercial incorpora una tercera fuente de filiación, generada a partir de las técnicas de fertilización humana asistida. Por su singularidad, claramente distinta de la filiación por naturaleza y filiación por adopción, admite el proceso de gestación por sustitución. Esta constituye una figura jurídica compleja y un método que históricamente ha evolucionado y que es actualmente aceptado socialmente, pero también rechazado por la controversia que suscita. La llave de bóveda de esta alternativa para permitir el acceso a la conformación de familias que de otro modo no podrían procrear radica en la denominada voluntad procreacional de quienes desean ser progenitores, independientemente de quién ha dado a luz sin vocación procreacional. Ante el vacío legal en la materia y hasta la sanción de una ley específica que regule los derechos y obligaciones de los actores que participan en la gestación por sustitución, la expresión en un manifiesto de entendimiento, preferentemente en escritura pública, y acorde con los principios reconocidos por nuestra Carta Magna, los tratados internacionales y la jurisprudencia regional y nacional, neutraliza los conflictos.

Igual que el legislador convierte la apariencia jurídica en realidad con la varita mágica de la buena fe, también podría convertir los anhelos sociales en realidad jurídica y ello con la varita mágica de la comprensión.

Antonio J. VELA SÁNCHEZ.<sup>1</sup>

\* Basado en “El colapso del dogma ‘*mater semper certa est*’ frente a la voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial”, trabajo presentado por el autor en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016) y distinguido por el jurado de la Jornada con un accésit. La presente versión ha sido revisada y actualizada por el autor para su publicación en la *Revista del Notariado*. Asimismo, se han incluido hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

1. VELA SÁNCHEZ, Antonio J., *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*, Albolote, Comares, 2012.

**Sumario:** *Abreviaturas utilizadas. 1. Introducción. 1.1. Panorama legal y perfil de la gestación por sustitución. 1.2. Evolución histórica. 2. La voluntad procreacional y el consentimiento protocolizado. 3. Manifiesto de declaración de voluntad procreacional. Naturaleza jurídica. Artículos 17 y 56. Consentimiento médico. Artículo 59. Voluntad procreacional. Artículo 562. 4. Contenido de la expresión de la voluntad procreacional y acuerdo de gestación por sustitución. Consideraciones especiales. 5. Jurisprudencia y estrategias procesales. Diferencia conceptual entre la gestación por sustitución y la adopción. 6. Tensiones. Argumentos. Detractores. Asociaciones ilícitas. Intermediación. Tráfico de menores. 6.1. Objeción de conciencia. 7. Políticas reproductivas. 8. Proyectos legislativos 2016. 9. Epílogo. Rol del notario, nuevos paradigmas y desafíos. 10. Bibliografía.*

## Abreviaturas utilizadas

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969 - Ley 23054).

CCCN: Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994).

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989 - Ley 23849).

CN: Constitución Nacional.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

GS: gestación por sustitución.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

SAMeR: Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva.

TFHA: técnica de fertilización humana asistida.

TRHA: técnicas de reproducción humana asistida.

RHA: reproducción humana asistida.

VP: Voluntad procreacional.

## 1. Introducción

Ríos de tinta han corrido sobre esta controvertida y polémica temática. En un afán por evitar reiteraciones, daremos por supuestos algunos aspectos teóricos y partiremos de la base de que la GS reviste una realidad insoslayable que se abre camino muy a pesar de sus detractores y las tensiones que genera. Una simple definición indica que se trata de una TRHA en la cual una mujer –gestante– conviene con otra persona o pareja –comitente o comitentes– en llevar adelante un embarazo de un embrión concebido in vitro, que se entrega una vez nacido a quienes expresaron su intención de ser padres y con el fin de que el o los nacidos tengan solo y exclusivamente vínculo jurídico con los comitentes.

El derecho a constituir una familia y el lícito anhelo de ser padres colisionan con hipótesis de conflictos frente a las cuales el desafío radica en elaborar soluciones que

aporten con imaginación y coraje una chispa de esperanza en un asunto de alta sensibilidad. Afrontar en un contexto cambiante, de constante evolución social, respuestas apropiadas y rápidas nos lleva a instalar el debate para aportar a nuestra profesión una arista humana e innovadora, sin temores y reconociendo las diferencias en función de ser progresivamente un tanto más tolerantes.

Centraremos el análisis en las pautas que consideramos primordiales en la elaboración del convenio por documento notarial para plasmar los derechos y obligaciones de los actores involucrados. Estimamos oportuno pasar revista de manera sintética a ciertos factores y conceptos que apoyan la redacción y asesoramiento legal del acuerdo privado que fusiona la voluntad procreacional con los postulados legales moldeados por la autonomía y libertad de los requirentes. Destacamos que este recurso es posible en el mientras tanto, puesto que es deseable que una normativa específica se dicte para reglamentar los vacíos legales que en forma de abstención pero con integraciones paralelas veremos que admiten la aplicación de la manifestación de la VP y el acuerdo de GS.

### 1.1. Panorama legal y perfil de la gestación por sustitución

En primer lugar, vale aclarar que el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (2012) contemplaba la gestación por sustitución en el artículo 562.<sup>2</sup> Al eliminarse, quedó, sin embargo, la estructura que articulaba su implementación, con lo cual actualmente lejos de prohibirse se ha optado por una abstención legal y se filtra su aplicación gracias a la integración de otras normas afines. En definitiva, queda todo sujeto a la discrecionalidad judicial.

Partimos de una creación novedosa para nuestra codificación que es la incorporación de una tercera fuente de filiación generada por los avances científicos y que consiste en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA, arts. 558-593 CCCN). Dicha incorporación se acompaña con preceptos de raigambre de instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Recordamos que en nuestra CN quedan consagrados el principio de le-

2. Proyecto de CCCN del Poder Ejecutivo de la Nación (elevado al Congreso Nacional a través del Mensaje 884/2012; en base al anteproyecto elaborado por la comisión de juristas designada por Decreto 191/2011), art. 562: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este código y la ley especial.- La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.- El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

galidad artículo 19, lo que no está prohibido está permitido, el principio de igualdad ante la ley (art. 16), la protección integral de la familia (art. 14 bis), el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad (CADH, art. 24), el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud que incluye la salud sexual y reproductiva, el derecho a disfrutar del progreso científico, y el derecho a la autodeterminación entre otros. Por otra parte, y en sintonía contextual: la Ley de Matrimonio Igualitario 26618, la Ley de Identidad de Género 26743, la creación del INADI, la Ley 26862 sobre Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de RHA y sobre Coberturas de Obras Sociales en Tratamientos de Fertilización y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013, y la CIDN, todo lo cual robustece la puesta en práctica de la GS.

También es coadyuvante el nuevo paradigma de familia que se resignifica en función de la dinámica social y cultural y que acepta cada vez más diversos tipos de familia. Las uniones de hecho, familias ensambladas, monoparentales, heterosexuales, homosexuales o transexuales, conviven bajo un mismo deseo, que es el de fundar una familia. Por último, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (tribunal regional jerárquico para nuestro país) se ha ocupado de marcar esta tendencia en casos como “Atala Riffo” “Fornerón” y el sonado “Artavia Murillo”.<sup>3</sup>

En lo específico, la senadora Laura Gisela Montero ha presentado un proyecto de ley de GS, que consta de veintitrés artículos y recepta gran parte de las fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales a nivel internacional y nacional.<sup>4</sup>

## 1.2. Evolución histórica

La irrupción de las TRHA presenta un quiebre histórico al posibilitar la procreación sin sexo. En épocas pasadas se conocieron ejemplos de maternidad subrogada. Tal vez se trate, en realidad, de formas de compensar la infertilidad, estigmatizada antropológicamente como una mala voluntad del destino, o concretar una planificación familiar en búsqueda de la preservación del linaje.

En este sentido, por ejemplo, la solución a la esterilidad en algunos grupos de África hace que se recurra a la hermana fértil para tener descendencia, y en Mali, África oriental, se acepta la práctica de la poliginia por problemas de la mujer y se le permite al hombre tener más de una esposa. La familia hebrea patriarcal admitía recurrir a la adopción ante la imposibilidad de engendrar hijos, la esterilidad era cau-

3. Ver RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, “La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad” [online], en *Reproducción*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 30, N° 4, 2015. [N. del E.: ver a continuación datos completos de los fallos citados: a) CIDH, 24/2/2012, “Atala Riffo y niñas v/ Chile - Fondo, reparaciones y costas” {Serie C, N° 239} {ficha técnica, resumen y fallo completo}; b) CIDH, 27/4/2012, “Fornerón e hija v/ Argentina - Fondo, reparaciones y costas” {Serie C, N° 242} {ficha técnica, resumen y fallo completo}; c) CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros {‘Fecundación in vitro’} v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” {Serie C, N° 257} {ficha técnica, resumen y fallo completo}].

4. Expediente S-2574/15. [N. del E.: ver [datos del expediente](#) y [texto original](#)].

sa justificada de divorcio y se aceptaban la poligamia y los harenes reales para asegurar la continuación de las generaciones. Sara, la esposa infértil de Abraham, ofreció su esposo a su esclava Agar y fruto de este acuerdo nació Ismael, origen de todos los árabes, ismaelitas o agarenos. Un tiempo más tarde, Sara milagrosamente dio a luz a Isaac, uno de los eslabones generacionales del pueblo hebreo. Posteriormente, Bilha, sierva de Raquel, segunda esposa de Jacob, nieto de Abraham, le dio dos hijos (Dan y Neftalí), y Zilpa, esclava de Lea, segunda esposa de Jacob, le dio otros hijos. Los hijos eran considerados, para los parámetros de estos períodos, como hijos de profetas y sus esposas legítimas.<sup>5</sup>

Otro renombrado ejemplo de GS en tiempos antiguos es el previsto en el Código Hammurabi. Creado por el rey Hammurabi de Babilonia en 1728 a. C., consagraba la ley del Talión y el principio de presunción de inocencia; prescribía (arts. 144-147<sup>6</sup>) que la mujer infértil que quisiera tener hijos debía darle a su marido una esclava, sin que pudiera este buscarse una concubina, a menos que no pudiera concebirse un hijo varón. Además, las gestantes que tuvieran hijos tenían ciertas garantías y no podían venderse por dinero. Abundan los casos en el Antiguo Egipto en que se recurría a las esclavas o incluso a relaciones incestuosas para paliar la falta de herederos de los faraones.<sup>7</sup> También parece haber sido un recurso difundido en las antiguas Grecia y Roma.<sup>8</sup> Leyendas indias incluyen mitos al respecto,<sup>9</sup> y lo propio se eviden-

5. Ver *Antiguo Testamento*, Gn 16.30. Sara mujer de Abraham, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar (“Ya ves que Yaveh me ha hecho estéril, llégate, pues a mi esclava, quizás yo obtenga hijos de ella. Tomó Sara, mujer de Abraham, a la egipcia Agar, su esclava y se la dio por mujer a su marido, Abraham. Se llegó él a Agar, que concibió. Agar dio a luz un hijo de Abraham, y este llamo Ismael al hijo que le había dado Agar. Tenía Abraham 86 años cuando Agar le dio a Ismael”). Luego Sara dio a luz a Isaac, hijo primogénito de Abraham. Al ver que no podía dar hijos a Jacob, Raquel tuvo envidia de su hermana y dijo a su marido: “Dame hijos, porque si no me muero”. Ella agregó: “Aquí tienes a mi esclava Bilha. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas. Por medio de ella, también yo voy a tener hijos”. Tuvo a Dan y Neftalí, y finalmente Dios se acordó de Raquel y dio a luz dos hijos José y Benjamín. La tercera madre subrogada de la Biblia fue Zilpa, esclava de la primera esposa de Jacob, Lea (Jacob uno de los patriarcas hebreos, hijo de Isaac y Rebeca cuyo hermano mellizo era Esau), que dio a Jacob cinco hijos: Gad, Aser, Isacar, Zabulón y Dina. También tuvo hijos propios, Rubén, Simeón, Levi, y Judá.

6. Código de Hammurabi (1780 a. C.), art. 144: “Si uno tomó una esposa de a una sacerdotisa y esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener una mujer más”. Art. 145: “Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomara esta otra mujer, y la llevara a su casa, pero no será igual que la esposa estéril”. Art. 146: “Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esa esclava es elevada a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavos. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata”.

7. Amenhotep I, faraón del Reino Nuevo (gobernó en el siglo XVI a. C), no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis.

8. En las antiguas Grecia y Roma, Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril, Estratonica, que seleccionó entre las prisioneras a Electra y crió a los hijos de esa unión como los propios “con amor y una generosidad admirable”.

9. Leyendas indias que datan de 599 a. C. indican que, debido a una transferencia embrionaria, nació el 24º tirthankara y último buda jainista, Mahavira (en sánscrito, gran héroe), que es gestado por una mujer que no es su madre para mantener el designio de los dioses de pertenecer a la casta que estaba destinado.

cia en la permisión de las concubinas en China, Corea, Japón y la Europa medieval, donde el tratamiento que se les confiere a los hijos de tales uniones era el de herederos auténticos de sus padres.

A partir de 1920, comienza a utilizarse la inseminación artificial. En 1975, se publica en California, Estados Unidos, el primer anuncio que solicita una mujer para ser inseminada artificialmente. El primer nacimiento in vitro de la humanidad es el de Louise Brown en 1978, en Inglaterra. Ya en 1986, en Estados Unidos, se difunde el conflicto por el nacimiento de *Baby M*<sup>10</sup> entre la madre portante y los comitentes; el marido había aportado su material genético y se había pactado un compromiso de entregar al nacido mediante un contrato por la suma de diez mil dólares. El juez de New Jersey avaló este contrato y entregó la niña al matrimonio, pero luego el Tribunal Supremo declaró la nulidad, aunque mantuvo la tenencia en aras del interés superior de la menor y reconoció a la gestante como madre biológica confiriéndole derecho de visitas.

En la actualidad, la GS se encuentra prohibida expresamente en Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suecia y Suiza, donde se consideran nulos los convenios sobre GS. Es admitida con fines altruistas y con limitaciones en Australia (Australian Capital Territory ACT, Queensland, New South Wales, South Australia Victoria y Western Australia), Brasil, Canadá, Grecia, Israel, México D.F., Nueva Zelanda, el Reino Unido y Sudáfrica. Es admitida ampliamente en Georgia, India (últimamente se restringió a parejas de distinto sexo), Rusia y algunos estados de los Estados Unidos. En el resto de los países no se ha incluido su tratamiento expreso, aunque se practica en razón de un vacío legal o un marco normativo complementario derivado de un esquema y una tendencia favorables para la GS.

## 2. La voluntad procreacional y el consentimiento protocolizado

Focalizando el análisis en el CCCN, el artículo 560 prescribe que el centro de salud interviniente en las TRHA debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a estos tratamientos. En Libro I “Parte general”, Título I “Persona humana”, Capítulo 3 “Derechos y actos personalísimos”, artículo 59, se alude al consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud. Este consentimiento radica en una declaración de voluntad expresada por el paciente a posteriori de recibir información clara, precisa y adecuada sobre las TRHA. A su

10. El 27/3/1986, se produjo el nacimiento de *Baby M*. La madre portadora (Mary Whitehead), quien también era la que concedió el óvulo, se negó a entregar la recién nacida al matrimonio Stern. Un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribir el contrato (por un monto de diez mil dólares) no había sido dado con pleno conocimiento de la situación. El juez de New Jersey entregó la custodia al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. La madre portadora apeló y el Tribunal Supremo del Estado declaró la nulidad del contrato y mantuvo la tenencia a favor de los Stern, ya que le proporcionaba un hogar con mejores condiciones económicas. Luego de varios años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

vez, la Ley 26529 de Derechos del Paciente también exige el mismo procedimiento (arts. 5 y cc.). Cuando el artículo 561 CCCN establece la forma y los requisitos del consentimiento, dispone que el contenido emane de las disposiciones especiales e impone su protocolización ante escribano público o certificación sanitaria del lugar. En el Libro V “Transmisión de derechos por causa de muerte”, artículo 2279, respecto de la capacidad para suceder, el CCCN innova en cuanto a los derechos de los nacidos mediante TRHA luego del fallecimiento del causante, con los requisitos del artículo 561.

En este punto nos preguntamos cuál fue la finalidad de exigir la protocolización (tal vez, la de conservar en un archivo público determinada información) y si consiste en una simple transcripción de los consentimientos técnicos firmados en los centros de fertilización asistida<sup>11</sup> o si se requiere una orden judicial que así lo disponga, atento la acepción más pura del término *notarial*.<sup>12</sup> Además, los registros de estado civil y capacidad de las personas, según el artículo 562 CCCN, deben recibir este consentimiento, que se ve asociado a la voluntad procreacional. No obstante, estimamos que el concepto de voluntad procreacional tiene vuelo propio y se inspira en otra causa fuente, la intención de ser padres, que es muy distinta del gélido y obligatorio consentimiento médico que prestan en el centro de salud quienes realizan el tratamiento. En rigor, la voluntad procreacional es la llave de bóveda de todo el sistema de las TRHA. Es ciento por ciento deseo, anhelo, sueños, esperanza y se encuentra a años luz de distancia del –a veces indescifrable– consentimiento médico, cuyos términos profesionales, en general, superan la capacidad de comprensión de los pacientes.

La SAMeR se encuentra modelando los textos de los consentimientos para una adaptarlos a las nuevas realidades sociales que se imponen, contemplando las figuras de mujeres gestantes, ovodonaciones, parejas de igual o distinto sexo o personas solas.<sup>13</sup> Resulta impensado que los centros de fertilización asistida reciban una completa declaración de voluntad procreacional con los detalles acerca de derechos y obligaciones de la gestante y los comitentes. En consecuencia, la redacción de un documento complementario que plasme esta regulación privada encuentra su forma más adecuada en un convenio celebrado por escritura pública, como pasaremos a desarrollar.<sup>14</sup>

11. Algunos Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas aceptan, en lugar de la protocolización, una copia autenticada de los consentimientos firmados en los centros de fertilización.

12. La protocolización pura emana de una orden judicial; aunque por el CCCN ha desaparecido la protocolización judicial de los instrumentos otorgados en el extranjero y la ordenada por el juez de los instrumentos privados (Código de Vélez, arts. 984, 1211 y 3129), el art. 2339 CCCN la menciona para los testamentos ológrafos, y el 302, a requerimiento de parte interesada. La protocolización citada en el art. 562 parece referirse a una transcripción a solicitud de quienes tienen interés legítimo y no a una exigencia judicial que lo ordene.

13. [N. del E.: ver [aquí](#)].

14. Los consentimientos que utilizan los centros de fertilización no contemplan más que datos técnicos y médicos y deslinde de responsabilidad por tratamientos informados y sus riesgos. Si bien responden a las exi-



### 3. Manifiesto de declaración de voluntad procreacional. Naturaleza jurídica. Artículos 17 y 56. Consentimiento médico. Artículo 59. Voluntad procreacional. Artículo 562

Como lo ha destacado la doctrina, en las TRHA la filiación se determina ya no por el elemento genético o biológico sino por la típica fuente de creación del vínculo paterno filial, que es el elemento volitivo. De ahí que en la parentalidad voluntaria su veta se centra en un plan familiar basado en el deseo de engendrar un hijo, criarlo, asumir la responsabilidad parental y adquirir los derechos y obligaciones que de allí se derivan.

La VP, como acto jurídico con componentes socio-afectivos fundacionales, puede ser manifestada en diversos modos en función de las fuentes de filiación. La gran diferencia entre la fuente de filiación adoptiva y las de TRHA radica en que en la primera hay completa asimetría entre lo biológico y la VP expresada luego del nacimiento. En la tercera fuente filial, consagrada por ley en presencia de las TRHA, puede tratarse de una simetría parcial o total asimetría en función de que los aportes de gametos masculinos y/o femeninos sean propios o donados y más tarde transferidos a una mujer portante del embrión concebido in vitro. No obstante, subrayamos que, en presencia de la VP, nos encontramos en un contexto absolutamente diferente, incluso del de la adopción, y para plasmarla la documentación fiable y expresa juega un rol determinante para justificar el emplazamiento filial.<sup>15</sup>

El rasgo fundamental que diferencia la GS de la adopción (la otra fuente legal de filiación, junto a las TRHA y la filiación por naturaleza) es la esencia en que se justifica su existencia: en la adopción, se pretende subsanar la desprotección de un menor de la mejor manera, con la mira en el interés del adoptado; en la GS, se beneficia a los progenitores que buscan tener hijos y por alguna razón no lo logran; el vínculo jurídico de la filiación nace, pues, *ab initio*.<sup>16</sup> Adelantamos también que separar concretamente estas dos fuentes de filiación resulta de insustituible valor para la construcción de la identidad, y así cobra valor el derecho a conocer los orígenes de los nacidos por estas técnicas, máxime en nuestro país, con su historia de hijos nacidos y recuperados durante la dictadura. Por el lado de los hijos de la gestante, es importante que estos entiendan que su madre, que gestó durante nueve meses hijos de otras personas, no ha abandonado a estos a su suerte; y tampoco se trata de confundir a sus propios hijos acerca de tener nuevos hermanos. Asimismo, por el lado de la

---

gencias de la Ley 26529 de Derechos del Paciente y del art. 59 CCCN, las aristas de índole privada que complementan el proyecto de familia de quienes se someten a las TRHA se documentan optativamente en forma paralela o anterior o posterior antes de la concepción del embrión.

15. HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, a) "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012); b) "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 8/8/2011 (t. 2011-D, p. 1275; AR/DOC/2487/2011).

16. Ver arts. 563 y 564 CCCN.



descendencia de los progenitores que declararon su VP, es necesario que los nacidos por GS crezcan conociendo cómo fueron concebidos y no se les cree un trauma por asociar su origen con una adopción.

En consecuencia, y resignificando el concepto de los artículos 561 y 562 CCCN —al aludir a los hijos nacidos por las TRHA que son también hijos del hombre o mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre— (igual requisito contenía el [eliminado](#) art. 562, que preveía la gestación por sustitución y agregaba que el consentimiento debía homologarse por autoridad judicial), pensamos que este se refiere no solo a lo médico (art. 59 CCCN, consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud), sino además al consentimiento en cuanto a conformidad y acuerdo de la VP exteriorizada previamente y reiterada cada vez que se intente una TRHA mientras no sea revocada.

La mínima formalidad es receptorlo por escrito y que sea protocolizado. Es aquí donde emerge la punta del iceberg y se desintegra el postulado “madre siempre cierta es” en los supuestos de las TRHA, y germina una nueva incumbencia notarial con un gran contenido de solidaridad social. No se trata de un contradocumento que contradice el consentimiento previo, informado y libre, prestado en el centro de fertilización; tampoco de una revocación parcial del mismo. Es básicamente un complemento, que viene a cubrir la falla operativa de los centros de salud, que no reflejan en ciertas ocasiones el proyecto familiar completo e integral de sus pacientes. Los formularios prediseñados de los centros pueden mencionar en sus textos que las parejas se someten a ciertos tratamientos, pero la realidad puede llegar a ser más compleja y tan íntima que resulta innecesario revelarla, ya que constituye la esfera de los derechos personalísimos. Por ende, aquí se vislumbra la utilidad de receptor la VP y moldearla en función de ciertas pautas consensuadas por los actores de la GS, fundada en la autonomía de la voluntad, la buena fe, la libertad y la plena capacidad de las partes intervinientes.

Agudizando el prisma de investigación, vemos que los contratos, de acuerdo con la definición del CCCN (art. 979), aluden al acto jurídico por el cual se manifiesta el consentimiento y refiere a relaciones jurídicas patrimoniales. En el Título Preliminar, el CCCN (art. 17) establece que los derechos sobre el propio cuerpo no tienen valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y que solo pueden ser disponibles por su titular si se respeta alguno de estos valores. En congruencia con ello, el CCCN, en el Capítulo 3 “Derecho y actos personalísimos” —referido previamente—, artículo 56, prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad (el embarazo, por regla natural, no la produce). Contempla también la excepción para la ablación de órganos cuando sean requeridos para el mejoramiento de la salud de las personas.

La OMS ha definido la infertilidad como una “enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”; y, asimismo, describe que la imposibilidad de procrear por cualquier motivo afecta directamente la salud psíquica,

siendo la restricción al acceso a las TRHA una violación a la misma.<sup>17</sup> En este sentido, no debe olvidarse que una gran cantidad de mujeres disfruta el proceso del embarazo, que produce la anulación y exacerbación de ciertas hormonas, y sienten que se elevan a un estado de éxtasis idílico. Tampoco debe olvidarse que si la gestante actúa en forma altruista al colaborar con los deseos de los futuros padres o madres, esto también la coloca en un lugar de satisfacción por el acto solidario y benéfico que está ejecutando.

A partir de todo lo expuesto, convalidamos nuestra opinión acerca de la naturaleza de la GS, que, si bien directa o indirectamente tiene injerencia patrimonial (se modifican las legítimas hereditarias con los nacimientos), se trata más bien de un convenio especialísimo familiar, un negocio jurídico lícito del derecho de familia,<sup>18</sup> un verdadero manifiesto de entendimiento entre los actores gestantes y comitentes. Proponemos, asimismo, la intervención de un notario con el fin de documentar la VP previa al embarazo, de manera que luego, y en base a la buena redacción y al asesoramiento que surjan de la escritura, la homologación judicial se transforme en un mero y sumarísimo trámite que ordene la inscripción de los nacidos a nombre de los comitentes del proceso de la GS.

Valga como ejemplo la propuesta de la comisión promotora de la iniciativa legislativa popular para la regulación de la maternidad subrogada en la península ibérica, la cual propone el contrato ante notario con carácter previo a cualquier tratamiento de fertilización asistida con determinados requisitos. Se propone que se anexe el justificante de la inscripción de la gestante en un registro especial ante el cual, también antes de la transferencia embrionaria, se deberá presentar el contrato. Se establecen como previsiones mínimas la compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación, la forma y el modo de percepción, las TRHA que se emplearán, la forma, el modo y los responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y la previsión del lugar del parto, la designación de tutor y los detalles del seguro a favor de la gestante.<sup>19</sup>

Otro interesante supuesto es el del [Código Familiar](#) del estado de Sinaloa, México (aprobado por Decreto 742) y su regulación sobre la reproducción humana asistida y la gestación por sustitución (Título Octavo “De la filiación”, Capítulo V). En sus artículos 282 a 297 regula el proceso y la formalización del contrato; el artículo 287 exige que el instrumento de maternidad subrogada sea firmado por la madre y el padre subrogados, la madre gestante, el intérprete, si fuera necesario, el notario y el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

17. Ver el [glosario](#) de terminología en técnicas de reproducción asistida, preparado por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la OMS.

18. VELA SÁNCHEZ, Antonio J., ob. cit. (cfr. nota 1).

19. Asociación por la Gestión Subrogada en España, proposición de Ley de Gestación por Subrogación [N. del E.: ver texto completo de la ILP [aquí](#)].

En nuestro país –como ya hemos expuesto–, a raíz de la abstención legal y como consecuencia del contexto normativo favorable hasta alcanzar la sanción de una ley especial, están más que dadas las condiciones para que se formalicen estos protocolos, teniendo en cuenta ciertos requisitos específicos cuya previsión se considera fundamental y que pasaremos a enunciar.

#### **4. Contenido de la expresión de la voluntad procreacional y acuerdo de gestación por sustitución. Consideraciones especiales**

Las ventajas que ofrece el documento público notarial lo posicionan como la herramienta más segura para receptar la manifestación de los actores del proceso de GS y allanar la tarea de los magistrados, que, en última instancia, resuelven en base a lo redactado. La plena fe que bautiza todas las declaraciones vertidas ante el escribano goza de una irrefutable verdad impuesta por la ley en cuanto a que fueron pronunciadas. El escribano se encuentra, de por sí, habituado a elaborar su propio juicio acerca de la capacidad de los otorgantes y si detecta algún vicio en la voluntad, como violencia psíquica, explotación o lesión, se abstendrá de intervenir. Por esencia, también su tarea de asesoramiento se incorpora como rasgo típico que lo diferencia de otros funcionarios o profesionales encomendados por ley a dar fe pública. Y, por último, la certeza de la fecha y lugar en que se formaliza el acto jurídico queda, al igual que la documentación, preservada de contingencias externas.

Al no haber un criterio unánime en cuanto a la aceptación del acuerdo de GS, estimamos conveniente separar primeramente la expresión clara, precisa y contundente de la VP (elemento volitivo único y particular en el contexto de las TRHA, y que dará lugar al emplazamiento filial de quien o quienes no aportaron su material genético) de otras cláusulas de la regulación del proceso de gestación. Más allá de que a continuación se redacte el acuerdo de GS con la mujer gestante, hoy el CCCN recepta el principio de integración en su artículo 389. Si el contenido del acto jurídico puede ser fragmentado, la nulidad de una disposición no afecta las otras disposiciones válidas si son separables. El juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente pueden considerarse perseguidos por las partes. Incluso el consentimiento de la gestante y su capacidad al conferirlo están protegidos por imperio del artículo 388, última parte, ya que no puede invocarse la nulidad relativa por falta de capacidad a sabiendas cuando hay dolo, hoy entendido este último como la producción de un daño con la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 CCCN, última parte).

Cuestión aparte es la relativa a un potencial vicio de lesión que puede irradiarse en ambas direcciones (hacia el gestante o los comitentes) por compensaciones desproporcionadas (art. 332). Dicha posibilidad se descarta a priori en virtud del acuerdo de voluntades y la manifestación recíproca documentada de la evaluación pormenorizada de los motivos contemplados que movilizan a los actores de la GS para

afrontar este proceso. También entendemos prudente, ante la ausencia de legislación y más allá de la existencia de una jurisprudencia que hasta la fecha es orientada hacia una dirección unánime favorable –aunque puede variar–, el relevamiento de responsabilidad y la cláusula de indemnidad en relación con el profesional interviniente (arts. 1719-1720, 1725, 1768).

Una mínima referencia al marco normativo, sobre el que las partes declaran tener conocimiento, parece suavizar y desdramatizar las relaciones jurídicas a que se someten. Además, presenta jurídicamente la GS en su peculiaridad y novedad y pone en evidencia la articulación de normas que la posibilitan, aunque podemos inferir que el artículo 8 CCCN supone el conocimiento del derecho. Es importante reafirmar el marco normativo que subyace a la viabilidad del proceso de la GS: la CN, en sus artículos 14 bis y 19, en cuanto al derecho a formar una familia y las normas concordantes de tratados internacionales sobre derechos humanos (de jerarquía constitucional [art. 75, inc. 22]) que versan sobre los derechos a procrear, a la voluntad procreacional, a la no discriminación, al acceso a las TRHA, y sobre las convenciones sobre protección de los derechos de los menores. Todo ello, en definitiva, apunta y sostiene la estructura de la GS.

El resumen de por qué se resuelve acceder a este proceso, narrado por la gestante y los comitentes-futuros progenitores, y que da pie a la figura clave de la VP, también contribuye a tener un panorama que será valorado por la autoridad judicial. A su vez, también asumen un rol relevante la relación entre los actores en cuanto al conocimiento previo o los lazos de amistad que los vincula y la misión asumida por la gestante de solidariamente contribuir a formar una familia. Otros detalles no menos importantes pesan a la postre en la obtención rápida de los respectivos DNI, en el mejor de los casos sin judicialización alguna: por ejemplo, si es la primera vez o no que la gestante se somete a la GS, si tiene a su vez sus propios hijos, si posee un nivel educativo que hace presumir que no hay aprovechamiento por parte de los comitentes, y, en suma, si se reconoce a efectos de la inscripción registral la copaternidad o paternidad del único o ambos comitentes. Paralelamente, se dejará plasmado qué tipo de fertilización se aplica, aunque surja también del consentimiento médico. A renglón seguido es necesario aclarar el carácter oneroso del acuerdo, que le confiere una característica conmutativa al convenio. Cada una de las partes se obliga de forma que exista responsabilidad por incumplimiento (p. ej., en el caso de la gestante, de interrumpir deliberadamente el embarazo o, en el de los comitentes, de no abonar las compensaciones pactadas).

No somos ajenos a la discusión que existe sobre si se trata de un verdadero altruismo<sup>20</sup> o más bien de una compensación económica que tiende a cubrir gastos

20. Ver “Un fallo inédito en Argentina avala un caso de alquiler de vientres en Mendoza” [en diario *Los Andes*, Mendoza, 31/12/2015]: el juez Carlos Neirotti, del Primer Juzgado de Familia, declaró “Hice lugar a todo, reconociendo que quienes manifestaron voluntad procreacional son los padres y considerando que no iba en contra de la moral y los derechos del niño. Incluso, recomendé que, aunque no estuviera demostrado en este caso, debería estar remunerado el servicio de gestación. Porque más que un alquiler de vientre, es pagar la

del proceso de GS y el lucro cesante. Sin embargo, la retribución pactada se da en los límites de no producir un enriquecimiento desmesurado de la gestante ni una explotación o lesión subjetiva de la misma; es más, de hecho, este frágil equilibrio será evaluado si la justicia lo estima pertinente.

Si la gestante es casada o se encuentra en pareja de hecho, será prudente recabar también el consentimiento del cónyuge o conviviente o pareja (arts. 575 y 585 CCCN). Partimos de la libertad que cada uno tiene para contratar o reglar sus derechos. Por ende, dada la especial tónica del protocolo o manifiesto de entendimiento en el marco de las TRHA y la finalidad de enfrentar la infertilidad de los comitentes, aunque no se preste esa conformidad de la pareja de la gestante, opinamos que no se afectan los compromisos conyugales de fidelidad, convivencia y contribución en los gastos del hogar (art. 431 CCCN).

La entrega inmediata del nacido se pacta salvo indicación médica y será objeto de arreglo un régimen de comunicación o su ausencia respecto de la gestante y los nacidos.

Dadas sus características, el acuerdo se suscribe de forma irrevocable, de manera que los progenitores, si no asumen la paternidad, estarán incurso en el delito de abandono de personas, y si la gestante no quiere entregar al nacido o existe de los comitentes de recibirlo, entra en funcionamiento el Estado como garante y protector del derecho de los menores. Ante la reclamación de la filiación del nacido por la gestante, los comitentes progenitores también podrán iniciar acciones legales de impugnación de la maternidad por falta de posesión de estado. Se sugiere que se exprese que los comitentes aceptan que se harán cargo de su responsabilidad parental ante la posible discapacidad física o psíquica del nacido y que la gestante asume el riesgo y las consecuencias del embarazo y del parto.

La contratación de un seguro de vida y obra social parecen ser una justa contemplación para el bienestar de la gestante.

Complementariamente, y sin agotar la enumeración –que casuísticamente puede ser muy amplia–, se puede considerar: la designación de un tutor por eventualidad de muerte de los futuros progenitores, supuestos de crisis familiar o ruptura de los comitentes (el juez determinará el derecho de comunicación según lo que sea más conveniente para los menores, más allá de quién haya aportado el material genético, lo cual no deberá producir preferencia alguna en virtud de la naturaleza de la GS y la VP), el suministro de leche humana a los nacidos sin contacto físico durante un lapso estipulado para evitar el apego, el pago de las compensaciones en caso de nacimientos prematuros o interrupción de embarazo, el mantenimiento del pago de la obra social luego del parto por un periodo, etc.

---

prestación. Actualmente no figura esto, pero sí están previstos los gastos normales de la persona que queda embarazada, los honorarios que recibe la clínica por la práctica y los de los abogados. Incluso la pareja recibe el chico, entonces, ¿por qué la mujer gestante no recibiría nada? Aunque esté previsto que no se lucre, no lo encuentro reñido con la moral". [N. del E.: ver fallo [aquí](#)].

## 5. Jurisprudencia y estrategias procesales.

### Diferencia conceptual entre la gestación por sustitución y la adopción

En el plano internacional y nacional, encontramos precedentes que anticipan una tendencia favorable al entorno de las TRHA y la GS. Algunas decisiones produjeron impacto mediático y fueron dadas a conocer por la trascendencia que se supone implican. Señalamos, de todas formas, que no todos los casos se judicializan y un gran número se invisibiliza bajo la figura de la adopción, por decisión de los magistrados o de sus progenitores. Ya comentamos la confusión que puede producir en los nacidos y los hijos o familia de la gestante el considerar que un menor fue dado en adopción para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales no brindadas por su familia de origen, cuando en realidad en las TRHA justamente el respeto por el derecho a la identidad tiene como fuente de origen una situación muy distinta.

Remarcamos una vez más e insistimos sobre la diferencia conceptual: la adopción y las TRHA constituyen dos fuentes distintas de filiación; la gestante no es madre ni los nacidos son hermanos de los hijos de una mujer que en forma altruista y solidaria ayudó a conformar una familia. Pretender emplazar a los nacidos bajo esta mentira es exponerlos a que puedan incluso solicitar una revocación de su adopción (arts. 629 y 633 CCCN). No hay desamparo, abandono o situación de necesidad de los nacidos, tampoco hay una adopción de integración respecto del copadre o comadre que no aportó su material genético. Es tan simple como que existió una voluntad procreacional de traer descendencia familiar al mundo y comprometerse en términos de un proyecto de vida.

En primer lugar, y atento a que la GS viene de la mano del acceso a los avances científicos de la fertilización artificial, la CIDH, en “Artavia Murillo”,<sup>21</sup> consagró como parte de los derechos humanos el derecho a la vida privada y familiar, la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación. La Corte prescribe que el Estado debe adoptar con la mayor celeridad posible el uso de prácticas de fertilización in vitro (FIV), regular su implementación, incluir programas en su atención de salud, cursos de educación y capacitación, y garantizar los derechos reproductivos y la no discriminación.

Otro referente es el caso “Fornerón”,<sup>22</sup> en el cual la CIDH se pronunció sobre un concepto amplio de familia, puesto que la CADH concibe que aun las familias monoparentales pueden brindar cuidado, sustento y amor a los menores, más allá de una figura materna o paterna, todo lo cual no obsta el bienestar necesario y el desarrollo de niños y niñas. Asimismo, la CIDH amplió la idea que antecede en “Atala Riffo” y

21. CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” (Serie C, N° 257 [N. del E.: [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)]).

22. CIDH, 27/4/2012, “Fornerón e hija v/ Argentina - Fondo, reparaciones y costas” (Serie C, N° 242 [N. del E.: ver [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)]).



sostuvo que asumir en base a presunciones y estereotipos la capacidad e idoneidad parental en la crianza de los menores no es apropiado para asegurar el interés superior del niño.<sup>23</sup>

En nuestro país, de los quince casos sobre GS sometidos a la justicia, la totalidad obtuvo sentencia favorable; en la gran mayoría, las gestantes son mujeres vinculadas al entorno intrafamiliar (abuelas, hermanas, cuñadas, primas); y en los restantes casos, las portadoras son conocidas de las parejas comitentes. Los argumentos que se esgrimen consisten en invocar los ejes que venimos desarrollando: marco jurídico supranacional, VP, filiación por TRHA, derechos personalísimos a la identidad y a conocer los orígenes, autonomía de la voluntad, derecho a fundar una familia, no discriminación, derecho a la dignidad, derecho de inscripción de nacimiento urgente y el interés superior de los nacidos.<sup>24</sup> De hecho, visto desde el prisma de los comitentes, doce de los fallos tratan sobre parejas de diverso sexo y solo dos tratan sobre

23. CIDH, 24/2/2012, “Atala Riffo y niñas v/ Chile - Fondo, reparaciones y costas” (Serie C, N° 239 [N. del E.: ver [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)]).

24. a) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 86 de la Capital Federal, 18/6/2013, “N. N. o D. G., M. B. M. s/ Inscripción de nacimiento” (*La Ley*, 1/7/2013, t. 2013-D, p. 195; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2013, p. 39, y noviembre 2013, p. 87; *La Ley*, 11/11/2013, t. 2013-F, p. 182; cita online AR/JUR/23081/2013 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

b) Juzg. de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ Ordinario” (*La Ley Litoral*, abril 2014, p. 324; cita online AR/JUR/89976/2013).

c) Trib. Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 2/12/2014, “XXX s/ Maternidad por sustitución” (*Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 237; cita online AR/JUR/90178/2014).

d) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 102 de la Capital Federal, 18/5/2015, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/ Impugnación de maternidad” (*La Ley*, 25/6/2015, t. 2015-C, p. 522; *Revista Código Civil y Comercial*, julio 2015, p. 91 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

e) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 86 de la Capital Federal, 25/6/2015, “N. N. O. s/ Inscripción de nacimiento” (*Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 218, y febrero 2016, p. 218; cita online AR/JUR/24326/2015 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

f) Juzg. de Familia N° 1 de Mendoza, 29/7/2015, “A. C. G. y otro s/ Medida autosatisfactiva” (*El Derecho*, t. 264, p. 409; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 197; cita online AR/JUR/28597/2015 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

g) Juzg. de Familia N° 1 de Mendoza, 15/12/2015, “C. M. E. y J. R. M. s/ Inscripción nacimiento” (cita online AR/JUR/58729/2015).

h) Juzg. de Familia N° 9 de Bariloche, 29/12/2015 (cita online AR/JUR/78613/2015).

i) Juzg. de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H., M. y otro s/ Medidas precautorias” (*La Ley*, 2/5/2016, t. 2016-C, p. 89; cita online AR/JUR/78614/2015; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, junio 2016, p. 131; *Revista Código Civil y Comercial*, mayo 2016, p. 147); declara la inconstitucionalidad del art. 562.

j) Trib. Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 27/5/2016, “S. G. G. y otros s/ Filiación” (*La Ley Litoral*, agosto 2016, p. 2; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2016, p. 57; *Revista Código Civil y Comercial*, noviembre 2016, p. 113; cita online AR/JUR/37971/2016); la jueza Vittori autorizó de manera previa al embarazo la implantación de embriones desarrollados en el útero de una mujer para que dé a luz a los hijos de una pareja estéril, destacando la resolución de la CIDH que pone de resalto el derecho a fundar una familia.

k) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 7 de la Capital Federal, 15/6/2016 (inédito).

l) Juzg. Nac. 1ª Inst. Civil N° 4 de la Capital Federal, 30/6/2016 (sentencia no firme).

m) Juzg. de Familia N° 2 de Moreno, 4/7/2016, “S. P., B. B. c/ S. P., R. F. s/ Materia a categorizar” (*La Ley Online*, AR/JUR/42506/2016).

n) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 8 de la Capital Federal, 20/9/2016 (inédito).

o) Juzg. de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/11/2016, Exp. N° LZ-52635-2016, “B. J. D. y otros s/ Materia a categorizar (277)” (inédito [N. del E.: ver [aquí](#) {proporcionado por el autor}]).



comitentes homoparentales varones o parejas de la diversidad.<sup>25</sup> En la mayoría de los casos, se utilizó material genético de comitentes en parejas homosexuales o se utilizaron donaciones anónimas de óvulos por tratarse de esterilidad médica o estructural (copadres varones). Es de destacar que en tres oportunidades se ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 562 como última alternativa.<sup>26</sup>

Con respecto a las estrategias procesales utilizadas para reclamar la filiación, se ha recurrido, en forma previa al nacimiento o con la gestación en curso, a una acción declarativa de certeza, información sumaria o declarativa de filiación y también al recurso de amparo para obtener la inscripción de los nacimientos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas sin judicialización sino por vía administrativa y presentando el consentimiento por vía protocolizada en forma extendida, más allá de lo firmado en la clínica de fertilización. Todas estas herramientas procesales son posibles en virtud del artículo 19 CCCN, que postula la concepción como el comienzo de la existencia de la persona humana, y los artículos 1710 y 1711, sobre el deber de prevención del daño y acción preventiva. También, ocurrido el nacimiento, se han articulado medidas autosatisfactivas urgentes<sup>27</sup> e impugnaciones de la maternidad.

Además, es razonable considerar los recursos de apelación ante sentencias desfavorables, los recursos extraordinarios ante la CSJN y ante la CIDH, incluso las decisiones favorables pero recurridas por fiscales de Cámara o por el propio defensor de menores. Este último baluarte, cuya legitimación se articula en forma principal cuando los derechos de los representados están comprometidos (art. 103 CCCN), se ocupa de la protección del interés superior de los recién nacidos. Un aspecto primordial es el derecho a la inscripción urgente de sus partidas de nacimiento y la obtención de sus documentos de identidad (arts. 7 y 8 CIDN) y el acceso a la salud y a las prestaciones médicas de las obras sociales. En suma, toda dilación injustificada que exceda la protección de los menores y se pierda en laberintos de cuestiones jurídicas abstractas que vulneran el concreto derecho de los menores constituye denegación de justicia; es, por lo menos, perjudicial y el Estado, como mínimo, debería abstenerse de intervenir o poner obstáculos dilatorios.<sup>28</sup>

25. Cfr. nota 24: j) y l).

26. Cfr. nota 24: i), l) [recurso extraordinario concedido] y o).

27. La medida autosatisfactiva consiste en un requerimiento urgente, peticionado para lograr un despacho favorable en forma inmediata e impostergradable por peligro en la demora. Se despacha *in extremis* y enfrenta una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. No depende de la interposición simultánea o posterior de una pretensión principal. Debe tratarse de una situación de urgencia, infrecuente y de fuerte probabilidad que se cause un perjuicio grave o lo incremente. Exige un pronunciamiento judicial concomitante, inmediato y actual.

28. HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012). A propósito de la gestación social, las autoras expresan: "en los supuestos de matrimonios o parejas compuestas por dos hombres o en los casos de hombres solos, atento a que, por razones biológicas, tienen incapacidad de concebir y gestar [...] la gestación por sustitución representa la única opción de tener un hijo genéticamente propio; los

Afortunadamente, celebramos la tendencia jurisprudencial positiva que avanza fuertemente, derribando prejuicios y estructuras intolerantes, aunque también insistimos con que la falta de legislación produce incertidumbre, ante la cual el Ministerio Público, los defensores de menores, los fiscales y los jueces pueden oponerse y generar un derrotero recursivo desgastante que en última instancia culminará con la aprobación de una realidad imparable.

## **6. Tensiones. Argumentos. Detractores. Asociaciones ilícitas. Intermediación. Tráfico de menores**

Pasaremos revista a algunos de los argumentos en contra, sin citar –no por menos importantes– los relativos a la religión:

- Los convenios de GS son nulos de nulidad absoluta, atentan contra la dignidad de la persona, son inmorales y de objeto ilícito, son contrarios a las buenas costumbres, recaen sobre cosas que no están en el comercio.
- La onerosidad del convenio es sinónimo de explotación de la parte más débil, la gestante; además, el nacido tiene derecho a nacer en una familia en donde la madre sea quien lo gestó.
- Se produce una cosificación de la mujer portadora y se crea un clima proclive al mercado negro de alquiler de vientres; no se conocen las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y a largo plazo pueden provocar estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas.
- Se incentiva un turismo reproductivo propicio para el tráfico de menores y asociaciones ilícitas intermediarias que especulan y lucran con la desesperación de quienes tienen el deseo de ser padres.

Confiamos haber neutralizado en líneas anteriores algunos de los postulados citados, con fundamentos jurídicos. Agregamos aquí, con respeto por las diferentes opiniones y discrepancias, que se debe abrir en este difícil y complejo tema un canal de debate para superar el abismo de la intolerancia. Por sobre todo –y no es una “frase hecha”–, está el interés superior del niño, reconocido inclusive por los más acérrimos detractores.

Los nacidos en este contexto no existirían si no se hubiera soñado que era posible, aun con lo que implican los obstáculos legales, económicos, psicosociales y fácticos. La dignidad del nacido no se vulnera porque sea criado, mantenido y educado por alguien que no lo gestó. Muchos menores son abandonados no físicamente pero sí afectivamente por sus padres biológicos y excelentemente formados integralmente por sus parientes, tíos, tías, padrinos, madrinas, vecinos, abuelos, etc.

---

principios de libertad, igualdad y no discriminación, especialmente después de la sanción de la ley 26618, conducen, pues, a la autorización de la práctica...?”

Respecto de la cosificación de la mujer y la degradación del nacido, todavía no hay estudios que revelen daños colaterales, pero sí se ha confirmado que la estabilidad emocional de los niños depende de la historia previa, la personalidad de quienes lo crían, lo protegen y le brindan afecto y amor para su desarrollo. Justamente por tal motivo, en todas las decisiones judiciales, el Ministerio Público de Menores comprueba con asistentes sociales las condiciones de los hogares en que se proyecta la vida familiar. El argumento moral supera la extensión de este ensayo, por lo que nos limitamos a recordar que la libertad de las personas en cuanto a no producir daño demostrable pone al Estado en una posición abstencionista, posibilitando la autonomía de la voluntad.

La prohibición de la GS –de legislarse– generaría, paradójicamente, un mercado negro y clandestino, mafias intermediarias y un turismo reproductivo solo accesible para los más pudientes. Este panorama también es factible en la etapa del vacío legal de la GS; por tal razón, es preferible reglamentar y legislar para controlar y evitar las prácticas abusivas y maliciosas.

Por último, respecto de las gestantes que optan voluntariamente por colaborar en las conformaciones de familias, antes de suponer que son explotadas por situaciones vulnerables, se debería apartar este prejuicio, por ser discriminatorio y subestimar la capacidad de decisión de las mujeres.

### 6.1. Objeción de conciencia

Destacamos que los profesionales, médicos, letrados, notarios que se oponen axiomáticamente a la GS y a las TRHA encuentran justificación en la teoría de la objeción de conciencia. Expuesto de manera simple, este derecho consiste en no ser obligado a realizar acciones contra sus propias convicciones. La libertad de conciencia se opone a los principios morales o religiosos; en definitiva, se rechaza algo externo por una razón íntima, personal. Legalmente se evalúa si el sujeto se encuentra eximido del cumplimiento de las normas legales por resultar un imperativo contrario a las propias convicciones. ¿Es lícito que un juez, un médico o un profesional del derecho se excusen de intervenir en un proceso de GS alegando objeción de conciencia?

La CN garantiza la libertad de culto y de conciencia y establece que las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen a terceros (arts. 14 y 19) pertenecen al fuero íntimo de las personas. En este sentido, cabe destacar los seis criterios elaborados por la CSJN respecto del servicio militar obligatorio en “Portillo”:<sup>29</sup> no subordinación a meras consideraciones de conveniencia, debe tratarse de convicciones éticas, debe ser sincera, merece tutela aunque sea minoritaria, no debe contradecir

29. CSJN, 18/4/1989, “Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 Ley 17531” (*Fallos*, t. 312, pp. 496-526 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

otro derecho, y, en lo posible, debe conciliar el respeto de los deberes legales con las convicciones del objetor. Sin embargo, en el plano de la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, rigen otros parámetros. La objeción de conciencia puede generar un obstáculo o complicar decisiones personales y resulta, a veces, indirectamente discriminatoria para grupos que padecen la llamada “infertilidad estructural”. Por ende, con respecto a esta franja social vulnerable, la negativa a brindarle atención resulta incompatible con los principios constitucionales que acogen el derecho a la salud, a la no discriminación por razones de sexo o clase social y atenta para que se les impongan a terceros creencias religiosas o éticas. Varias provincias reconocen estas situaciones conflictivas y eximen a los objetores con la condición de la obligación de derivarlos en forma urgente.<sup>30</sup>

En suma, los límites para los objetores que intervienen en las GS pueden resumirse en: los riesgos que las asociaciones o profesionales pueden producir en los requirentes; el impacto discriminatorio en función de la erosión de la confianza (art. 1725 CCCN);<sup>31</sup> la objeción no puede encubrir un intento de disimular una concepción ética o religiosa; la objeción debe ser genuina y sincera y no promovida por el interés en alivianar carga de trabajo o vulnerar derechos básicos de los actores de la GS. En pocas palabras, debe existir un equilibrio entre el derecho a la objeción de conciencia y la conciencia de los requirentes, que es también digna de protección.

30. La objeción de conciencia en el plano de la salud sexual y reproductiva afecta derechos personalísimos no solo de las mujeres sino de aquellos que acuden a las técnicas de fertilización y no son atendidos por discriminación. Las leyes 25673 y la 26130 reconocen y regulan el derecho a la objeción, obligando a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata. No obstante, la Ley 26150 de Educación Sexual Integral, que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral en el Ministerio de Educación de la Nación, no prevé la objeción. Varias provincias han legislado sobre la regulación de la objeción en el marco de la salud sexual y la procreación responsable:

*Provincia de Buenos Aires:* por Ley 13066 prevé el respeto por los objetores, y el Ministerio de Salud prescribe la declaración del objetor con suficiente antelación para permitir el reemplazo y garantizar las prestaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva.

*Mendoza:* la Ley 7456 de Contracepción Quirúrgica prescribe en su art. 5 que “se respetará la objeción de conciencia de los profesionales y ante esta situación, los servicios de la red de asistencia estatal provincial proveerán los medios para la realización de todo el proceso de las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1”.

*Neuquén y Salta:* reconocen en sus normativas la objeción de conciencia sin grandes detalles.

*Santa Fe:* Ley 11888.

*San Luis:* Decreto 129/2003.

*Chaco:* Ley 5409. [N. del E.: acceder desde [aquí](#)].

*CABA:* la Ley 1044 recepta la objeción de conciencia con distintos requisitos y modalidades.

Ver ALEGRE, Marcelo, “Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva” [online], en [despenalizacion.org.ar](#), Buenos Aires, CEDES-FEIM, hoja informativa N° 10, 2009.

31. Art. 1725 CCCN: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

## 7. Políticas reproductivas

Markens,<sup>32</sup> estudiosa de la materia en los Estados Unidos, compara la evolución de las respuestas legislativas sobre la GS en dos zonas de su país, California y Nueva York. Estos estados representan la riqueza y la diversidad cultural y social, aunque tienen frente a la misma problemática social distintos enfoques legales. La autora concluye que una posible explicación radica en la influencia de los respectivos contextos legislativos y las culturas políticas preexistentes. Por medio de la comparación, se pone de relieve que las tendencias institucionales se acomodan a factores internos y externos religiosos, migratorios y de políticas de tasas de natalidad y demográficas. La familia como valor tradicional, cuyo ideal es repetidamente el foco de ansiedad y conflicto social, es también puesta en jaque por tasas de infertilidad crecientes, leyes de aborto restrictivas según los estados y una constante difusión mediática fluctuante y ambigua respecto de la GS.

Apreciaciones similares pueden aplicarse fácilmente a nuestro país, al encontrarse en la actualidad distintos proyectos de ley, entre los que se destaca el de la senadora Montero. Sus brillantes fundamentos resumen la evolución de la GS desde el ángulo doctrinario y jurisprudencial a nivel internacional y nacional. En sus completos veintitrés artículos, divididos en títulos sobre disposiciones comunes, requisitos de las partes, autorización judicial, equipos multidisciplinarios, homologación del acuerdo, registro de gestantes, efectos de la resolución judicial, derecho a conocer, efectos de la falta de autorización judicial y las incorporaciones al Código Penal, se aprecia un detallado marco normativo que ubica a la GS en un nivel integral y cuidado respecto de todos los agentes intervinientes.<sup>33</sup>

## 8. Proyectos legislativos 2016

El tema de la GS despierta una vez más un interés social y periodístico y se instala en la agenda parlamentaria como una necesidad de regular un proceso de cambio en las conformaciones familiares cada vez más aceptada, ya sea a nivel homoparental o de una persona sola o parejas infértiles. En este sentido, recientemente, el 30 de agosto del 2016, se presentaron dos propuestas legislativas sobre GS en la Cámara de Diputados de la Nación: a) 5700-D-2016<sup>34</sup> y b) 5759 D-2016<sup>35</sup>, avalados por la Federación

32. MARKENS, Susan, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007.

33. Expediente S-2574/15. [N. del E.: ver [datos del expediente](#) y [texto original](#)].

34. Proyecto de ley 5700-D-2016; firmantes: Araceli Ferreyra, Silvia Horne, Leonardo Grosso, Remo Carlotto, Lucila de Ponti. [N. del E.: ver [texto completo](#) y [datos del expediente](#)].

35. Proyecto de ley 5759-D-2016; firmantes: Analía Rach Quiroga, Juliana Di Tullio, Sandra Mendoza, Analuz Carol, Verónica Mercado, Luana Volnovich, Guillermo Carmona, Juan Pedrini, Luis Basterra, Inés Lotto, Gabriela Estevez. [N. del E.: ver [texto completo](#) y [datos del expediente](#)].

Argentina Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y por la Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (organismo compuesto por la SA-MeR, Concebir ONG, Sumate a Dar Vida ONG, Abrazo por dar vida ONG, 100% Diversidad y Derechos ONG).

Los proyectos presentan algunas diferencias significativas:

- a) El proyecto 5700 centra su finalidad en una GS de carácter solidario (gestación solidaria), una TRHA que consiste en el compromiso que asume una gestante de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja (comitentes) sin que se produzca vínculo de filiación. Se formaliza mediante un instrumento, documento legal suscripto con el centro médico autorizado y posteriormente protocolizado ante escribano o autoridad sanitaria. Este acuerdo se asimila al consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a las TRHA y es constitutivo e indispensable para reconocer la GS. La gestante, entre otros requisitos, debe tener como máximo treinta y cinco años de edad al momento de suscribir el instrumento, y el contacto con el o los nacidos debe concluir, salvo pacto en contrario, al momento del nacimiento. Se propone modificar el artículo 562 CCCN, que hemos mencionado y que presenta un escollo para la filiación en la GS. Contempla una cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, medicamentos y diagnóstico, ropa y transporte en el procedimiento de gestación solidaria, y propugna un trato igualitario sin distinción de orientación sexual, identidad de género o condición social de los actores gestantes y comitentes. Prevé que durante las primeras catorce semanas de gestación el/los comitentes podrán decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la gestante.
- b) El proyecto 5759 plantea un proceso judicial previo que condiciona el inicio de la GS. Está dividido en etapas y se realiza con la intervención de un equipo interdisciplinario que se expide a favor o no de la autorización solicitada. Se exige una relación afectiva previa entre los comitentes y la gestante. Se remarca el aspecto no lucrativo de la GS. No hay límite de edad de la gestante, pero sí un examen de aptitud psíquica y física; se le exige además haber concebido un hijo, no aportar sus propios gametos, tener una residencia ininterrumpida en el país de al menos cinco años y no haber participado en más de dos GS. Por el lado de los comitentes, se requiere que al menos uno aporte sus gametos, salvo razones médicas. El acceso a la GS es subsidiario; no se puede acceder sino por razones de infertilidad médica o estructural. Se obliga a contratar un seguro médico a favor de la gestante, la filiación se predetermina en la sentencia que autoriza la GS, se regula la compensación económica de la gestante, se incorpora como figura penal punible la intermediación que ignore la autorización judicial, y se incluye un registro de gestantes.

## 9. Epílogo. Rol del notario, nuevos paradigmas y desafíos

Las necesidades de adaptación y de desestigmatizar la GS –sin negar la divulgación de sus avatares– nos posicionan ante un horizonte más despejado. Si aceptamos que una cuestión socialmente conflictiva se va instalando progresivamente como una realidad ineludible, mejor que resistirla es darle cabida y encauzarla para evitar su clandestinidad.

Hemos expuesto los límites y las razones por las que pensamos que el notariado está a la altura para ofrecer su valor agregado y colaborar en la creación de familias, a la vez que en ser contralor en el proceso de la GS y la expresión de la VP.

Quien esté dispuesto a colaborar en la concreción de anhelos y deseos de personas que buscan ser padres y no pueden lograrlo sin recurrir a estas técnicas y acuerdos tiene argumentos jurídicos e ideas más que suficientes para cumplirlo. Cada cual tendrá sus principios y valores; solo nos preguntamos e invitamos a la reflexión de por qué se permite la donación de espermatozoides y de óvulos, la adopción de personas solas, el matrimonio igualitario, el reconocimiento de la identidad autopercibida de género, y se observa con desconfianza recurrir a la gestación por sustitución por infertilidad o la donación de la capacidad de gestar como respuesta a la cristalización de proyectos de familia en el sentido más amplio del término. Un niño deseado y amado tiene potencialmente mejores recursos emocionales para progresar en la vida y ser útil a la sociedad. La ilusión y los proyectos parentales para la constitución de una familia son parte de los derechos humanos.

En definitiva, nos preguntamos –citando a Calderón de la Barca en *La vida es sueño*–:

¿Qué es la vida? Un frenesí.  
¿Qué es la vida? Una ilusión,  
una sombra, una ficción,  
y el mayor bien es pequeño;  
que toda la vida es sueño,  
y los sueños, sueños son.

## 10. Bibliografía

ALEGRE, Marcelo, “Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva” [online], en [despenalizacion.org.ar](http://despenalizacion.org.ar), Buenos Aires, CEDES-FEIM, hoja informativa N° 10, 2009.

CURTI, Patricio y otros, (conferencias y exposiciones en las Jornadas “Desafíos contemporáneos de las técnicas de reproducción asistida”, organizadas por la Universidad de Palermo [Buenos Aires, 8 y 9 marzo 2016]).



- DAWKINS, Richard, *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, Barcelona, Salvat, 1993.
- HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, “Regulación de la gestación por sustitución”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012).
- “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/8/2011 (t. 2011-D, p. 1275; AR/DOC/2487/2011).
- “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/9/2010 (t. 2010-E, p. 977; AR/DOC/6229/2010).
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución” [online], en *microjuris.com. Inteligencia jurídica*, 19/9/2012, MJ-DOC-5971-AR | MJD5971.
- LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y derecho” [online], en *In-Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, N° 3/2012.
- MARKENS, Susan, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007.
- RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, “La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad” [online], en *Reproducción*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 30, N° 4, 2015.
- TEITELBAUM, Horacio, “Gestación por sustitución. Abstención legal y ambigüedades constructivas” (trabajo presentado en las XXXIX Jornadas Notariales Bonaerenses [Mar del Plata, 2016], reconocido con el Cuarto Premio), en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 978, 2014, pp. 849-862.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J., *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*, Albolote, Comares, 2012.