

# 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

"No cabe hacer una división binaria entre lo que se dice y lo que se calla; habría que intentar determinar las diferentes maneras de callar, cómo se distribuyen los que pueden y los que no pueden hablar, qué tipo de discurso está autorizado o qué forma de discreción es requerida para los unos y los otros. No hay un silencio sino silencios varios y son parte integrante de estrategias que subentienden y atraviesan los discursos" (Michel Foucault (4)).

## I.- Introducción.

Nos han dicho, o simplemente hemos escuchado de otras personas, durante nuestra infancia, o en el transcurso de nuestra adolescencia, que ante todo debemos ser tolerantes frente a las diferencias, esto es, que debemos respetar "al otro" como un sujeto que elige otra manera de programar su vida distinta a nuestra manera de ver y entender las cosas.

En esta idea de tolerancia-respeto se inscribe la convivencia democrática, que no ha dejado hoy de ser un estilo de vida que impone como obligación el respeto a la libertad individual de los ciudadanos, quienes en el marco de su vida íntima o familiar, diseñan una historia propia, única e irrepetible. Allí está el límite del poder estatal, es en ese punto donde el ejercicio de los derechos individuales que no irroga ningún perjuicio a terceros se despliega libremente desde la igualdad para asegurar a los individuos las bases que les permitirá alcanzar la felicidad.

Es por ello, que la ley como expresión de la voluntad popular debe intentar como uno de sus grandes propósitos alcanzar la paz, o en palabras de Báez, "ese proceso de construcción social que implica aceptar las diferencias, pero no sólo en términos de reconocimiento de lo distinto sino en cuanto a la alteridad, es decir, reconocer al otro y ponerse en el lugar del otro" (5).

En plena revolución reproductiva, como postula la Dra. Eleonora Lamm, gracias a las TRHA, es posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios."(6) Sin embargo es dable destacar que el derecho, en tanto producto social que pretende establecer un orden dentro de las sociedades modernas, se muestra siempre en un estado de mora frente al estrepitoso avance de la ciencia, que para nuestro siglo XXI nos sigue proponiendo grandes desafíos en varios campos del saber.

El resonado Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en Congreso de la Nación en el año 2012 quedará en la historia de nuestro país como una verdadera herramienta que procuraba, primordialmente, sincerar nuestro derecho de cara a las diversas realidades imperantes en nuestra sociedad actual. Prueba inmejorable de ello constituye el libro segundo dedicado a "Las relaciones de familia" que desde una perspectiva moderna, plural, integradora y solidaria, propuso y logró -a pesar de las modificaciones introducidas por la Comisión Bicameral que luego convalidara el Senado con la media sanción- estar a la altura de las circunstancias que el cambio de paradigma social de las familias demandaba para estos tiempos.

Desde esta mirada constitucional y convencional orientada al respeto de los derechos humanos, el Proyecto fundamentó que el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), sería admitido de un modo amplio e igualitario

(7), sin discriminación alguna para garantizar, consecuentemente, el derecho esencial a fundar una familia (8).

Es por esta primigenia razón, que antes de ser eliminada, estaba proyectada en su articulado la técnica denominada gestación por sustitución, más precisamente en el artículo 562 que prescribía: "Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas la 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 veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un 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".

Vale aclarar sin embargo, que el resultado de este proceso de reforma cristalizado en el reciente Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCC., contempló a las TRHA, como una tercera fuente de filiación en donde prima exclusivamente la voluntad procreacional por sobre la determinación basada en el criterio biológico, sin incluir a la gestación por sustitución (9).

Asimismo podremos observar que frente al vacío normativo existente, sin prohibición expresa ni regulación concreta, entra en escena el inmensurable valor doctrinario y de opinión autorizada que el aludido Proyecto de Reforma nos dejó a los argentinos y en especial a los jueces, quienes al resolver estos casos concretos lo terminan por utilizar de guía, de norte a seguir, para fundamentar sus decisiones.

A continuación, analizaremos en los acápites siguientes cómo la justicia nacional se vio, una vez más, en el desafío de resolver un caso de gestación por sustitución (10) -en plena vigencia del Código de Vélez- y cuya principal protagonista es una niña recién nacida. Dedicaremos entonces el presente trabajo a comentar un fallo dictado el 18 de mayo de 2015 por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 de la Capital Federal, caratulado "[C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad](#)", en el cual los demandantes entablaron una acción de impugnación de la maternidad tendiente a desplazar del vínculo filial a quien gestara a la niña para emplazar a quien tuvo la voluntad procreacional y además aportó su material genético.

## II.- Antecedentes del caso.

Por esas cosas del destino y del amor, que aún hoy quienes habitamos el planeta no podemos descifrar, el señor C. y la señora C. se conocieron a los 25 y 26 años de edad respectivamente, comenzando entonces, desde el año 2003, una relación de pareja estable y duradera.

Luego de una estable convivencia, la señora C. le comenta al señor C. sobre un problema de salud que afectaba su útero y se traducía en la imposibilidad de quedar embarazada y por tanto, de formar esa familia que tanto deseaban. Frente a esto, el profundo deseo de ser padres no se extinguió y la pareja comenzó a realizar averiguaciones sobre las diversas alternativas existentes para agrandar la familia. Primero, consultaron por el instituto de la Adopción; luego acudieron rebosantes de esperanza a varias clínicas de fertilización asistida, donde los médicos reafirmaron la imposibilidad de que la señora C. pudiese quedar embarazada. Paralelamente, examinaron la denominada gestación por sustitución en Estados Unidos y en la India, pero los costos les resultaron demasiado elevados.

Reiteradamente, se encontraron en un estado de angustia y frustración, que duró tres años, pero en los cuales seguían anhelando, algún día, ser padres.

En virtud de ello, cuando creían que todo estaría perdido, entra en escena la señora M., quien se encargaba de los cuidados del sobrino de la pareja y con la cual mantenían una relación excelente desde hacía varios años, estrechando un vínculo con la Señora C. que se convertiría en una gran amistad.

Por tanto, la Sra. M. siempre estuvo al tanto de los problemas que atravesaba la pareja en su anhelo por ser padres, siendo que un día, mediante un gesto de altruismo desinteresado, la Sra. M. les ofrece su ayuda: luego de consultarle a sus hijos y a una psicóloga, les dijo que estaba dispuesta a llevar adelante un embarazo, gestando un embrión formado por el material genético de la pareja, a lo cual éstos accedieron con enorme entusiasmo y felicidad.

Realizada la técnica y luego de un reposo para la Sra. M. de 14 días, finalmente se confirmó su embarazo.

Una vez nacida la niña a quien llamaron E., fue inmediatamente reconocida por el Sr. C., llevando su apellido; no pudiendo ser reconocida por la Sra. C., tal como lo establece el [art. 242 del Código Civil de la Nación](#), por lo tanto la niña fue inscrita a nombre de la Sra. M.

Es así que la pareja procede a impugnar la maternidad de la Sra. M. en base al art. 262 del Código Civil que dispone "La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo".

La Señora M. se allana a la demanda, reconoce como cierto los relatos de la pareja demandante y sostiene que ha colaborado libre y espontáneamente en la gestación de la niña pero que no posee vínculo con la misma, ya que sus padres biológicos y voluntarios son la Sra. y el Sr. C.

La demanda, cuyo objeto era emplazar a la Sra. C, contemplaba tres grandes cuestiones como base de su fundamentación. En primer lugar, cita la cuestión de la identidad genética de la niña con los solicitantes, acompañando para ello el resultado del examen de ADN, como así también el informe médico en el cual la Sra. M. presta su libre consentimiento y del que surge que el material genético utilizado corresponde a los demandantes. En segundo lugar, acude al elemento central que determina la filiación en las TRHA, es decir, la "voluntad procreacional".

Finalizan los solicitantes esgrimiendo el interés superior de la niña -principio de suma importancia- y destacando lo perjudicial que sería para E., mantener la filiación materna sobre la gestante, quien no desea asumir un vínculo filial.

En cuanto a la opinión del Ministerio Público Fiscal al corrérsele vista, éste solicita que la Sra. M declare bajo juramento su estado civil al momento de la gestación, si recibió retribución alguna, si hubo de someterse a un proceso de gestación por sustitución anteriormente, que acompañe partida de nacimiento suya y de sus hijos anteriores, y certificado médico de plena capacidad psíquica, argumentando que es necesario constatar que el accionar de la Sra. M. ha resultado de un acto de libertad, desinteresado y generoso, sin motivación económica alguna.

En igual sentido, el Ministerio Público de la Defensa en su respuesta a la vista, adhiere a los requerimientos solicitados anteriormente, aunque luego tiene por cumplida la acreditación de la mayoría de edad de la demandante, corroborada al otorgarse notarialmente, mandato a su apoderado.

Luego de la oposición a las medidas probatorias propuestas por parte del apoderado de la Sra. M., el juzgado da por cumplida la prueba que acredita su edad, y con relación al vacío legal existente en la materia y para evitar futuras incidencias, considera prudente receptor los requisitos que el proyecto de reforma del CCC contenía en el artículo 562, transcripto anteriormente, haciendo de este modo a lo solicitado por el Fiscal en su dictamen.

Finalmente, interesa resaltar uno de los puntos contenido en la opinión del Ministerio Público Fiscal en cuanto considera que "Aún cuando la demanda haya sido denominada impugnación de la maternidad en virtud lo solicitado en el caso y del principio "iura novit curia" ella en verdad debe ser tratada como una acción tendiente a constatar "la maternidad subrogada" que se alega". De este modo, se menciona la necesidad de contar con normas específicas que regulen esta práctica.

Se suma a ello, que teniendo en cuenta que el caso se presenta como un hecho ya consumado en tanto la menor ya ha nacido en base a una técnica de fecundación in vitro y dado que en su inscripción debe prevalecer el principio de la veracidad material, de modo que se haga coincidir la filiación jurídica con la real, entiende procede lo solicitado por la demanda. Y solicita a su vez, que los co-actores se comprometan a hacer saber a su hija la realidad del modo en que se la gestó y se segmentó su nacimiento.

Por su Parte el Ministerio Público de la Defensa dictamina que lo que prevalece en este caso es la llamada "voluntad procreacional", además de la correspondencia biológica. Que se encuentra satisfecho el interés superior del niño, y que por ende debe admitirse la acción, con la obligación de los progenitores para que en un futuro se ponga en conocimiento de la niña las circunstancias de su nacimiento.

III.- La decisión de la Justicia.

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 a cargo de la Sra. Jueza Martha B. Gómez Alsina evaluó, en primer lugar, la prueba ofrecida por la parte demandante donde adquiere relevancia el instrumento suscripto por la gestante en la clínica de alta complejidad reproductiva que contiene su consentimiento informado en relación a las prácticas que se llevaron a cabo para concretar el nacimiento de la niña E.

Resulta necesario pues, contar con el consentimiento informado, pleno y libre que acredita la aceptación por parte de la Sra. M. de la transferencia embrionaria de los comitentes, como condición previa y sine qua non en todos los casos de TRHA a lo fines de que dicho consentimiento sea prestado sin presiones de ningún tipo y que tenga información respecto de los aspectos médicos y psicológicos.

Valora además, la prueba de ADN que se realizó, que arroja el resultado positivo de compatibilidad de la niña con los comitentes, probando así la identidad biológica con los mismos.

Esta idea de otorgar al elemento biológico valor determinante en el conflicto, o en otras palabras, darle "mayor peso" a la hora de definir la cuestión también surge de los fundamentos de otro de los precedentes judiciales dictados en Argentina que hizo lugar a la inscripción de la niña recién nacida como hija de los comitentes (11).

Se suma a todas las medidas probatorias que fueron oportunamente corroboradas por la demandada en su allanamiento, una audiencia que la jueza celebró con los actores, la gestante y la niña, quien además habitaba con los primeros, desde su nacimiento.

En este punto, entendemos que dicha audiencia tiene gran importancia desde una doble finalidad, esto es, confrontar las pruebas ofrecidas inicialmente con las manifestaciones de las partes, y muy especialmente controlar que la mujer que decide llevar a cabo la gestación por sustitución haya tomado en plena libertad la decisión de llevar adelante el embarazo para luego entregar a la niña a los comitentes.

En concordancia con la manera en que se procedió a sustanciar el presente caso, el Proyecto de Reforma, también disponía -aunque obviamente antes de ser llevada a cabo la práctica- de un claro y obligatorio "proceso judicial" cuya finalidad era autorizar o no, mediante una resolución fundada, la utilización de la gestación por sustitución.

Se suma a todo lo expuesto, que el fallo fue dictado en vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, que al determinar la maternidad con el parto, admite en su art. [261](#) la posibilidad de impugnar la maternidad "por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo".

Asimismo, se hace referencia al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -próximo a entrar en vigencia-, el cual prevé tres tipos diferentes de fuentes filiales, estas son, por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción ([art. 558 CCC](#)) y resalta una posibilidad de impugnación de la filiación originada por el uso de TRHA.

En este orden de ideas, la magistrada confunde una previsión legal contemplada en el [art. 577 del CCC](#) por cuanto no se admite la posibilidad de impugnar dichas filiaciones cuando existe un consentimiento previo, informado y libre, lo cual resulta ajeno al conflicto suscitado en autos, en donde justamente, la gestante prestó dicho consentimiento.

Ante el silencio de la ley argentina, el decisorio alude a los diferentes posicionamientos de la doctrina -aquellos que están en contra y proponen la prohibición de la técnica, y quienes la admiten como un derecho- enrolándose la jueza en una postura intermedia que únicamente admitiría a la gestación por sustitución en los casos en que la gestante actúe de manera altruista, desinteresada y basada en la solidaridad familiar o afectiva, dejando de lado la teoría de una explotación o cosificación de las mujeres que se someten a este rol de gestante.

Es aquí entonces que, a la hora de regular o prohibir una posible contraprestación, surge una arista muy discutida principalmente entre aquéllos que se muestran favorables en regular esta práctica.

Por otro lado, la magistrada hace alusión al elemento biológico, como un pilar fundamental del derecho filial, correspondiéndose con la identidad biológica de la niña respecto de los comitentes, coincidiendo con los dictámenes del Ministerio Público.

Esta idea de lo biológico, sumado al deseo de los actores a querer ser padres, y habiendo asumido ellos las tareas de crianza y cuidado desde el nacimiento, hace sin dudas, al interés superior de esta niña y al derecho a su identidad, aseverando así, en el caso en concreto, su verdad biológica.

Teniendo en cuenta estos derechos y, para la satisfacción de los mismos, se determina, basándose en la Convención de los Derechos del Niño (art. 3 y ccs.), la [Ley 26.061](#) (art. 3) y la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se hará lo que más convenga para la niña.

Finalmente, es de destacar que la jueza dispuso, en orden a tutelar el derecho a la identidad de la niña nacida, que se le informe y tenga acceso al expediente para conocer la información referida a sus orígenes.

#### IV.- Conclusión y palabras de cierre.

Es uno de nuestros propósitos en el presente comentario dejar en claro nuestra concepción sobre la gestación por sustitución y la imperiosa necesidad de su regulación (12).

En posición favorable a la regulación de esta técnica, la Dra. Herrera sostiene: "Es dable afirmar que las TRHA constituyen un modo o fuente generadora para que muchas personas- parejas de igual o de diverso sexo, como mujeres solas- accedan a la maternidad/paternidad y, así, que varios niños puedan nacer, crecer y desarrollarse en este mundo. ¿Sería dable aseverar a priori y en abstracto que esta posibilidad que brinda la ciencia puede violar el principio del interés superior del niño? El régimen actual en materia de filiación tiene por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las TRHA carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante. Así, las normas que regulan la filiación "biológica o por naturaleza" no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda

nacer. Tampoco serían aplicables las reglas de la adopción ya que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad, razón por la cual deban ser criados por una familia distinta a la de origen; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central. Las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio (...)".

Actualmente, algunos de los países del mundo han comprendido que la solución a esta problemática está dada por sancionar normas que garanticen los derechos reproductivos y que a su vez clarifiquen el proceso dando seguridad jurídica a los intervinientes (13). Queremos a su vez expresar, sin matices ni concesiones en orden a la persuasión política que podría requerirse a los fines de lograr una aceptación mayoritaria en la opinión pública para su incorporación al CCC, que debe admitirse la gestación por sustitución en base exclusiva al criterio de determinación de la voluntad procreacional (14).

Afirma Rivero Hernández que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA "es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento en concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos (...), lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja.(15) Por tanto, bajo la mirada del elemento volitivo, es que no coincidimos con el argumento que se adujo en el fallo comentado respecto de la sobrevaloración que debe tenerse al hecho de que la pareja haya aportado su material genético, siendo además que el nuevo derecho de las familias está orientado a definir las, independientemente de la carga genética común que puedan tener sus miembros, en base a la afectividad, solidaridad y ayuda mutua (16) que estructura y mantiene sus lazos.

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 (17). Es menester traer a colación, que como primer paso a seguir toda ampliación o modificación de derechos debe hacerse desde una mirada obligada: la del respeto a los derechos humanos -incluyendo las interpretaciones desde el enfoque del principio pro homine, es decir, elaborar una regulación que se organice y estructure en función de los derechos fundamentales, abandonando decididamente nociones tradicionales y propias del clásico derecho de familia.

En esta dirección creemos que si en los casos regulados por el CCC., para las TRHA se admite que, una vez prestado el consentimiento previo, libre e informado, por parte de las personas intervinientes quede, sin más, establecida la correspondiente filiación entre ellos, sin importar si uno de los miembros de la pareja aportó su material genético, con igual razón tiene que admitirse en los casos de gestación por sustitución (18).

Para quienes confiamos en el sistema republicano y democrático de gobierno, el rol de los jueces resulta legitimante y generador de seguridad jurídica; es la manera de velar por el respeto de los derechos y de custodiar que en estos casos, la gestante no sea manipulada o, peor aún, que se puedan aprovechar su eventual estado de necesidad o vulnerabilidad.

Por ello, tal como lo sostiene parte de la doctrina, "el argumento de la explotación que conlleva a prohibir los acuerdos de gestación por sustitución viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional"(19).

Ese consentimiento informado representará la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento de salud, sea con intención diagnóstica, terapéutica, pronóstica o experimental, que incluye competencia (capacidad de comprender y apreciar las propias acciones y la información que se brinda), e información (apropiada, adecuada a la capacidad de comprensión del paciente); ello es un deber a cargo del médico o equipo de salud de informar respecto de los riesgos y beneficios del esquema terapéutico o tratamiento propuesto, respetando la libertad del paciente, por ser a éste a quien compete, como individuo autónomo la decisión final (20).

No podemos partir pues, de la base que presume la mala intención de las personas como regla, porque claramente los comitentes tienen el deseo de ser padres y la gestante decide libremente disponer de su propio cuerpo, agregando a esto la necesidad de que sea en el marco de un proceso judicial que conducirá a garantizar la protección de los derechos

de los involucrados.

Por todo lo expuesto, y desde la consagración constitucional-convencional del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por la ley, y sin discriminación hacia un sector de la población que debido a problemas de salud -infertilidad- o a su orientación sexual, queda al margen de la posibilidad de procrear. Su autonomía personal que conduce a esa libre elección del plan de vida, parte de su esfera de intimidad, lo hace sentirse digno de sí mismo, y debe prevalecer por sobre los discursos teñidos de una supuesta "moralidad" únicamente dispuesta a prohibir o silenciar la realidad de los hechos.

Para terminar el presente trabajo, nos urge decir que somos, en definitiva, fervientes defensores de la gestación por sustitución, regulada, legal, sincera y amplia, que termina por completar el abanico de posibilidades en cuanto a los derechos reproductivos, sin dejar afuera de su goce a ningún ser humano, quienes por otro lado, son titulares del derecho a intentar procrear para poder fundar ese elemento tan vital y necesario para una sociedad y para el Estado mismo: una familia.

Notas al pie:

1) Abogada (UBA), Docente Principios Generales de Derechos Humanos y Constitucional (CBC, UBA), Miembro del Área Jurídica de la Organización Civil 100% Diversidad y Derechos.

2) Abogado (UNS), Alumno de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA), Miembro del Proyecto de Investigación UBACyT "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias" (UBACyT - UBA).

3) Abogado (UBA), Maestrando de la Maestría de Familia, Infancia y Adolescencia, con tesis en elaboración (UBA). Docente de Familia y Sucesiones (UBA) y de Derecho de Familia (UP). Miembro del Proyecto de Investigación "El derecho a la Defensa Técnica de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales de familia: la figura del abogado del niño" Programa PIM, (UBA). Miembro del Proyecto de Investigación UBACyT "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias" (UBACyT - UBA). Presidente de la Comisión de Estudio e Interpretación del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación del Colegio de Abogados de Avellaneda - Lanús, Buenos Aires, Argentina 4) Foucault Michel, Historia de la Sexualidad, 1: La voluntad de saber, 2ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013, pág.30.

5) BÁEZ LIMA, Edith., "El respeto a las familias de la diversidad sexual como una forma de alcanzar la paz", RDF, nro. 59, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pág. 1.

6) LAMM, Eleonora, "Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", ed. Observatori de Bi tica i Dret, UB, ISBN, 978-84-475-3757-0, pág. 17.

7) Además contamos en nuestros días con la ley 26.86 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida que fue sancionada el 5/6/ 2013, es decir antes que el CCC. Esgrime también como principio el acceso integral a las TRHA sin discriminación alguna, aunque sin mencionar a la gestación por sustitución.

8) Dice el Comité de los Derechos Humanos en su observación n°19 que "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser discriminatorias ni obligatorias (...)" 9) Para ampliar sobre nuestro posicionamiento en cuanto a la supresión de la gestación por sustitución como resultado de la media sanción por parte del Senado de la Nación, se recomienda compulsar: MELÓN, Pablo E., NOTRICA, Federico, "Gestación por Sustitución: una Regulación Necesaria" Ponencias SASJu, XV Congreso Nacional y V Latinoamericano de Sociología Jurídica 2014, Universidad Nacional de Rosario y NOTRICA, Federico, "La gestación por sustitución: una regulación necesaria para proteger e igualar derechos", Ponencia en Worskhop "Derechos reproductivos y reproducción asistida.

Género, diversidad sexual y familias en plural", 30 de abril y 1º de mayo de 2015, Instituto de Sociología Jurídica, Oñati,

España.

10) A este precedente sobre la temática se suman los ya resueltos anteriormente por la justicia: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, Entre Ríos, Argentina, 14/04/2010, "B., M. A. c/ F.C., C. R.", La Ley online, AR/JUR/75333/2010; Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Civil N°86, Buenos Aires, Argentina "N.N. s/ inscripción de nacimiento", 18/06/2013, MJ-JU-M-79552-AR, MJJ79552. Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos "D., C.G. y G., A. M. c/ GCBA s/ amparo", de fecha 22 de marzo de 2012. Juzgado de Familia de la Ciudad de San Lorenzo, en autos "S.G.E.F. y G.C.E.", de fecha 2 de julio de 2012. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 17 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos "B.F.M. y OTROS c/ GCBA s/ AMPARO", de fecha 18 de diciembre de 2014. Juz Civ N°83 "NN O, s/INSCRIPCION DE NACIMIENTO", 25/06/2015.

11) En autos: B.F.M. y OTROS c/ GCBA s/ AMPARO", de fecha 18 de diciembre de 2014. Juz Civ N°83 "NN O, s/INSCRIPCION DE NACIMIENTO", 25/06/2015, tuvo en cuenta el juez interviniente, además del consentimiento informado prestado por la gestante, la necesidad de tutelar el derecho a la identidad que posee la niña aplicando al caso las disposiciones del art. 17 punto 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 2 de la Convención sobre los derechos del Niño.

Fundamentó además que cuando existe conformidad de todos los involucrados, y los Ministerios, el estudio de ADN de la niña y los actores, que surgen como padres biológicos será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del C.Civ., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación.

Este fallo también acude al valor de las disposiciones contenidas en el Nuevo Código Civil y Comercial 12) Herrera, Marisa, La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de Familia. Reformar para transformar, 29/12/2014, www.infojus.gov.ar Id infojus: DACF140902.

13) Verbigracia la República Federativa de Brasil en donde se encuentra regulada por el Conselho Federal de Medicina RESOLU O CFM N° 2.013/2013 (Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Se o I, p. 119) Punto VII - SOBRE A GESTA O DE SUBSTITUI O (DOA O TEMPORÁRIA DO ÚTERO). Allí se establece que dicha técnica podrá ser utilizada en los casos en que la mujer que desea ser madre tenga un problema médico o para las uniones homoafectivas. Además de ello, la gestante debe tener vínculo de parentesco con alguno de los comitentes, y no puede haber de por medio contraprestación alguna, entre otros requisitos.

Otros países que la regulan son Reino Unido, Canadá, Grecia, Israel, Sudáfrica, el Estado de Tabasco en México, y cinco Estados de Australia, cuando el fin de esta práctica es altruista; y Rusia, Ucrania, India y algunos Estados de Estados Unidos, admitiéndola en forma amplia.

14) Gil Domínguez, Famá y Herrera sostienen que "La admisibilidad de la maternidad subrogada y las consecuencias jurídicas que ésta proyecta en cuanto a la determinación de la filiación dan cuenta, nuevamente, de una tensión latente entre dos principios presentes en forma recurrente en materia de fertilización asistida: la verdad biológica, como derecho a la identidad en un sentido estático, y la voluntad procreacional, como un aspecto del derecho a la identidad en su faz dinámica. Tensión que debe resolverse a la luz de otro principio constitucional que impregna de contenido las relaciones derivadas de la filiación: el interés superior del niño. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa, Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ediar, 1era ed., Buenos Aires 2010, pág 293.

15) Rivero Hernández Francisco, en AA. VV., Paz-Ares, Cándido; Diez Picaso, Luis; Bercovitz; Rodríguez Cano, Rodrigo y Salvador Coderch, Pablo (dirs.), Comentario del Código Civil, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de publicaciones, 1991, p. 128.

16) A Reprodu o Humana Assistida Usada Como Meio de Apoio Forma o das Famílias Homoafetivas, Ferrari Geala Geslaine; De Castro Fran a, Loreanne Manuella; Sato Capelari Rogério; Revista Jurídica Cesumar, Mestrado en: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2922>. 17) Mariana E. González, La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: las TRHA como una tercera fuente filial, en: Código Civil y Comercial de la Nación, suplemento especial familia: filiación y responsabilidad parental, Directoras: Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera Marisa, La Ley, pág 40.

18) Resulta interesante compulsar el fallo del TEDH "AFFAIRE PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE, Tribunal Europeo de Derechos Humanos" del 27/01/2015, donde una pareja heterosexual italiana lleva adelante una práctica de gestación por sustitución en Rusia sin aportar ninguno de ellos su material genético.

19) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora LA LEY 23/04/2014, 23/04/2014, 4 - LA LEY2014-C, 1.

20) Rodríguez Iturburu, Mariana, La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado, en Código Civil y Comercial de la Nación, Suplemento Especial; Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, Direc. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrea, Marisa, LA LEY, pág 78.

## **CONTENIDO RELACIONADO**

### **Jurisprudencia**

[C., F. A. y Otro c/ R. S., M. L. s/ Impugnación de maternidad](#)

SENTENCIA.JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nro 102. , 18/5/2015.

### **Legislación**

[CODIGO CIVIL. Art. 162](#)

Ley 340. 25/1869. Derogada

[CODIGO CIVIL. Art. 177](#)

Ley 340. 25/1869. Derogada

[Código Civil y Comercial de la Nación Art. 45](#)

LEY 26.994. 1/10/2014. Vigente, de alcance general

[Código Civil y Comercial de la Nación Art. 383](#)

LEY 26.994. 1/10/2014. Vigente, de alcance general

[LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS. NIÑOS Y ADOLESCENTES.](#)

LEY 26.061. 28/2005. Vigente, de alcance general