



El debate sobre la regulación de la gestación por sustitución en la Argentina desde un enfoque de género y diversidad familiar en el decenio 2013-2023

Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP)

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)

Maestría en Género, Sociedad y Políticas Públicas

Autora: Natalia de la Torre

Directora: Marisa Herrera

Argentina

2024

AGRADECIMIENTOS

A Marisa, amiga, hermana y directora, por la complicidad compartida con solo mirarnos.

A “las chicas” que se animaron, en el año 2011, a tener almas de proa y proyectar una primera regulación garantista de la gestación por sustitución en la Argentina.

A la Educación Pública de la que soy hija.

A Milena, mi “*parabatai*”, por enseñarme a ser madre.

A Hernán, por su amor compañero.

RESUMEN

La presente investigación estudia el debate sobre la regulación de la gestación por sustitución en Argentina, en el interregno 2013-2023, desde un enfoque de género y diversidad familiar. Partiendo de un enfoque cualitativo, se analizan diversas fuentes primarias (normativas del derecho latinoamericano, proyectos de ley nacionales, jurisprudencia local y datos del Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) con el fin de indagar qué cosmovisiones subyacen sobre quién puede gestar para otro/s, en qué condiciones, a qué familia o familias se les reconoce el acceso a este procedimiento médico, cuál es el posicionamiento sobre altruismo vs. comercialización y, aunado a ello, qué rol le cabe al Estado frente a esta práctica del mercado reproductivo.

CAPÍTULO I. INTRODUCTORIO	5
1. Introito	5
2. Planteo del problema	6
3. Lo personal es político	8
4. Objetivos	8
4.1. Objetivo general	8
4.2. Objetivos específicos	8
5. Metodología	9
6. Síntesis del contenido de la investigación	9
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO	10
1. Marco teórico	10
1.1. Introducción	10
1.2. Enfoque de género	10
1.2.1. Autonomía relacional	11
1.2.2. Interseccionalidad	12
1.3. Diversidad Familiar	13
2. Marco jurídico	14
2.1. Antesala del debate por la GS en Argentina	14
2.2. Perspectiva constitucional-convencional y gestación por sustitución	17
2.2.1. Introito: derechos reproductivos y GS	17
2.2.2. Sistema Universal de Derechos Humanos y los pronunciamientos en torno a la GS	18
2.2.2.1. Comité de los Derechos del Niño	18
2.2.2.2. Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños	20
2.2.2.3. Comité de la CEDAW	21
2.2.3. Sistema Regional de Derechos Humanos: Corte IDH	22
CAPÍTULO III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU RECEPCIÓN LEGAL EN LATINOAMÉRICA	25
1. Introducción	25
2. Los ejes de análisis seleccionados	27
2.1. Requisitos para ser gestante para terceras personas	27
2.1.1. ¿Gestante aportante de óvulos?	27
2.1.2. Otros requisitos	29
2.2. Beneficiarios/as que pueden acceder a la GS	31
2.3. Altruismo vs. Comercialización	34
2.4. La legalización de la GS y el rol del Estado	36
2.5. Determinación de la filiación del niño/a	38
CAPÍTULO IV. LOS PROYECTOS DE LEY PARA REGULAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA ARGENTINA 2013-2023	39
1. Introducción	39
2. Requisitos para quien gesta para otros/as	42
2.1. Preliminar	42
2.2. Edad	43
2.2. El tránsito por la experiencia de la maternidad como requisito para gestar para otro/a/s	44
2.2. Cantidad de veces que se puede gestar para otros/as	44
2.4. Autonomía y derechos personalísimos de quien gesta	45
2.5. Relación con la/s persona/s progenitor/es intencional/es	46

2.6. Nacionalidad o residencia _____	46
3. ¿Quiénes pueden acceder a la maternidad/paternidad/xaternidad por medio de la GS? _____	46
3.1. Diversidad familiar _____	46
3.2. Tipo de TRHA: aporte genético _____	47
4. Altruismo vs. comercialización _____	47
5. La legalización de la GS y el rol del Estado _____	48
6. Determinación de la Filiación del niño/a _____	51
CAPÍTULO V. UNA LECTURA DEL DEBATE EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LA GS A TRAVÉS LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA _____	53
1. Introducción _____	53
2. Análisis de los casos de GS con control judicial _____	55
2.1. Introito _____	55
2.2. Las estrategias adoptadas por las partes para su recepción jurisprudencial _____	56
2.2. Diversidad familiar y GS _____	58
2.3. Tipo de TRHA y GS _____	61
2.4. ¿Quiénes gestan para tercera/s personas? _____	62
2.4.1. Introito _____	62
2.4.2. Relación con la/s persona/s progenitor/es intencional/es _____	63
2.4.3. El tránsito por la experiencia de la maternidad como requisito para gestar para otro/a/s _____	68
2.5. La GS, los derechos humanos comprometidos y los fundamentos de las sentencias _____	71
2.5.1. El art. 562 del Anteproyecto como cita obligada _____	71
2.5.2. <i>La referencia al precedente de la Corte IDH “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica” (2012)</i> _____	72
2.5.3. El principio de legalidad y el art. 19 CN _____	72
2.5.4. <i>El reconocimiento implícito de la GS en la Ley 26.862</i> _____	73
2.5.5. <i>La GS y el art. 562 del CCyC</i> _____	73
2.5.6. <i>¿Homologación de acuerdo o autorización de la práctica?</i> _____	74
2.6. Los casos de GS ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación _____	75
2.6.1. Advertencia preliminar _____	75
2.6.2. El recorrido por los pasillos de tribunales _____	76
2.6.3. <i>La GS según la Defensoría General de la Nación (DGN)</i> _____	78
2.6.4. <i>La GS según la Procuración General ante la CSJN (MPF)</i> _____	79
CAPÍTULO VI. LA SITUACIÓN ANÓMALA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES _____	80
1. Introducción _____	80
2. Acceso a la Información Pública: CABA _____	84
2.1. Cantidad de inscripciones 2017-2023 _____	84
2.2. Inscripciones por composición familiar de progenitores intencionales _____	85
2.3. Inscripciones por nacionalidad de progenitores intencionales _____	86
2.4. Inscripciones por nacionalidad de la mujer o persona gestante _____	87
2.5. Algunas conclusiones a partir de los datos obtenidos _____	88
3. “Acuerdos” de GS como consecuencia de la situación en CABA _____	90
4. Epílogo de cara al futuro _____	92
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES _____	95
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA _____	99
ANEXOS _____	115

CAPÍTULO I. INTRODUCTORIO

El feminismo ama otra ciencia: las ciencias y las políticas de la interpretación, de la traducción, del tartamudeo y de lo parcialmente comprendido (Haraway, 1995)

1. Introito

Si bien la gestación por sustitución (en adelante, GS) ha recibido diferentes conceptualizaciones por parte de la doctrina nacional y extranjera, encontrándose en disputa desde su terminología (Lamm, 2013, p. 24; Bartolomé Tutor, 2023, p. 27; De Lorenzi, 2021, p. 386), hasta su encuadre como técnica de reproducción humana asistida (Vila Coro Vázquez, 2015, p. 283; Gil Arroyo, 2020, p. 44), a los fines de la presente investigación, desde un enfoque jurídico introductorio, concibo a la GS como un supuesto especial de técnica de reproducción humana médicamente asistida, por medio de la cual una persona -en la mayoría de los casos, una mujer-, denominada gestante, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona que nazca de ese procedimiento tenga vínculos filiales con quien o quienes son su/s progenitore/s intencional/es, no así con quien los ha gestado.

El inicio del debate sobre la regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico argentino puede ubicarse, dado su impacto sociopolítico y jurídico, en el año 2012 con la propuesta de regulación inserta en el Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación que elaborara la *Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*, creada mediante el Decreto Nro. 191 (Decreto 191, 2011).

Si bien en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) finalmente sancionado y promulgado (Ley 26.994, 2014) no reguló la figura sino, por el contrario, reafirmó que incluso en el campo de las técnicas de reproducción médicamente asistida (en adelante, TRHA), los/as niños/as que nacen son hijos/as de quién da a luz -no necesariamente “madre” por consecuencia directa de la ley de identidad de género (Ley 26.743, 2012)-, la ventana política (Guzmán & Montaña, 2012, p. 22) que abrió aquella propuesta de regulación primigenia sentó las bases de discusión, no solo en el ámbito del Poder Judicial, sino también en el Poder Legislativo Nacional, sobre el problema público de la GS.

En este marco, los proyectos de ley presentados en el transcurso de los años 2013-2023, parten de una premisa común: frente a las tres posiciones que se advierten en el derecho comparado sobre la figura de la gestación por sustitución, la abstención, la prohibición o la reglamentación, se asume la tercera como única opción. En otras palabras, en el ámbito del Congreso de la Nación, la disputa se centra en cómo reglar esta figura y no en prohibirla; aunque, como se analizará a lo largo de la presente investigación, con ideas variopintas sobre cuál es la respuesta más adecuada, si el liberalismo o la intervención estatal (Borillo, 2023, p. 12), frente a este interrogante aún en disputa.

La resolución a la pregunta sobre la recepción legal de la GS deviene imperiosa no solo por su interés académico en atención a las discusiones que despierta desde el obligado enfoque de género - altruismo/comercialización, autonomía/explotación, control estatal/libre mercado, igualdad formal/igualdad sustantiva, etc.- y diversidad familiar, en especial a partir del impacto del principio de igualdad y no discriminación en un país con matrimonio igualitario (Ley 26.618, 2010), ley de identidad de género (Ley 26.743, 2012) y ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (Ley 26.862, 2013), sino también por su presencia práctica cada vez mayor, pese al vacío legal.

Es que, aún sin ley, la GS se realiza en la Argentina, siendo cada vez más profusa la lista de sentencias que acogen de forma favorable las solicitudes de su reconocimiento. A ello se suma la situación anómala que atraviesa la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) a raíz de la vigencia de una medida cautelar, con efecto erga omnes, dictada por la justicia que ha abierto, desde el año 2017, la posibilidad de inscripción de ciento treinta y cinco niños/as nacidos/as -cifra acumulada hasta el año 2023- de GS como hijos/as de sus progenitores de intención o, en términos de la legislación Civil y Comercial, con voluntad procreacional (art. 562)¹, sin intervención judicial o control estatal.

2. Planteo del problema

El debate sobre la GS en Argentina transita por dos andariveles contradictorios o paradójicos que producen una disociación entre la teoría (el Derecho) y la praxis (la Realidad).

Mientras la discusión en el Congreso de la Nación se centra en cómo regular esta especial técnica de reproducción humana médicamente asistida, la fuerza de la realidad, bajo el velo del silencio normativo, sin discusión democrática, está en camino a consolidar, de manera ficta, un modelo abstencionista que habilita al mercado reproductivo no solo a ofrecer la GS como una TRHA más, sino incluso a delimitar su precio, condiciones y alcances.

En este contexto, si bien la producción académica jurídica sobre la GS en nuestro país es profusa, el aporte distintivo de la presente investigación es su agente/actor o, si se quiere, su unidad de estudio.

El interés no está puesto en descifrar si se debe regular o no (Kemelmajer de Carlucci, et. al, 2012; Lamm, 2013; Notrica, 2018), o en describir las experiencias de personas que han recurrido a la GS (Straw, et. al, 2018; Álvarez Plaza, et. al, 2019), o en reseñar las opiniones de los usuarios de TRHA (Navés, et. al, 2023), o en analizar los modos en que los actores involucrados en el debate público interpretaron las transacciones monetarias producidas en los acuerdos de GS (Moreno, 2015), sino en

¹ ARTICULO 562. Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

estudiar el debate sobre la regulación de la GS en la Argentina en el período 2013-2023 desde dos dimensiones centrales para el derecho de las familias contemporáneo, el enfoque de género y la diversidad familiar, a partir de un análisis de discurso -en nuestro caso, textos- de dos fuentes primarias: a) los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación en el período 2012-2023 y b) los precedentes jurisprudenciales que se han expedido sobre la viabilidad de la GS realizadas en nuestro país durante el mismo período.

Análisis hermenéutico que es enriquecido con aportes del derecho comparado, en especial, de legislaciones latinoamericanas, doctrina nacional y extranjera y los datos obtenidos para la presente investigación, en el marco de la Ley de Acceso a la Información Pública (Ley 104, 1998) de la Ciudad de Buenos Aires (CABA), relacionados con las inscripciones de niños/as nacidos/as por GS para el período 2017-2023 en el Registro Civil de CABA sin control judicial.

De este modo, el propósito de esta investigación es visibilizar qué cosmovisiones subyacen en los textos referidos sobre la familia o las familias, la libertad o autonomía de las mujeres que gestan para terceras personas y sus posibles condicionantes de vulnerabilidad y el rol que le cabe al Estado frente a esta práctica del mercado reproductivo.

Con esta idea directriz como norte, se pretenden iluminar algunos de los siguientes interrogantes que despierta el debate de la GS en nuestro país. ¿Qué noción de autonomía subyace en los proyectos de ley y en la jurisprudencia? ¿Cuáles son los principales aportes y/o tensiones de los estudios de género a la mirada contemporánea de la GS en el derecho argentino? ¿Cuál es la posición predominante entorno al debate altruismo vs. comercialización en los proyectos de ley y en la jurisprudencia? ¿Es posible incorporar una compensación económica a favor de quien gesta? ¿Compensación económica de qué y por qué motivo? ¿La GS requiere de un vínculo afectivo entre quien gesta y quien tiene voluntad procreacional? ¿Qué requisitos se le exigen a una mujer o persona gestante y por qué? ¿Qué requisitos se le exigen a una persona o pareja que desea acceder a la maternidad/paternidad a través de esta técnica y por qué? ¿La GS se presenta como una técnica hábil para qué tipología familiar? ¿Qué modelos regulatorios se encuentran en tensión? ¿Qué función se le atribuye al Estado en el entramado del mercado reproductivo? ¿Por qué pese al interés de todo el arco político partidario -o, más bien, el de las mayorías más representativas- la inclusión legal de la GS sigue ausente?

Detrás de estos interrogantes, se encuentra una preocupación feminista legítima sobre la explotación de las mujeres pobres o sujetas a otras vulnerabilidades intersecantes en el marco de la GS y, a la par, un reconocimiento del “potencial que estos desarrollos científicos y tecnológicos tienen de fracturar, en principio, las construcciones patriarcales sobre la ‘maternidad’ que combinan el rol social con la biología”. (Menon, 2020, p. 68).

3. Lo personal es político

Las razones de índole personal que motivaron la elección del tema podrían sintetizarse en la frase elegida como epígrafe de este capítulo introductorio: la necesidad de habitar la temática desde el tartamudeo, la duda y la construcción de lo parcialmente conocido.

En el marco de mi desarrollo profesional como abogada he tenido la oportunidad de acompañar a familias que desean acceder a la maternidad o paternidad por vía de la GS, ya sea a través del patrocinio ante el sistema de administración de justicia, como mediante el asesoramiento extrajudicial sobre las alternativas disponibles de la GS en nuestro país y en el extranjero. Así, he tenido la posibilidad de escuchar en primera persona no solo los miedos, ansiedades, preocupaciones y desafíos que el vacío legal genera en quienes tienen la intención de ser progenitores/as por esta vía, sino también las motivaciones, dudas, ansiedades y preocupaciones de quienes se presentan como gestantes (hermanas, amigas, amigas de amigas o conocidas).

A este trayecto biográfico profesional se suman los años de docencia e investigación en el ámbito del derecho de las familias en general y de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en particular (2012 a la actualidad), y los años en que me he desempeñado como asesora legislativa en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (2015 a 2021). Desde allí he coadyuvado a repensar cómo debería regularse la GS y redactar algunos de los proyectos de ley que son objeto de esta investigación.

En esta línea, la motivación principal del tema y enfoque elegido para esta investigación es permitirme un acercamiento a la temática a través de las incertezas, de las dudas y del revistar críticamente incluso, lo ya pensado en otro tiempo bajo otra lógica, con el convencimiento, siguiendo a Heráclito, de que nadie se baña en el mismo río dos veces.

4. Objetivos

4.1. Objetivo general

Analizar el debate de la regulación de la gestación por sustitución en la Argentina, desde un enfoque de género y diversidad familiar, a partir de los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación y los precedentes jurisprudenciales producidos en el decenio 2013-2023, con aportes del derecho comparado latinoamericano y doctrina nacional y extranjera.

4.2. Objetivos específicos

i) Examinar las legislaciones del derecho comparado latinoamericano en torno a la GS, desde un enfoque de género y diversidad familiar, con el objeto de construir un conocimiento situado y contextual sobre el tema de estudio.

ii) Comparar la forma en que los diferentes proyectos de ley silencian, tematizan, valoran y ponderan dos dimensiones claves alrededor de la figura de la gestación por sustitución: el enfoque de género y la diversidad familiar.

iii) Identificar qué cosmovisiones sobre autonomía, familia/s y rol del Estado se hayan implícitas en cada propuesta de regulación y compararlas con la práctica jurisprudencial de la gestación por sustitución.

iv) Explicar cómo la situación particular de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entre los años 2017-2023 fue virando los contornos de la práctica de la gestación por sustitución en la Argentina.

5. Metodología

La estrategia teórico-metodológica utilizada para abordar la presente investigación es de carácter cualitativa. Ello en tanto una de sus ideas directrices consiste en explicar las formas en que los textos -proyectos de ley y jurisprudencia- narran, comprenden, el problema público de la GS (Álvarez-Gayou Jurgenson, 2003, p.28) en un contexto determinado.

Las técnicas de recolección de datos utilizadas fueron las siguientes: a) revisión de bibliografía para robustecer el marco conceptual y jurídico de la GS, así como los referentes teóricos escogidos para analizar esta figura de modo transversal, el enfoque de género y diversidad familiar; b) compilación y estudio del derecho comparado latinoamericano sobre la figura de la GS; c) relevamiento de bibliografía específica proveniente del ámbito jurídico nacional, latinoamericano y español; d) recopilación y análisis de los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación argentina en el decenio 2013-2023; e) lectura, tabulación y sistematización de los precedentes jurisprudenciales nacionales dictados en el mismo período 2013-2023; f) solicitud de acceso información pública cuantitativa y cualitativa sobre las inscripciones de personas nacidas por GS en el Registro Civil de la CABA para el período 2017-2023 y g) estudio comparativo de los datos obtenidos mediante el pedido de acceso a la información pública y la sistematización de las sentencias judiciales publicadas.

La estrategia metodológica y las técnicas de recolección reseñadas permitieron describir y analizar las representaciones conceptuales sobre el debate en torno a las propuestas de regulación de la GS desde una perspectiva de género y diversidad sexual y familiar. Es a partir de la “recolección de datos, y desde ellos y nunca antes de ellos” que se elaboraron las matrices comprensivas del debate de la GS en la Argentina 2013-2023. (Kunz & Cardinaux, 2014, p. 124).

6. Síntesis del contenido de la investigación

La presente tesis, elaborada en el marco de la Maestría en Género, Sociedad y Políticas Públicas del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP), está ordenada a partir de este primer capítulo introductorio y seis capítulos subsiguientes, a saber: Capítulo II, “Marco

teórico y jurídico”; Capítulo III, “La gestación por sustitución y su recepción legal en Latinoamérica”; Capítulo IV, “Los Proyectos de Ley para regular la GS en la Argentina 2013-2023”; Capítulo V “Una lectura del debate en torno a la regulación de la GS a través la jurisprudencia argentina”; Capítulo VI, “La situación anómala en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” y Capítulo VII, “Conclusiones”.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO

1. Marco teórico

1.1. Introducción

Desde el punto de vista conceptual los hallazgos, interpretaciones, reflexiones, conclusiones y recomendaciones de la presente investigación se sustentan, tanto en los desarrollos doctrinarios y teóricos provenientes de los feminismos jurídicos antiliberales, como del derecho constitucional – convencional o, en palabras de Gil Domínguez, derecho constituvencional de las familias (2020, p. 9).

Ambas perspectivas recalcan en una visión más amplia, la teoría crítica de derecho, que permite visibilizar el rol que desempeña el Derecho como perpetuador del sistema sexo/género (Torres Díaz, 2021, p. 79) y, al mismo tiempo, denunciar “las estructuras de sociabilidad opresivas y discriminadoras” (Suárez Tomé, 2022, p. 30), evaluar el debate sobre la regulación de la GS articulando las exigencias identitarias, en especial, de las familias intencionales y los movimientos LGBTIQ*, y las exigencias de la igualdad social (Fraser, 2000, p. 26), así como, interpelar las concepciones tradicionales y naturalistas (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 9) sobre la maternidad, los vínculos filiales y las familias.

1.2. Enfoque de género

Como su título lo indica esta investigación estudia el debate sobre la regulación de la GS en nuestro país en el decenio 2013-2023 desde una doble matriz analítica: el enfoque de género y la diversidad familiar.

El enfoque de género, como herramienta metodológica, es sumamente relevante en la construcción de la política pública o, más específicamente, en la problematización de la falta de regulación de la GS y el alcance y contornos de las propuestas de regulación a futuro y las soluciones jurisprudenciales del presente.

Resulta de interés atender a los lineamientos que dejan plasmados Gamba y Azuri (2021, p. 294) cuando señalan que el enfoque o perspectiva de género es una concepción epistemológica sentada en afirmar que las relaciones desiguales entre los géneros no son de origen natural, sino cultural e

histórico que “tienen sus efectos de producción y reproducción de la discriminación” en todos los ámbitos de la vida de las mujeres y las identidades no hegemónicas.

Como señala Pautassi, (2021, p. 25):

En rigor, el enfoque de género da cuenta de la presencia de una estructura de poder asimétrica que asigna valores, posiciones, hábitos, diferenciales a cada uno de los sexos y las identidades diversas, y por ende construye un sistema de relaciones de poder conforme a ello, el cual se ha articulado como una lógica cultural, social, económica y política omnipresente en todas las esferas de las relaciones sociales. Y claramente las políticas públicas no son la excepción.

Analizar el debate sobre la regulación de la GS desde un enfoque de género implica problematizar nuestras unidades de estudio - proyectos de ley y precedentes jurisprudenciales-, desde dos nociones fundamentales: autonomía e interseccionalidad.

1.2.1. Autonomía relacional

Si bien la distinción entre derechos reproductivos -vertiente positiva- y no reproductivos -vertiente negativa- será retomada en el punto 2 del presente Capítulo, cabe aquí referir a ella de forma anticipatoria, sintética y conceptual.

La GS, en tanto técnica de reproducción humana asistida, a diferencia de la contracepción quirúrgica o la interrupción del embarazo -vertientes negativas que tienen por fin evitar reproducirse- se engloba en los llamados derechos reproductivos:

estos derechos se concretan en la decisión de procreación, protegida a través de derechos más concretos o específicos, tales como la elección del momento para la reproducción, el número de hijos o hijas y el espacio de tiempo entre una y otro, o el recurso a técnicas de reproducción humana asistida. (Álvarez Medina, 2021, p. 150).

Con una particularidad, la GS compromete derechos reproductivos no solo de quien/es tienen la intención de acceder a la maternidad/paternidad, aportando sus gametos y/o voluntad procreacional, sino también de quien pretende gestar para otro/s.

De esta forma, la GS habilita la fragmentación de las tres modalidades del trabajo reproductivo. Quien gesta para otros/as realiza la reproducción biológica -gestar y parir-, mientras que quienes prestan su voluntad procreacional o intención de ser padres/madres se encargan a futuro, una vez nacida el/la niño/a, de la reproducción social y la reproducción de la fuerza de trabajo. (Suárez Tomé, 2022, p. 73).

En este marco, la noción de autonomía que se utilice para estudiar, encuadrar y reflexionar sobre el debate sobre la regulación de la GS resulta central.

Aquí se adopta un enfoque particular de la noción de autonomía, la cual parte de la necesidad de articular autonomía y reconocimiento de las desigualdades de hecho.

¿Cuánto pueden determinar las condiciones sociales de opresión, y la internalización de esa opresión, la autonomía de las mujeres para decidir gestar para otro/s o la de decidir ser madres a través de la gestación por otra? (Belli & Suárez Tomé, 2021, p. 453). Este interrogante y otros en la misma línea guiaron esta investigación con el fin de detectar qué noción de autonomía se oculta y/o explicita en los textos -proyectos de ley y precedentes jurisprudenciales-, una concepción abstracta, liberal, de no interferencia, o más bien una noción situada, contextual y relacional como la que propugnan los feminismos jurídicos:

El movimiento feminista ha reflexionado de manera encarnada sobre la noción de autonomía padeciendo, en lo efectivo, su vulneración. Al igual que ha sucedido desde la perspectiva de otras teorías emancipatorias que se desarrollan en el seno de colectivos oprimidos, la óptica de la reconceptualización del término vira del individuo aislado y abstracto al colectivo social y concreto. Es así que surge eminentemente la noción de 'autonomía relacional' dentro de la teoría feminista, como un concepto que busca dar cuenta de una serie de notas críticas con relación a la noción liberal de autonomía. (Belli & Suárez Tomé, 2021, p. 453).

Ello no significa que el objetivo de la autonomía entendida en términos relacionales sea denunciar que la dominación social, la opresión, el estigma y la injusta distribución de la riqueza pueden frustrar la autonomía individual, con el fin de negar a las mujeres e identidades no hegemónicas la capacidad de tomar decisiones en el ámbito reproductivo. Por el contrario, visibilizar el entramado de opresión, los estereotipos y sesgos de género que pueden estar operando, tiene por fin “plantear la hipótesis de posibles soluciones, tales como propuestas sobre cómo se pueden reformar las relaciones sociales, las prácticas y las instituciones específicas, de manera que se proteja y promueva la autonomía de los individuos”. (Mackenzie, 2022, p. 55).

Pensar los modos en que una regulación de la GS en la Argentina puede garantizar y promover la autonomía de quien gesta para otro/s y de quien decide acceder a la maternidad/paternidad a través de este procedimiento biomédico, teniendo en consideración que “La mayor vulnerabilidad de algunas personas podría acrecentarse o perpetuarse con la falta de participación del Estado, o con una presencia insuficiente, tardía o inadecuada, que no contemplase una regulación específica”. (Medina Álvarez, 2022, p. 18).

1.2.2. Interseccionalidad

Las desigualdades por motivos de género se vinculan con otras dimensiones que producen desigualdad; es decir, la desigualdad de género es atravesada por otras desigualdades y por lo tanto tiene que ser aprehendida en un marco de desigualdades múltiples o multidimensional.

Por ello, además de analizar la GS a partir de la noción de autonomía, se suma la perspectiva interseccional que permite visibilizar las relaciones de poder y la distribución desigual de oportunidades, en nuestro caso, de acceso a los derechos reproductivos y al uso de una técnica

particular de reproducción humana asistida, la GS, en función de factores tales como la situación económica, migración, edad, salud, situación de discapacidad, relaciones maternofiliales de quien gesta para otros, entre otras. Ello con el fin de no convertir al enfoque de género en una perspectiva unidimensional desde la representación de las mujeres de sectores aventajados:

Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, 2015, párr. 290) no se trata de identificar y adicionar los distintos factores de discriminación que pueden estar operando en un caso, sino en identificar “una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”.

En suma, analizar la GS a partir de la perspectiva interseccional implica visibilizar que “existe una interacción entre las distintas discriminaciones con consecuencias precisas. Estas se construyen mutuamente y no surgen de sistemas separados, sino que se intersectan produciendo una discriminación específica”. (Sordo Ruiz, 2024, p. 152).

1.3. Diversidad Familiar

El segundo eje de análisis para estudiar el debate sobre la regulación de la GS en Argentina, en el decenio 2013-2023, involucra la diversidad familiar o la pluralidad de formas de constituir y de vivir en familia.

Téngase presente que hasta no hace muchos años el discurso jurídico/normativo en nuestro país se dirigía en forma exclusiva a la familia nuclear, patriarcal y heterosexual; modelo arquetípico anclado en un paradigma biologicista del parentesco, la reproducción y la filiación; en síntesis, de los modos de constituir familia.

La GS interpela estos posicionamientos como ninguna otra práctica biomédica, en tanto es la única TRHA que habilita maternidades/paternidades en el marco de parejas heterosexuales, pareja de varones, parejas de mujeres y mujeres y varones sin pareja.

Por ello, el debate sobre la regulación de la GS en nuestro país, desde la perspectiva de la diversidad familiar, se enmarca o se relaciona en forma directa con el principio de igualdad y no discriminación. En atención a la interpretación evolutiva que ha realizado la Corte IDH de este principio, la prohibición incluye el estado civil de los progenitores, pero también la orientación sexual, identidad y expresión de género, así como el tipo de organización familiar.

Como forma de sintetizar este desarrollo evolutivo de la Corte IDH relacionado con la protección de diversidad de formas de familias, se sintetizan a continuación los estándares fijados en dos precedentes emblemáticos dictados por el Tribunal Regional en el año 2012, el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, de fecha 24 de febrero, y el Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, de fecha 27 de abril:

- para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. (...) en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño (...). (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012, parágrafo 121).

- esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia. (Corte IDH, Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, parágrafo 99).

De este modo, el concepto amplio de familia, junto con el principio de igualdad y no discriminación, a partir de la interpretación dinámica y evolutiva de la Corte IDH de los arts. 17 y 1.1 de la CADH, entre otros, son los pilares fundamentales para evaluar si las cosmovisiones que subyacen en nuestras unidades de estudio -proyectos de ley y jurisprudencia- sobre la familia o las familias son acordes a los estándares regionales de derechos humanos sintetizados o, en otras palabras, al derecho de las familias constitucional – convencional. (Herrera, 2023, p. 11; Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 99).

2. Marco jurídico

2.1. Antesala del debate por la GS en Argentina

Entre los años 2010 y 2015, producto de diversas demandas y luchas de la sociedad civil -acompañadas, luego, con voluntad política- y de la mencionada constitucionalización-convencionalización del derecho civil, se ha producido una verdadera revolución copernicana del derecho de las familias en la Argentina (Herrera, 2019, p. 52).

El iceberg de esta eclosión normativa lo encontramos en el obligado enfoque de derechos humanos, en especial, en el principio de igualdad y no discriminación ya referido.

Argentina fue el primer país de la región en habilitar el matrimonio a parejas del mismo género, eliminando el requisito de existencia de diversidad sexual entre los integrantes de la pareja. Si bien esta ley no implicó cambio alguno en las normativas propias del campo del derecho filial, dos de sus artículos fueron centrales en la construcción del camino de posibilidad a las familias de la diversidad sexo genérica.

El primero, el artículo 36, que modificaba un artículo de la ley nacional del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (Ley 26.413, 2008), y ordenaba inscribir los nacimientos de

niños/as, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo género, con el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, entre otros requisitos. Si bien el texto era claro, en tanto, presupone la aplicación de la presunción de filiación matrimonial a la mujer cónyuge de la mujer gestante, los Registros Civiles se mostraron reacios a esta extensión, lo que requirió de una presencia activa y militante de las organizaciones de la sociedad civil y culminó con el reconocimiento de la comaternidad vía presunción matrimonial y, para el caso de niños/as nacidos/as antes de que sus madres celebraran matrimonio, con el dictado del Decreto 1006 (2012) del Poder Ejecutivo Nacional, se estableció un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños/as, personas menores de dieciocho 18 años de edad, de matrimonios conformados por dos mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618.

El segundo, el artículo 42, llave interpretativa y teleológica de la ley, establece que ninguna norma del ordenamiento jurídico puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo género como al formado por personas de distinto género.

En el año 2012, se sanciona la ley de identidad de género (Ley 26.743, 2012) y consagra el derecho humano a la identidad en términos de autopercepción habilitando la rectificación registral del nombre y el sexo y/o el acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa (arts. 2, 3 y 11). En lo que aquí interesa, la protección de diversas formas de familia, la normativa establece que la rectificación registral del nombre/sexo “no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral”, en especial, “las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción. (art. 7).

Al año siguiente, luego de años de debates legislativos infructuosos, se sanciona la ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (Ley 26.862, 2013), a la que le sigue el Decreto Reglamentario 956 (2013). En sintonía con la ley de matrimonio igualitario y la ley de identidad de género, y a diferencia de lo que ocurre con otras normativas del derecho comparado que parten de la noción de infertilidad asociada exclusivamente con el derecho a la salud de las parejas heterosexuales o, a lo sumo, de las mujeres sin pareja², la ley Argentina concibe a las TRHA como una herramienta más para afianzar el derecho a formar una familia de toda persona, con independencia

² Véase, por ejemplo, el caso de Uruguay: la ley 19.167 (2013) en su artículo 2° establece el alcance de aplicación subjetiva de las técnicas en los siguientes términos: “Las técnicas de reproducción humana asistida podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley”.

de su estado civil, orientación sexual o identidad de género, que se funda en los derechos a la dignidad, libertad e igualdad, así como en el derecho de acceso al progreso científico.

No hay dudas de que este proceso de transformación legislativa radical logró su recepción sistémica e integral tras la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994, año 2014). En palabras de los Fundamentos del entonces Anteproyecto, un Código que recepta el fenómeno de la "multiculturalidad" en materia de familias o, en otras palabras, una norma que logra sintetizar en un solo cuerpo la ampliación de derechos identitarios y familiares del lustro 2010-2015.

En lo que aquí interesa, la gran novedad que trajo consigo la sanción y puesta en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC), es la inclusión de una tercera causa fuente filial producto del uso de las TRHA.

En agosto del 2015 -fecha de su entrada en vigor- la legislación civil y comercial produce un salto cuantitativo y cualitativo y, conteste a la realidad social extendida del uso de las biotecnologías desde la década del ochenta del siglo pasado en nuestro país, recepta una tercera causa fuente producto del uso de las TRHA y asentada en la noción de voluntad procreacional con independencia del aporte genético.

La característica principal es la preminencia del elemento volitivo como generador de vínculos filiales entre progenitores e hijos/as, con independencia de quién haya aportado los gametos e, incluso, con independencia de quién haya gestado al niño/a en los supuestos de gestación por sustitución no contemplados en forma expresa en la normativa nacional.

El artículo 562 del CCyC define qué se entiende por voluntad procreacional, reafirmando que las personas nacidas por TRHA son hijos/as de quien dio a luz y también de quien prestó su consentimiento previo, informado y libre, siempre que éste se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien/es haya/n aportado los gametos.

Los artículos 560 y 561, por su parte, establecen los requisitos y formalidades que debe cumplir el consentimiento previo, libre e informado en las TRHA, en tanto canalizador objetivo válido de la expresión subjetiva de voluntad procreacional actualizada: renovación del consentimiento ante cada uso de gametos o embriones y facultad de revocar el consentimiento hasta antes de la concepción o de la implantación del embrión en el cuerpo de la persona.

Ahora bien, a la luz de la reseña de la normativa nacional vigente en nuestro país, y en atención a nuestro tema de estudio, la GS, una serie de interrogantes resultan obligados: ¿la legislación argentina es conteste con la manda de no discriminación por orientación sexual en el caso de los varones y su acceso a las TRHA? ¿Cómo repercute en estas familias el silencio normativo y la falta de regulación expresa de la GS? ¿Es el resquebrajamiento del sistema hetero/cis/biologicista/binario/normativo que implica la GS, una de las razones que puede explicar la demora en su reconocimiento legislativo? ¿Es

la ruptura del trinomio mujer-gestante-madre? (Beltrán, 2022, p. 445). Más aún, ¿cómo impacta la falta de regulación en aquellas personas o grupos de personas desventajadas en términos socioeconómicos que no pueden acceder a estas prácticas recurriendo a otros Estados? En suma, ¿quién/es pueden acceder hoy a la GS y a quién/quienes les está vedada esta posibilidad por su falta de inclusión de esta figura en el CCyC?

2.2. Perspectiva constitucional-convencional y gestación por sustitución

2.2.1. *Introito: derechos reproductivos y GS*

El acceso a las TRHA, incluida la GS, es una especie dentro del amplio género “derechos reproductivos”. La salud reproductiva ha sido definida, hace ya treinta años, en el marco de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 (ONU, Conferencia de Población y Desarrollo, 1994), como un “estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”. (parágrafo 7.2).

Los derechos reproductivos, como derechos humanos, se basan en el reconocimiento del derecho de todas las parejas y personas a decir libre y responsablemente el número de hijos/as, el espaciamiento de sus nacimientos y “a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva” (parágrafo 7.3).

Entre otras acciones y recomendaciones dirigidas a los gobiernos, el documento de Naciones Unidas señala dos aristas directamente vinculadas con el uso de las TRHA y la GS, el debido resguardo a las condiciones de producción de los consentimientos informados en el ámbito sanitario y la accesibilidad: “Deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”. (parágrafo 7.17)

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General N ° 22 (Comité DESC, OG 22, 2016) dedicada al “Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” ha advertido que, debido a las numerosas barreras legales, de procedimiento, prácticas y sociales, el acceso pleno al derecho a la salud sexual y reproductiva, tales como instalaciones, servicios, bienes e información son seriamente restringidos. Destacando, que hay ciertos individuos y grupos de la población que experimentan múltiples formas de discriminación que exacerban la exclusión en la legislación y en la práctica, tales como lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y las personas con discapacidad; quienes tienen mayormente restringido el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Por su parte, remarca que la atención integral de la salud sexual y reproductiva contiene cuatro elementos esenciales e interrelacionados: a) disponibilidad, b) accesibilidad, c) aceptabilidad y d)

calidad. Enfatizando, en lo que aquí interesa, que la omisión o negativa para incorporar “los avances tecnológicos e innovaciones en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva”, tales como “la asistencia médica para la procreación (...), pone en peligro la calidad de cuidado”. (Comité DESCA, OG 22, 2016, parágrafo 21).

Cabe recordar que la referencia a “derechos sexuales reproductivos” fue seriamente criticada por las feministas. Como señala Brown (2008):

Por un lado, los dardos apuntaban hacia el silenciamiento de la cuestión de la sexualidad y las personas no definidas como heterosexuales. Por otro lado, y lo más criticado sobre todo de parte de las feministas más radicales, fue la expresa referencia a la reproducción y la ausencia explícita de su contracara, la no reproducción (tanto anticoncepción como aborto).

Así como la separación entre sexualidad y reproducción ha sido clave para el acceso a la autonomía sexual de mujeres (Gonzalez Prado, 2018, p. 35) e identidades no hegemónicas, no solo a través del acceso a los métodos anticonceptivos -sexo, sin procreación-, sino también tras el reconocimiento de sexualidades y corporalidades por fuera del cis-sexismo, las TRHA -reproducción sin sexo (Lamm, 2013, p. 18)- han fortalecido la necesidad de distinguir el campo de los derechos reproductivos de los derechos no reproductivos (anticoncepción y, fundamentalmente, aborto).

En este marco, la GS, no solo habilita la reproducción sin sexo, sino que interpela la ecuación “mujer-gestación-madre”, posicionándose como el procedimiento o TRHA más disruptivo del paradigma biologicista-naturalista en torno a la maternidad.

2.2.2. Sistema Universal de Derechos Humanos y los pronunciamientos en torno a la GS

2.2.2.1. Comité de los Derechos del Niño

Los pronunciamientos del Comité de los Derechos del niño (CRC) sobre la GS centran su atención y preocupación en un tipo de práctica particular, la GS comercial y su vinculación con la prohibición de la compraventa de niños/as, así como en el resguardo del derecho a la identidad de niños/as nacidos/as de estos procedimientos³. En los párrafos que siguen se sintetizan estas preocupaciones

³ Cabe destacar que el Comité, en su faceta contenciosa, solo ha recibido una denuncia relacionada con el nacimiento de niños en el marco de la GS que fue declarada inadmisibile. Se trataba de un padre, ciudadano costarricense y estadounidense nacido en 1957, que había tenido a sus hijos mellizos por una GS en California el 23 de junio de 2014. En la partida de nacimiento emitida en EE. UU. los niños figuraban solo con filiación paterna, no obstante, se había agregado al apellido paterno el apellido de la aportante de óvulos -persona distinta a la gestante-. Cuando el padre ingresa a su país de origen, Costa Rica, solicita la inscripción de sus hijos en el Registro local. El Estado de Costa Rica, accede a la registración, pero aplica la legislación nacional respecto al apellido de los hijos y los inscriben solo con el apellido del padre. En este contexto es que el padre denuncia al Estado de Costa Rica ante el Comité alegando que sus hijos son víctimas de una violación del artículo 8 de la Convención, en particular, de su derecho a conocer su procedencia biológica que entiende asegurado con la permanencia del apellido de la mujer ovodonante en su registración civil. (Comité de los Derechos del Niño (CRC). (2016). Decisión aprobada por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 5/2016. 1/03/2017. CRC/C/74/D/5/2016).

trayendo a colación, a modo de síntesis, tres documentos elaborados por el Comité presentados en orden cronológico ascendente.

En Primer lugar, cabe referir a las Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México del año 2015 (ONU, CRC, México, 2015). En particular, al Comité le preocupa que “La regulación de la gestación por sustitución en el estado de Tabasco no ofrezca suficientes garantías para evitar que se recurra a ella como medio para vender niños” (ONU, CRC, México, 2015, párrafo 69.b), recomendando al Estado parte velar por que “el estado de Tabasco revise su legislación en materia de gestación por sustitución e introduzca garantías a fin de impedir que se use para la venta de niños”. (párrafo 70.b).

En el año 2019, el Comité de los Derechos del Niño, en el documento titulado “Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” (ONU, CRC, 2019, párrafo 52) ha advertido:

Existen preocupaciones similares con respecto a la gestación subrogada, que también puede constituir venta de niños. El Comité alienta a los Estados partes en los que se lleva a cabo dicha práctica a que adopten todas las medidas necesarias, incluida la reglamentación, para evitar la venta de niños en virtud de contratos de gestación por sustitución.

Por último, en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Ucrania (ONU, CRC, Ucrania, 2022) concentró sus alertas no ya en la gestación de carácter comercial -tipo de GS que se práctica en el Estado evaluado- sino que se refirió a la necesidad de generar salvaguardas sobre el derecho a la identidad de los/as niños/as nacidos/as de estos procedimientos, así como a la necesidad de dar apoyo e información tanto a quien gesta para otros/as como a quienes acceden a la maternidad/paternidad a través de esta figura: “el Comité le recomienda que vele por que, en relación con los niños nacidos (...), en particular con la participación de madres sustitutas, el interés superior del niño sea una consideración primordial y dichos niños tengan acceso a información sobre su origen⁴” (párrafo 21). Agregando que el Estado debería considerar la posibilidad de facilitar asesoramiento y apoyo adecuados a las mujeres gestantes y a los futuros progenitores.

En la misma línea que el Comité se ha manifestado, en forma más reciente, febrero de 2022, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). En un documento titulado “Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada” (UNICEF, 2022), ha delineado una serie de recomendaciones que los Estados deben atender al regular

⁴ Misma preocupación se puede encontrar en las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Nueva Zelandia del Comité, del 21 Octubre 2016, CRC/C/NZL/CO/5. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/587ceb6c4.html>.

la práctica de la GS, en especial: a) que los sistemas de registro civil y estadísticas vitales incluyan y conserven la información de identidad de cada niño/a nacido/a de una GS, en particular la identidad de las mujeres gestantes y de los donantes de gametos; b) que se generen estadísticas sobre la práctica de la GS; c) que las legislaciones nacionales incluyan la prohibición de la venta y el tráfico de niños y niñas, garantizando que esto se extienda al contexto de la GS; d) que los Estados que permiten la GS garanticen que los intermediarios estén regulados y sujetos a la supervisión nacional; e) que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial y f) que los Estados que regulan esta práctica deben prohibir los acuerdos en que intervengan progenitores extranjeros que residan en países donde la práctica de la GS esté prohibida.

2.2.2.2. Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños

En el marco de la ONU, la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños en sus informes temáticos de los años 2018 y 2019 se ha referido a la GS, condenando la GS comercial. Y señalando, en torno a la GS altruista, las siguientes advertencias:

En teoría, una gestación por sustitución de carácter verdaderamente “altruista” no constituye venta de niños, pues se entiende como acto gratuito, a menudo entre familiares o amigos que tenían una relación previa, sin que a menudo participen intermediarios. (...). Sin embargo, puede que el desarrollo de sistemas organizados de gestación por sustitución calificados de “altruistas”, que a menudo reportan considerables reembolsos a las madres de alquiler y cuantiosos pagos a los intermediarios, desdibuje la distinción entre la gestación por sustitución de carácter comercial y la de carácter altruista. En consecuencia, calificando de “altruistas” determinados contratos de maternidad subrogada o sistemas de gestación por sustitución no se elude automáticamente el alcance del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, siendo preciso regular debidamente la variedad altruista para impedir la venta de niños. (ONU, Relatora Especial sobre la venta y explotación..., 2018, párrafo 69).

Concluyendo, en lo que refiere a la GS altruista, que los Estados “deben regular debidamente la práctica para impedir la venta de niños y respetar la prohibición internacional en la materia”, además de exigir que se “someterse al examen de los tribunales u otras autoridades competentes”. (ONU, Relatora Especial sobre la venta y explotación... 2018, párrafo 76).

Asimismo, en su informe posterior, la Relatora recomienda a los Estados parte que velen porque las normativas que prohíben la compraventa, trata y la explotación de niños y niñas, se apliquen también en el contexto de la GS. Agregando: “En los casos en que operen intermediarios, registrar y regular estrictamente su comportamiento para garantizar que no se produzcan la mercantilización de niños y, en última instancia, la venta de niños”. (ONU, Relatora Especial sobre la venta y explotación..., 2019, párrafo 103).

Esta preocupación también se ha evidenciado en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica sobre “Mujeres privadas de libertad” del año 2019 de Naciones Unidas:

La falta de elección y oportunidades empuja a las mujeres hacia el mundo de la trata de personas, las formas contemporáneas de esclavitud y los contratos de gestación subrogada con fines de explotación, que pueden dar lugar a diversas formas de confinamiento, explotación y violencia. En algunos países se mantiene a las mujeres en campamentos o en las llamadas “fábricas de bebés” para que se presten a la gestación subrogada o someterlas a la fecundación forzada, mientras que en muchos más países el tráfico de personas envía a mujeres a prostíbulos de los que no tienen libertad para salir. (ONU, Mujeres privadas de libertad, 2019, párrafo 60).

Por último, destacar que la Relatoría Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños ha acompañado la elaboración de los Principios para la protección de los derechos del niño/a nacido/a por GS (Servicio Social Internacional, Principios de Verona, 2021).⁵

2.2.2.3. *Comité de la CEDAW*

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, Ley 23.179, 1985) si bien no ha desarrollado en forma extensa su postura sobre la práctica de la GS, si se ha referido a ella en su Recomendación General Nro. 38 (ONU, Comité CEDAW, RG, 38, 2020, párrafo. 112.3) señalando que los Estados aprueben y apliquen una legislación de lucha contra la trata amplia, centrada en las víctimas, que tenga en cuenta las necesidades de los niños y las cuestiones de género, y que proporcione un enfoque armonizado para criminalizar la trata en todos los niveles jurisdiccionales, velando por combatir las “prácticas abusivas de gestación subrogada y venta de niños”.

Al igual que el Comité de los Derechos del Niño, el Comité de la CEDAW también ha señalado sus preocupaciones sobre la práctica de la GS en algunos de sus Observaciones Finales a los Informes País, en especial, señalando la vulneración de derechos de las mujeres gestantes.

En las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Camboya (ONU, Comité CEDAW, Camboya, 2019, párrafos 46 y 47) refirió que,

el Comité observa con preocupación que, desde que en octubre de dos mil dieciséis el Ministerio de Salud adoptó la decisión de tipificar todas las formas de gestación subrogada, se ha detenido a más de 60 madres subrogantes, que han sido encausadas por diversos cargos. Observa además que algunas de las mujeres han sido puestas en libertad bajo fianza a condición de que continúen el embarazo y críen como propios a los hijos nacidos mediante gestación subrogada hasta que cumplan los 18 años.

⁵ A principios de 2021, un grupo de expertos/as en derecho internacional y derechos humanos adoptó los Principios de Verona para la protección de los derechos del niño/a nacido/a por GS. Los/as expertos/as provienen de universidades y organizaciones ubicadas en todas las regiones del mundo e incluyen miembros actuales y anteriores de órganos de tratados internacionales de derechos humanos, incluidos órganos regionales de derechos humanos, miembros del poder judicial y el Relator Especial de la ONU sobre la venta y explotación sexual de niños. Estos expertos actúan a título individual.

Preocupa especialmente al Comité que esa obligación suponga una carga financiera y emocional adicional para las mujeres en situación precaria, que es precisamente lo que las lleva a convertirse en madres subrogantes, y que sean objeto de discriminación y estigmatización por parte de sus familias y comunidades por haber actuado como tales.⁶

En fecha más reciente, 1 de noviembre de 2022, el Comité se refirió nuevamente a la GS en sus Observaciones Finales sobre el noveno informe periódico de Ucrania (ONU, Comité CEDAW, Ucrania, 2022) señalando que a raíz del riesgo de explotación de las mujeres mediante la GS debido a la pobreza y la falta de otras oportunidades de generación de ingresos, así como la situación de las mujeres que se han sometido a la GS y de los niños/as nacidos/as durante la guerra, le recomienda al Estado que “Apruebe un marco legislativo que regule la gestación subrogada con el fin de proteger a las madres subrogantes de ser objeto de explotación, coacción, discriminación y trata”.⁷

2.2.3. Sistema Regional de Derechos Humanos: Corte IDH

A diferencia de su par Europeo⁸ la Corte IDH no ha tenido oportunidad de expedirse sobre la figura de la GS. No obstante, si ha resuelto un caso emblemático sobre accesibilidad a las TRHA. Me refiero al caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 de noviembre de 2012 (Corte IDH, 2012, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*), su decisión posterior, 26 de febrero de 2016, sobre supervisión de cumplimiento de sentencia (Corte IDH, 2016, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*) y la homologación del acuerdo de solución amistosa entre Costa Rica y *Murillo y otros* del 29 de noviembre de 2016. (Corte IDH, 2016, Caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*).

⁶ Traducción propia.

⁷ Ver también la Lista de cuestiones y preguntas previas a la presentación del décimo informe periódico de México elaboradas y presentadas por el Comité el 14/11/2023: “Teniendo en cuenta las anteriores observaciones finales del Comité (párr. 52), sírvanse facilitar información sobre las medidas adoptadas por el Estado parte a fin de: (...) c) Garantizar que todas las leyes, reglamentos y políticas sobre la gestación por sustitución protejan a las mujeres que actúan como madres subrogadas de la explotación, la coacción, la discriminación y la violencia dirigidas contra ellas” (ONU, Comité CEDAW, México. (2023). Lista de cuestiones y preguntas previas a la presentación del décimo informe periódico de México. 14/11/2023. CEDAW/C/MEX/QPR/10).

⁸ Cabe destacar que si bien el TEDH ha fijado ciertos estándares de DDHH relacionados con la figura de la GS no se han incluido en esta reseña del marco jurídico por las siguientes razones: a) el valor no vinculante de las decisiones de este Tribunal para el Estado argentino; b) la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en torno a la GS, “no ha abordado la legitimidad de este tipo de contratos” (Salazar Benítez, 2020), sino la situación jurídica de los/as niños/as nacidos/as. En suma, si bien el Tribunal ha emitido varias decisiones relacionadas con la GS transfronteriza, incluida una Opinión Consultiva del 10/04/2019 requerida por Francia, en especial frente a los conflictos que se suscitan cuando se reclama el reconocimiento de la filiación constituida en el extranjero en países que prohíben la figura en su normativa interna, por el objeto de la presente investigación, si bien estos precedentes han sido estudiados no son aquí reseñados. Entre otros: TEDH (2014) *Mennesson c. Francia* (no65192/11), *Labassee c. Francia* (no 65941/11), *D. y Otros c. Bélgica* (no 29176/13); (2017) *Paradiso y Campanelli c. Italia* (no 25358/12); (2019) *C. y E. c. Francia* (no 1462/18 y 17348/18); (2020) *D. c. Francia* (no 11288/18); (2021) *Valdís Fjölfnisdóttir y Otros c. Islandia* (no 71552/17) y *S.-H. c. Polonia* (no. 56846/15 y 56849/15); (2022) *A.L. c. Francia* (no. 13344/20) y *A.M. c. Noruega* (no. 30254/18). A los que se suman, la decisión del TEDH (2019). Opinión consultiva relativa al reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un menor nacido mediante un contrato de gestación subrogada en el extranjero y la madre intencional, solicitado por el Tribunal de Casación francés (solicitud n° P16-2018-001).

En apretada síntesis, en el año 2000, por decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se prohíben las TRHA en el país, en tanto estas ocasionaban, según el Tribunal, una vulneración al derecho a la vida de los embriones generados in vitro. Frente a esta decisión, nueve parejas denuncian, ante el sistema interamericano de derechos humanos, que la prohibición absoluta de las TRHA implicó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a formar una familia, una violación del derecho a la igualdad y no discriminación y, además, alegaron que el impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

En este escenario, la Corte IDH en su sentencia del 28 de noviembre de 2012, luego de analizar el sentido de los términos «persona», «ser humano», «concepción» y «en general», a la luz de diferentes interpretaciones: a) el sentido corriente de los términos; b) sistemática e histórica; c) evolutiva y d) según el objeto y fin del Tratado, concluye que concepción es sinónimo de implantación del embrión en el cuerpo de la persona, por tanto, antes de ese momento -embrión in vitro no implantado- no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación con el objeto de la presente investigación, cabe destacar que la Corte, luego de considerar que la prohibición de acceso a las TRHA involucra una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas, señala que el derecho a la vida privada se vincula con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (parágrafo 146). Agrega que “la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos” (parágrafo 146) y reivindica que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva” (parágrafo 147). Existe, por lo tanto, una interrelación entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.

En relación con esta decisión, resulta fundamental tener presente que la Corte muy claramente explicita que el derecho a la salud reproductiva y su ligazón con el derecho de acceso a los beneficios científico, más particularmente a las TRHA, y el derecho a formar una familia, de modo alguno implican un ‘derecho al hijo’ y una obligación estatal consecuente con este (parágrafo 161).

Una vez acreditada la afectación del derecho a la vida privada y a fundar una familia, y del derecho a la integridad personal, teniendo en cuenta el impacto de la prohibición de la TRHA en la intimidad, autonomía, salud mental y los derechos reproductivos, el Tribunal estudia el impacto desproporcionado de esta prohibición con relación a tres factores, a saber: a) la discapacidad; b) el género, y c) la situación socioeconómica.

Sobre la discapacidad la Corte concluye:

(...) teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (supra párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. (párrafo 293).

A la luz de la legislación argentina, en especial, la ley de acceso integral a las TRHA (Ley 26.862, 2013), esta consideración del Tribunal Regional merece dos objeciones críticas. La primera, señalar que resulta al menos problemática la interrelación automática entre la condición de infertilidad -el no poder reproducirse biológicamente- y el concepto de discapacidad, entendido este como condición y barrera con el entorno social desde el modelo de la diversidad (Fernández, 2023, p. 128). ¿Cuál sería la opresión estructural específica que sufren las personas heterosexuales que no pueden acceder a la maternidad/paternidad por acto sexual en su interacción con el entorno? La segunda, es que, con esta definición centrada en la infertilidad médica, la Corte invisibiliza el impacto desproporcional que la prohibición de las TRHA acarrea en las diversidades sexo genéticas y/o en la constitución de diversidades familiares⁹. Ello en tanto, las parejas de varones y de mujeres, como las personas en el marco de proyectos parentales unipersonales no necesariamente padecen de una infertilidad o enfermedad en su aparato reproductivo, sino que, en la mayoría de los casos, simplemente, no pueden acceder a la reproducción de un hijo/a biológico por acto sexual, sino mediante el uso de las TRHA - con donación de gametos y/o apelando a la figura de la GS-.¹⁰

Sobre el impacto desproporcionado de la prohibición de las TRHA en relación con el género, el Tribunal destaca:

La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la femineidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo (párrafo 296).

Concluyendo que, si bien estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos, la decisión no está validando estos estereotipos, sino tan solo reconociéndolos para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la prohibición de las TRHA (párrafo 302).

⁹ Agradezco en este punto el aporte de mi Directora de Tesis.

¹⁰ Abandono en estas líneas la noción de “Infertilidad estructural” para referirme al uso de las TRHA en el marco de las diversidades sexo genéricas, en tanto comprender el acceso a las TRHA desde la noción de infertilidad es anclar el modelo de accesibilidad a las TRHA bajo la regla de la heteronormatividad y, a la par, entender las paternidades/maternidades/xaternidades de las diversidades sexo genéricas como una “enfermedad”. Agradezco sobre este punto los aportes de Sasa Testa, estudiante del módulo “Géneros, Justicia y Bioética” que dictara en la Facultad de Derecho de la UBA, los días 16 y 17 de diciembre de 2022.

Estas afirmaciones son hábiles para reflexionar sobre el alcance del enfoque de género en el uso de las TRHA, en general, y de la GS en particular. Si entendemos este enfoque como una herramienta que permite visibilizar las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres y las diversidades sexo genéricas, y al mismo tiempo advertir que estas relaciones de poder asimétricas entre los géneros no son ni naturales, ni pétreas sino que han sido construidas histórica y socialmente con base en estereotipos de género perjudiciales para las mujeres, al menos resulta paradójal que la Corte señale un impacto diferencial de la prohibición de las TRHA a partir del visibilizar el estereotipo mujer-madre.

Por último, el Tribunal destaca que la prohibición de las TRHA tuvo un impacto desproporcionado en las personas que no contaban con los recursos económicos para acceder a ellas en el extranjero. (parágrafo 303). Aspecto muy relevante para evaluar la falta de regulación de la GS en nuestro país en tanto, por aplicación del artículo 2634 del CCyC¹¹, las personas argentinas que acceden a la GS en el extranjero no tienen dificultades, al día de hoy, en acceder al reconocimiento de la filiación en nuestro país de una filiación resuelta conforme el derecho extranjero.

Para finalizar, cabe destacar que si bien como anticipara la Corte IDH no se ha expedido aun sobre la problemática de la GS en la región, si lo ha hecho de manera tangencial por cuanto al homologar el acuerdo de solución amistosa entre el Estado de Costa Rica y Murillo y otros, el 29 de noviembre de 2012, no presentó objeciones respecto a la mención expresa sobre la GS, del punto 12 del acuerdo: “iniciar una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación” (Corte IDH, 2016, Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica, parágrafo 55).

CAPÍTULO III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU RECEPCIÓN LEGAL EN LATINOAMÉRICA¹²

1. Introducción

Como se adelantó en el capítulo introductorio, con el propósito de construir un conocimiento situado y contextual de los textos objeto de esta investigación, en especial, los proyectos de ley de

¹¹ ARTICULO 2634.- Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

¹² Una versión preliminar de este Capítulo se publicó en: de la Torre, N. (2023). La gestación por sustitución una realidad en Latinoamérica y la lucha por su legalización en la Argentina. En Herrera, M. y Pérez Gallardo, L. B. (directores). *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano*. Primera Parte. (pp. 365. 388). Editores del Sur, Ciudad de Buenos Aires.

Argentina, por la afinidad cultural, social y política (Higuita Jaramillo & Gómez Rúa, 2023), resulta de interés conocer cuál es el estado del arte en lo que hace a la regulación de la GS en el derecho comparado latinoamericano, identificar sus rasgos distintivos y determinar si existe un ethos particular de la GS en la región a partir de cinco dimensiones de análisis que serán estudiadas también en el Capítulo siguiente referido a las propuestas de regulación de la GS en nuestro país: a) los requisitos para ser gestante; b) los/las destinatarios/as habilitados/as a acceder a la GS para concretar su anhelo de maternidad/paternidad; c) el posicionamiento sobre altruismo vs. comercialización; d) la GS con control estatal previo o GS sujeta a acuerdos entre privados y f) la determinación de filiación del niño/a nacido/a.

Para esto es necesario comenzar por identificar qué países de la región latinoamericana cuentan con regulación expresa sobre la materia.¹³

En un primer grupo podemos ubicar a los cuatro territorios que cuentan con una regulación de la GS de carácter estadual. El primer país en regular la GS es Uruguay; en su ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 19.167, 2013) incorpora un Capítulo IV, nominado “Gestación Subrogada”, integrado por los artículos 25 a 28. Le sigue Puerto Rico; a través de la sanción de un nuevo Código Civil (Ley 55, año 2020), deroga el código anterior del año 1935, e introduce de manera asistemática tres artículos (arts. 76, 567 y 570) que refieren a lo que denomina “maternidad subrogada”. En fecha más reciente se suma la República de Cuba que añade en su nuevo Código de las Familias (Ley 156, 2022) una regulación específica sobre la filiación asistida, incluyendo una sección particular sobre lo que nomina “Gestación Solidaria” (arts. 130 a 135). A esta triada de países se suma Brasil, pero con una nota distintiva, en este caso la regulación de la GS -por el momento-¹⁴

¹³ Si bien en el presente capítulo el foco está puesto en aquellos países que tienen legislación expresa de la GS, ello no significa que, en otros países de la región, las y los ciudadanos no accedan a la GS para cumplir su intención de ser padres/madres. Muestra de ello son los precedentes jurisprudenciales que reconocen la figura, desplazando a la mujer gestante del lugar de madre y emplazando a quienes tienen voluntad procreacional como sus progenitores, u ordenando que quien gesta sin voluntad procreacional no figure en la partida de nacimiento del/la niño/a. Entre otros, se pueden compulsar los siguientes: Superior Constitucional de Perú, 26/09/2023, Pleno. Sentencia 423/2023, disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>; 4 Juzgado de Familia de Santiago, Chile, 2/11/2023, C-3919-2023, disponible en https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=SlgrakdBSWU1VIBIWm5RSWpibkFPQTIndm56SW1ORW02bIJOeHNBVWduVT0=; Corte Constitucional de Colombia, 12/11/2015, Sentencia SU696/15, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>, 18/04/2024, Sentencia T.127/2024, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-127-24.htm>; Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, Perú, 21/02/2017, Resolución 05, disponible en https://www.congreso.gob.pe/carpeta/tematica/2018/carpeta_114/?K=17669. También la justicia ha resuelto solicitudes vinculadas a la GS, tales como licencias parentales o coberturas de procedimientos médicos, sobre estos tópicos, ver, entre otros: Corte Constitucional de Colombia, 1/08/2022, Sentencia T-275/22, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-275-22.htm> y Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 5/05/2022, Resolución Nro. 00943 – 2022, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-1091610>.

¹⁴ En fecha 4/09/2023 el Pleno del Senado Federal creó una Comisión de Juristas encargada de revisar y actualizar el Código Civil que se encuentra en curso y que, entre otras modificaciones trascendentes, propone incorporar en el texto del Código Civil la figura de la GS siguiendo los lineamientos de las Resoluciones del Consejo Federal de Medicina. Para

no deviene del poder legislativo sino administrativo. Es el Consejo Federal de Medicina quien, a través del dictado de Resoluciones dentro del ámbito de su competencia, determina los límites y condiciones del uso de las técnicas de reproducción humana asistida en general y la GS en particular; en la última de ellas, la Resolución 2.320 del año 2022, se mantiene el Capítulo VII, titulado “Sobre a gestação de substituição (Cessão temporária do útero)” incorporado en resoluciones anteriores, y se delimitan las directrices y pautas a seguir por los centros y clínicas de fertilidad en casos de GS.

En un segundo grupo podemos concentrar las regulaciones de la GS de carácter local, todas provenientes de México, a saber: el Código Familiar de San Luis Potosí¹⁵ y el Código Civil de Querétaro¹⁶ que expresamente prohíben la GS, y el Código Civil de Tabasco y el Código Familiar de Sinaloa¹⁷ que reconocen efectos jurídicos a la GS.

2. Los ejes de análisis seleccionados

2.1. Requisitos para ser gestante para terceras personas

2.1.1. ¿Gestante aportante de óvulos?

En relación a las tipologías admitidas -GS parcial o gestacional / GS total-, a diferencia de la tendencia predominante en el resto del mundo (Farnós Amorós, 2020, p. 111), que reconoce solo la GS parcial o gestacional, en el caso del derecho comparado latinoamericano, las aguas están divididas. Tres de las seis regulaciones existentes admiten solo la tipología de GS parcial, es decir, no permiten que la mujer que gesta aporte también sus gametos femeninos:

- Cuba: “Artículo 132. Elementos a tomar en cuenta para otorgar la autorización judicial. (...) f) que la futura gestante no aporte sus óvulos”.
- Uruguay: “Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y **gestación del embrión propio**. Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.” (art. 25). Y, en relación a la **donación de gametos** la norma indica que está **debe ser anónima** (art. 12).

más información sobre la labor de la comisión y el texto proyectado, se recomienda compulsar: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>.

¹⁵ Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera. (Publicado el 18/12/2008).

¹⁶ Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión. En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico. (Publicado el 21/10/2009, última reforma integrada del Código 11/08/2017).

¹⁷ Publicado en el P.O. No. 17 Segunda Sección del 6 de febrero de 2013. Última reforma publicada en el P.O. No. 115, del 23 de septiembre de 2022.

- Puerto Rico: “El parto determina la maternidad, excepto en casos de maternidad subrogada **en los cuales la mujer gestante no tiene vínculo genético alguno con el hijo que se desprende de su vientre** y desde un principio su intención original fue llevar el embarazo a término para otra persona” (art. 567).¹⁸¹⁹

En cambio, en el caso de Brasil, como señalan Ribeiro y Bezerra de Menezes

Hasta mediados de 2021, en virtud de la Resolución 2.168/2017, actualmente derogada, la exigencia de anonimato entre donantes y receptores abarcaba todos los procedimientos de reproducción asistida, lo que hacía inviable la gestación subrogada tradicional (total). Hoy en día ya no existe ningún obstáculo para esta modalidad, siempre que la gestante, también donante de óvulos, esté emparentada hasta el cuarto grado con uno de los beneficiarios de la reproducción asistida. (2022, 68).

Por último, en el caso de la regulación estatal de Tabasco y Sinaloa existe un reconocimiento expreso de la GS tanto parcial o gestacional como total:

- Tabasco: La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades: I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante. (art. 380 bis 2).

- Sinaloa: La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades: I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante; II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante. (art. 284).

En relación a este debate, sostengo que la recepción legal de la GS debe asentar sus bases en la prevención como medio de protección de los derechos personalísimos (Krasnow, 2018) y, aunado a ello, habilitar o permitir únicamente la GS en su modalidad parcial. (Kemelmajer, Herrera & Lamm, 2012).

¹⁸ No obstante esta limitación legal, cabe destacar que el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en fecha 12/07/2022, tuvo oportunidad de resolver un conflicto en un caso de GS total, o como se lo denomina en la sentencia “GS tradicional”, en el cual la mujer gestante también aportante de gametos, hermana de la mujer con voluntad procreacional y el marido de esta última, una vez producido el divorcio entre ellos, se negaban a reconocer su maternidad y exigían que el niño sea inscripto como hijo de su padre y de su “madre” biológica. En ese contexto de extrema conflictividad familiar, el tribunal, por mayoría, estableció lo siguiente: “Hoy aplicamos ese razonamiento a la controversia de autos. De esta forma, instauramos la norma de que el reconocimiento voluntario materno es el mecanismo disponible para establecer la filiación materna de menores gestados mediante Técnicas de Subrogación tradicional. Es decir, por medio de este mecanismo la madre intencional del menor puede convertirse en su madre jurídica”. (Tribunal Supremo de Puerto Rico, 12/07/2022, Caso CC-2020-157, disponible en <https://aldia.microjuris.com/wp-content/uploads/2022/08/subrogacion.pdf>).

¹⁹ Los destacados me pertenecen.

Doy razones. Exigir que la mujer o persona gestante y el futuro niño/a no compartan vínculo genético es un modo de minimizar los riesgos de cambio de opinión de quien gesta una vez ocurrido el nacimiento y, de este modo, prevenir o evitar conflictivas familiares de difícil resolución²⁰.

Como señala Farnós Amorós, si bien no existen estudios concluyentes que releven diferencias significativas en la incidencia de los cambios de opinión en función del tipo GS, “sí se ha constatado mayor litigiosidad entre la mujer gestante y los comitentes cuando se había recurrido a una GS plena”. (2020, 111).

De este modo, si bien pareciera que en el derecho de las familias contemporáneo la sangre ha dejado de ser “más pesada que el agua”, este parecer dista de constituir una máxima; si hay algo que caracteriza al derecho filial, más precisamente a los decisorios judiciales que deben resolver conflictos filiales, es el movimiento pendular sin fin entre biología-genética y afectividad (de la Torre, 2021, 545), por lo cual, limitar la GS solo a su modalidad gestacional, en un contexto donde la sangre sigue “tirando”, coadyuvaría a evitar conflictos futuros.

Por último, dos razones más para privilegiar la GS parcial o gestacional sobre la GS total. La primera, siempre se requiere de una fertilización in vitro, lo que aumenta los controles sobre la salud de la mujer que gesta, por cuanto, sí o sí, se requiere la intervención de especialistas de la medicina expertos en la materia. (Notrica, 2018, 24, Lamm, 2013, 257). La segunda, evita la elusión de los procedimientos de adopción (ONU, Comité de los Derechos del Niño, 2022, Israel, párr. 102).

2.1.2. Otros requisitos

Amén de las diversas modalidades de GS aceptadas y analizadas en el subapartado anterior, las normativas latinoamericanas exigen una serie de requisitos respecto de quien gesta para otros/as, entre

²⁰ Como muestra de las arduas conflictivas familiares que pueden surgir de una GS total se recomienda ver lo acontecido en el caso resuelto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en fecha 12/06/2022, Nro. de Caso CC-2020-157, disponible en <https://aldia.microjuris.com/wp-content/uploads/2022/08/subrogacion.pdf>. Como señala Vicente (2023), al comentar esta decisión (2022/2023, 120): “Este caso involucra a dos hermanas de vínculo sencillo por la línea materna: Melissa, la madre intencional, y Sasha, la persona gestante. Ante la imposibilidad de concebir experimentada por Melissa, en el 2015 ambas hermanas suscribieron documentos que establecen que Sasha sería la persona gestante y aportaría material genético que se usaría junto al del esposo de Melissa para un proceso de gestación por subrogación tradicional. Los documentos establecían que Sasha llevaría a término el embarazo y entregaría la criatura a Melissa y su esposo. El 29 de junio de 2016, nació la criatura y el mismo día el padre y la madre intencional suscribieron una declaración jurada conjunta reconociéndole y acudieron a realizar la inscripción requerida al Registro Demográfico, agencia encargada de mantener los datos personales en Puerto Rico. Allí se inscribió al menor como hijo del esposo de Melissa, pero se le requirió a ella realizar un proceso de adopción para poder inscribirlo como su hijo. (...) Melissa y su esposo presentaron una Petición urgente de Mandamus ante el Tribunal de Primera Instancia y solicitaron se ordenara al Registro Demográfico a inscribir al menor como hijo de la madre intencional. Tras recibir el testimonio del médico que realizó el procedimiento y de otros testigos, el Tribunal ordenó al Registro aceptar el reconocimiento voluntario de la madre intencional e inscribir al menor con los apellidos de ambos padres intencionales. La Oficina del Procurador General apeló ante el Tribunal de Apelaciones y alegó que el único remedio que tenía la madre intencional en una situación de gestación por subrogación tradicional era la adopción. Pendiente el proceso de apelación, Melissa y su esposo, el padre intencional, se divorcian. La hermana (persona gestante) y el ex-esposo de Melissa sometieron escritos al Tribunal de Apelaciones en oposición a la orden del Tribunal de Primera Instancia”.

ellos, sobresalen: maternidad previa, vínculo con los/as progenitores intencionales, edad, discernimiento y buena salud en términos integrales.

- Brasil: la gestante debe tener al menos un hijo vivo; tener un vínculo de parentesco de consanguinidad hasta al cuarto grado con alguno/a de los progenitores/as intencionales, en caso de no poder cumplir con este último requerimiento, se deberá solicitar autorización al Consejo de Medicina Regional²¹. Para reforzar estos requerimientos se prohíbe que las clínicas o centros de fertilidad puedan mediar en la elección de quién gesta. Además, se agrega, la necesidad de acompañar la aprobación del cónyuge o conviviente, presentada por escrito, si la transmitente útero temporal está casado o vive en una unión estable.

- Cuba: quien gesta debe tener 25 años cumplidos y edad para llevar a término con éxito el embarazo; se exige su pleno discernimiento, buena salud física y psíquica; no haberse sometido a un proceso de GS anterior, es decir, se habilita la práctica por única vez y se exige que exista vínculos familiares o afectivos cercanos entre gestante y pretensos progenitores/as intencionales. (arts. 130 y 132).

- Puerto Rico: no se incluyen requisito, la única exigencia es que la mujer gestante no tenga vínculo genético alguno “con el hijo que se desprende de su vientre” y que, desde un principio su intención original sea llevar el embarazo a término para otra persona”. (art. 567).

- Uruguay: quien gesta debe tener un vínculo de parentesco de hasta el segundo grado de consanguinidad con la pretensa madre intencional o con su pareja.²²

- Sinaloa: pueden ser gestantes sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre. (art. 283, *in fine*). Deben ser ciudadanas mexicanas

²¹ En el Proyecto de Reforma del Código Civil, actualmente en tratamiento, se flexibilizan los requisitos: “Art. 1.629-M. La transferencia temporal del útero no puede tener fines lucrativos ni comerciales”. Y “Art. 1.629-N: “La cedente temporal del útero deberá, preferentemente, estar relacionado con los autores del proyecto parental”. (Traducción propia).

²² Cabe destacar que el 15/12/2022 se presentó un proyecto de ley para reformar los artículos relativos a la GS de la Ley de TRHA, en especial, se propone modificar el artículo 26 vigente, incorporando un proceso de autorización judicial previa, agregando, además, una serie de requisitos que deben cumplir las mujeres que gestan para otros/as: “(...) 4.- La futura gestante deberá: a) Ser mayor de edad. b) Estar psíquica y físicamente apta para la gestación subrogada, debiendo contar con una evaluación certificada realizada por profesionales independientes de quienes actúen o participen en el proceso de reproducción humana asistida. c) Haber sido madre, al menos una vez. d) No haber sido parte de un proceso de gestación subrogada con anterioridad”. Agregando: “5.- Acreditar una antigüedad mínima de dos años de la pareja, cuando el vínculo de familiaridad se concrete a través de la misma. 6.- Todas las partes intervinientes deben ser residentes permanentes en nuestro país. 7.- Reconocer a la futura gestante el ejercicio de los siguientes derechos sin incurrir en responsabilidad ni penalización alguna: a) A interrumpir el embarazo de acuerdo con la legislación vigente. b) A revocar su voluntad de entregar al nacido, el que solo podrá ejercerse en los primeros diez días después del nacimiento. c) A continuar con el embarazo y la tenencia del niño en caso de arrepentimiento de los padres de intención, quienes deberán asumir la carga de la pensión alimenticia hasta la mayoría de edad del nacido por este procedimiento. 8.- Evaluación psicosocial de la madre o padres de intención para determinar la capacidad de asumir las contingencias relacionadas con la gestación subrogada. 9.- Establecer que la madre o padres de intención, se harán cargo de los gastos que se puedan derivar de la gestación subrogada. 10.- La forma de resolver otros conflictos entre las partes no previstos en la presente ley”. (CRR, 812/0, 12/2022, Asunto 157471, Goñi Reyes, Rodrigo, Representante de Montevideo, disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/157472>).

(art. 290.1). Asimismo, requieren acreditar, mediante dictamen médico, que no estuvieron embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación, y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en un procedimiento de GS. Además, la normativa, establece que ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser gestante. Y con el fin de controlar estos requisitos, se le realizaran visitas domiciliarias por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante, para comprobar que el entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo. (art. 285).

- Tabasco: en este caso, la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de la mujer gestante previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación. Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como gestante. Se exige una edad entre veinticinco y hasta treinta y cinco años. Ser ciudadana mexicana y, al igual que en el caso de Sinaloa, no haber estado embarazadas durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación, y no pueden haber participado en más de dos ocasiones consecutivas en un procedimiento de GS.

Como se observa del comparativo entre países no surge un estándar medio en torno a los requisitos de quien gesta sin ser parte del proyecto parental, aunque se destacan los siguientes hallazgos: a) tres de cuatro países -Brasil, Cuba y Uruguay- que regulan la GS exigen la acreditación de un vínculo cercano entre gestantes y pretensos progenitores, e inhabilitan un modelo comercial de la GS asentado en la existencia de agencias intermediarias, sistema que, en el caso de Tabasco, por otros medios también se ve impedido -la intervención de agencias da lugar a la nulidad de los contratos de GS-²³; b) tres de las seis normativas analizadas -Brasil, Sinaloa y Tabasco- exigen que la gestante tenga al menos un hijo; c) solo dos normativas -Cuba y Sinaloa- de manera expresa establecen límites sobre la cantidad de veces que una misma persona puede actuar como gestante para otros/as y d) solo Cuba, Sinaloa y Tabasco incluyen requisitos asociados con la edad mínima y/o máxima de la mujer o persona gestante.

2.2. Beneficiarios/as que pueden acceder a la GS

Es objeto de este subapartado estudiar qué sostienen las regulaciones de la GS en América Latina respecto a los beneficiarios/as legitimados/as para acceder a un procedimiento de este tipo, es decir, cuán respetuosas son las normativas del principio de igualdad y no discriminación en razón del

²³ Artículo 380 Bis 4.- Nulidad de Contrato de Gestación. El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias: (...) III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

género, orientación sexual, identidad y expresión de género o estado civil de quienes desean acceder a la maternidad/paternidad a través de los avances biotecnológicos.

- Brasil: permite a las diversidades sexo genéricas constituir vínculos filiales y familias a través de la GS. Las clínicas pueden realizar procedimientos de GS siempre que exista un problema médico que impida o contraindique el embarazo, o en el caso de unión del mismo sexo o persona soltera.

- Cuba: permite a las diversidades sexo genéricas constituir vínculos filiales y familias a través de la GS. Esta técnica se puede realizar en beneficio de quien o quienes quieren asumir la maternidad o la paternidad y se ven impedidos de hacerlo por alguna causa médica que les imposibilite la gestación, o cuando se trate de hombres solos o parejas de hombres. “Son personas beneficiarias de la gestación solidaria mujeres que una causa médica le impida la gestación, integrantes de parejas homoafectivas masculinas y hombres solos” (Ministerio de Salud Pública, Resolución 1151/2022, art. 21).

- Puerto Rico: la norma está centrada en la “maternidad”, los términos elegidos para referirse a ella son “maternidad subrogada”, el artículo 567 sobre presunción de la maternidad establece: “El parto determina la maternidad, excepto en casos de maternidad subrogada en los cuales la mujer gestante no tiene vínculo genético alguno con el hijo que se desprende de su vientre y desde un principio su intención original fue llevar el embarazo a término para otra persona”. Por su parte, el artículo 570 permite la impugnación de la maternidad cuando hubo acuerdo de “maternidad subrogada”, habilitando la legitimación activa a la madre intencional o volitiva.

- Uruguay: la práctica está centrada en la “maternidad”, la GS está habilitada únicamente ante el caso de una mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas.

- Sinaloa: la norma está centrada en la “maternidad”. El artículo 283 define la práctica en los siguientes términos, “La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”; el artículo 290 exige que la madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; por último, el artículo 292 refiere a madre y padre subrogados, “La mujer gestante, el padre y la madre subrogatorios, deberán hacerse los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que garanticen la salud de los implicados”.

- Tabasco: la norma está centrada en la familia heterosexual. Los artículos 380 bis 1 y bis 5 exigen que haya una mujer que no pueda gestar y el artículo 380 bis 3 refiere que el contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge

o concubino. Sin embargo, cabe destacar que el, 15 de agosto de 2023, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Tribunal en pleno, Suprema Corte de México, 2023), resolvió favorablemente la declaratoria general de inconstitucionalidad derivada de precedente obligatorio fijado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 516/2018, por el que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 380 Bis 1, en la porción normativa “la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero”; 380 Bis 5, fracción III, en la porción normativa “la mujer contratante [...] que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero”, y 380 Bis 5, fracción III, última parte, en la porción normativa “[...] y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad”; ambos del Código Civil para el Estado de Tabasco”²⁴.

Lamentablemente algunas de las regulaciones sintetizadas siguen protegiendo en forma exclusiva a la familia nuclear, patriarcal y heterosexual; modelo arquetípico anclado en un paradigma biologicista del parentesco, la reproducción y la filiación.

Siguiendo a Lamas, esta construcción social biologizada conduce a pensar la reproducción en términos de complementariedad de los sexos y a la heterosexualidad como lo “natural”, restringiendo discursivamente el espectro de la sexualidad y la reproducción humana y, con ello, el acceso a la GS. De este modo, “Así como el género ha dificultado la conceptualización de las mujeres y los hombres como iguales, también ha excluido (simbólicamente) la sexualidad entre personas del mismo sexo” (Lamas, 2002, 77). Forclusión que se extiende - ¿acrecienta? – en relación con la salud reproductiva de varones de la diversidad sexo genérica.

Los marcos legales que restringen el acceso de la GS a parejas del mismo sexo en América Latina violan palmariamente los estándares regionales establecidos por la Corte IDH en torno a la orientación sexual, categoría sujeta a la protección del artículo 1.1. de la CADH, y requieren de urgente revisión y adecuación, recordando que,

Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia (...) no logra superar un test estricto de igualdad (supra párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional”. (Corte IDH, OC. 24, 2017).

²⁴ El Pleno determinó que debían invalidarse con efectos generales los preceptos mencionados. La resolución surtió efectos a partir de la notificación de sus puntos resolutive al Congreso local, aunque no tiene efectos retroactivos. (Información disponible en <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7465>).

2.3. Altruismo vs. Comercialización

En relación al tercer eje de análisis, el carácter *altruista o comercial*, cabe destacar que tres de los cuatro países que regulan la GS en la región -Brasil, Cuba y Uruguay- solo reconocen efectos jurídicos a la GS altruista o solidaria y rechazan la comercialización.

- Brasil: “La cesión temporal del útero **no puede ser lucrativa ni comercial** y la clínica de reproducción no puede mediar en la elección de la cedente”. (pto. VII.2.)

- Cuba: “1. La gestación solidaria favorece el ejercicio del derecho de toda persona a tener una familia y se sustenta en el respeto a la dignidad humana como valor supremo. 2. **Solo tiene lugar: a) Por motivos altruistas y de solidaridad humana; (...)**” (art. 130).

- Uruguay: “El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior (acuerdo de gestación subrogada) **deberá ser de naturaleza gratuita** y suscripto por todas las partes intervinientes” (art. 26).²⁵

En el caso de Puerto Rico, si bien el Código Civil reformado en 2020 recepta en tres artículos (arts. 76, 567 y 570) lo que denomina “maternidad subrogada”, de su lectura no surge una prohibición expresa a la GS comercial, ni una inclinación más favorable a la GS altruista. En este sentido la doctrina ha referido críticamente que la regulación “no dispone procedimientos, normas ni definiciones claras para atender las controversias que genera esta práctica”. Agregando que “Los médicos y las clínicas que ofrecen el servicio se guían por los principios de la libertad de contratación” (Vicente, 2022, p. 317), dejando entrever que la GS comercial u onerosa está habilitada en la práctica, es decir, es una realidad en las práctica médica.

Por su parte, en el caso de las regulaciones estatales de Tabasco y Sinaloa, la primera guarda silencio en torno al debate altruismo/comercialización -solo rechaza la intervención de agencias intermediarias en la concreción de los contratos de GS-, la segunda, en cambio, es la única regulación de Latinoamérica que incluye en forma expresa la GS onerosa:

La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades: (...) III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y, IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita. (art. 284).

En el caso de Tabasco, el silencio o incerteza respecto de la GS comercial, como fuera sintetizado en el Capítulo II, ha sido un elemento de preocupación del Comité de los Derechos del Niño.

Por ello, en el marco de los Informes periódicos sexto y séptimo combinados que México debía presentar en 2020 en virtud del artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño, el Estado

²⁵ Los destacados son propio.

informó al Comité que, “se agregó el Capítulo VI BIS relativo a la Gestación Asistida y Subrogada (...), para especificar los requisitos para poder realizar dichos contratos, acorde con los derechos de las mujeres y a través de la figura de adopción”. (ONU; CRC, México, 2023, párr. 247)

En un contexto de desigualdad social estructural como el que caracteriza a América Latina, la región más desigual del mundo (CEPAL, 2016, 16), alertas y recomendaciones como la sintetizada deben ser el norte para evaluar no solo la pertinencia de las regulaciones vigentes -en su amplia mayoría acordes con el paradigma del altruismo- y la necesidad o no de su reforma y adecuación, sino, en especial, sanear el vacío legal persistente en Argentina y en la mayoría de los países de la región. En este sentido, se insiste, no hay mejor caldo de cultivo para la comercialización y la explotación de situaciones de vulnerabilidad que pueden atravesar, en especial, quienes gestan para terceros/as, que dejar una práctica como la GS sujeta a las reglas del libre mercado.

Una primera conclusión provisoria sobre el análisis del derecho comparado latinoamericano: los enfoques normativos descriptos muestran una tendencia mayoritaria contraria a la GS comercial en la región. No obstante, dos cuestiones a considerar:

a) la GS altruista no es contraria al establecimiento de contraprestaciones dinerarias a la mujer o persona que gesta para terceros/as, en tanto el reconocimiento de su trabajo reproductivo puede funcionar como un límite a la solidaridad sin contraprestación (Lerussi, 2020, p. 69). Ejemplo de ello es lo que introduce el Código cubano cuando luego de afirmar que la GS solo está permitida por motivos altruistas o solidarios (art. 130.2), prohibiendo cualquier tipo de remuneración, dádiva u otro beneficio, salvo la obligación legal de dar alimentos en favor del concebido²⁶ y la compensación de los gastos que se generen por el embarazo y el parto. (art. 130.1). Sobre este punto, el Código de Tabasco, guardando silencio sobre la onerosidad vs. gratuidad, establece: “Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre²⁷ contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal”. Agregando que es obligación de los progenitores intencionales garantizar un seguro “de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada”. (art. 380 bis, segundo y tercer párrafo).

²⁶ Artículo 42. Alcance y prueba. Pueden solicitarse alimentos en favor del concebido a quien se considere padre o madre de este, sin que ello constituya prueba de filiación o sirva para atribuir posteriormente la maternidad o la paternidad. Artículo 44. Reembolso. 1. Si el embarazo se frustra por cualquier causa, el alimentante no puede exigir el reembolso de lo abonado en concepto de alimentos.

²⁷ La Acción de Inconstitucionalidad 16/2016 declaró, entre otros, la invalidez de los términos “madre y padre” de este artículo. En esta decisión el pleno de la Corte Suprema de Justicia de México concluyó, en lo que aquí interesa, la invalidez de diversos artículos del Código Civil de Tabasco por regular cuestiones de salubridad que quedaban fuera de la competencia del legislador local; por exigir el consentimiento del cónyuge o concubino para la firma del contrato de gestación, perpetuando el estereotipo que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de forma autónoma; por no atender el interés superior de la niñez; y por discriminar a las personas con base en su orientación sexual y su estado civil.

b) la GS altruista no es una práctica que se asegure por la sola introducción en los textos normativos de palabras tales como “solidaridad” o “altruismo”, por el contrario se deben incorporar las garantías necesarias para evitar que la GS se convierta en una práctica encubierta de compra venta de niños/as y, al mismo tiempo, se aseguren las condiciones para que el procedimiento de la GS, en su antesala y en todo su recorrido, sea reflejo fidedigno de una decisión autónoma de todas las partes intervinientes, en especial de la mujer o persona que gesta sin ser parte del proyecto parental; autonomía que, siguiendo los aportes provenientes de los feminismos jurídicos, se evalúe poniendo atención al contexto relacional de la toma de decisiones (Álvarez Medina, 2022, p. 12) y no se limite a una noción de autonomía de neto corte liberal/individual.

2.4. La legalización de la GS y el rol del Estado

En torno al rol que le cabe al Estado respecto de la práctica objeto de estudio, incluso quienes están a favor de legalizar y regular solo la GS altruista, mantienen desacuerdos fundamentales en otros nudos críticos tales como el rol que le cabe al Estado, como garante último de los derechos humanos de todos/as los/as partícipes de un procedimiento de GS, en especial, de aquellas mujeres y/o personas con capacidad de gestar que pueden ver afectada su autonomía por condiciones de vulnerabilidad asociadas al género y a otras variables que interactúan de forma intersecante.

¿De qué modo asegurar la solidaridad y altruismo esgrimidos? ¿A través de un control estatal previo o dejando la GS sujeta a acuerdos entre privados? Y si es con control estatal previo, ¿qué y quiénes deben controlar?

Como veremos a continuación, el derecho comparado en América Latina dista de ser pacífico en la materia:

- Brasil: no hay ninguna autoridad administrativa o judicial que autorice previamente o supervise la práctica de la GS. Solo cuando no exista relación de parentesco hasta el cuarto grado entre la mujer gestante y los requirentes del proceso de GS, será necesaria la autorización previa del Consejo Regional de Medicina conforme la última Resolución del Consejo Federal de Medicina del año 2021.²⁸

- Cuba: exige una autorización judicial previa. “Autorización judicial para la gestación solidaria. 1. La o las personas comitentes y la futura gestante tienen que obtener la autorización judicial, previa al inicio del proceder médico, conforme a los requerimientos establecidos por el Ministerio de Salud Pública, mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria que regula el Código de Procesos. 2. La autorización judicial implica la homologación del consentimiento otorgado

²⁸ Como señalara anteriormente, en el texto proyectado por la Comisión de Reforma del Código Civil no se prevé ninguna instancia de control estatal, manteniéndose que la gestante debe, preferencialmente, tener vínculo de parentesco con los titulares del proyecto parental. (Art. 1629-N).

tanto por la o las personas comitentes como por la futura gestante, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo anterior y los restantes presupuestos y requisitos que prevean las normas que regulen la materia” (art. 131).

- Uruguay: no exige autorización judicial previa, solo existe un control de los requisitos de la GS por un órgano del Poder Ejecutivo, el Ministerio de Salud Pública. El artículo 25 de la Ley 19.167 coloca en cabeza del equipo médico tratante la obligación de elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida -dependiente del Ministerio de Salud Pública- acreditando la incapacidad de gestar de la mujer con voluntad procreacional, y con el fin de que esta Comisión evalúe si se cumplen las condiciones establecidas para la GS, en particular si existe un vínculo de parentesco de hasta segundo grado entre quien gesta y alguno de los futuros progenitores con voluntad procreacional. (art. 25).²⁹

- Puerto Rico: no exige autorización judicial previa, ni control estatal alguno.

- Sinaloa: no exige autorización judicial previa, ni control estatal alguno. El cumplimiento de los requisitos para ser gestante queda en cabeza de los médicos o autoridades sanitarias de donde se realice el procedimiento. (arts. 285 y ss.)

- Tabasco: no exige autorización judicial previa a la realización del contrato de GS, sino que coloca en cabeza de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinar el perfil clínico, psicológico y social de la “madre gestante” previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación. (art. 380 Bis 3). Agregando, luego que, una vez que sea suscrito el instrumento jurídico -Contrato de GS- ante Notario Público, deberá ser aprobado por el/la juez/a competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y “el feto”, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado. (art. 380 bis 5.V).

La disparidad de criterios luce evidente, destacándose los que proponen algún tipo de control como Cuba que, siguiendo el modelo propuesto por el entonces Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Argentina, exige una autorización judicial previa, o Uruguay que exige control estatal previo pero en cabeza del Poder Ejecutivo, no así -por el momento- del judicial y el Estado de Tabasco en el que se establece, de algún modo, un sistema de intervención mixta y en tres tiempos -secretaria de salud, notario/a público y juez/a-.

²⁹ Cabe remarcar que en el Proyecto de Ley ingresado en diciembre de 2022 que fuera citado con anterioridad, se agrega como condición para que el acuerdo de GS sea válido que este sea homologado por autoridad judicial. Exigiendo una serie de requisitos, como ser la acreditación de una antigüedad mínima de dos años de la pareja, cuando el vínculo de familiaridad con la gestante se concrete a través del varón de la pareja y que todas las partes intervinientes sean residentes permanentes del Uruguay.

A modo de cierre, resultan esclarecedoras las palabras de Arturo Zaldívar, ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de México, al brindar razones de su voto particular y concurrente en la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016 planteada por la Procuraduría General de la República, en contra del Decreto 265, mediante el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil local a fin de regular la gestación subrogada:

Por lo que respecta a las mujeres y personas gestantes, considero que sus derechos no deben ser acotados al reconocimiento de su indiscutible derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva. Se deben tomar en cuenta las relaciones desiguales de poder que pueden confluir en un contrato de gestación subrogada, a fin de evitar que sean víctimas de explotación, coerción, discriminación y violencia. A tal efecto, es importante destacar que las mujeres son más vulnerables a abusos en contextos desregulados. (...) Esta regulación debe poner especial atención en garantizar, a través de un órgano de supervisión designado, la legalidad de los procedimientos, un proceso de asesoramiento verdaderamente independiente, el examen de idoneidad de las partes, el consentimiento voluntario de las mujeres y personas subrogantes, y la preaprobación de los contratos antes del embarazo. (...) En síntesis, se debe atender a la posición endeble que pueden tener las mujeres y personas gestantes y emitir una regulación que las proteja, sin criminalizarlas. (Zaldívar 2022, 532).

2.5. Determinación de la filiación del niño/a

A diferencia de lo que acontece con los proyectos de ley presentados en la Argentina en el decenio 2013-2023 (ver Capítulo IV) la legislación de la región, en términos generales, carece de una regulación completa y específica de la filiación producto del uso de las TRHA, razón por la cual, las normas sobre determinación de la filiación por GS resultan ambiguas o incluso contradictorias. Con excepción del caso de Cuba puesto que al contemplar reglas propias de la filiación por TRHA con causa fuente en la voluntad procreacional, al receptar la figura de la GS, post autorización judicial, establece que la filiación de las personas nacidas mediante esta técnica se determina por la voluntad de procrear de la o las personas “comitentes”. (art. 135).

Uruguay, solo establece que la filiación de la persona nacida por GS corresponde a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación (art. 27), mientras que la filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada. (art. 28).

Brasil, en cambio, no regula específicamente la determinación filial de niños/as nacidos/as por GS. Sin embargo, refiere que el formulario de consentimiento libre e informado firmado por los pacientes y el cedente útero temporal debe establecer los aspectos legales de la filiación. Más aún, el formulario debe incluir plazo de compromiso entre las partes, estableciendo claramente la cuestión de la filiación de la persona nacida. (Capítulo VII. 3).

Por su parte, el Código Civil de Puerto Rico acarrea más dudas que certezas respecto a la determinación de la filiación, en tanto, por un lado, establece que el parto determina la maternidad,

excepto en casos de maternidad subrogada en los cuales la mujer gestante no tiene vínculo genético alguno con el hijo que se desprende de su vientre y desde un principio su intención original fue llevar el embarazo a término para otra persona (art. 567) pero, por otro, habilita la acción de impugnación de la mujer gestante: la maternidad de un hijo puede impugnarse únicamente si se prueba que hubo acuerdo de maternidad subrogada, otorgándole, entre otros, legitimación activa para plantear la impugnación a la madre intencional (art. 570).

En el caso de la legislación de Tabasco el certificado médico de nacimiento de la persona nacida de una GS contendrá la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada “gestación por contrato”. Mientras que el asentamiento de la persona recién nacida deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por el/la juez/a competente. (art. 380 bis 7).

Por último, el Estado de Sinaloa, de forma similar, define que en el certificado médico de nacimiento se debe dejar constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada, agregando que “Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado, relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada gestante del nacido” (art. 294). Una vez que es suscripto el instrumento o acuerdo de GS, debe ser notificado a la Secretaría de Salud y al oficial del Registro Civil, “para que el Estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogado”. (art. 293).

CAPÍTULO IV. LOS PROYECTOS DE LEY PARA REGULAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA ARGENTINA 2013-2023

1. Introducción

Como adelantara en el Capítulo Introdutorio, la figura de la GS ingresa con fuerzas en el debate público local a partir de la propuesta de regulación -frustrada- del entonces Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación del 2012, antecedente directo de nuestro CCyC vigente desde el 1ro de agosto de 2015.

El entonces Anteproyecto proponía regular esta técnica solo de carácter altruista, únicamente en su modalidad gestacional, es decir, sin posibilidad de que la gestante aporte sus óvulos, con un sistema de control estatal previo - proceso judicial en el ámbito de la justicia de familia- y sin discriminar su acceso en razón del género, expresión de género, orientación sexual o estado civil de las personas beneficiarias.

El artículo 561 del Anteproyecto, en su versión originaria, determinaba:

Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Por su parte, el artículo 562 proyectado refería:

Gestión por sustitución. 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.

¿Cuál fue el fundamento oficial para justificar la eliminación de la GS del Código Civil y Comercial finalmente sancionado? Como se lo explicitaba en el correspondiente dictamen de noviembre de 2013:

La gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura, que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y de cuasi silencio legal en el derecho comparado se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma". (Curti, 2018, p. 163).

Téngase presente que, al momento de producirse la quita del texto proyectado (27 de noviembre de 2013), solo dos casos se habían dado a conocer en la justicia local de GS realizadas en el país (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, Nro. 86, 2013 y Juzgado de Familia Gualeguay, 2013), y eran escasas o casi nulas las regulaciones de la GS en la región.

Diez años después, la situación es muy distinta: no sólo cada vez son más los países que legislan permisivamente la GS, sino que se han registrado, en el marco de la presente investigación, más de doscientos casos de GS realizadas en el país (con control judicial y sin control judicial); casuística que será retomada y analizada en los Capítulos V y VI.

Más allá de la propuesta fallida del Anteproyecto, lo cierto es que su inclusión en el texto primigenio generó una "ventana política" (Guzmán & Montaña, 2012, p. 22) de oportunidad para pensar la regulación de la GS en términos positivos y ampliatorios de formas de constituir familias.

Doy razones. Si se analizan los Proyectos de Ley ingresados a las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación antes del Anteproyecto la visión general era no solamente reacia a su recepción, proponiendo incorporar en la legislación civil la nulidad de los "contratos de maternidad subrogada" (Proyecto, 2007, 0138-D; Proyecto, 2007, 2439-S), sino también restrictiva en relación al tipo de práctica -solo homologa, con gametos provenientes de los futuros progenitores) y al tipo de familia, es decir, la GS pensada solo como una opción para parejas heterosexuales (Proyecto, 2011, 4098-D; Proyecto 2011, 5201-D; Proyecto, 2011, 5441-D).

Por el contrario, como señala Moreno, la emergencia del debate de la GS a partir del Anteproyecto se entiende "en el contexto más amplio del avance de los discursos sobre la igualdad de género y los derechos de las parejas gays" (2015, p. 36). Por ello, los diecinueve proyectos de ley ingresados con posterioridad, en el interregno 2013-2023, receptan favorablemente la figura de la GS y casi su totalidad (todos, menos el Proyecto de Ley 2013, 0300-D) reconocen esta técnica como una herramienta hábil para concretar el derecho a formar familias sin discriminación por identidad de género, expresión de género, orientación sexual o tipo de organización familiar (mono/biparental).

En este contexto, las líneas que siguen tienen por fin visibilizar de qué modo se constituye el (no)debate en torno a la GS en el Congreso de la Nación, post Anteproyecto de Reforma de los CCyC, a partir de los textos de los proyectos de ley ingresados entre 2013-2023. Me refiero a un (no)debate porque lamentablemente ninguna de las propuestas de ley presentadas en estos más de diez años ha tenido dictamen y/o tratamiento en alguna de las comisiones a las que se han girado los proyectos.

En el Anexo I se acompañan distintas tablas y figuras con datos de los proyectos de ley, número, bloques parlamentarios, número de legisladores/as que han acompañado con sus firmas cada proyecto, discriminados por género, comisiones asignadas a cada uno, etc.

Destaco aquí que las propuestas de regulación de la GS han sido, en su mayoría (13 de 19; 68%), elaboradas por legisladoras mujeres, mientras que las propuestas emanadas desde los despachos encabezados por legisladores varones fueron las menos (6 de 19; 32%). Asimismo, acompañaron con su firma los 19 proyectos un total de 66 legisladores/as, siendo, nuevamente, mayoría las mujeres (49; 74%) y minoría los varones (17; 26%). Por último, señalar que son más las propuestas de regulación de la GS ingresadas en la Cámara de Diputados (15 de 19; 79%) que las ingresadas en la Cámara Senadores (4 de 19; 21%) y que la temática ha convocado el interés de los bloques

parlamentarios mayoritarios. (Partido Justicialista, Unión Cívica Radical, Propuesta Republicana - PRO).

Al igual que en el Capítulo III, dado el enfoque de la presente investigación -género y diversidad familiar- resulta de interés estudiar los textos proyectados a partir de cinco dimensiones de análisis: a) los requisitos para ser gestante; b) los/las destinatarios/as habilitados/as a acceder a la GS para concretar su anhelo de maternidad/paternidad; c) el posicionamiento sobre altruismo vs. Comercialización; d) la GS con control estatal previo o GS sujeta a acuerdos entre privados y e) la determinación de filiación del niño/a nacido/a.

Antes de adentrarnos en el objetivo planteado conviene adelantar tres consideraciones preliminares.

La primera, relativa a la denominación elegida para describir a esta figura en los proyectos de ley: 14 de un total de 19 (74%) adoptan el término sugerido por el entonces Anteproyecto, “Gestación por sustitución”; mientras que 4 se refieren a ella como un supuesto de “Gestación Solidaria” (21%) y en un caso se utiliza la nominación “Maternidad subrogada” (5%).

La segunda, referida al tipo de GS que receptan: los proyectos de forma unánime sólo admiten la GS parcial o gestacional, estando así vedada la posibilidad de que quien gesta aporte sus óvulos para el tratamiento.

La tercera vinculada con el impacto de las propuestas de incorporación de la GS en la normativa nacional vigente. De un total de 19 proyectos, 9 (47%) disponen reformas a distintas normativas del CCyC; 8 (42%) establecen una ampliación del tipo de tratamientos a cubrir por el sistema de salud, Ley 26.862 (2013) incorporando a la GS entre ellos; 7 (37%) adicionan reformas al Código Penal, mientras que tan solo 4 (21%) suman modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744, 1976) con el fin de ampliar las licencias parentales. (Ver Anexo I, Figura 2).

2. Requisitos para quien gesta para otros/as

2.1. Preliminar

La mayoría de los proyectos de ley incluyen en su articulado una definición conceptual de qué entienden por GS. En términos generales, expresan que la GS es una técnica de reproducción humana asistida en virtud de la cual una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo, sin aportar sus óvulos, con la finalidad de que la/s persona/s nacida/s tengan vínculos filiales con una persona o pareja, denominada/s de diferentes maneras, en un primer estadio, “comitentes” -siguiendo la línea del Anteproyecto- (Proyecto 0300-D, 2013; entre otros), luego, “requirentes” (Proyecto 5141-D, 2017; entre otros) y, más contemporáneamente, “pretensos progenitor/es” . (Proyecto 4109-D-, 2022; entre otros).

En relación con los requisitos que deben acreditar las mujeres o personas gestantes -más allá de las divergencias notorias respecto al órgano encargado de controlar su cumplimiento, aspecto que retomaré en el punto 5 del presente Capítulo- se destacan, además de la buena salud física y psíquica y la plena capacidad civil, los siguientes ejes: a) edad; b) maternidad previa; c) cantidad de veces que una misma persona puede gestar para otros/as; d) autonomía y derechos personalísimos de quien gesta; e) el vínculo o relación entre gestante y pretensos progenitor/es y f) la nacionalidad o residencia argentina.

2.2. Edad

De un total de 19 proyectos, 8 (42%) incluyen una limitación expresa relacionada con la edad de la persona gestante, amén de la referencia genérica a la exigencia de plena capacidad civil que, en términos de la legislación civil y comercial argentina se entiende alcanzada con la mayoría de edad (18 años). Cinco de ellos requieren que la gestante tenga entre 18 y 35 años, al momento de suscribir lo que denominan “Instrumento de Gestación Solidaria”, dos proyectos, amplían el rango etario y lo fijan en no más de 40 años y solo uno fija el piso mínimo etario por arriba de la mayoría de edad -21 años-, sin fijar límite máximo. (Ver Anexo I, Tabla 3).

Los otros 11 proyectos (58%), con criterio que se comparte, no proponen incluir un criterio etario rígido máximo, si por supuesto, la mayoría de edad asociada a la plena capacidad civil, puesto que en todo caso la edad será una variable por considerar dentro del eje más amplio “aptitud física” que deberá ser evaluada en cada caso en particular.

Como ejemplo de este análisis singular no estandarizado, podemos citar una decisión judicial reciente, de fecha 31 de mayo de 2024, oriunda de la provincia de Córdoba. Frente a un pedido de autorización judicial previa para realizar una GS, luego del informe del Comité médico solicitado por el Fiscal de la causa, la jueza rechaza la autorización. En lo que aquí interesa, se señala:

En relación a la Sra. D. S. (gestante) de 37 años primigesta, primípara (parto normal), presenta patología de base Neurofibromatosis Tipo I (NF TI). La NF TI, es una patología hereditaria, de curso crónico, por lo general de evolución benigna, que se caracteriza por aparición de machas en la piel y tumoraciones en distintas áreas corporales durante todo el transcurso de la vida. Si bien el embarazo no está contraindicado, el mismo puede asociarse con mayor aparición de las manifestaciones antes descriptas o exacerbación del tamaño de las existentes. Por lo antes mencionado y al tratarse de un procedimiento electivo (gestación por subrogación), no aconsejamos a la Sra. D. S., como candidata para subrogación por los riesgos materno que podrían presentarse y ser evitables. (Juzgado de Familia, Nro. 4, Córdoba, 2024).

De este modo, fácil se observa cómo, más allá de la edad, cualquier proceso de GS requiere de un examen médico estricto, razón por la cual limitar *ex ante* a posibles personas gestantes no tiene mayor sentido. Por último, una referencia crítica a los términos utilizados en el texto citado: la gestación para sí constituye también un “procedimiento electivo”. La gestación y posterior maternidad son una opción no una obligación o un deber ser; en todo caso la disyuntiva o la pregunta es otra: ¿hay ciertos riesgos de un embarazo/parto que pueden ser asumidos para sí pero no se recomienda que sean asumidos para gestar para otro/s?

2.2. El tránsito por la experiencia de la maternidad como requisito para gestar para otro/a/s

Siguiendo la propuesta del entonces Anteproyecto (2012), en su gran mayoría, los proyectos de ley exigen entre sus requisitos que la mujer gestante tenga, al menos, un hijo/a en forma previa, 3 de 19 (68%) (Proyectos 2574-D, 2015; 5759-D, 2016; 5141-D, 2017; 0084-D, 2018; 1364-D, 2018; 0825-S, 2018; 3524-D, 2020; 1429-D, 2020; 4487-D, 2021; 0445-D, 2022; 1038-S, 2022; 4109-D, 2022 Y 4753-D, 2023).

En un solo proyecto elaborado por Carrizo, C. (3765-D, 2017) se problematiza el requisito de la maternidad previa. En sus fundamentos se sostiene:

Este requisito se funda en la presunción de que, de este modo, se minimizaría la posibilidad de que la gestante quiere quedarse con la persona que nació como consecuencia de la GS. Ahora bien, ¿por qué no podría ser gestante una mujer que no tenga hijos y que, ejerciendo su autonomía, decida ser gestante? La decisión de ser gestante es un ejercicio de la autonomía reproductiva, que debemos reconocer tanto a mujeres que ya tienen hijos como a las que no los tienen.

Volveré sobre este debate al analizar la casuística jurisprudencial de la GS en nuestro país, adelantando aquí que se han presentado casos de mujeres gestantes, sin maternidad previa, que han sido autorizadas a realizar la práctica. (Ver capítulo V, punto. 2.4.3.).

Por último, resaltar que existen cuatro proyectos de ley (21%) que no requieren maternidad previa, pero establecen como condición que quien gesta manifieste que no ha estado embarazada durante los 2 años calendarios previos a la implantación del embrión (Proyecto 0300-D, 2013) o durante los 365 días previos a la implantación del embrión (Proyectos 5700-D, 2016; 0630-D, 2018 y 5422-D, 2019).

2.2. Cantidad de veces que se puede gestar para otros/as

El impacto performativo de la propuesta del Anteproyecto se hace notar también respecto a los límites o cantidad de veces que una misma persona puede gestar para otros/as, su vinculación con el rechazo a la GS comercial y el proceso de autorización judicial previa. Del total de 19 proyectos, 12 (63%) establecen que la gestante no puede realizar más de dos veces una GS, mientras que un

proyecto, siguiendo la línea legislativa del Código de las Familias de Cuba, limita la cantidad a un solo procedimiento. (Ver Anexo I, Tabla 4). De estos 13 proyectos, solo dos (Proyecto 1429-S, 2020 y 0445-D, 2022) establecen un sistema de GS sin control estatal previo, el resto se acopla bajo la estrategia de autorización estatal previa (sanitaria/judicial), aspecto que retomamos más adelante.

En sentido contrario, los proyectos que no establecen límites a la cantidad de GS que puede realizar una misma persona, en su amplia mayoría, parten de un modelo privado contractual, sin intervención del Estado (Proyectos 5700-D, 2016; 0630-D, 2018; 1669-D, 2019; 5422-D, 2022).

2.4. Autonomía y derechos personalísimos de quien gesta

Más de la mitad de los proyectos de ley (Ver Anexo I, Tabla 5) incorporan en su articulado el término “autonomía” como no interferencia y reconocen que existe un ámbito de decisión de quien gesta que no puede ser obstaculizado o limitado en forma exógena con la excusa de estar gestando para otro/s.

Sobre este punto, cabe, en forma enfática, criticar el contenido de tres de estos proyectos (0630-D, 2018; 5422-D, 2019 y 0445-D, 2022) por ser violatorios de los derechos personalísimos de la mujer gestante y contradecir normas legales con anclaje constitucional – convencional, entre otras la Ley 27.610 (2021), así como los estándares de derecho humanos reseñados en el Capítulo II sobre autonomía y derechos reproductivos. La interrupción voluntaria o legal del embarazo es una decisión personal y única de quien gesta y en modo alguno puede estar sujeta a acuerdos o transacciones con terceros. Este tipo de cláusulas “somete(n) el cuerpo de las mujeres al control de otros y sirven para perpetuar la desigualdad de género”. (Satz, 2015, p. 181).

Comparto con Álvarez Medina que proteger la intimidad como acceso restringido requiere, “activar protecciones jurídicas, es decir, habilitar la participación de las instituciones y del derecho cuando sea necesario para evitar o restringir el acceso indeseado”. Pero para que ello se internalice “hace falta debilitar la concepción según la cual el espacio de lo privado debe mantenerse como un reducto inaccesible, separado de lo público, en el que los conflictos se deben autogestionar sin traspasar el perímetro de lo privado”. En suma, “se debe reformular la concepción según la cual la vida privada debe mantenerse fuera del alcance del Estado” (2021, p. 34).

En línea con ello, cabe señalar que los proyectos de ley, incluidos sus fundamentos, no recuperan en ningún sentido la noción de autonomía relacional a la que me refiriera en el Capítulo II como aporte de los feminismos jurídicos no liberales.

En cambio, sí conciben a la GS, desde una perspectiva de derechos humanos, como una herramienta para asegurar el derecho a “la vida íntima y familiar, a la integridad personal en relación a la autonomía y la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso

científico y tecnológico y el principio de no discriminación” en línea con lo que planteara la Corte IDH en el Caso “Artavia”. (Proyecto 3765-D, 2017, entre muchos otros).

2.5. Relación con la/s persona/s progenitor/es intencional/es

Si bien este tópico es estudiado en profundidad en el Capítulo V (punto. 2.4.2) al que remito, cabe aquí identificar rasgos generales distintivos.

A diferencia de lo que sucede en el derecho comparado, ninguno de los proyectos limita la GS frente a la existencia de vínculos de parentesco entre quién gesta y quien tiene voluntad procreacional y, al mismo tiempo, ninguna de las propuestas habilita la GS solo en caso de que exista vínculo de parentesco entre las partes. Por último, destacar que 5 de los 19 proyectos (26%) incluyen dentro de sus requisitos para hacer lugar a la GS la existencia de un lazo afectivo previo entre las partes (Proyectos 5759-D, 2016; 0084-D, 2018; 3524-D, 2020; 1038-S, 2022 y 4109-D, 2022).

2.6. Nacionalidad o residencia

A tono con lo dispuesto en el inciso a) del artículo 600 del CCyC en materia de requisitos para ser pretense adoptante en nuestro país (residir permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción, excepto que se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país) el 68% de los proyectos de ley, en especial los elaborados luego de la entrada en vigencia del CCyC, establecen que quienes gestan y quienes quieren ser madres/padres por GS deben tener cinco 5 o 2 años de residencia ininterrumpida en el país, aclarando que este plazo no se exige a la mujer o persona gestante de nacionalidad argentina o naturalizada en el país (Ver Anexo I, Tabla 6). Sobre este punto ver lo analizado en el Capítulo VI, punto 2.3 y 2.4.

3. ¿Quiénes pueden acceder a la maternidad/paternidad/xaternidad por medio de la GS?

3.1. Diversidad familiar

En completa sintonía con los estándares sobre diversidad familiar reseñados en el Capítulo II, en especial, el principio de igualdad y no discriminación por razón del género, con excepción del proyecto de ley presentado en el año 2013, todos las propuestas de regulación de la GS habilitan este procedimiento tanto a personas solas como a parejas con independencia de su identidad de género, expresión de género, orientación sexual o estado civil.

Más aún, la mayoría de los textos, exigen a los pretensos progenitores acrediten la imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones que pongan en riesgo su salud; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual. Mientas que, además, algunos incluyen en su articulado una mención expresa sobre la recepción de este principio de igualdad y no discriminación:

No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria. (art. 3, Proyecto 3765-D, 2017).

No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. (art. 2, Proyecto 1374-D, 2018).

No pueden establecerse distinciones fundadas en el estado civil, la orientación sexual, la identidad de género o cualquier otra condición social de las personas "gestantes" o "requirentes". (art. 30, Proyecto 5422-D, 2019).

3.2. Tipo de TRHA: aporte genético

Como anticipara en la introducción, la recepción de la GS, únicamente, en su modalidad gestacional no se encuentra cuestionada en los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación en el período 2013-2023; tampoco en la casuística jurisprudencial de la GS (ver capítulo V, punto 2.3).

No sucede lo mismo con el requisito de aporte de material genético de al menos uno de los pretensos progenitores intencionales o con voluntad procreacional.

Por un lado, en algunos de los proyectos de ley posteriores al Anteproyecto, en especial, los más recientes, se flexibiliza aquella condición (Proyectos 0445-D, 2022 y 4753-D, 2023, entre otros), es decir, mantienen el requisito del aporte genético, pero establecen la posibilidad de dar “razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos”. Mientras que, en otros casos (Proyectos 1038-S-2022 y 4109-D-2022), de forma más categórica, se suprime la exigencia de algún tipo de correspondencia genética entre progenitores e hijos/as nacidos/as de GS.

4. Altruismo vs. comercialización

En relación con el eje altruismo vs. comercialización, el primer hallazgo es que los proyectos de ley 2013-2023, de manera unánime, reconocen únicamente la GS altruista o solidaria.

Sin embargo, llama la atención que esta limitación aparezca enunciada sólo en una oportunidad (4753-D, 2023) en términos de prohibición: “Queda taxativamente prohibido el carácter lucrativo o comercial de la gestación por sustitución”.

Por otra parte, es de destacar que la mayoría de los proyectos adhieren al altruismo vinculándolo en forma exclusiva con la ausencia de “ánimo de lucro” en la gestante. Se replica, lo que señalara Moreno en el marco del debate del entonces Anteproyecto (2015, p. 49), “la preocupaciones han estado vinculadas a la suma que debía o no recibir la gestante, mientras que los valores cobrados por médicos y otros profesionales (abogados, traductores y psicólogos, entre otros) no han sido objeto de cuestionamientos”.

No obstante, esta afirmación requiere un matiz significativo. En los 7 proyectos de ley que incorporan modificaciones al Código Penal (Proyectos 2574-S, 2015; 5759-D, 2016; 3765-D, 2017; 1374-D, 2018; 0825-S, 2018; 1429-S, 2020 y 0445-D, 2022) no se incluyen penas a quién gesta por dinero sino a quien/es actúan como agentes intermediarios entre quien gesta y quienes quieren acceder a la GS para completar su proyecto parental, así como a quien/es promueven la GS por fuera de la regulación proyectada -por ejemplo, por fuera del marco de una autorización judicial previa-.

En otro línea, los proyectos de ley bajo análisis, en concordancia con la antigua propuesta del Anteproyecto, no perciben una contradicción entre afirmar que la GS debe ser altruista y, a la par, establecer contraprestaciones dinerarias en concepto de compensación económica a la mujer o persona que gesta para terceros/as, aunque, la mayoría de ellos, refieran a compensaciones por traslados, asesoramientos, medicamentos, etc., y solo un proyecto incluya el reconocimiento por el trabajo reproductivo (Proyecto 3765-D, 2017; Ver Anexo I, Tabla 7).

Comparto la necesidad de visualizar dentro de la noción de compensación económica, como límite al altruismo, dentro de un marco garantista de los derechos, el aporte del trabajo reproductivo de quien gesta para otro/a (Lerussi, 2020, p. 71). Para ello, a futuro, puede ser de utilidad recuperar las enseñanzas, del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, relacionadas al reconocimiento del valor económico de las tareas reproductivas y la mayor exposición a vulnerabilidades que puede sufrir una mujer al estar embarazada (arts. 441, 442, 524, 525, 660 y 665).

Quizá una posibilidad sea, en un esquema de regulación estatal previa, pensar el monto de esta compensación no en términos abstractos o ideales, sino conforme el caso. Por ejemplo, estableciendo la obligada escucha de quien gesta, consultándole cuáles serían las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que le gustaría procurarse a partir de la suma reconocida por su trabajo reproductivo; ligado a ella, pensar esta compensación en línea con las pautas para establecer la cuantía de una cuota alimentaria -necesidades de la persona alimentada, en este caso la mujer embarazada, y posibilidades económicas de los/as obligados/as al pago, en este caso, el/la/los/as pretenso/s progenitor/es-.

5. La legalización de la GS y el rol del Estado

Sin duda el punto más álgido del debate por la regulación de la GS en el Congreso de la Nación se relaciona con el rol/función que le cabe al Estado en la normativa proyectada.

Sobre este eje es posible construir tres categorías: proyectos que adoptan la lógica del entonces Anteproyecto, es decir, la autorización judicial previa (11 de 19, 58%), proyectos que adhieren a un control estatal previo, pero en manos de la autoridad sanitaria (2 de 19, 10%) y proyectos liberales que exigen la neutralidad estatal (6 de 19, 32%).

Tabla 1.

Proyectos de Ley para regular la GS ingresados en la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación entre los años 2013-2023 conforme el rol asignado al Estado

Rol del Estado	Autorización judicial previa	Autorización previa Salud	Neutralidad estatal
Proyectos de Ley	2574-S-2015		
	5759-D-2016		
	3765-D-2017		
	0084-D-2018		5700-D-2016
	1374-D-2018		0630-D-2018
	0825-S-2018	0300-D-2013	1669-D-2019
	3524-D-2020	5141-D-2017 ³⁰	5422-D-2019
	4487-D-2021		1429-S-2020
	1038-S-2022		0445-D-2022
	4109-D-2022		
	4753-D-2023		

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023

Desde un enfoque de género y un posicionamiento feminista no liberal es claro que de estas tres opciones la última no pueda más que descartarse. Siguiendo a Nedelsky, otra no puede ser la conclusión:

Si entendemos la autonomía facilitada por las relaciones en lugar de por la exclusión, podemos entender mejor el genuino problema con la autonomía en el Estado moderno. Nuestro problema central hoy en día no es el mantenimiento de una esfera en la cual el Estado no pueda penetrar, sino la promoción de la autonomía de las personas que ya están dentro de una esfera de control o responsabilidad Estatal. (2022, p. 95).

En relación con la posibilidad de pensar un control estatal previo, pero en el ámbito del Poder Ejecutivo, el Proyecto 0300-D (2013) establece que el compromiso a través del cual la mujer gestante y los subrogantes acuerdan concretar la GS se plasma mediante el Instrumento de Maternidad Subrogada, exigiendo que las partes lo firmen ante un funcionario de la Dirección de “Maternidad Subrogada” o ante un/a escribano/a público. Agregando, sin embargo, que en todos los casos el instrumento se perfecciona con la homologación por parte de la autoridad de aplicación, por lo que

³⁰ La intervención previa en este caso no es del todo nítida por cuanto, si bien requiere que el Instrumento Legal de Consentimiento de la Gestación por Sustitución sea confeccionado entre las partes, incluido el Centro, y establece que para su validez tendrán que acreditarse previamente, en los términos que requiera la Autoridad de Aplicación, los diversos requisitos exigidos a las partes para acceder a la GS, no aporta criterios mínimos sobre los cuales la Autoridad de aplicación -Ministerio de Salud- pueda establecer los controles de esos requisitos, solo exige que se lo haga en forma previa.

carece de efecto jurídico alguno hasta entonces. Esta homologación debe hacerse en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por única vez y por decisión fundada de la autoridad competente por quince días más. Es condición para la homologación del Instrumento de Maternidad Subrogada que los subrogantes y la madre gestante cuenten con sus respectivos informes socio ambientales favorables, producido por profesionales de la “Dirección de Maternidad Subrogada” y confeccionado a partir de la visita a los hogares. (artículo 7). Disponiendo, además, la creación de al menos una delegación de la mencionada Dirección en cada una de las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en toda ciudad que cuente con una población superior a los quinientos mil habitantes.

Más allá de las críticas que puedan hacerse al tipo de control proyectado, por ejemplo, que solo prevea una “visita” de trabajadores/as sociales, no así una evaluación de carácter interdisciplinario, la sola creación de semejante burocracia estatal y sus consecuentes costos solo para atender los pedidos de autorización de GS no parece ser una asignación de recursos públicos demasiado razonable.

En relación a la línea de proyectos que requieren una autorización judicial previa, destacar un debate o contrapunto al interior de este grupo: los que entienden este proceso como el vehículo para trabajar de manera interdisciplinaria los desafíos que implica a travesar un proceso de GS, autorizando o no a realizar la práctica y aquellos otros, los menos, que, aunado a ello, habilitan la vía judicial también para homologar acuerdos de GS confeccionados entre las partes en forma previa.

Tabla 2.

Proyectos de Ley para regular la GS ingresados en la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación entre los años 2013-2023 que requieren autorización judicial previa con y sin homologación de acuerdos privados (AGS)

Rol del Estado	Autorización judicial previa	Autorización judicial previa
	Sin Homologación de AGS	Con Homologación de AGS
Proyectos de Ley	5759-D-2016	
	3765-D-2017	
	0084-D-2018	2574-S-2015
	3524-D-2020	1374-D-2018
	1038-S-2022	0825-S-2018
	4109-D-2022	4487-D-2021
	4753-D-2023	

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023

Por último, destacar que la mayoría de las proyecciones legislativas incluyen en sus textos la creación de un “Registro de Gestantes”. Por un lado, con criterio lógico, nos encontramos con una serie de propuestas que, con el fin de controlar el cumplimiento de que quien gesta no lo haga más de 1 o 2 veces, ordenan crear este Registro que deberá ser compulsado por los/as jueces/as antes de autorizar una nueva práctica y completado con los datos que informen oportunamente desde los juzgados (Proyectos 2574-S, 2015; 5759-D, 2016; 3765-D, 2017; 0084-D, 2018; 1374-D, 2018; 0825-S, 2018; 3524-D, 2020; 4487-D, 2021; 1038-S, 2022; 4109-D, 2022 y 4753-D-2023). Mientras que otro grupo minoritario (Proyectos 5141-D, 2017; 1429-S, 2020 y 0445-D, 2022) establece como una obligación para la mujer que gesta la inscripción previa en el Registro. No obstante, lo más preocupante es que los últimos dos proyectos citados, incluyen dentro de las funciones del Registro la intermediación, nominándolo como una acción de “conectar” a familias o personas que no pueden gestar con personas dispuestas a colaborar con la gestación por sustitución.

Una política pública que proponga la creación de una agencia estatal -Registro- para actuar como reclutador de gestantes e intermediador entre estas y terceros/as, conforme los estándares del sistema universal y regional de derechos humanos sintetizados en el Capítulo II, resulta a todas luces inconstitucional y anticonvencional.

En suma, si bien considero que no existen razones para rechazar completamente la GS, comparto que sí existen “muy buenas razones para regularla con cuidado y, por lo tanto, para poner límites dirigidos, sobre todo, a impedir la explotación de la mujer gestante”. (Atienza, 2022, p. 121).

6. Determinación de la Filiación del niño/a

Con el fin de adentrarnos en el último tópico elegido conforme los objetivos de la presente investigación, conviene reseñar uno de los últimos casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre GS, en tanto es un precedente hábil para determinar cuál es el sistema normativo que mejor resuelve los conflictos en torno a la determinación de la filiación, asegurando los derechos de todos/as los/as participantes, muy especialmente el interés de la persona nacida de estos procedimientos.

Me refiero al Caso H. v. Reino Unido resuelto por el Tribunal el 31/05/2022. (TEDH, Caso H. v. Reino Unido, 2022). Los antecedentes más relevantes son los siguientes. H nace mediante un acuerdo de GS. A y B, pareja del mismo sexo, celebran un acuerdo de GS con una pareja heterosexual casada, C y D. Se utilizan óvulos de donante de óvulos y esperma de los dos miembros de la pareja de intención, para confirmarse más adelante que A era progenitor genético. Antes del nacimiento de la niña se produce un quiebre de la relación entre las dos parejas y, como consecuencia, C y D no informaron a los Señores A y B del nacimiento de la niña. Posteriormente, estos últimos inician procedimientos en los Tribunales de Familia y en diciembre de 2016 un juez ordena que A y B, así

como C y D, compartan la responsabilidad parental de la niña. Además, ordena que se cambie el nombre de la niña para incorporar los apellidos de A y B, ordenando que C y D debían tener contacto regular con H. La niña H vive con A y B y mantiene una relación con C y D y su familia ampliada.

¿Cuál es el nudo problemático que H denuncia ante el TEDH? La solicitante, H, es una ciudadana británica, pero a tenor del certificado de su nacimiento, C y D son su “Madre” y su “Padre”. Para que A y B fueran considerados por la ley sus padres, teniendo en cuenta que uno de ellos aportó el material genético, estos padres de intención pueden solicitar una orden de parentalidad. Sin embargo, esa orden sólo puede realizarse con el consentimiento de la mujer que dio a luz al niño y su marido (dentro de los 6 meses posteriores al nacimiento conforme legislación del país). A y B no solicitaron esa orden parental ya que C y D, como reseñamos, no dieron su consentimiento.

H alega ante el TEDH que se le han negado los beneficios sociales y emocionales de tener el reconocimiento legal de su padre biológico y su realidad cotidiana. Aunque A y B tenían responsabilidad parental, esta carecía de suficiente certeza a largo plazo como tenía la parentalidad legal y, a diferencia de la paternidad legal, terminaría cuando ella cumpliera 18 años. Además, el no reconocimiento de la paternidad de A tenía repercusiones en materia de nacionalidad (A es de origen brasilero y no puede acceder a esa nacionalidad) y en materia sucesoria. Sostiene, entonces, que existe una violación del art. 8 del Convenio, en especial, violación del respeto a su vida privada. La demandante se queja, además, de que su padre genético no esté registrado en su certificado de nacimiento.

En este escenario, la Corte Europea comienza por señalar que H no se ha visto completamente privada de una relación jurídica con A. Después de que A y B interpusieran demanda ante el Tribunal de Familia, se les concedió la responsabilidad parental junto con C y D, también se dictó una orden respecto al cuidado, como consecuencia de la cual el solicitante vive con A y B; tiene sus nombres en su apellido; A y B tienen el derecho legal de tomar todas las decisiones de paternidad. Además, H no ha sido privada de la posibilidad de establecer los detalles de su identidad. También disfruta de un contacto limitado con su madre biológica y su familia.

Por otra parte, sostiene que no hay pruebas de que H haya experimentado desventajas prácticas o materiales en virtud de la aplicación de la legislación nacional. Por último, el Tribunal recurre a su herramienta habitual, el margen de apreciación de los Estados, y sostiene que el legislador ha optado por conferir la paternidad a la madre gestacional y a su marido. Esta elección parece haber estado influida tanto por la necesidad de impedir que los donantes de gametos sean reconocidos como padres legales al nacer como por el deseo de impedir que los acuerdos de subrogación sean ejecutables para no fomentar la separación de los niños de sus madres gestantes en contra de la voluntad de estas. Con estos fundamentos, el TEDH declara, por unanimidad, inadmisibles la demanda, sin entrar a valorar si

existía en el Reino Unido una posibilidad de reconocimiento legal de los padres de intención, pues sostiene no era este el objeto de la demanda que se le presentó.

Este caso, como adelantara, nos permite visualizar muy claramente los problemas que pueden surgir en caso de adoptar un sistema de determinación de la filiación que opere *ex post* y no *ex ante* de modo garantista y preventivo.

En el marco de un CCyC que, desde agosto del año 2015, adopta la voluntad procreacional como causa fuente de la filiación por uso de las TRHA (arts. 558 y 562), se comprende por qué los proyectos de ley presentados -excepto el primero, 0300-D, 2013 que recurre a la adopción del niño/a una vez nacido/a- se alejan del modelo del Reino Unido y determinan la filiación del futuro/a niño/a *ex ante* en cabeza de los progenitores intencionales, desplazando a quien gesta.

De este modo, en el Congreso argentino la discusión no está centrada en la dimensión de la determinación de la filiación *ex ante* o *ex post*, sino, nuevamente, por asegurar garantías suficientes para que la manifestación de gestar para otros/as, sin voluntad procreacional, sea fiel reflejo de un ejercicio genuino de autonomía reproductiva.

En este sentido, la propuesta de autorización judicial previa analizada en el subapartado anterior, es fundamental para que se garantice que el consentimiento de las partes es realmente informado, evitando posibles arrepentimientos que, no es ocioso remarcar, no se han presentado en el derecho nacional y lo han hecho en escasísima cuantía en el derecho comparado (Farnós, Amorós, 2021, p. 177). Cabría preguntarse cuánto influye el estereotipo mujer-gestante-madre en los posicionamientos refractarios a una regulación que no ponga en duda el sistema filial con base el elemento volitivo.

CAPÍTULO V. UNA LECTURA DEL DEBATE EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LA GS A TRAVÉS LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

1. Introducción

En los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación (2012) se justificaba la inclusión de una regulación de la GS a partir del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual -remarcando la incongruencia de receptar la filiación por TRHA y dejar fuera la GS, cuando es la única técnica que habilita paternidad/es fuera de la heteronorma, en un país con matrimonio igualitario (Ley 26.618, 2010)-, y el principio de realidad, aunado al de prevención, por la presencia de casos de GS internacionales realizadas por argentinos/as (Juzgado de Familia, San Lorenzo, 2012; Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N°5, CABA, 2012, entre otros), más un primer planteo jurisprudencial local de impugnación de la maternidad de la mujer gestante que dio a luz por no ser ella la titular de

los gametos femeninos utilizados en la TRHA (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 2010) que obtiene sentencia sobre el fondo recién tres años después (Juzgado de Familia Gualeguay, 2013).

La veracidad de estos razonamientos, desoídos por el/la legislador/a en el año 2013³¹ -génesis de la práctica de la GS en nuestro país-, fue confirmada por el peso de los hechos en el transcurrir del tiempo. Es que, a diez años de la quita del artículo 562 proyectado, nos encontramos con una práctica de la GS nacional que, lejos de disiparse, se encuentra en ascenso y, agregaría también, en movimiento.

Apuntando sólo los casos de GS nacionales, con control judicial, publicados en diferentes portales jurídicos de nuestro país, en el interregno de 2013 a 2023, pasamos de 2 (dos) casos iniciales³² a un total de 80 (ochenta) casos acumulados. Cabe aclarar que, a los fines de la presente investigación, para la anualización de los casos se toma la fecha de sentencia de primera instancia que se expide sobre el fondo, es decir, sobre el reconocimiento o no de la figura de la GS.³³

¿Este es el número total de GS realizadas en nuestro territorio? No; a este número se adicionan los casos de GS que surgen de dos fenómenos: a) los casos de GS “disfrazados” de adopciones de integración del hijo/a del cónyuge o conviviente³⁴, de imposible cuantificación y del que he tenido conocimiento a partir de la escucha en el ejercicio profesional como abogada y b) como veremos en el capítulo siguiente, los casos cuantificables a partir de los datos obtenidos para esta investigación en el marco de la Ley Nro. 104 de CABA de Acceso a la información pública; me refiero los nacimientos por GS inscriptos en CABA sin control judicial.

En las líneas que siguen se estudian los casos con control judicial, tanto los que tienen sentencia firme, como los que aún esperan por una decisión definitiva. Para luego, en el Capítulo VI, analizar la información obtenida sobre las inscripciones de nacimiento sin control judicial en CABA y hacer un comparativo entre los casos de GS con control judicial y sin control judicial.

³¹ La referencia al año 2013 se explica porque la quita del artículo 562 proyectado es avalada cuando el proyecto recibe tratamiento en su Cámara de Origen -Honorable Cámara de Senadores de la Nación- en la sesión del 27 y 28 de noviembre de ese año.

³² Al caso de GS nacional oriundo de Gualeguaychú se le suma el caso resuelto por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, Nro. 86, 18/06/2013, “NN O D G M B M S/ Inscripción de nacimiento”, elDial AA7FB3.

³³ Por ello, si bien el primer caso de GS nacional se hace público en el año 2010 (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, 14/04/2010, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, TR LALEY AR/JUR/75333/2010) aquí se lo computa en el año 2013, pues la sentencia de Cámara no resuelve el fondo -impugnación de la maternidad- sino que revoca el rechazo in limine de la pretensión original -impugnación de la maternidad-, obteniendo sentencia de primera instancia sobre el fondo en fecha 19/11/2013 (Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R”, TR LALEY AR/JUR/89976/2013).

³⁴ En esta línea, resulta de interés lo resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, mediante Resolución del 4 de julio de 2019 Registro N ° 543/19: “Encomendar a la totalidad de los Jueces de Familia arbitrar las medidas tendientes a garantizar el derecho a la identidad de niños, niñas previendo la realización de pruebas comparativas de ADN en el marco de adopciones integrativas”.

2. Análisis de los casos de GS con control judicial

2.1. Introito

El interés de este capítulo se centra en destacar aquellos hallazgos - comportamientos medios y particularidades- que surgen a partir de la interpretación de los textos de las sentencias publicadas en diferentes portales jurídicos, con el fin de construir un diálogo e interacción entre la evaluación de las propuestas de regulación de la GS -los proyectos de ley- y la práctica o realidad de la GS en nuestro país.

Para conocer los detalles de cada caso en particular, se acompaña a la presente el Anexo II con una síntesis de cada caso - antecedentes, resolución, fundamentos destacados- y el encuadre de estrategia elegida. Este análisis personal es hábil para comprender con mayor profundidad los diferentes planteos judiciales y, a la par, ir marcando el desarrollo y los cambios que se han producido durante estos primeros 10 años en la práctica de la GS.

De los 80 (ochenta) casos con control judicial que se han presentado en nuestro país, 76 (setenta y seis) se encuentran firmes (95%). De estos últimos, 73 (setenta y tres) resultaron favorables al reconocimiento de la GS (96%), en 1 (un) caso el juez se expidió por el rechazo de la autorización judicial para iniciar la práctica alegando que la autorización era innecesaria porque la práctica no estaba prohibida (Juzgado de Familia N ° 3 San Martín, 2016), mientras que en otros 2 (dos) casos las juezas negaron la autorización a la realización de la práctica por considerar que no se encontraban aseguradas las condiciones mínimas para su realización, en especial, por la situación de asimetría entre los progenitores con voluntad procreacional y la mujer gestante y por la situación de vulnerabilidad de esta última (Juzgado de Familia de 1° Nominación de Córdoba, 2023 y Juzgado de Familia Nro. 8 de Godoy Cruz, Mendoza, 2023).

De este modo, el primer dato a destacar es que la justicia en forma mayoritaria ha sido proclive al reconocimiento de la GS, es decir, al emplazamiento en calidad de progenitor/es de aquellos/as con voluntad procreacional y al desplazamiento -o no emplazamiento, dependiendo de la estrategia elegida por las partes- de la mujer gestante del lugar de “madre” por ausencia de voluntad procreacional; más adelante volveremos sobre los fundamentos de estas decisiones (apartado 2.5). He aquí, entonces, una primera observación para destacar: la falta de regulación no solo no impide la práctica de la GS, sino que su “autorregulación” es mirada desde una óptica favorable o benigna por parte del sistema judicial.

Por otra parte, la GS en nuestro país es una práctica federalizada. Se han presentado casos en 13 (trece) de las 24 (veinticuatro) jurisdicciones de nuestro país, encabezando el ranking de jurisdicciones con más casos judicializados la provincia de Córdoba (21%), seguida por la provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Santa Fe (15% cada una), Mendoza (11%),

Río Negro (6%), Entre Ríos (5%), Tucumán (4%), San Luis (3%), y Jujuy, Neuquén, Salta y San Juan (1% c/u). Esto da cuenta de la extensión y diversidad de la temática en estudio.

Por último, señalar que en la mayoría de los casos (85%) las familias que acuden a las TRHA no visualizan la adopción como una posibilidad de acceso a la maternidad/paternidad) solo en 12 (doce) casos las sentencias refieren a la existencia de una inscripción previa en el Registro de Aspirantes a guarda con fines de adopción. De este modo, se pondría en crisis una creencia generalizada en torno a que las personas suelen ir en paralelo a ambas figuras o apostar de manera complementaria a ellas.

2.2. Las estrategias adoptadas por las partes para su recepción jurisprudencial

Los pedidos de reconocimiento judicial de la GS se han vehiculizado a través de diferentes estrategias que se diferencian por el momento elegido por las partes para interponer la solicitud ante los tribunales. Conforme su orden de aparición temporal, los casos se han judicializados: a) una vez producido el nacimiento del niño/a; b) por autorizaciones judiciales previa a la realización del procedimiento médico y c) una vez producido el embarazo.

Como se desprende de la Tabla 3, del total de casos con control judicial, 56 (cincuenta y seis), lo que representa el 70% del universo, tramitaron bajo el ropaje de una autorización judicial previa; 18 (dieciocho), equivalente al 23%, una vez nacido/a el niño/a y 6 (seis), tan solo el 7%, una vez confirmado el embarazo.

Tabla 3.

Cantidad de casos de gestación por sustitución con control judicial, por año y por estrategia elegida por las partes

Período	Total Casos GS con control judicial	Casos de GS por tipo de estrategia elegida por las partes		
		Autorización judicial previa	Post nacimiento	Durante el embarazo
		2013	2	-
2014	1	1	-	-
2015	6	1	3	2
2016	8	1	6	1
2017	6	4	2	-
2018	12	9	3	-
2019	11	9	1	1
2020	9	8	1	-
2021	12	12	-	-
2022	9	7	-	2
2023	4	4	-	-

Total	80	56	18	6
-------	----	----	----	---

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos.

Si bien al inicio, la estrategia elegida predominantemente es iniciar el pedido a la justicia una vez producido el nacimiento -2013 a 2016-, conforme surge de la Tabla 3, a partir del año 2017, prima la estrategia de autorización judicial previa. Nótese que en el año 2018 solo se presentan 3 casos de estrategia post nacimiento y en los años 2019 y 2020 1 caso respectivamente; vale una aclaración, en el caso de GS resuelto en 2019 (Juzgado de Familia Nro. 1 de Pergamino, 2019) el nacimiento - mellizos- había ocurrido en el año 2018 y en el caso resuelto en 2020 (Juzgado de Familia Nro. 4, 2020) el nacimiento era aún más antiguo, año 2015.

Este viraje-movimiento tiene un explicación doble. La primera, referida al impacto que ha tenido la inclusión de una propuesta garantista de regulación de la GS en el entonces Anteproyecto; en otras palabras, pese a la quita del entonces proyectado art. 562, no todo fue pérdida, por el contrario, su inclusión permitió sentar las bases de un actuar jurisdiccional preventivo y garantista de los derechos de todas las personas intervinientes en un proceso de GS. La segunda razón de este movimiento encuentra su anclaje en una acción de incidencia colectiva realizada por diferentes actores involucrados en el campo de las TRHA. En el año 2017, CATRHA (Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida -Comisión ad hoc-), conformada por asociaciones de usuarios/as y/o pacientes, referentes del ámbito académico/científico y la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, entre otros, presenta la Guía de Buenas Prácticas sobre GS³⁵ en Argentina, recomendando acudir a la justicia antes de iniciar los procedimientos médicos. Guía que, al contar, para ese entonces, con el aval de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva -SAMER-, por lógica, logra adherencia de la mayoría de los Centros de Fertilidad acreditados a esta entidad en nuestro país³⁶.

Es sabido que alrededor de un problema público -la GS no es la excepción- existen actores con diferentes intereses, percepciones o cosmovisiones del mundo y con proposiciones de solución o respuestas no concordantes entre sí (Guzmán & Montaña, 2012). Por ello, a la par que se presenta la Guía referida, como se retomará en el Capítulo VI, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) inicia, año 2017, una acción de incidencia colectiva -amparo

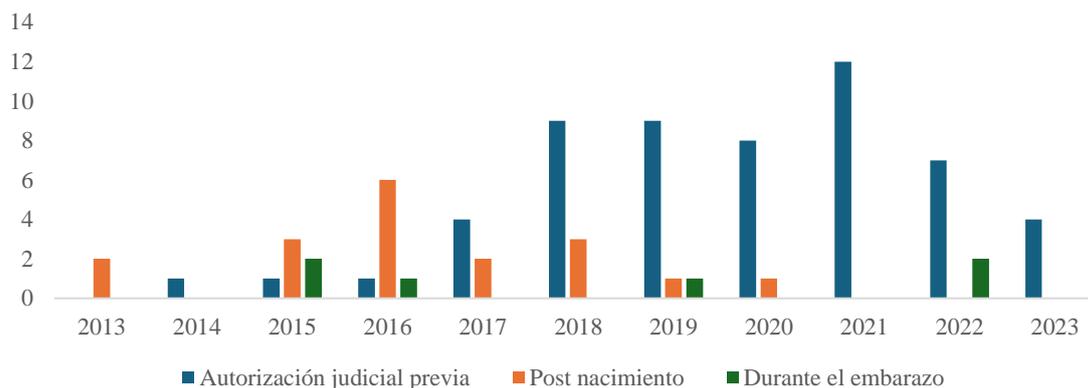
³⁵ Se puede acceder al texto completo de la guía en: <https://www.surrogacy365.com/wp-content/uploads/2017/08/guia-cathra-3.pdf>

³⁶ En uno de los casos, por ejemplo, se constata esta exigencia y adecuación cuando se señala: “se acompaña informe de la institución Fertilía, en la cual se hace constar que, para la realización del procedimiento de Reproducción Humana Asistida de Alta Complejidad, es imprescindible contar con la autorización judicial, de acuerdo a las Guías Prácticas sobre Gestación por Sustitución en Argentina”. (Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la Séptima Nominación, San Miguel de Tucumán, 2019).

colectivo- en CABA, cuya respuesta parcial -cautelar vigente que autoriza la inscripción preventiva de nacimientos sin control judicial- produce un corrimiento o nuevo movimiento de la práctica de GS en nuestro país: como se visualiza en la figura 1, en los dos últimos años (2022-2023) se produce una caída de la cantidad de casos de GS judicializados, más allá de la estrategia adoptada por las partes.

Figura 1

Cantidad de casos de gestación por sustitución con control judicial, por año y por estrategia elegida por las partes, 2013-2023



Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos.

2.2. Diversidad familiar y GS

La GS -como una forma de acceder al derecho a formar una familia (Lamm, 2018)- no solo es la única TRHA que habilita paternidad/es por fuera de la heteronorma, sino que permite a toda mujer, imposibilitada de gestar, acceder a la maternidad conforme su deseo, intención o voluntad procreacional.

Quizá sea este último aspecto -el acceso a la maternidad- y no el primero -el acceso a la paternidad- el que expliqué -siempre parcialmente, puesto que todo problema precisa de un enfoque multicausal- por qué la GS genera tantos interrogantes -incluidas sus férreas resistencias- dentro de los feminismos en general, y los feminismos jurídicos en particular. Es que, como señala Barrancos, las TRHA en general, la GS en particular, provocan una perplejidad frente al “propio apotegma que cifró la síntesis de sus concepciones gnoseológicas y políticas: la biología no es destino, la maternidad es sólo una posibilidad” (2015, p. 174).

Desde mi punto de vista, el apotegma no debe constreñir la capacidad de pensamiento crítico feminista; siguiendo a De Lauretis, si ello sucede se “hace muy difícil, si no imposible, articular las diferencias de las mujeres respecto de la Mujer, es decir, las diferencias entre las mujeres o, quizás más exactamente, las diferencias dentro de las mujeres” (1989, p. 7). En otras palabras, las luchas y conquistas feministas, centradas en enfoques anticonceptivos para evitar embarazos no deseados,

posponer o interrumpir embarazos -autonomía y justicia no reproductivas-, no son incompatibles con el repensar, críticamente, maternidades deseadas que no pueden concretarse sino a través de la biomedicina -autonomía y justicia reproductivas-.

Como señala Federici (2022, p. 29), “nuestra misión no es decir a las mujeres que no tengan hijos, sino asegurarnos de que las mujeres puedan decidir si los tienen o no y garantizar que la crianza no nos cueste la vida”.

Volviendo a la casuística de la GS en nuestro país y a su cruce con el principio constitucional convencional de diversidad de formas de vivir en familia(s), como se puede observar en la Tabla 4 y figura 2, del total de 80 (ochenta) casos con control judicial, acumulados en el período 2013-2023, 56 (cincuenta y seis), es decir, el 70%, involucra a parejas heterosexuales.

Se trata de mujeres que no pueden gestar o llevar a término un embarazo -abortos a repetición- por nacer sin útero, por haber atravesado tratamientos oncológicos que produjeran ciertos daños que hacen no recomendable la gestación, por haber sufrido histerectomía total o parcial de útero, entre otras situaciones. Mujeres, además, que en la mayoría de estos casos han aportado sus óvulos -39 de 56 casos, es decir, el 70%- mientras que una minoría han tenido que acudir a una ovodonación – 17 de 56 casos, lo que significa un 30%-. Por otra parte, en cuanto a la estrategia para su reconocimiento judicial, la opción más elegida para este grupo es la autorización judicial previa, 71% de los casos.

A las parejas heterosexuales le siguen, los casos de parejas de varones, 19 casos en total que representan el 24% de los casos judicializados. En estos casos, las TRHA son parcialmente heterólogas -ovodonación y aporte de gametos masculinos de uno de los miembros de la pareja-. En cuanto a la estrategia elegida para su reconocimiento judicial, si bien, al igual que en el caso de las parejas heterosexuales, la opción más elegida es la autorización judicial previa, la proporción es significativamente más baja que en el otro escenario: 58%. Si bien retomaremos y analizaremos este comportamiento diverso conforme composición familiar al estudiar los casos de GS sin control judicial en el capítulo siguiente, interesa aquí dejar abiertos algunos interrogantes: ¿Pese al reconocimiento constitucional -convencional de la prohibición de discriminación por género, expresión de género u orientación sexual, los usuarios/as perciben/presumen la existencia de una mirada refractaria de la diversidad familiar en la justicia argentina? ¿Admitir la GS en ausencia de una figura materna genera mayor “incomodidad” al sistema de administración de justicia? O, como señala Igareda González, ¿hay cuerpos que merecen ser padres y madres, otros cuerpos que no se lo merecen porque la naturaleza así no lo ha querido? ¿Será que la justicia sigue respaldando “la equivalencia entre lo natural, lo normal, lo bueno o deseable”? (2021, p. 32). Preguntas que deben ser enmarcadas en otro dato que surge del análisis de los casos de GS judicializados: los únicos cuatro casos que no tienen sentencia firme y que han recibido miradas contrapuestas de distintos/as operadores/as de la justicia comprometen a parejas de varones.

Por último, nos encontramos con 2 (dos) casos de GS realizadas por varones sin pareja -con gametos masculinos del varón con voluntad procreacional más ovodonación, a través de la estrategia de autorización judicial previa-, es decir el 3%; 2 (dos) de pareja de mujeres -con TRHA 100% heteróloga y a través de una autorización judicial previa-, también un 3% del total; más 1 (uno) caso de mujer sin pareja - TRHA 100% heteróloga y a través de una autorización judicial previa-, que representa el 1% de la muestra.

Tabla 4

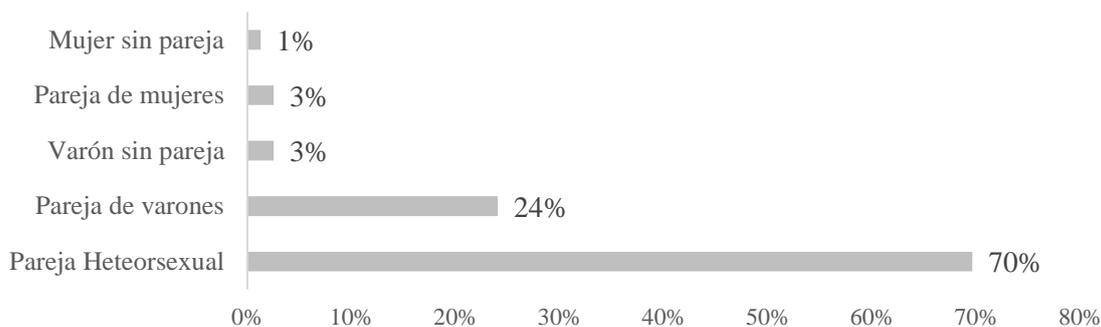
Cantidad de casos de GS con control judicial por año y por composición familiar de progenitores intencionales

Período	Total GS Con control judicial	Composición familiar - Progenitores intencionales				
		Pareja heterosexual	Pareja de varones	Varón sin pareja	Pareja de mujeres	Mujer sin pareja
2013	2	2	-	-	-	-
2014	1	1	-	-	-	-
2015	6	6	-	-	-	-
2016	8	6	2	-	-	-
2017	6	3	3	-	-	-
2018	12	9	2	-	-	1
2019	11	6	5	-	-	-
2020	9	7	2	-	-	-
2021	12	7	2	2	1	-
2022	9	6	2	-	1	-
2023	4	3	1	-	-	-
Total	80	56	19	2	2	1

Nota: elaboración propia a partir de la lectura de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos y recopiladas y sistematizadas para la presente investigación.

Figura 2

Composición porcentual de los casos de gestación por sustitución con control judicial en el período acumulado 2013-2023, por composición familiar de progenitores intencionales



Nota: elaboración propia a partir de la lectura de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos y recopiladas y sistematizadas para la presente investigación.

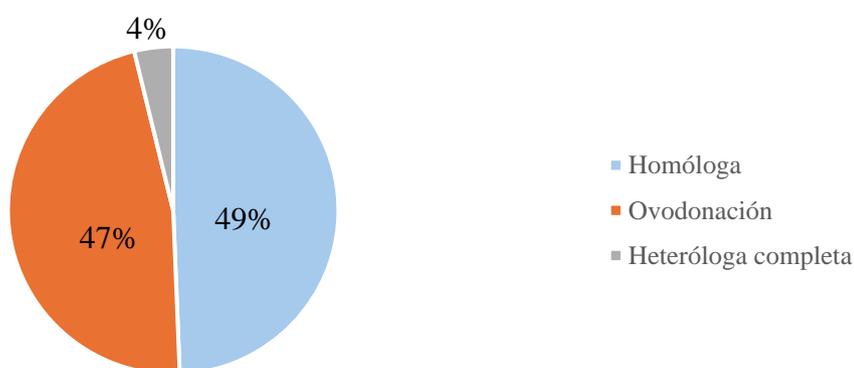
2.3. Tipo de TRHA y GS

Como fuera analizado en el Capítulo IV, el art. 562 del Anteproyecto de Reforma (2012) incluía, entre los requisitos para autorizar la GS, la exigencia del aporte genético de al menos una de las personas con voluntad procreacional, así como la ocurrencia de la GS únicamente en la modalidad gestacional, es decir, sin posibilidad de aporte genético de quien gesta para tercera/s personas. Sin embargo, como refiriera en ese mismo capítulo, los proyectos de ley posteriores fueron flexibilizando este último requisito.

La realidad acompaña el viraje de la normativa proyectada. Tal como se desprende de la figura 3, si bien en el 49% de los casos de GS con control judicial, para el período 2013-2023, se utilizaron técnicas de reproducción homóloga y en un 47% técnicas parcialmente heterólogas, con esperma de uno de los progenitores con voluntad procreacional y donación de óvulos -casos todos ellos encuadrados en el viejo requisito del proyectado art. 562-, en un 4% se recurrió a una técnica cien por ciento heteróloga.

Figura 3

Composición porcentual de los casos de gestación por sustitución con control judicial, acumulado 2013-2023, por tipo de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad empleada



Nota: elaboración propia a partir de la lectura de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos y recopiladas y sistematizadas para la presente investigación.

Resulta de interés preguntarse qué casos se engloban en el 4% de TRHA completamente heterólogos. Se trata de casos que comprometen únicamente a mujeres; ya sea parejas de mujeres o mujeres en un proyecto monomarental originario. Y, como contracara, surge un hallazgo también interesante, que se inscribe en la misma línea semiótica: no existen casos de GS con gametos masculinos donados en los otros tipos de composición familiar -parejas heterosexuales, pareja de varones o varones sin pareja-. Estos resultados se condicen con hallazgos de investigaciones anteriores sobre TRHA con intervención de terceras personas ajenas al proyecto parental tanto en Argentina, como en España:

En el caso de las parejas heterosexuales, donde ha predominado la elección de la donación anónima, se advierte una diferencia en el trato de la donación masculina, más difícil de internalizar y comunicar al entorno y a la familia, y la donación femenina, más aceptada exteriormente, aunque acompañada en el foro interno de sentimientos de pérdidas, duelo y “falta”. (Straw, Cecilia et al., 2018, p. 644)

(...) por lo que conocemos de las familias heteroparentales participantes que, mediando también la esterilidad masculina, han precisado de doble donación (óvulos-esperma) o de donación de embrión, sabemos que comúnmente hay mayores reticencias a revelar el recurso a la donación de semen que a la donación de óvulos. (Jociles, et al., 2016, p. 25)

2.4. ¿Quiénes gestan para tercera/s personas?

2.4.1. Introito

Si bien la pregunta que titula el subapartado 2.4. es amplísima, incluyendo desde aspectos socioeconómicos, culturales, políticos, étnicos, migratorios, entre tantos otros, aquí me ciño a describir e interpretar, dado el acotado prisma de nuestra fuente primaria de información -las sentencias judiciales de los casos de GS con control judicial-, dos rasgos/aristas que retoma la justicia y que comprometen la biografía de las mujeres gestantes, a saber: a) su relación con la/s persona/s con voluntad procreacional y b) su tránsito por la experiencia de la maternidad.

Antes de adentrarnos en ella, brevemente, me interesa resaltar un fenómeno particular, de claro anclaje patriarcal, que se observa a partir de la lectura de las sentencias sobre los 80 casos que venimos analizando. Me refiero no solo a la explicitación en las sentencias del estado civil -en términos laxos- de la mujer gestante o pretensa gestante -divorciada, separada de hecho, soltera, en convivencia, etc.- sino a la importancia que adquiere en la decisión de gestar para terceros contar con la aquiescencia del cónyuge, pareja o compañero de vida. No pretendo indicar con ello que sea irrelevante el abordaje intrafamiliar de quien se presenta como gestante para otro/a/os, sino reflexionar sobre cómo supervive en algunos operadores/as de la justicia la perimida noción de *pater familia*.

Como ejemplo de ello podemos citar un caso (Juzgado de Personas y Familia nro. 5, Primera Nominación, Salta, 2020), no es el único, en el que en proceso de autorización judicial previa no solo se convoca a la pareja de la gestante a la audiencia –“la Sra. T. -con el apoyo de su pareja, el Sr. G.- manifiesta su total conformidad para llevar adelante la gestación del futuro hijo (...)”- sino que incluso al realizar el informe psicológico a las partes -progenitores intencionales y gestante- se incluye a la pareja de esta última y se trabaja el consentimiento a gestar como un supuesto de consentimiento conjunto:

del mismo surge (en referencia al informe psicológico del matrimonio conformado por la gestante y su marido) que éstos han recibido la información necesaria para llevar adelante la gestación por sustitución, que es una decisión tomada a conciencia, con apoyo familiar y profesional, como así también que están en condiciones psicoemocionales e intelectuales para asumir la decisión que la práctica supone.

2.4.2. Relación con la/s persona/s progenitor/es intencional/es

Sobre la primera arista -vínculo relacional entre gestantes y progenitores intencionales- la lectura detenida de las sentencias judiciales del decenio 2013-2023 permite discernir tres escenarios: vínculo de parentesco, vínculo de estrecha amistad y vínculo lejano.

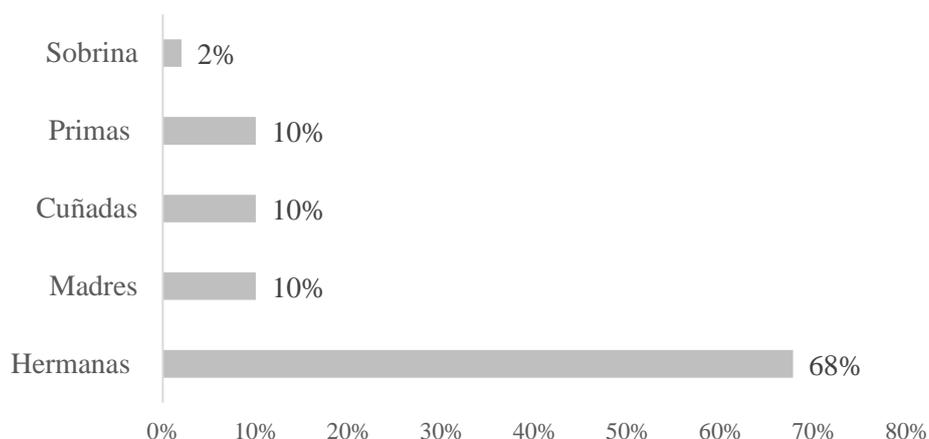
En el primer grupo se ubican los 31 (treintaiuno) casos de GS con control judicial en los que se constata la existencia de un vínculo de parentesco entre la gestante y alguno de los/as progenitores/as con voluntad procreacional – la referencia exclusiva al plural es exacta porque los casos de gestante con vínculo de parentesco comprenden sólo proyectos biparentales, 3 (tres) de parejas de varones y 28 (veintiocho) de parejas heterosexuales- que representan el 39% del total de casos tal como -ver figura 5, más adelante-.

Asimismo, cabe destacar la existencia de una mayor predisposición a participar de la GS cuando el vínculo de parentesco es entre gestante y mujer con voluntad procreacional (22 de los 31 casos, es decir, el 71%) que cuando es entre gestante y varón con voluntad procreacional (9 de los 31 casos, 29%).

Respecto al tipo de parentesco habido entre las partes, tal como se desprende de la figura 4, en un 68% se trata de hermanas de algunos de los/as progenitores intencionales, seguido por los casos de madres y cuñadas (cónyuges de hermanos) de la mujer con voluntad procreacional y por primas de alguno de los miembros de la pareja intencional, representado cada una de estas situaciones un 10% de la muestra total; por último se presentó el caso de una sobrina de la pretensa progenitora intencional, 2%, con una particularidad, en esa ocasión primero se acudió a la madre quien, una vez autorizada por la justicia, desistió por motivos personales, presentando a la sobrina como una posibilidad substituta (Juzgado de Personas y Familia nro. 5, Primera Nominación, Salta, 2020).

Figura 4

Composición porcentual de casos de gestación por sustitución con control judicial, acumulado 2013-2023, por tipo de parentesco entre gestante y progenitor/es intencionales



Nota: elaboración propia a partir de la lectura de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos y recopiladas y sistematizadas para la presente investigación.

Por su parte, el segundo grupo - vínculo de estrecha amistad- se presentan 22 (veintidós) casos, es decir, un 28% de la muestra total. En estos supuestos se trata de vínculos de amistad profundos, duraderos en el tiempo, con biografías compartidas -padrinos/madrinas de hijos/as de quienes se ofrecen a gestar para ellos/as, tránsito escolar y universitario compartido, entre muchas otras-. Para representar a este grupo se reproducen algunos párrafos de las decisiones judiciales:

Relatan (la pareja intencional) como se conocieron y trabaron una profunda amistad con el matrimonio constituido por M. y L. Refieren que sus amigos, M. y L. tuvieron una hija, A., quien nació el 18 de noviembre de 2008 y los eligieron a ellos como padrinos de la niña. Destacan que M. y L. siempre estuvieron al tanto y los acompañaron en el camino en búsqueda de un hijo. En tal sentido, narra que a principios del año 2014 M. les hizo el ofrecimiento de gestar un hijo de ellos. Dijo que ella le comentó que hacía años que lo venía pensando. Le manifestó que A. ya tenía edad para entender, que consideraba que era el momento, sumado a ella no tenía mucho más tiempo para intentar ser madre. (sic) (Juzgado Nacional Civil Nro. 7, 2016).

(...) en la búsqueda de ayuda emocional, la mejor amiga del matrimonio, R. R., se ofreció a ayudarlos como mujer gestante. Recalcan que ambas son amigas desde hace años, que se frecuentan asiduamente y poseen la confianza y el trato de hermanas. Dentro de ese contexto, aseguran que R. se ofreció en forma solidaria y humanitaria a brindar su capacidad de gestar para ellos, por lo que juntos se hicieron presentes en el instituto de fertilización para exponer la situación, donde no solo se les sugirió una serie de estudios sino que, además, se les indicó que el tratamiento pretendido era viable pero que ante la falta de legislación al respecto y para evitar problemas legales debían solicitar un permiso judicial para hacerlo. (Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 2º Nominación de Villa María, Córdoba, 2018).

Debo destacar que en la audiencia llevada a cabo a fs. 25 he tenido la oportunidad de comprobar el fuerte vínculo afectivo que une a la actora con la gestante, que son amigas desde que tenían 6 años, que afrontaron juntas las alegrías y pesares de la vida, que la gestante es una persona generosa hasta el extremo de provocar una intensa emoción en esta magistrada, y que el amor entre las amigas de la infancia es sólido, solidario, indestructible. Ese vínculo han sabido hacerlo extensivo a sus respectivas familias, de manera que sus parejas y los hijos de N. conforman una familia consolidada en el afecto y el apoyo mutuo. (Tribunal Colegiado de Familia, Nro. 2, Santa Fe, 2019).

Por último, el tercer grupo se caracteriza por la existencia de una relación vincular lejana o poco estrecha entre las partes -contacto vía Facebook, amiga de amigos, cuidadora de uno de los sobrinos del progenitor intencional, progenitor intencional pediatra del hijo de la mujer gestante, entre otros-; aquí también se engloban aquellos casos en los que, de la lectura de la sentencia, no surge la existencia de un vínculo entre las partes -es decir, un aspecto no trabajado por el/la juez/a en su decisión-.

Veamos algunos extractos de las sentencias que grafican estas afirmaciones:

Ante la imposibilidad de C. a quedar embarazada, pese a los médicos consultados, estudios que se llevaron a cabo al efecto y dado el deseo de ambos cónyuges de tener un hijo, hicieron averiguaciones acerca de la gestación por sustitución en los E.E. U.U. y en la India, cuyos costos tan elevados eran imposibles de afrontar. Más tarde, recibieron el generoso ofrecimiento de M., la niñera del sobrino de F. (Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, 2015).

La evaluación muestra una vinculación con la Sra. B positiva, no poseen relaciones de parentesco, mientras que la relación se inscribe en el marco de una amistad que se inicia por ser el Sr. T. médico tratante del hijo pequeño de la primera. (Juzgado de Familia Nro. 2, 1ª Circunscripción Judicial de Mendoza, 2018).

(...) cuando estaba radicada (mujer gestante) en EE. UU. con su madre vivió de cerca la historia de una amiga de ella quien le costó quedar embarazada y trajo folletos que referían a la donación de óvulos. De vuelta en la ciudad se contacta vía Facebook con J. quien le relata su historia y que su entorno no hallaba personas con condiciones de ser gestantes. (Tribunal Colegiado de Instancia Única Civil de Fam., 5ta. Nominación, Rosario, 2021).

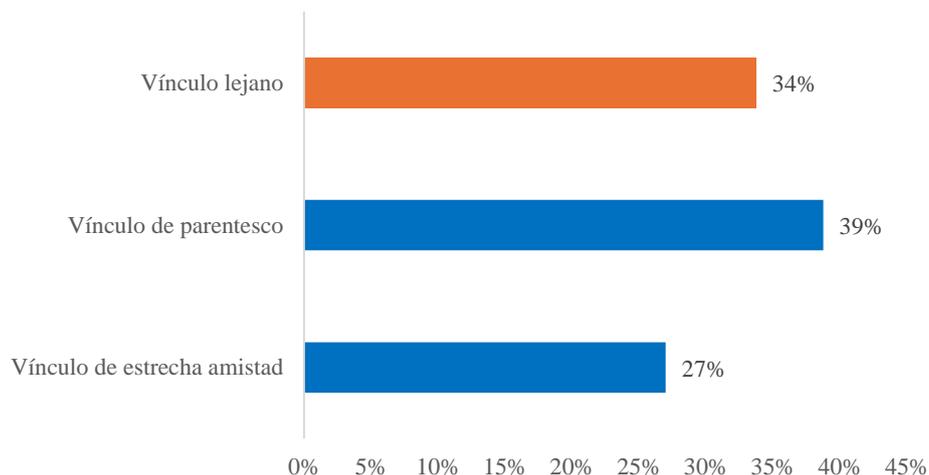
M. (gestante) establece contacto con los requirentes a través de una página de Facebook sobre gestación por sustitución donde estos exponen su caso y la búsqueda de una gestante. Se pone en contacto con ellos e inician conversaciones. Cuenta que “estaba en tema”, ya que es donante de óvulos y en la clínica en la que dona le sugirieron la posibilidad de realizar una gestación. Además, sabía de qué se trataba la gestación por sustitución por tener contactos cercanos que han accedido a ser padres de este modo. Esta será la primera vez que realice una gestación para otros, en oportunidades anteriores conversó con otras parejas, pero no se sintió cómoda. (Juzgado de Familia Nro. 9 Morón, 2022).

En este último grupo, se engloba un total de 27 casos, es decir, el 34% de los casos tal como se observa en la figura 5. De este modo, si se adicionan los casos del primer y segundo grupo se constata que del total de 80 casos con control judicial en el decenio 2013-2023, 53 (cincuenta y tres)

comprometen a mujeres gestantes con un vínculo de parentesco, afectivo o de confianza relevante (66%), mientras que el 34% se encuadra en una relación vincular lejana, incluyendo, se insiste, los supuestos de ausencia de problematización de la temática en la sentencia judicial.

Figura 5

Composición porcentual de casos de gestación por sustitución con control judicial, acumulado 2013-2023, por tipo de relación vincular entre gestante y progenitor/es intencionales



Nota: elaboración propia a partir de la lectura de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos y recopiladas y sistematizadas para la presente investigación

De conformidad con esta realidad y con la intención, insisto, de que estos datos permitan repensar el debate de regulación de la GS en nuestro país de manera situada, una conclusión preliminar es que no sería adecuado adoptar un modelo legislativo que prohíba la relación de parentesco³⁷ o, en términos más amplios, las relaciones socioafectivas preexistente entre quienes gestan y quienes tienen voluntad procreacional.

Ahora bien, esta primera afirmación no obtura el debate, sino que abre nuevos interrogantes con vistas a las diferentes modalidades que se registran en el derecho comparado: ordenamientos que exigen como requisito para acceder a la GS acreditar un vínculo de parentesco³⁸; otros, que en términos más amplios, requieren la existencia de un vínculo familiar o afectivo³⁹ entre quien gesta y

³⁷ Esta prohibición se incluye, por ejemplo, en la Ley de acuerdos para la gestación de fetos (confirmación del acuerdo y estado del recién nacido), 2016, 1996 de Israel. Información disponible en <https://www.gov.il/he/Departments/legalInfo/poriut05> o en la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017) en España, art. 4.3, disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

³⁸ Como ejemplo de esta tesitura ver el caso de Uruguay, art. 25 de la ley 19.167 (2013) de “Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida” y

³⁹ En este caso, ver, por ejemplo, la reciente regulación de la GS en el Código de las Familias de Cuba (2022), art. 130.2, inc. b: la GS sólo tiene lugar “entre personas unidas por vínculos familiares o afectivamente cercanos”.

quien tiene la intención de ser progenitor/a por esta vía y otros que ni prohíben ni exigen relaciones familiares o afectivas entre las partes⁴⁰.

Como señala Farnós Amorós (2021, p.150) la exigencia de estas relaciones familiares o socioafectivas “se vincula, por lo general, a un modelo altruista de la GS, pues el marco típico del que podrían surgir intercambios basados en la solidaridad será el de los vínculos familiares o cuasifamiliares”.

No obstante, aun cuando lo que se pretenda es regular la GS sólo de carácter altruista -postura que asumen todos los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación con posterioridad al debate del Anteproyecto- existen otras herramientas alternativas, menos restrictivas, que exigir un vínculo familiar o de afecto entre las partes y que pueden impedir que la GS se desarrolle en forma comercial -por ejemplo, receptar un proceso de autorización de carácter interdisciplinario y previo, postura que asumen algunos proyectos de ley argentinos, sancionar a las agencias intermediarias, como sostienen otros, etc.-.

Por otra parte, desde el obligado enfoque de género transversal, me pregunto si habilitar la gestación para otra/o/s sólo si existe familiaridad y/o afectividad entre quien gesta y quien tiene voluntad procreacional no es al menos problemático, en tanto coadyuva a reforzar la cosmovisión patriarcal de que las labores reproductivas deben ser asumidas y resueltas al interior de la familia - por las mujeres- y que, como se realizan por “amor” o solidaridad no generan valor, no constituyen un trabajo ni son vistas como generadoras de desigualdades y vulnerabilidades por motivo de género. En esta línea, coincido con Lerussi cuando afirma que “las implicancias del trabajo (re)productivo son fundamentales para abordar conceptualmente la práctica de la GS en la clave de ciertos límites al altruismo y a la gratuidad desde el criterio de grados de vulnerabilidad”. Agregando, no “propongo laborizar técnicamente hablando la GS o promover una idea de gestación comercial. Lo que sí pretendo es tonificar una argumentación garantista y, por lo tanto, protectoria de la parte gestante en el derecho de familias”. (Lerussi, Romina, 2020, p. 55). Quizá pueda ser útil pensar la GS altruista desde los aportes provenientes de otro instituto de las relaciones de familia si receptado en el Código Civil y Comercial, me refiero a la compensación económica prevista en los artículos 441, 442, 524 y 525.

Ahora bien, el requisito del vínculo afectivo puede ser también repensado o revisitado en otra clave de análisis, me refiero a la necesidad de que exista un vínculo de confianza.

Para ejemplificar esta categoría y repensar los términos de futuras propuestas legislativas pueden resultar útiles los aportes de la jurisprudencia que se inscriben en esta línea:

⁴⁰ En esta línea se inscribe, entre varias otras, por ejemplo, la legislación de Portugal, Lei Nro. 90 (2021), disponible en <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/90-2021-175983728>

El matrimonio compraba tartas a X., las visitas eran constantes y se forjó una comunicación de confianza e intimidad entre ambas mujeres. (Tribunal de Familia Nro. 7 de Rosario, 2014).

No circula ningún tipo de confianza ni empatía entre la tríada comitentes-gestante. Ello no es un dato menor, ya que la vinculación se reduce a una suerte de prestación obligacional, con una marcada asimetría lo cual desnaturaliza la técnica en armonía con el Anteproyecto del CCyC. (Juzgado de Familia de 1º Nominación de Córdoba, 2023).

También resultan hábiles las siguientes reflexiones de un padre español por GS incluidas en la investigación dirigida por Fernando Lores Masip, Ana María Rivas Rivas y María Isabel Jociles Rubio:

Tú imagínate que tienes que ir de viaje a la Conchinchina y no te puedes llevar a tu hijo. Y lo tienes que dejar con alguien que te lo cuide durante nueve meses. ¿Su madre es la persona que te lo ha cuidado porque no hayas estado con él abrazándolo todos los días durante nueve meses? Pues es un símil. No es exactamente lo mismo, pero es parecido. ¿No? (2020, p. 211).

Más allá de que ellas apunten a deconstruir la noción de maternidad también permiten visualizar, a partir de un ejemplo práctico, la importancia de transitar un procedimiento de GS en el marco de una relación de confianza⁴¹. Relación que no necesariamente implica parentesco o afectividad de larga data. Piénsese, por ejemplo, en cómo influye o impacta la confianza en la elección, por ejemplo, de una médica o médico tratante, de un abogado/a o de una cuidadora de niños/as en casas particulares.

2.4.3. El tránsito por la experiencia de la maternidad como requisito para gestar para otro/a/s

Del total de 80 (ochenta) casos con control judicial, en el período 2013-2023, en 72 (setenta y uno) oportunidades, es decir, el 90%, de las sentencias surge que las mujeres gestantes o pretensas gestantes han transitado en forma previa la experiencia de la maternidad. Con relación a la cantidad de hijos/as de la gestante: en un 26% de los casos se trata de gestantes con un/a solo/a hijo/a y en un 74% con dos o más hijos/as. Mientras que en 4 (cuatro) de los casos la decisión jurisdiccional no visibiliza-problematiza el tránsito de la maternidad de quien gesta o pretende gestar, no haciendo referencia ni a gestas previas, ni a existencia o no de hijos/as.

En el otro extremo, cabe destacar que 4 (cuatro) de los 80 (ochenta) casos – 5% de la muestra- quien se presenta a la justicia peticionando, junto con los pretensos progenitores/as intencionales, autorización para realizar una GS -los cuatro casos se encuadran en esta estrategia- es una mujer

⁴¹ El mismo término es el que utiliza la Human Fertilisation Embriology Authority (HFEA) del Reino Unido al informar a pacientes/usuarios/as las recomendaciones para acceder a la GS: “Algunas personas le piden a un familiar o amigo que sea un sustituto. Esta puede ser una buena solución ya que debería haber mucha **confianza** entre ustedes. Si recurrir a un amigo o familiar no es una opción, o prefiere utilizar a alguien que no conoce, deberá investigar. Las clínicas de fertilidad no pueden encontrar una madre sustituta para ti; sin embargo, puede haber otras organizaciones que puedan ayudarte” (traducción propia y el destacado nos pertenece). Información disponible en <https://www.hfea.gov.uk/treatments/explore-all-treatments/surrogacy/>

pretensa gestante que no es madre. Se transcriben a continuación, algunos extractos de sentencias que dan cuenta de esta realidad:

M., tiene 35 años de edad, que es hermana de A, que es nulípara (sin hijos) y que expresó su voluntad de llevar adelante el embarazo previo asesoramiento reproductivo. Surge, además, que fue evaluada por el centro médico y que se encuentra en condiciones de iniciar el procedimiento de gestación por sustitución. (...) Oportuno resulta señalar que la circunstancia de que M. sea nulípara, conforme se acredita, no ha constituido obstáculo alguno para el ofrecimiento que formulara de ser la gestante del/a/s hijo/a/s de su hermana y su cuñado, por lo que no habiendo norma alguna vigente que establezca este hecho como un requisito entiendo que basta su sola expresión de voluntad, en tanto persona adulta y capaz, para adoptar libre e informadamente su decisión de incluirse o excluirse de participar en este tipo de TRHA. (Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de Ira. Nominación de Tucumán, 2018). Por lo que, ante esa situación de angustia relatada, tanto suya como de su pareja (ambos con el gran deseo de ser padres), su hermana la Sra. V. E. R, DNI - de nacionalidad argentina, de veinticuatro (24) años de edad, soltera, de muy buen estado de salud y sin deseo alguno de ser madre (...). (Juzgado de Familia Nro. 2 de La Plata, 2021).

M. les ha hecho saber su intención de ayudarlos con su proyecto familiar, facilitando su vientre, pero reconociendo en todo momento su ajenez al proyecto parental. Ella, como futura gestante, entiende el proceso como un acto de profundo amor, fundado en el profundo sentimiento que la une a los actores. Acompañan como prueba documental un informe emitido por la psicóloga de M., de donde surge que comprende de manera clara y expresa su voluntad de gestar y no materner, consignando expresamente: "... uno de los aspectos que más estuvimos trabajando juntas es que ella va a gestar, no procrear. Ella tiene muy clara esta diferencia y manifiesta una clara intención de gestar a su sobrina o sobrino. No está en ella la necesidad de procrear ni de materner (al menor por un tiempo largo). También demuestra mucho entusiasmo y alegría por ser parte de este proyecto tan importante para su hermano con quien tiene una muy buena relación...". (Juzgado de Familia Nro. 10 de Bariloche, 2022). Destaca que, por su experiencia de vida, si fuese madre no pondría su cuerpo a disposición para un procedimiento de esta índole, debido a que una vida estaría dependiendo de ella. Al elegir no materner, elige este camino y poder pasar por la experiencia; poner su cuerpo para dar lo que más desean a dos personas a quienes la vida no ha sido de lo más liviana es el acto más maravilloso que puede imaginar. (Tribunal Colegiado de Instancia Única Civil de Fam. 4ta. Nominación, Rosario, 2022).

A la luz de estos precedentes cabe preguntarse, en primer lugar, cuánto ha influido, en la ocurrencia escasa de este tipo de casuística -gestante sin maternidad previa-, el hecho de que en el art. 562 del Anteproyecto se incluyera como requisito que la gestante haya dado a luz, al menos, un (1) hijo/a propio/a. Como veremos más adelante, al revisar y sintetizar los fundamentos de las sentencias, la influencia seguramente ha sido mucha, en tanto, la justicia, pese a la quita del artículo referido, ha evaluado la pertinencia de autorizar o no la GS a la luz de los requisitos allí exigidos, en especial, en los procesos iniciados bajo el ropaje de la autorización judicial previa.

En segundo término, estos casos nos permiten evaluar y repensar, con vistas a una regulación futura, la pertinencia de exigir a la persona gestante que tenga al menos un/a hijo/a propio/a.

Se suele justificar este requisito desde dos matrices. La primera, de carácter médico, en atención a que haber pasado por un embarazo previo sin complicaciones es un indicador favorable para la inclusión de la persona gestante. Sin embargo, se puede contraargumentar afirmando que, al ser una cuestión médica, bastaría con incluir en el articulado la referencia a que la aprobación de la postulante está supeditada a una evaluación previa de carácter médico e interdisciplinario (Miguens & Pappier, 2018, p. 59).

La segunda justificación proviene del ámbito jurídico y se plasma a partir de una doble vertiente: a) haber atravesado un embarazo coloca a la gestante en una mejor posición por consentir algo que ya experimentó, y b) es un reaseguro de que no exista deseo parental insatisfecho. Así lo sintetizaba Lamm en el marco del debate del Anteproyecto (2012, p.10):

Este requisito asegura que la gestante comprende la gravedad de su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño, es decir, garantiza que presta un consentimiento verdaderamente informado. Además, este requisito alivia las preocupaciones que implican privar a una madre primeriza de su primer hijo y permite constatar que la mujer es capaz de gestar y dar a luz sin riesgo para su salud.

En el mismo sentido, y para la misma época de defensa de la propuesta del Anteproyecto, también se señalaba “Solo la mujer que ha gestado y ha dado a luz a un niño puede saber lo que ese acontecimiento implica e irroga, desde el punto de vista físico, médico y psicológico”. (Kemelmajer de Carlucci, et al., 2012, p. 3).

Diez años después del contexto de alocución sociopolítico en que estos fundamentos se pronunciaban conviene revisitarlos y repensarlos -en una futura regulación de la GS- a partir de los siguientes interrogantes: ¿es equiparable la experiencia de gestar para sí que la de gestar para otra/o/s? ¿Suponer que sólo una madre que ha dado a luz un/a hijo/a puede gestar para terceras personas no coadyuva a reforzar el binomio gestación/maternidad? ¿Es constitucional y convencionalmente válido construir una normativa futura que excluya, sin admitir prueba en contrario, la posibilidad de gestar para otro/a/s a mujeres que no han sido previamente madres?

Considero que, en el contexto actual, resultaría al menos problemático sostener, desde un enfoque transversal de género, la exigencia de este requisito de modo taxativo puesto que, si gestar no nos hace madres, si la maternidad será deseada o no será, por qué exigir como requisito indisponible una maternidad previa a quien, como en el caso de Bariloche (2022) nos dice “sólo quiero gestar, no soy, ni quiero ser madre” internalizando de manera contundente la disociación entre gestar y dar a luz un hijo/a propio/a.

Propongo, como alternativa no salomónica, pensar en una regulación de la GS que incluya como requisito preferente que quien gesta para otro/a/s tenga una maternidad previa, más aún, un proyecto parental satisfecho por los riesgos que implica un embarazo para la reproducción futura, pero que en la misma norma se albergue la posibilidad de evaluar y hacer audibles otras situaciones que no cumplan con este estándar o premisa preferente.

Por último, si bien no se trata de maternidades previas, quisiera destacar que de los 80 (ochenta) casos judicializados sólo en dos oportunidades quien se presenta, en un proceso de autorización judicial previa, como gestante había ya transitado por la experiencia de gestar para otro (Juzgado de Familia nro. 7, Viedma, 2023 y Juzgado Familia Nro. 8, Godoy Cruz, Mendoza 2023). En el primer caso, pese a los dictámenes del equipo técnico que desaconsejaban la autorización, la justicia confirió la autorización, en el segundo caso, en cambio, se la denegó.

2.5. La GS, los derechos humanos comprometidos y los fundamentos de las sentencias

De la lectura de las sentencias de los 73 (setenta y tres) casos con control judicial que han autorizado o reconocido la GS y se encuentran firmes se sintetizan a continuación los principales hallazgos; se recomienda compulsar el Anexo II de la presente para una referencia completa de los fundamentos que más circulan en la justicia.

Cabe recordar que los fundamentos asociados a las condiciones en que una mujer gesta para otros, los requisitos para acceder a la maternidad/paternidad por medio de esta práctica, el debate en torno al altruismo vs. comercialización, fueron analizados e interpelados a la luz de las propuestas de regulación de la GS en el Congreso de la Nación (Ver Capítulo IV).

2.5.1. El art. 562 del Anteproyecto como cita obligada

En el 81% de los casos estudiados el art. 562 proyectado se citó o utilizó de guía para indagar sobre las condiciones de accesibilidad a la GS de los progenitores intencionales y de la gestante, al mismo tiempo que se constituyó en fuente de justificación de la permisión o el reconocimiento de la GS. Como ejemplo de esta tesitura podemos citar el caso del Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza (2017).⁴²

Comparto plenamente el argumento de la Sra. Asesora de Menores en su dictamen en cuanto hace funcionar a esa norma proyectada como el piso mínimo de garantía o protección a considerar en los casos en que se presenta una práctica de gestación por sustitución mientras no exista regulación legal al respecto.

La propuesta de la Dra. O. es tan válida como impecable: mientras no se expida el Congreso a través de una ley que prohíba o regule la gestación por sustitución, serán los jueces los encargados de resolver

⁴² En el Anexo II se incluyen otros ejemplos de extractos de sentencia que se inscriben en línea con los hallazgos que aquí se sintetizan.

los casos en que se lleve a cabo y en esa tarea no podrá considerar ninguna situación que se encuentre “por debajo” de la regulación aquel proyecto de reforma pretendió establecer.

(...) No se me escapa que esa norma no es ley, tampoco que no existe otra que regule específicamente la cuestión, ni que el art. 562 del CCyC prevé una regulación para una hipótesis diferente. Frente a ello, y en cumplimiento del deber judicial de resolver (art. 3 CCyC) aquella regulación proyectada no resulta incompatible con el bloque de constitucionalidad federal en nuestro Estado constitucional convencional de Derecho.

2.5.2. La referencia al precedente de la Corte IDH “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica” (2012)

En el 75% de los casos estudiados se incluye la cita directa de este precedente y se explica y analiza la GS a partir del entrelazado de los derechos humanos que comprometen el uso de las TRHA conforme los estándares fijados por el tribunal regional en el caso, a saber: el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a 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.

En este marco normativo, puede afirmarse que J. titulariza con su marido, en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que, en su caso, la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución.

Ante la imposibilidad de J. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, la gestación por otra mujer —en este caso su madre S. B. C.— se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD” - ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Juzgado Familia N 7, Lomas de Zamora, 2016)

2.5.3. El principio de legalidad y el art. 19 CN

Otro de los fundamentos más recurrentes para el reconocimiento jurisprudencial de la GS se vincula con el principio de legalidad constitucional -convencional que permite discernir entre prohibición -en este caso, falta de prohibición- y ausencia de regulación -abstencionismo o, como señala De Lorenzi “alegalidad” (2017).

No obstante ello, la gestación por sustitución no ha sido prohibida. Por ello corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 CN), por tanto, se entiende que, la gestación por sustitución cuenta con recepción implícita en el Cód. Civ. y

Comercial, ya que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que las tecnologías derivadas del conocimiento científico y las múltiples razones por las cuales el proyecto en su versión original regulaba en el entonces art. 562, este supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución. (Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 8, 2016).

2.5.4. El reconocimiento implícito de la GS en la Ley 26.862

Siguiendo a parte de la doctrina (Gil Domínguez, A., 2014, p. 39; 2015, p. 133) la justicia ha utilizado el texto de la Ley 26.862 (2013) de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida -y su decreto reglamentario 956/2013- como herramienta para convalidar la GS, por considerar que el procedimiento se encuentra implícitamente receptada en las citadas normas en atención a la remisión a las definiciones del glosario de TRHA de la OMS y al acceso integral sin discriminación por género u orientación sexual.

Se señala que si bien la gestación por sustitución no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional Nro. 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. (Juzgado de Familia y Menores Nro. 1, Villa Mercedes, San Luis, 2018).

2.5.5. La GS y el art. 562 del CCyC

De los casos resueltos en vigencia del CCyC, que problematizan el reconocimiento de la GS constatando la letra del art. 562 del CCyC -hay casos en los que la referencia al artículo luce ausente por ello no se los contabiliza-, predomina su declaración de inconstitucionalidad (60%) por sobre la declaración de inaplicabilidad (40%).

De este modo, la judicatura al realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad de la regla inserta en el art. 562, conforme el sistema de fuentes e interpretación que receptan los arts. 1 y 2 del CCyC, ha acudido o a su declaración de inconstitucionalidad, sosteniendo que el principio de “madre cierta es” atenta contra los principios y reglas fundamentales que surgen de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales y configura un valladar a la GS que no es posible integrar, o han declarado su inaplicabilidad a partir de la construcción de lo que en doctrina se ha denominado *sentencia expansiva*.

En palabras de Gil Domínguez (2018) estas sentencias:

se caracterizan por resolver un caso aplicando directamente la Constitución y los tratados de derechos humanos, sin tener que apelar a la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de una norma sobre la base coherente de aplicar la fuerza normativa de la regla de reconocimiento y entender que, (...) el Código Civil y Comercial es simplemente una garantía primaria de los derechos fundamentales y los derechos humanos y no "un lugar" donde se define la existencia de los derechos.

Como ejemplo de la primera tesitura podemos citar lo expresado por el Juzgado de Familia 1ª Nominación, Córdoba (2018):

Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CCyC la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna por ser la persona que dio a luz.

Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la persona que prestó el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización.

En el otro extremo se ha enrolado, entre otros, el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7, Rosario (2017):

En otras palabras, el artículo 562 del código civil y comercial no se aplica a la hipótesis de gestación por sustitución toda vez que la norma allí contenida no ha tenido en miras regular esta especie de TRHA, sino exclusivamente aquellas técnicas en que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la misma, haya aportado o no su propio material genético.

(...) destinatarios de este pronunciamiento, la norma del art. 562 CCC es un traje diseñado para un talle pequeño (small) que de ninguna manera fue confeccionado pensando en un talle extra-grande. Una interpretación contraria colocaría en seria contradicción a todo el sistema jurídico en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015. Por otra parte, resultaría contradictorio aplicar la regla del artículo 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico del mismo Libro Segundo, Título V, reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial (...).

2.5.6. ¿Homologación de acuerdo o autorización de la práctica?

En relación con este nudo problemático, en el que subyace la tensión siempre presente entre autonomía de la voluntad y orden público, lo primero que debemos advertir es que en un 46% de los casos las partes presentaron a la justicia un acuerdo gestacional, siendo mayor la proporción de casos sin acuerdos previos. Con una nota adicional que llama la atención. Esta situación general no se repite en forma pareja en todas las jurisdicciones. En el caso de Córdoba, por el contrario, son más los casos con acuerdos gestacionales previos (76%) que, sin acuerdo, mientras que, en Santa Fe, aunque con menor cuantía, sucede algo similar, un 58% de casos con acuerdo gestacional previo. Ello muestra que existe un *ethos* de la práctica de la GS de carácter local.

Retornando a la pregunta, la justicia ha mostrado ciertas reticencias a homologar acuerdos (o convenios) por considerar que la materia -filiación y derechos personalísimos de la mujer que gesta- se encuentran fuera de la órbita de contratación privada; acompañando de este modo la evolución que también se constata en los proyectos de ley posteriores al Anteproyecto -homologación del consentimiento vs. autorización judicial previa-.

Ahora bien, no obstante, todo lo antes dicho analizaré otros aspectos u otras cláusulas del convenio. Es que hay cláusulas en los que la mujer gestante se obliga a realizar o a asumir determinadas conductas; (...).

Así las cosas, en la cláusula VI apartado B. se detallan una serie de obligaciones a cargo de la mujer gestante que a mi criterio participan de las fallas precedentemente descriptas, como así también en cuanto a los apartados C.1. referido a la filiación del niño y el apartado C.3. referido a los derechos sucesorios de la gestante (ver fs. 9/10); en tanto que ambas normativas son de orden público y por lo tanto inexpugnable a la voluntad de las partes en términos contractuales que violentan el actual art. 845 y 848 del C.C.; finalmente la cláusula X en el mismo sentido impone a la mujer gestante la obligación de no interrumpir el embarazo, ello así afecta la libertad de las acciones de la portadora (fs. 11) y por ello violenta el actual art. 953 del C.C.

2.6. Los casos de GS ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

2.6.1. Advertencia preliminar

Como anticipara del total de 80 (ochenta) casos de GS que se han presentado en la justicia, entre 2013 y 2023, solo 4 (cuatro) no se encuentran firmes y están a la espera de una definición de la máxima autoridad judicial de nuestro país; la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es importante, poner de relieve que a estos casos se le suman dos casos más que están en la CSJN pero que no se centran en la filiación de niños/as sino en la obligación de las obras sociales o prepagas de cubrir los tratamientos para realizar una GS.⁴³

Asimismo, remarcar que la omisión de una decisión de la máxima instancia jurisdiccional de nuestro país sobre la GS, amén de un retardo de justicia injustificado, que vulnera los derechos de las personas involucradas en los casos particulares, ha coadyuvado a la instalación de una práctica de la GS sin garantías en la Argentina.

Aspiro a que nuestra Corte, conforme la altura de su responsabilidad institucional brinde una pronta respuesta y siga el sendero de su par colombiana. Me refiero a la Corte Constitucional de aquel país, en especial, a su sentencia del 18 de abril de 2024 en donde establece, por un lado, la siguiente manda destinada a los/as jueces/zas:

⁴³ Ver Capítulo IV.

Por último, la Sala estima conveniente recordarle a los jueces de la república, en particular al Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, que la utilización de instituciones jurídicas que no son propias de la gestación subrogada —como lo es el proceso de impugnación de la maternidad y la modificación en el registro civil de nacimiento— puede conllevar a un riesgo de apatridia, de tráfico y/o explotación sexual de los niños, pues al suprimir sus datos de identificación personales, se entorpece el vínculo que tienen con el Estado, y por consiguiente, la posibilidad de éste de protegerlos. En consecuencia, la Sala le sugiere a las entidades referidas que —mientras se expide la regulación correspondiente— se abstengan de alterar los documentos de identidad de los niños, niñas y adolescentes a los que se refiere esta decisión, con el propósito de que el Estado pueda protegerlos y efectúe el debido control sobre su nacionalidad, filiación, nombre y, en general, refuerce el control migratorio requerido. (Corte Constitucional, Colombia, 2024, T-127-2024, par. 216).

Y, a la par, exhorta al Poder Ejecutivo y Legislativo en los siguientes términos:

EXHORTAR al Ministro de Justicia y del Derecho, para que, en la próxima legislatura, presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la gestación subrogada en Colombia, y en especial, los efectos en el registro civil de los niños concebidos mediante este método y nacidos en territorio colombiano a fin de que no se registre como madre biológica a la mujer que presta su vientre, teniendo en cuenta los lineamientos desarrollados en la parte motiva de la presente sentencia.

REITERAR EL EXHORTO al Congreso de la República efectuado por esta Corte en la Sentencia T-275 de 2022, para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule de manera integral el procedimiento de gestación subrogada en Colombia, y tenga en cuenta: (i) su deber de definir la forma en que regulará la gestación subrogada, ya sea para prohibirla, permitirla libremente o limitarla a circunstancias específicas; (ii) el interés superior del niño y la garantía de los derechos de la niñez y (iii) el enfoque de género y la protección de los derechos de las mujeres gestantes. (Corte Constitucional, Colombia, 2024, T-127-2024, puntos II y III del resolutorio).

2.6.2. El recorrido por los pasillos de tribunales

Regresando a nuestros cuatro casos a la espera de una respuesta de la CSJN, resulta de interés destacan las siguientes notas distintivas y compartidas: i) comprometen a familias de varones de la diversidad sexo genérica, ii) se encuadran en la estrategia de judicializaciones una vez producido el nacimiento, iii) no existen desacuerdos o conflictos entre los progenitores intencionales y las mujeres gestantes, iv) todos tramitaron en la justicia nacional de familia, v) los cuestionamientos -apelaciones- fueron instados por los operadores del sistema de justicia -Asesores/Defensores de Menores y Fiscales-, y vi) cuentan con dictámenes favorables de la Procuración General de la Nación (PGN) y de la Defensoría General de la Nación (DGN).

¿Cuál es el recorrido de estos casos hasta llegar a la CSJN? Esquemáticamente podemos sintetizarlo del siguiente modo:

(i) Nacimiento de mellizos en fecha 26 de abril de 2016: Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 4 (2016) declara la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC y ordena inscribir a la niña y el niño como hija/o de los progenitores intencionales. El Ministerio Público apela el decisorio y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, (2016) revoca el decisorio de anterior y dispone que la Sra. Juez de grado con la mayor premura posible ordene la inscripción del nacimiento de los mellizos con los datos filiatorios que surgen del consentimiento informado y de las constancias del parto, es decir, se inscriba a la gestante como su madre, y se resuelva la adopción por integración plena de los niños a favor de la pareja de varones. Contra ese decisorio, los progenitores, al igual que la mujer gestante, interponen Recurso Extraordinario Federal ante la CSJN que les fuera concedido. La Procuración General ante la CSJN dictamina en forma favorable al reconocimiento de la GS (Dictamen del 27 de junio, 2019), lo mismo hace la Defensoría General de la Nación (Dictamen de marzo, 2017)⁴⁴. *Niña y niño que en el año 2024 cumplirán 8 años.

(ii) Nacimiento de un niño, en fecha 10 de enero de 2017, también por GS y en el marco de la misma familia del caso (i): Juzgado Nacional Civil Nro. 4 (2017) declara la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC y ordena inscribir al niño como hijo de los progenitores intencionales. El Ministerio Público apela el decisorio y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H (2018), cambiando su postura anterior, resuelve confirma el fallo y con ello el reconocimiento de la GS. Contra ese decisorio el Fiscal y la Defensora de Cámara interponen Recurso Extraordinario Federal ante la CSJN que les fuera concedido. La Procuración General ante la CSJN dictamina en forma favorable al reconocimiento de la GS (Dictamen del 27 de agosto, 2020), la Defensoría General de la Nación, por su parte, desiste del recurso interpuesto por la Defensora de Cámara (Dictamen 14 de junio, 2018). *Niño que en el año 2024 cumplió 7 años.

(iii) Nacimiento de un niño en fecha 4 de junio de 2015 a través de una GS: el Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 81 (2017) hace lugar a la impugnación de la maternidad, ordenando desplazar a la gestante y emplazar a los progenitores por voluntad procreacional. El Ministerio Público apela el decisorio y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E (2018) revoca la sentencia. Contra ese decisorio, los progenitores, al igual que la mujer gestante, interponen Recurso Extraordinario Federal ante la CSJN, una vez denegado, plantean Recurso de Queja. La Procuración General ante la CSJN dictamina en forma favorable al reconocimiento de la GS (Dictamen del 30 de noviembre, 2020), lo mismo hace la Defensoría General de la Nación (Dictamen del 19 de junio, 2019). *Niño que en el año 2024 cumplirá 9 años.

⁴⁴ Agradezco muy particularmente al Dr. Mariano Fernández Valle, Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación, por haberme permitido, con el fin de enriquecer la presente investigación, acceder a los dictámenes -no publicados- de los cuatro casos que están ante la CSJN de GS.

(iv) Nacimiento de una niña en fecha 17 de octubre de 2016 a través de una GS: el Juzgado Nacional Civil Nro. 26 (2018) hace lugar a la impugnación de la maternidad, ordenando desplazar a la gestante y emplazar a los progenitores por voluntad procreacional. El Ministerio Público apela el decisorio y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K (2020) revoca el decisorio por voto de mayoría⁴⁵. Contra ese decisorio, los progenitores interponen Recurso Extraordinario Federal ante la CSJN, una vez denegado, el Defensor Tutor designado, los progenitores y la mujer gestante, plantean Recurso de Queja. La Procuración General ante la CSJN dictamina en forma favorable al reconocimiento de la GS, aunque con algunas consideraciones sobre la participación procesal de la mujer gestante, que retomaremos luego (Dictamen del 22 de marzo, 2023), lo mismo hace la Defensoría General de la Nación (Dictámenes⁴⁶ del 1 de noviembre, 2021). *Niña que en el año 2024 cumplirá 8 años.

En los cuatro casos los/as operadores/as del sistema de administración de justicia, en especial el Ministerio Público en su doble vertiente, definen la filiación, falacia naturalista de por medio, a partir del parto; produciendo situaciones injustas como obligar al progenitor de intención a adoptar al niño (Borrillo, Daniel, 2021) y, a la par, imponer a una mujer que ha gestado para otros una maternidad no deseada ni querida.

2.6.3. La GS según la Defensoría General de la Nación (DGN)

Desde el doble enfoque de análisis -género y diversidad familiar- de la presente investigación, más allá de las especificidades de cada caso en particular, la postura que adopta la DGN respecto de la GS, una vez consumada, de allí su participación procesal -la existencia de niños/as nacidos/as-, puede resumirse en tres ideas centrales:

(i) La Autonomía y el respeto a la decisión de la mujer de gestar implica la imposibilidad de imponer una maternidad no consentida, ni deseada: “no guarda razón obligar a la madre que subroga su vientre a ejercer un rol que no desea (...)”. (DGN, 19 de junio, 2019). La imposición de la maternidad en estos casos, además, podría configurar un supuesto de violencia contra la libertad reproductiva. (DGN, 19 de junio, 2019).

(ii) Acotar la filiación por TRHA, dejando fuera la GS, resulta violatorio del principio de igualdad y no discriminación: “veda, en forma arbitraria, toda posibilidad de que dos hombres que conformen una pareja –biológicamente impedidos de concebir– puedan ser padres mediante un vínculo filial basado en los avances tecnológicos aplicados a las TRHA”. (DGN, marzo, 2017).

⁴⁵ Voto en disidencia de la Dra. Bermejo.

⁴⁶ Son tres dictámenes, uno en contestación del Recurso interpuesto por el Defensor Tutor designado, otro por los progenitores y otro por la mujer gestante.

(iii) El Interés superior del niño/a, en estos casos, implica tutelar el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva y socioafectiva –“otorgar la seguridad a los lazos jurídicos y a la relación familiar que se forjó desde el nacimiento”- (DGN, marzo, 2017).

2.6.4. La GS según la Procuración General ante la CSJN (MPF)

Por su parte, el posicionamiento que asume la Procuración respecto de la GS es, en primer lugar, sentar posición respecto a la discusión sobre el alcance del art. 562 del CCyC. Sobre ello, sostiene que en derecho argentino la GS no es una práctica prohibida, aunque carezca de una reglamentación específica, distinguiendo criterio de oportunidad legislativa -quita del art. 562 proyectado- de sinónimo de prohibición: “La decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma (...) de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de esta figura para un momento posterior evidencia un criterio de oportunidad legislativa” que no puede interpretarse como una prohibición. A ello, agregar, que la GS se encuentra contemplada en la ley 26.862. (PGN, 27 de agosto, 2020).

Al igual que en el caso de la DGN, señala que interpretar a la luz del texto del art. 562 del CCyC como prohibición de la GS es violatorio de garantías constitucionales, particularmente “de los derechos a la intimidad, la libertad personal, la igualdad y no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos, el interés superior del niño, la identidad, la protección de la familia y el derecho al goce de los beneficios del progreso científico”. (PGN, 30 de noviembre, 2020).

Interesa particularmente, lo expresado por la Procuración en su último dictamen (PGN, 22 de marzo, 2023) puesto que si bien reconoce que los recursos extraordinarios fueron mal denegados y dictamina a favor de revocar el pronunciamiento recurrido, señala la necesidad de remitir la causa al tribunal de origen porque se constata que, pese a tratarse de un caso de impugnación de la maternidad, no se le dio traslado de la demanda inicial a la mujer gestante y, por otra parte, señala que existen elementos contradictorios en cuanto a las circunstancias en las que se desarrolló la voluntad de la gestante.

Sobre este último punto, en el marco de los estándares regionales establecidos por la Corte IDH en el Caso IV vs. Bolivia (2016), concluye: “considero que resta determinar en este proceso, con el grado de rigor requerido, las condiciones en que la gestante ha prestado su consentimiento completo, oportuno, libre e informado. A tal fin estimo que M.A. debe asumir la condición de parte y resultar debidamente escuchada sobre estas circunstancias específicas”. (PGN, 22 de marzo, 2023).

Sobre esta última recomendación, si bien se comparten las advertencias sobre las falencias observadas en el proceso jurisdiccional y las preocupaciones sobre las condiciones en que se celebró este acuerdo de GS, surge el interrogante sobre si remitir a la causa de origen, con los tiempos que ello insume, es la respuesta más equilibrada conforme todos los intereses en juego, incluido el de la niña de más de siete años que vive con sus progenitores desde su nacimiento.

En línea con lo desarrollado por el TEDH en su Opinión Consultiva referida a la temática (TEDH, OC, 2019, parágrafo 55), el interés superior del niño/a nacido/a por GS requiere que la incertidumbre que rodea la relación legal con sus progenitores de intención sea tan breve como sea posible, puesto que hasta que esa relación sea reconocida en la legislación nacional, el/la niño/a se encuentra en una posición vulnerable con respecto a varios aspectos de su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

Por último, para cerrar este capítulo, es alarmante que el Poder Judicial, en más de una oportunidad⁴⁷, haya instado al Poder Legislativo Nacional para que procure dar tratamiento a los Proyectos de Ley sobre la GS -sin resultado exitoso-:

INSTAR al Congreso de la Nación Argentina, como medida de acción positiva derivada del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, a instalar en la agenda legislativa el tratamiento de la gestación por sustitución y/o, eventualmente, a promover el tratamiento de los proyectos que sobre la materia ya se hubieren presentado. La falta de regulación y anomia jurídica acelera la exposición de una parte de la ciudadanía a la desorganización social y el aislamiento del individuo en el acceso a los avances científicos, extremos inaceptables en un Estado de Derecho. A tales fines líbrese Oficio Ley. (Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, 2022).

Y, a la par, la máxima instancia de ese Poder Judicial no procure una respuesta en un tiempo oportuno y razonable.

CAPÍTULO VI. LA SITUACIÓN ANÓMALA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

1. Introducción

Como adelantara en el Capítulo V, a los casos judiciales que he tomado como base para graficar la situación de la GS en la Argentina, se le deben sumar los casos acaecidos a partir de la situación anómala que atraviesa la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a raíz de la vigencia de una medida cautelar dictada por la justicia que ha abierto, desde el año 2017 a la actualidad, la posibilidad de inscripción de niños/as nacidos/as de GS como hijos/as de sus progenitores de intención o con voluntad procreacional.

Se trata de un caso que inicia en el fuero contencioso, administrativo y tributario de CABA, contra el Registro Civil de esa localidad, a través de una acción de amparo colectiva interpuesta por el Defensor del Pueblo de la CABA, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans

⁴⁷ Ver Anexo II.

(en adelante, FALGBT), y una acción de amparo individual requerida por los señores D. R. y G. G. S. M.⁴⁸

El objeto del amparo colectivo es lograr que se ordene al Gobierno de CABA a inscribir: “a los niños y niñas nacidos/as por TRHA de alta complejidad realizada en el país, denominada gestación solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por él/la, los/as comitente/s con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitor/a a la persona gestante sin voluntad procreacional, y declarar la inconstitucionalidad de toda norma que impida o vulnere el derecho a la identidad de niños y niñas pertenecientes a dicho universo colectivo”. Además, como tutela cautelar, solicitan se ordene, hasta tanto se resuelva el fondo, la inscripción preventiva de los/as niños/as nacidos/as por GS en favor de los/as progenitores intencionales.

Por su parte, el amparo individual tenía por fin que el Registro Civil, proceda a la inscripción del nacimiento de los niños D. y T. a favor de los actores, quienes fueron concebidos mediante el método de gestación solidaria, reconociendo y garantizando la copaternidad registral igualitaria de ambos.

En primera instancia, la demanda es rechazada *in limine*. Respecto al amparo colectivo sostiene que lo que se pretende es ejercer un control de legalidad de la normativa involucrada y/o de la omisión del Estado Nacional, en el caso particular, del Poder Legislativo, de legislar la GS al sancionar el CCyC, materia ajena a la competencia material del fuero contencioso, administrativo y tributario. Asimismo, en relación al amparo particular, invocando precedentes anteriores del Tribunal Superior de Justicia de CABA, declinó la competencia del fuera y reconoció la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil, especializada en familia.

Contra el rechazo de la demanda las partes plantean recurso de apelación. En ese marco, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (4 de agosto, 2017), resuelve dejar sin efecto la resolución de grado y, en su remplazo, envía la causa a Secretaría General a efectos de que por sorteo se asigne nueva radicación a las actuaciones para la continuación de su trámite como amparo colectivo. Asimismo, la Alzada hace lugar a la medida cautelar peticionada por las partes, ordenando al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA que

⁴⁸ Cabe destacar que a comienzos del año 2023, la FALGBT, en forma conjunta con una pareja de varones -pretensos progenitores intencionales- y una mujer -pretensa gestante de los anteriores-, con el objetivo de extender la situación de CABA a otras jurisdicciones de nuestro país, replicaron esta estrategia y presentaron de una acción de amparo colectivo e individual contra Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco, la Dirección del Registro Civil y Capacidad de las Personas y/o quien en definitiva resulte responsable, destinada a que las/los niñas/os nacidas/os por “Gestación Subrogada” en la Provincia del Chaco, se inscriban a nombre de los progenitores procreacionales en los Registros Civiles de la Provincia. Asimismo, solicitaron como medida cautelar se ordenen las inscripciones provisorias y se convoque a todas las partes interesadas a una “audiencia de conciliación” (sic) a “fin de poder arribar de manera rápida a una justa solución, toda vez que se encuentran en juego los derechos a la identidad de niños y niñas comprendidos en el colectivo descrito”. Sin embargo, gracias a un accionar preventivo y conjunto de la Fiscalía de Estado y la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia, luego de producida la audiencia y contestada la demanda solicitando su rechazo, tanto la FALGBT como los particulares desistieron de la acción iniciada. (Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala Primera, Resistencia, Chaco, 30/05/2023, “Federación de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans y Otros C/S/Acción de Amparo”, Expediente Nro. 13252/23).

inscriba provisionalmente a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizados en el país, denominados de gestación solidaria, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por éstos, y sin emplazar como progenitora a la gestante que expresó previa y fehacientemente no tener voluntad procreacional. Asimismo, se ordena que sean debidamente incorporados los datos de la gestante en el legajo base –juntamente con la información que determina el art. 563, CCyC– a fin de respetar el derecho a la identidad de los niños y niñas pertenecientes a dicho colectivo.

Contra la decisión de Cámara, que confirma la competencia del fuero local para tramitar el caso y admite la cautelar, la asesoría tutelar plantea recurso de inconstitucionalidad. Denegado este, la Asesora Tutelar General va en queja al Tribunal Superior de Justicia de CABA. En fecha 7 de octubre de 2019, el Superior (TSJ CABA, 2019), por decisión de mayoría, resuelve admitir la queja parcialmente, es decir, admitirla en cuanto al fuero competente para resolver el fondo -Justicia Nacional Civil de Familia- pero rechazarla respecto al pedido de revocación de la medida cautelar.

¿Cómo se conformaron ambas mayorías? Respecto a la competencia material, dos juezas y dos jueces dieron razones coincidentes y sostuvieron que la competencia corresponde a la justicia nacional civil especializada en familia; la quinta jueza, otorgó otras razones y otra resolución, consideró que el recurso de queja no podía prosperar por no contener una crítica suficiente y adecuada de la decisión atacada.

Por el contrario, la decisión sobre el mantenimiento de la medida cautelar contó con lo que podríamos denominar una mayoría aparente, en tanto se ha sustentado “en votos que no guardan entre sí la mínima concordancia lógica y argumental requerida a los fallos judiciales” (CSJN, Fallos: 316:1991).

Por un lado, la Dra. De Langhe sostuvo:

Distinta suerte corresponde al recurso de hecho en cuanto persigue que se deje sin efecto la medida cautelar dictada en autos. (...) Sabido es que las sentencias que otorgan medidas cautelares no constituyen sentencias definitivas, y que sólo pueden ser equiparables a éstas cuando causan un gravamen de imposible reparación ulterior. Ahora bien, de los términos de la sentencia impugnada se desprende que **la inscripción provisoria ordenada por la medida cautelar se realiza resguardando en el legajo base los datos de la mujer gestante; este registro preserva los datos cuya pérdida podría afectar indefectiblemente el derecho a la identidad de los menores e incluso permite, en caso de tener la demanda una suerte adversa a los actores, la rectificación de las inscripciones oportunamente realizadas al amparo de la medida cautelar.** En este punto la recurrente no logra demostrar cuál es el agravio de imposible reparación ulterior que tornaría la sentencia cautelar en una equiparable a definitiva.⁴⁹

⁴⁹ El destacado es propio.

El Dr. Lozano, en cambio, considera que la cautelar no puede ser revocada puesto que “los agravios de la parte recurrente no están dirigidos contra la sentencia definitiva a que se refiere el artículo 26 de la ley n° 402 ni muestra razones para equipararla a una de esa especie”.

En sentido contrario, la Dra. Weinberg y el Dr. Otamendi, en voto conjunto, manifiestan:

Si bien las decisiones cuestionadas no constituyen sentencias definitivas, en tanto no se expiden sobre la cuestión de fondo, lo cierto es que ponen en juego la garantía constitucional del juez natural de la causa estrechamente relacionada en el caso con la garantía del debido proceso (...) Esto acontece en la causa, toda vez que tanto la decisión de que la cuestión relativa a la inscripción de los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida denominada “gestación solidaria” tramite ante el fuero local, **así como la medida precautoria dictada, podrían privar a esos niños de la eficacia tutelar que les es adeudada como parte esencial del proceso judicial, en el que corresponde considerar primordialmente su mejor interés.**⁵⁰

En este escenario, la Dra. Ruiz, a diferencia de sus colegas, considera que la queja no puede prosperar ya que no contiene una crítica suficiente y adecuada de las razones por las que el recurso de inconstitucionalidad fuera denegado. Agregando: “En efecto, no demuestra por qué lo decidido le ocasiona un gravamen irreparable toda vez que (...) la medida cautelar dictada ha sido dictada **en términos provisorios, a fin de salvaguardar derechos fundamentales de los niños involucrados**”.⁵¹

El contrapunto entre las razones brindadas por los/as jueces/zas es elocuente. Si bien la resolución no fue apelada, quedando firme, cabe preguntarse sobre qué fundamentos debería haber sustentado sus agravios la Asesoría Tutelar en caso de querer plantear un Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación: ¿sobre la afirmación que sostiene que los derechos de los niños/as están resguardados por ser la inscripción de carácter provisorio? ¿Sobre el razonamiento que se limita a afirmar que la cautelar no es equiparable a sentencia definitiva? ¿Sobre la falta de fundamentación del recurso de queja? Como señala Farrell (2003), estos interrogantes muestran claramente que “no se trata, exactamente, de que las razones integren el resultado, sino de que la bondad del resultado depende de la coincidencia en las razones”.

Más allá de las críticas esgrimidas y de las dificultades contra fácticas señaladas, lo cierto es que a la luz de la cautelar convalidada por el TSJ, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA dictó tres Disposiciones, a saber: Disposición Nro. 93/DGRC/17 del 13/10/2017, Disposición Nro. 103/DGRC/17 del 26/10/2017 y Disposición Nro. 122/DGRC/20 del 30/04/2020.

En la última de sus disposiciones, la Nro. 122, el Registro sobrepasó incluso los parámetros de la propia medida cautelar dictada por la Justicia. Pues en el procedimiento de inscripción vigente, se

⁵⁰ El destacado es propio.

⁵¹ El destacado es propio.

modificó el punto 1 del artículo 1, eliminando el requisito de que se trate de gestaciones realizadas en el país: “Art. 1: (...) 1. Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria”.⁵²

Insisto, todo ello a raíz de una medida cautelar que se encuentra vigente desde hace prácticamente siete años, con efectos erga omnes, dictada por un fuero declarado incompetente, en una causa iniciada como amparo colectivo que nunca fue anotada, ni tramitada como tal y con una justicia nacional civil que, pese a estar interviniendo desde fines del año 2019, demoró cuatro años en dictar sentencia (Juzgado Nacional Civil Nro. 8, 4 de junio 2024); sentencia que al momento de escribir estas líneas no se encuentra firme y sobre la que volveré al final del presente capítulo (apartado 4).

En este escenario, a los fines de conocer la realidad de la GS en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la presente investigación, he solicitado, en el marco de la Ley CABA Nro. 104 de Acceso a la Información Pública, datos relacionados con las inscripciones de niños/as nacidos/as por GS en CABA desde la vigencia de la cautelar, 2017, hasta fines de 2023.⁵³

2. Acceso a la Información Pública: CABA

2.1. Cantidad de inscripciones 2017-2023

El primer dato requerido refiere a la cantidad de nacimientos inscriptos en el Registro Civil de CABA, de niños/as nacidos/as por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria, por aplicación de las Disposiciones Técnico-Registrales 93/DGRC/17, 103/DGRC/17 y 122/DGRC/20.

Para el período 2017 a 2023 se inscribieron un total de 135 (ciento treinta y cinco) niños/as nacidos/as por GS, con un ascenso exponencial de casos en el último año, con un crecimiento interanual 2023/2022 de más del 240%: 2 (dos) inscripciones en 2017, 5 (cinco) en 2018, 7 (siete) en 2019, 8 (ocho) en 2020, 21 (veintiuno) en 2021, 27 (veintisiete) en 2022 y 65 (sesenta y cinco) en 2023.

También se indagó sobre la cantidad de nacimientos inscriptos/as, en el Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de niños/as nacidos/as por GS realizadas en el exterior, en el marco de la vigencia del art. 1 de la Disposición 122/DGRC/20.

Sobre este punto, conforme la información brindada mediante IF-2023-32840016-GCABA-DGRC del día 1 de septiembre de 2023, las inscripciones de este tipo hasta esa fecha solo ocurrieron en una oportunidad.

⁵² En su versión anterior, el texto de la Disposición sostenía: “(...) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria *realizada en el país*”.

⁵³ IF-2023-32840016-GCABA-DGRC, 1/09/2023; IF-2023-35897276- GCABA-DGRC, 25/09/2023 e IF-2024-01708058- GCABA-DGRC, 5/01/2024.

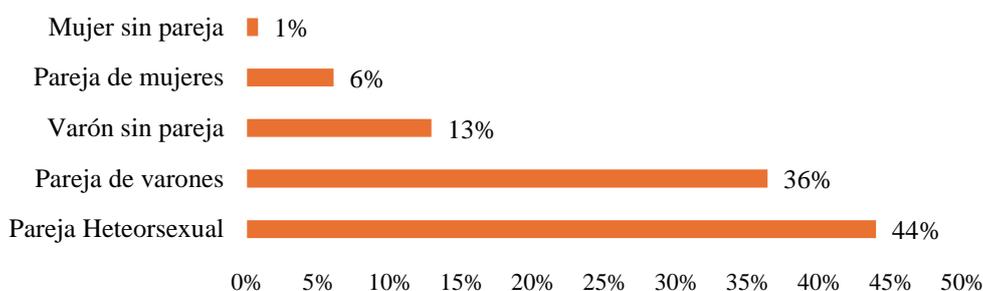
2.2. Inscripciones por composición familiar de progenitores intencionales

Seguidamente, se solicitó se informe cantidad de inscripciones por composición familiar de los/as progenitores intencionales. Del total de inscripciones sin control judicial, en el período 2017-2023, el 86% comprometen proyectos biparentales, es decir, los progenitores son parejas, casadas o no, mientras que el 14% comprometen proyectos mono/maternales/parentales, mujer sin pareja y hombre sin pareja.

Asimismo, tal como se visualiza en la figura 6, el 44% comprometen a parejas heterosexuales, el 36% a parejas de varones, el 13% a varón en proyecto monoparental, el 6% pareja de mujeres, mientras que el 1% a varón en proyecto monomarental.

Figura 6

Porcentual de casos de GS sin control judicial en el período 2017-2023 por composición familiar de progenitores intencionales



Nota: Elaboración propia a partir de la información brindada por el Reg. Estado Civil y Cap. de Pers., Ministerio de Gobierno, Ciudad de Buenos Aires.

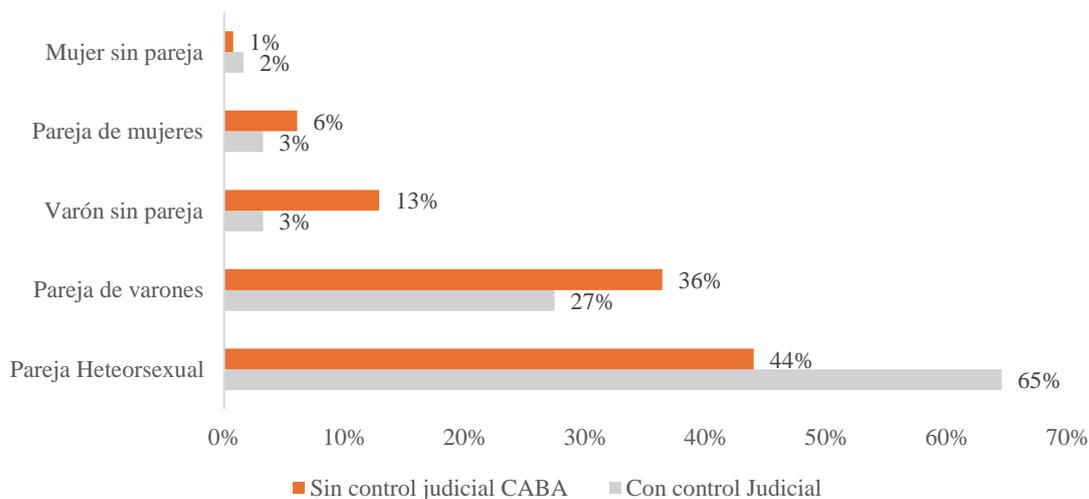
Si cruzamos estos datos con los hallazgos sintetizados en el apartado 2.3. de este capítulo - Diversidad Familiar y GS- se puede advertir que las familias que rompen con el paradigma heteronormativo no solo eligen con más frecuencia ir a la justicia ex post, es decir, una vez nacido/a el niño/a, sino que incluso “huyen” de la judicialización, adhiriendo al sistema de inscripción sin control judicial que rige en CABA.

Tal como se desprende de la figura 7, si se comparan los casos con control judicial de los casos de inscripciones realizadas en CABA⁵⁴ se observa la siguiente diferencia: en los casos de parejas heterosexuales y mujeres sin pareja es mayor el porcentaje de casos de GS con control judicial que sin control judicial, mientras que, en el caso de pareja de varones, pareja de mujeres o varones sin pareja la relación es inversa.

⁵⁴ Cabe advertir que, si bien en rigor no son exactamente comparables los casos con control judicial que los casos sin control, puesto que en el primero se contabilizan casos a partir de sentencias dictadas y en el segundo inscripciones de niños/as nacidos/as, el cruce permite visualizar la situación de la GS por composición familiar, o si se quiere, su accesibilidad.

Figura 7

Comparativo de casos de *GS sin control judicial* y con control judicial en el período 2017-2023, por composición familiar de progenitores intencionales



Nota: Elaboración propia a partir de la información brindada por el Reg. Estado Civil y Cap. de Pers., Ministerio de Gobierno, Ciudad de Buenos Aires y a partir de la lectura de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos y recopiladas y sistematizadas para la presente investigación.

2.3. Inscripciones por nacionalidad de progenitores intencionales

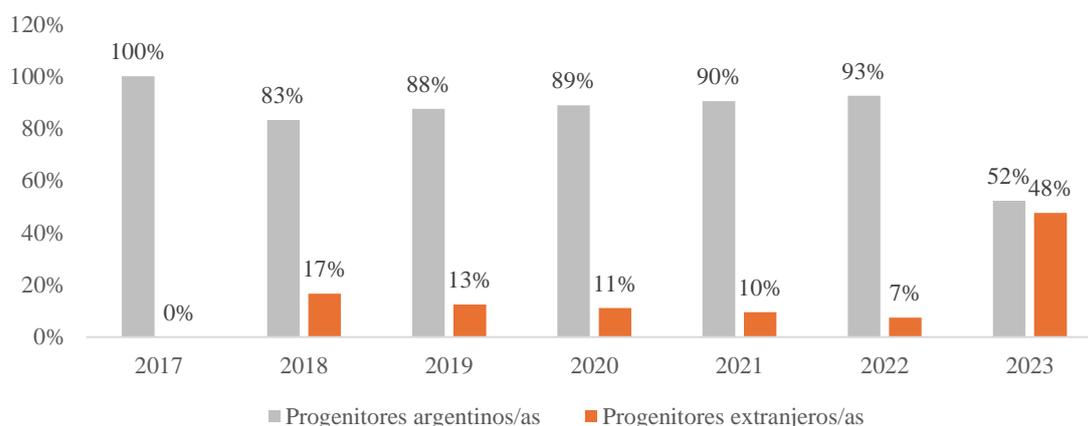
Otro de los datos solicitados y obtenidos es la cantidad de nacimientos inscriptos de niños/as nacidos/as por GS en el período 2017-2023, diferenciando el número de inscripciones de niños/as conforme la nacionalidad de su/s progenitor/es, es decir: inscripciones a favor de progenitor/es argentinos/as (de nacimiento o nacionalizados) y progenitor/es extranjeros/as. En caso de tratarse de un binomio parental constituido por un progenitor extranjero/a y otro/a argentino/a, se requirió se contabilice la inscripción como un supuesto de progenitores argentinos.

Tal como se observa en la Figura 8, si bien las inscripciones de niños/as con progenitores intencionales extranjeros comienzan a producirse un año después del dictado de la medida cautelar, es recién en el año 2023 que se produce un crecimiento exponencial de inscripciones bajo este encuadre.

Para este último año las inscripciones a favor de progenitores/as extranjeros/as casi igualan en cantidad (48%) a las de progenitores/as argentinos/as o naturalizados/as (52%). Números que permiten advertir que Argentina se está convirtiendo en país receptor de turismo reproductivo, fenómeno sobre el que se vuelve más adelante.

Figura 8

Composición porcentual de cantidad de inscripciones de nacimientos por gestación por sustitución en CABA sin control judicial, por nacionalidad de progenitores intencionales y por año (2017-2023)



Nota: Elaboración propia. Fuente D. G. Reg. Estado Civil y Cap. de Pers., Ministerio de Gobierno, Ciudad de Buenos Aires. * Nacimiento de mellizos

2.4. Inscripciones por nacionalidad de la mujer o persona gestante

Respecto de la cantidad de nacimientos inscriptos de niños/as nacidos/as por GS, en el período 2017- 2023, también se solicitó información sobre el número de inscripciones de niños/as según la nacionalidad de quien los ha gestado sin voluntad procreacional, es decir: a) cantidad de inscripciones de nacimientos en el marco de GS realizadas por mujeres o personas gestantes argentinas (de nacimiento o nacionalizadas) y b) inscripciones de nacimiento con mujeres o personas gestantes extranjeras.

Como se puede observar a partir de los datos de la Tabla 5, año a año va aumentando la cantidad de inscripciones de nacimientos por GS en la Ciudad de Buenos Aires, sin intervención judicial, con mujeres o personas gestantes extranjeras, alcanzando en un acumulado de seis años (2017-2020) un total de 26 (veintiséis) casos, es decir, el 19% de los nacimientos por GS inscriptos.

Tabla 5

Cantidad de inscripciones de nacimientos en CABA sin control judicial por nacionalidad de la mujer o persona gestante, por año, período 2017-2023

Período	Total Inscripciones sin intervención judicial CABA	Nacionalidad de la persona o mujer gestante	
		Argentina	Extranjera
2017	2*	2	-
2018	5	5	-
2019	7	5	2

2020	8	5	3
2021	21	17	4
2022	27	22	5
2023	65	53	12
Total	135	109	26

Nota: Elaboración propia. Fuente D. G. Reg. Estado Civil y Cap. de Pers., Ministerio de Gobierno, Ciudad de Buenos Aires. * Nacimiento de mellizos.

2.5. Algunas conclusiones a partir de los datos obtenidos

Cada vez son más los nacimientos por GS que se inscriben en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, sin intervención judicial. El aumento más notable se produce a partir del año 2021, aunque es de destacar el alza del último año: el comparativo 2023-2022 arroja un crecimiento interanual del 240%.

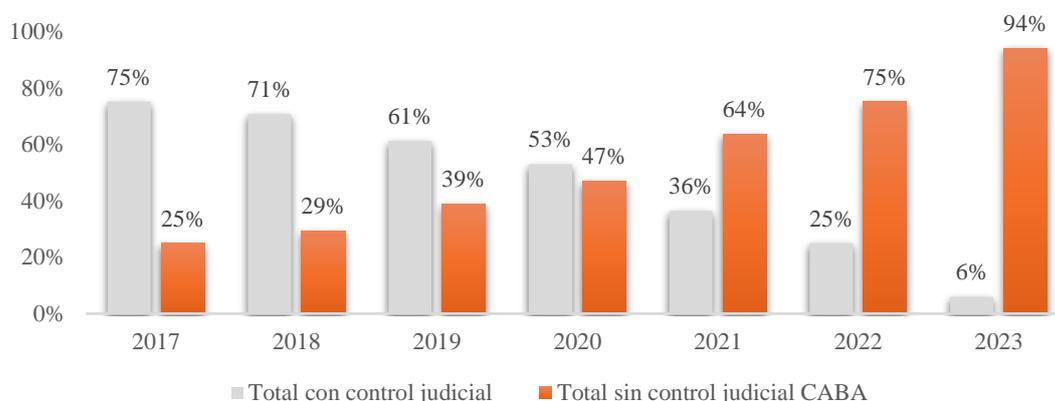
Se observan dos fenómenos migratorios simultáneos, uno interno y otro externo.

La migración interna se deduce del cruzamiento entre dos fuentes de información: los casos de GS judicializados⁵⁵, aglutinando aquí lo que anteriormente presentamos de modo desagregado - autorizaciones judiciales previas y peticiones judiciales de reconocimiento de GS durante el embarazo o post nacimiento- y los casos de inscripciones sin judicialización informados por CABA.

Como se puede observar de la Figura 9, a partir del año 2021, como anticipara, comienza a revertirse la tendencia puesto que cada son menos los casos judicializados y, como contrapartida, más las inscripciones sin intervención judicial por la reabsorción de la práctica de la GS en CABA.

Figura 9

Composición porcentual de casos de GS con control judicial y sin control judicial por año (2017 a 2023)



Nota: Elaboración propia a partir de la información brindada por el Reg. Estado Civil y Cap. de Pers., Ministerio de Gobierno, Ciudad de Buenos Aires y a partir de la lectura de las sentencias publicadas en diversos portales jurídicos y recopiladas y sistematizadas para la presente investigación.

⁵⁵ Recuérdese que los casos con control judicial -en forma previa o post práctica- tienen origen en diversas jurisdicciones.

Como adelanté, preocupa un fenómeno migratorio externo que comienza a visibilizarse en los últimos años: la Argentina se está convirtiendo en destino de turismo reproductivo en su doble vertiente, mujeres gestantes que vienen a la Ciudad de Buenos Aires a gestar niños/as para terceras personas y progenitores/as extranjeros/as que vienen a la Ciudad de Buenos Aires al solo efecto de poder inscribir a sus hijos/as, sin trámites judiciales, y volver a sus países de origen con los/as niños/as, con todos los potenciales conflictos que estas situaciones pueden generar, amén de la falta de control sobre las condiciones en que se celebran estos acuerdos.

Como señalan algunas investigaciones del campo de las ciencias sociales provenientes de España, país en el cual la GS se encuentra prohibida por ley (art. 10, Ley 14, 2006), por lo cual, los/as progenitores/as intencionales españoles/as recurren a otros países con el fin de sortear el valladar legal:

El mercado desempeña un papel fundamental en la extensión de las TRA y, en particular, la GS, ya que utiliza el conocimiento, los medios y el capital a fin de generar demanda. Además, las TIC contribuyen a que las clínicas de fertilidad y las agencias de GS anuncien servicios de atención reproductivos entre fronteras a una escala local vía Internet, hecho que hace que aumente el número de demandas de atenciones reproductivas transfronterizas (...). La sociedad de la información conectada vía Internet tiene un gran impacto en la organización de la GS, ya que permite motivar, informar y organizar a los distintos actores que participan en la GS.

Añadiendo lo siguiente:

Las agencias centran su propuesta de valor en la calidad de sus servicios a fin de que las MPI (madres, padres de intención) las perciban como organizaciones con las que llevar a cabo la práctica de GS (...), estas dejan en un segundo plano la comunicación de los riesgos, conflictos sociales que se pueden desarrollar entre las partes interesadas, las consecuencias sociosanitarias o las responsabilidades financieras. Su relato sobre la calidad de sus servicios se enmarca en la relación biogenética entre las MPI y el futuro hijo/a, y en la reducción de la aversión al riesgo de las MPI para la filiación legal con el futuro hijo/a. Para reducir la aversión al riesgo de la filiación legal, utilizan referencias muy generales al registro civil del futuro hijo/a". (Martínez Sánchez et al., 2021, p. 172)

Como bien se señala en la investigación citada, los actores implicados en la GS transfronteriza no son sólo las agencias intermediarias, sino que se produce un entramado de interrelaciones entre: a) actores sociosanitarios: médicos/as, personal técnico de laboratorio, enfermeros/as y personal sociosanitario; b) actores de la administración pública: consulados, registros civiles; c) actores del mercado reproductivo y turístico: centro de salud, operadores de turismo médico, agencias y otras organizaciones y d) actores directos: madres/padres intencionales, mujeres o personas gestantes, agencias mediadoras, centros de reproducción asistida y donantes de óvulos/esperma.

Estos hallazgos son aplicables por entero a la realidad de GS en la Argentina. Los sitios web de Centros de Fertilidad y/o agencias intermediarias y/o estudios de abogados/as publicitan la práctica

de la GS y ofrecen a la Argentina como país de destino seguro y accesible para realizar esta práctica, pese a la falta de ley y, más preocupante aún, sin advertir a las partes intervinientes de la precariedad de las disposiciones técnicas registrales de la CABA, atento a que no solo penden de un amparo colectivo pendiente de resolución definitiva en la justicia sino que refieren a estas inscripciones de nacimientos como “inscripciones en términos preventivos”. Se presenta un ejemplo surgido de la indagación en sitios web:

- “Buenos Aires (Argentina), el destino elegido para la gestación subrogada segura”: xxx ha sumado el servicio de gestación por sustitución (gestación subrogada). Aunque este programa ya tuvo su comienzo hace algunos años atrás, el boom de crecimiento se ha producido recientemente, en 2022. La utilización del útero subrogado, donde una gestante lleva adelante el embarazo de la/el/los madres/padres por intención, es una opción legal en Argentina. (...) Cada vez son más los pacientes que se someten a la gestación subrogada, especialmente en la ciudad de Buenos Aires, donde la opción de tener un parto y recibir una partida de nacimiento a nombre de los futuros padres es posible y segura. Además el costo de este tipo de tratamientos que incluyen el asesoramiento legal, la búsqueda de la gestante, el tratamiento de reproducción asistida con óvulos propios o de donante, el estudio de los embriones con PGT-A y la transferencia de embriones criopreservados está por debajo de los costos que se encuentran en los pocos países donde esta opción es legal, y es una gran oportunidad para muchas personas de Argentina, de Sudamérica y, muy utilizado por pacientes que vienen de EE.UU., Canadá, Europa y Asia.⁵⁶

De este modo, por imperio de la cautelar vigente -agregaría, cautelar “eterna”- y las consecuentes Disposiciones Técnicas Registrales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -la última de ellas, no tan consecuente-, la GS en nuestro país se encamina y adapta a las lógicas del mercado. Como señala Beltrán (2022, p. 450):

Coincido con Diana Maffía (2010) cuando afirma que la fertilidad de las mujeres, lejos de ser una cuestión personal, siempre fue una cuestión económica y política de gran magnitud. Dejar la fertilidad y la capacidad para gestar en manos del mercado no solo es un riesgo para los cuerpos de las mujeres, sino que, además, supondría exponer a los cuerpos que gestan a toda la violencia que los procesos de contextualización son capaces de generar: un cuerpo que gesta para otros, expuesto sin control al mercado, es un cuerpo que gesta para todos (...).

3. “Acuerdos” de GS como consecuencia de la situación en CABA

La situación descrita en el apartado anterior -inscripciones “provisorias” de niños/as nacidos/as de GS sin control judicial- tiene como antesala un escenario que justifica la preocupación por la

⁵⁶ Disponible en <https://espanol.fertilityargentina.com/buenos-aires-argentina-gestacion-subrogada-segura-legal-embarazo-gays-hombres/>. Ver también, <https://sudamericasurrogacy.com/programa-en-argentina-para-extranjeros/>

posible vulneración de los derechos de todas las personas intervinientes en un “acuerdo” de GS. Me refiero a la intervención encadenada -la mayoría de las veces, coordinada y conjunta- de agencias intermediarias, estudios de abogados/as y centros de fertilidad que no solo actúan como enlaces entre la “demanda” de pretensos progenitores intencionales y la “oferta” de mujeres o personas gestantes, sino también elaboran “acuerdos” predispuestos con cláusulas contractuales ostensiblemente violatorias de los derechos personalísimos de la mujer gestante y de normativas de orden público, no derogables por convención entre partes.

Como muestra de ello, transcribo a continuación solo algunas de las cláusulas insertas en un modelo de *Acuerdo de Gestación Solidaria* que se le brindara a una paciente en un Centro de Fertilidad de CABA en octubre de 2023, con el fin de concretar su intención de ser madre junto a su cónyuge a través de la gestación de sus embriones en el cuerpo de una tercera persona no conocida por ellos en forma previa⁵⁷:

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (...) del mes de Octubre de 2023, (...), en adelante LA GESTANTE, por una parte, y (...), casados, (...), en adelante LOS PADRES INTENCIONALES, todos mayores de edad, plenamente capaces, acuerdan celebrar el presente ACUERDO DE GESTACION SOLIDARIA, sujeto a las siguientes cláusulas que regirán a las partes antes, durante y en la posterioridad inmediata al nacimiento del niño/a gestado/a. (...) (1)- LA GESTANTE se compromete a tomar todos los recaudos necesarios para llevar adelante un embarazo saludable, **concurriendo a los controles médicos periódicos junto a LOS PADRES INTENCIONALES, quienes elegirán a los/as profesionales de la salud que llevarán adelante los controles de la gestación y parto.** (...) (2)- LAS PARTES acuerdan expresamente en este acto que, al momento del nacimiento del niño/a concebido/a a través de técnicas de reproducción humana asistida, **LOS PADRES INTENCIONALES acompañarán a LA GESTANTE en el parto; quienes recibirán a su hijo/a.** (...) (3)- LAS PARTES acuerdan que el parto tendrá lugar en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en razón a que esta jurisdicción local cuenta con especial normativa que garantiza la inscripción registral de niños/as nacidos/as por gestación solidaria. En consecuencia, por razones de salud y seguridad jurídica, **se priorizará que LA GESTANTE no realice viajes de larga distancia durante el último trimestre, procurando permanecer en la Provincia de Buenos Aires, en cercanía a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta el parto.** (4)- Solamente en caso de riesgo de vida de LA GESTANTE, que pudiera eventualmente surgir durante el transcurso de la gestación/embarazo, y con las pruebas del caso, **LAS PARTES acuerdan que LA GESTANTE decidirá, previo informe a LOS PADRES INTENCIONALES, si procederá a interrumpir legalmente el embarazo (ILE), de conformidad con la legislación vigente.** (5)- En caso de riesgo a la vida o la salud del feto, que pudieran eventualmente surgir durante el transcurso de la gestación/embarazo, **LAS PARTES acuerdan que evaluarán en conjunto esos riesgos a fin de decidir si se**

⁵⁷ Agradezco a la Magister Soledad Tagliani el haberme facilitado este material -anonimizado- para la presente investigación.

procederá a interrumpir legalmente el embarazo (ILE), de conformidad con la legislación vigente.⁵⁸

Cada una de estas cláusulas, como su análisis conjunto e integral, es violatoria de los derechos personalísimos de la mujer gestante y contradice normas legales con anclaje constitucional –convencional, así como los estándares de DDHH reseñados en el Capítulo II.

En síntesis, el acuerdo parcialmente transcrito infringe de modo palmario la autonomía reproductiva de la mujer o persona gestante, limita su derecho a la libre circulación y contradice lo dispuesto por normativa de orden público, entre otras, la ley de protección del embarazo y del recién nacido (Ley 25.929, 2004) y la ley de acceso a la interrupción del embarazo (Ley 27.610, 2021). En especial, su derecho a ser acompañada por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y postparto (art. 2, inc. g), determinación que no puede estar supeditada a un acuerdo contractual con terceras personas sino ser producto de su decisión informada, íntima y personal; y su derecho a interrumpir el embarazo por causales (ILE) -y aunque no forme parte de las cláusulas, detalle no menor, también, sin causales (IVE)- sin sujeción o supeditación a lo que opinen o consideren terceras personas, en tanto, nadie puede ser sustituido en el ejercicio de este derecho (art. 7, in fine, Ley 27.610).

En estas condiciones se está desarrollando la práctica de la GS en CABA. Acuerdos que distan de garantizar los derechos de todas las partes intervinientes: a) no garantizan la autodeterminación de la mujer o persona gestante en todos los aspectos relacionados con su cuerpo durante la fase de inseminación -preparación previa y transferencia embrionaria-, el embarazo y, en particular en lo que respecta a la interrupción del embarazo, b) no aseguran la pronta determinación de la filiación del niño/a nacido/a de esta técnica puesto que el acuerdo está sujeto a la vigencia de una medida cautelar y, aún vigente, no resuelve su filiación definitiva sino solo su inscripción provisoria y c) generan en los pretensos progenitores falsas expectativas, incorporando cláusulas de imposible cumplimiento por vía ejecutiva, lo que produce un transitar del tratamiento, embarazo y parto plagado de incertezas y angustias.

Como contrapartida, los actores intermediarios de esta escena -agencias, centros de fertilidad, estudios de abogados/as, etc.- se aseguran la obtención de enormes beneficios económicos. Claramente, no todas las partes ganan o, al menos, no lo hacen de manera equilibrada y respetuosa de sus derechos fundamentales.

4. Epílogo de cara al futuro

Como adelantara en la introducción de este capítulo, la causa que dio origen a la situación actual de la GS en CABA se encuentra radicada hace más de cuatro años en el Juzgado Nacional Civil Nro.

⁵⁸ Los destacados son propios.

8, con una tramitación caracterizada por planteos contrarios a la ley, resoluciones erradas en torno a la legitimación pasiva, decisiones regresivas en términos de derechos, en especial, los derechos de niños/as ya nacidos/as al amparo de la cautelar vigente.

Como ejemplo de lo primero - situaciones contrarias a la ley- cabe referirnos a lo sucedido en una de las audiencias (abril, 2022) en la que las partes -actores y demandado- informan al juzgado haber llegado a un acuerdo sobre el objeto de las actuaciones, conviniendo que la medida judicial cautelar adquiera carácter de sentencia firme, con retroactividad al inicio de la causa y efecto erga omnes. Todo ello por la sola aquiescencia entre las partes, haciendo a la vez de jueces/as y legisladores/as y convirtiendo la filiación de niños/as en un objeto de transacción entre particulares, la Federación y la Defensoría del Pueblo y los representantes de la administración de un Gobierno local.

En cuanto a la legitimación pasiva, en la audiencia referida, las partes, también solicitaron a la jueza que una vez cumplido lo acordado (sic) se de traslado al Estado Nacional a los efectos de que tome la intervención que estime corresponder respecto de los efectos y alcances de lo acordado (sic). En fecha 30 de octubre de 2023, desde el juzgado se informa que se reiteró el envío de la causa al Estado Nacional. Ahora bien, en lugar de dar intervención a la Procuración del Tesoro de la Nación, órgano encargado de representar y defender al Estado Nacional en causas judiciales como la presente, la jueza ordena el traslado al Registro Nacional de las Personas (RENAPER), órgano sin ningún tipo de intervención en la materia objeto de estas actuaciones.

Por otra parte, cabe referirme a la polémica decisión de la jueza (Juzgado Nacional Civil Nro. 8, 6 de mayo, 2024) de no autorizar la salida del país de los niños/as nacidos/as de GS en CABA, luego de afirmar haberse anoticiado por los medios de comunicación públicos⁵⁹, que la medida provisoria adoptada por el tribunal que intervino en origen podría ser utilizada para una finalidad no prevista en la resolución aludida y contraria al ordenamiento jurídico, ordenando informar a la Dirección General de Migraciones que,

las inscripciones provisionales de nacimientos en los términos de las medidas cautelares no son suficientes para habilitar la salida del país de los niños así inscriptos. En virtud que la resolución que habilitó dicha registración expresamente determinó que no importa determinación de relación jurídica filiatoria (...) Asimismo, póngase en urgente conocimiento de la justicia punitiva lo que resulta de la noticia obrante en la certificación que antecede.

De este modo, en lugar de tomar medidas de carácter preventivo, como ser la decisión de revocar la medida cautelar con miras al futuro, evitando que las posibles situaciones de abuso se repliquen y acrecienten y, a la par, otorgar una solución definitiva respecto de los más de 130 ya niños/as

⁵⁹ En referencia a la noticia publicada el día anterior, Romero, “Preocupación en juzgados de Familia por sospechas de trata en casos de maternidad subrogada”, 5/05/2024, disponible en <https://www.perfil.com/noticias/cordoba/preocupacion-en-juzgados-de-familia-por-sospechas-de-trata-en-casos-de-maternidad-subrogada.phtml>

nacidos/as e inscriptos/as aún en forma provisoria, adopta una decisión que vulnera más aún su interés superior, los coloca en una situación desventajosa y, a la par, restringe los derechos de sus progenitores.

Situación que se torna más compleja en relación a niños/as de progenitores/as intencionales extranjeros/as. Téngase presente que, a raíz de la medida cautelar vigente y las disposiciones registrales, CABA se ha convertido en un destino atractivo para muchas personas que se desplazan a través de las fronteras estatales en busca de legislaciones más permisivas para poder acceder a la maternidad/paternidad a través de la GS. (Rubaja, 2021).

Finalmente, el 4 de junio de 2024 -casi un mes después de disponer como medida la restricción de salida del país- la jueza (Juzgado Nacional Civil Nro. 8, junio, 2024), haciendo propios los fundamentos del dictamen de la fiscal (Ministerio Público Fiscal, 29 de mayo 2024)⁶⁰ y añadiendo otros vinculados al interés superior de la “persona por nacer” (sic) que refiere proteger la norma impugnada (artículo 562), rechaza la demanda interpuesta –“amparo colectivo”- y, por lógica, dispone que la medida cautelar decretada por el tribunal de origen quede sin efecto.

Asimismo, con relación a las inscripciones provisionales efectuadas entre 2017 y 2024, establece que sea el juez/a de cada causa quien deba resolver “lo que corresponda según la aplicación del derecho vigente a las circunstancias del caso concreto”. Ordenando se de intervención al Ministerio Público respecto de cada una de las inscripciones provisionales informadas por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “a los efectos del contralor de la legalidad de los actos que de ello se hayan derivado, que puedan controvertir la finalidad de la inscripción provisoria o puedan haber sido causas de consecuencias contrarias al ordenamiento jurídico”. Decisión está última que más allá de sus dificultades reales - ¿cómo iniciar juicios filiales, por ejemplo, de progenitores que ya se encuentran radicados/as con sus hijos/as en el extranjero? - vulneran el derecho a la vida privada y familiar de las personas ya nacidas de estos procedimientos, nacidas, insisto, en el marco de un Estado que avaló por acción y/o omisión que ello suceda.

Por último, destacar que, al momento de escribir estas líneas, la sentencia no se encuentra firme pues ha sido apelada por los actores, razón por la cual, hasta tanto no se expida la justicia de manera definitiva los efectos de la medida cautelar respecto de los niños/as nacidos/as y de los que están en vías de nacer resulta ser una incertidumbre.

⁶⁰ El dictamen de la fiscal se centra en tres razones que se interrelacionan entre sí, a saber: a) lo que se pretende con la acción es que el Poder Judicial asuma funciones legislativas vulnerando la división de poderes, b) ante inexistencia de un caso contencioso, no corresponde que la justicia se expida o decida sobre cuestiones abstractas y c) al Poder Judicial le está vedada la facultad de una norma o regla de conducta legítima aplicable a casos futuro, siendo su función principal la resolución de casos concretos y actuales.

CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES

El propósito de esta investigación ha sido visibilizar qué cosmovisiones subyacen en las unidades de estudio seleccionadas -proyectos de ley y jurisprudencia en el interregno 2013-2023- sobre la autonomía de las mujeres que gestan para terceras personas, el debate respecto a la GS altruista o comercial, la familia o las familias a quien se les reconoce el acceso a esta técnica particular, y el rol que le cabe al Estado frente a esta práctica del mercado reproductivo.

Si bien a lo largo de la presente, en cada capítulo, se han señalado una serie de hallazgos y se han vertido conclusiones y/o reflexiones personales sobre los ejes o dimensiones seleccionados, conviene aquí reseñar y detallar las directrices conclusivas generales o transversales a toda la investigación.

En primer lugar, en atención a los dos enfoques adoptados en el presente estudio, resaltar que en el debate en torno a la regulación de la GS en Argentina en el interregno 2013-2023 prevalece, como defensa argumental positiva de la GS, el enfoque de la diversidad familiar por sobre el de género.

En otras palabras, si bien el enfoque de género está presente tanto en las decisiones individuales que ha resuelto la justicia como en las proyecciones legislativas esbozadas en el ámbito del Congreso de la Nación, el uso de esta perspectiva se circunscribe a un control del debido resguardo/protección de quien gesta para otro/s frente una posible explotación en manos del mercado reproductivo, no así como una herramienta para diseñar respuestas normativas/jurídicas hábiles para pensar la práctica de la GS en términos positivos y protagónicos respecto de quien gesta. Es decir, no solo construyendo su figura como posible víctima sino como agente de decisión en el ámbito del ejercicio de sus derechos reproductivos, en este caso, su decisión de gestar para otro/s.

Por esta razón se explica por qué las justificaciones o fundamentos en favor de la GS, en especial los relacionadas con el tópico de la autonomía de las mujeres que gestan, se ciñen a una noción de autonomía de corte individual -mujeres que deciden cual mónadas en el desierto- no así mujeres que resuelven en un marco relacional y contextual caracterizado por asimetrías de género y de otros factores intersecantes.

Asimismo, esta perspectiva se inscribe en un entramado social, cultural e histórico más amplio, que ha asignado, como lo señalara la Corte IDH en el Caso I.V. Bolivia (2016, parágrafo 243), a “los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia” y ha negado a estas la calidad de agentes morales capaces de tomar decisiones firmes y razonadas.

En sentido contrario a este posicionamiento, cabe destacar, como un hallazgo particular, que existen dos decisiones jurisdiccionales oriundas de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires

dictadas en 2015 y 2016⁶¹, que han incluido entre sus argumentos la noción de autonomía relacional como categoría trascendental para entender la práctica de la GS, algo que no aparece replicado en los fundamentos que acompañaron a los proyectos de ley posteriores al Anteproyecto más ligados a la noción de autonomía como no interferencia:

Respecto de la autodeterminación de la mujer, para evitar enfoques paternalistas considero es necesario atender el problema desde una perspectiva de derechos humanos con enfoque de género, como marco básico de toda acción destinada a “potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativa a su salud sexual y reproductiva”, porque precisamente en el centro de la cuestión se halla el concepto de “autonomía”, requisito ineludible en todo proceso de decisiones auténtico.

En esta línea, se considera que el concepto de “autonomía” debe ser objeto de algunas precisiones, a fin de poner de relieve limitaciones que permiten problematizar la autonomía de corte liberal/individual:

Para ello, propone el concepto de “autonomía relacional”, en el que impera no la ética principista – caracterizada por la universalidad ciega a las realidades particulares y locales–, sino una ética sustentada en teorías bioéticas más contextuales, específicas y prácticas, “respetuosa”, “culturalmente sensibles” y, agregamos, “género sensitivas”, que traen luz a las componentes ocultas de nuestras decisiones, y desde ese ámbito borroso obstruyen toda posibilidad de operar modificaciones en las relaciones de desigualdad que producen inequidad y que han sido incorporadas culturalmente mediante los procesos de socialización como “naturales”, a pesar de ser construcciones de carácter histórico. (Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H. M. y otro/a s/Medidas precautorias”).

Por otra parte, reiterar aquí que el debate sobre la regulación de la GS en nuestro país respecto al eje *altruismo vs. comercialización* se ha limitado a visibilizar las herramientas más eficaces para asegurar la GS de carácter altruista o solidaria, rechazando tanto a nivel de proyección legislativa como jurisprudencial la GS comercial.

Sin embargo, como contrapartida, tal como se viera en el Capítulo VI, la situación particular de CABA permite identificar de modo muy claro la distancia entre el Derecho y la Realidad. En tanto, la falta de regulación específica de la GS en la Argentina, la postergación del debate en el Congreso de la Nación y el accionar iatrogénico de la justicia en el caso del amparo colectivo y la cautelar “eterna”, frente al innegable potencial económico del mercado reproductivo incluida la GS, bajo el ropaje de la “solidaridad”, no ha hecho más que cumplir fielmente la máxima neoliberal de “socializar las pérdidas y privatizar los beneficios”. (Rivas Rivas & Jociles Rubio, 2020, p. 93).

Lo que permite brindar pistas o indicios de por qué persiste el vacío legal pese a la ocurrencia cada vez mayor de la práctica a través del siguiente interrogante: ¿a quién/es es funcional la ausencia normativa?

⁶¹ Juzgado Familia N 7, Lomas de Zamora, 30/11/2016, “B. J. D. y otros s/materia a categorizar”.

Por otra parte, dentro de los márgenes del marco teórico - conceptual en favor de receptor la GS de carácter altruista, los textos estudiados son proclives a reconocer una compensación económica en favor de quien gesta, aunque sin visibilizar de manera contundente que esa compensación deba tener entre sus fundamentos el reconocimiento del valor económico de las tareas reproductivas que esta mujer realiza no para sí, sino para tercero/s.

Si bien comparto que la GS no debe tener un precio sujeto a la oferta y la demanda, destacándose la voluntariedad y el altruismo como principios fundantes, ello no obsta a que se establezca una compensación en favor de la mujer que cubra los gastos, lo dejado de percibir por ella como consecuencia de la gestación (Moreso, 2021, p. 68) y el costo del cuidado reproductivo.

Con el fin de evitar el carácter comercial, siguiendo las enseñanzas de la ley de trasplante de órganos, tejidos y células (Ley 27.477, 2018), así como los señalamientos de los organismos de derechos humanos, en especial del Comité de los Derechos del Niño, resulta fundamental que las propuestas de regulación de la GS incluyan no solo una prohibición expresa de la GS de carácter comercial, sino que tipifiquen como delito la intermediación, estableciendo penas para aquellos/as que, con propósito de lucro, intermediaran en la obtención de mujeres que gesten para otro/s.

Extremos estos que deben considerarse a la hora de saldar la deuda que el Estado argentino tiene respecto a la tipificación del delito de compraventa de niños/as y adolescentes; obligación impuesta por la Corte IDH en su sentencia “Fornerón” hace ya más de doce años (2012).

En relación al interrogante sobre qué función se le atribuye al Estado en el entramado del mercado reproductivo, en línea con lo que entonces proponía el Anteproyecto, las proyecciones legislativas posteriores se inclinan, en su mayoría, a exigir un mecanismo de control estatal previo, siendo menos las propuestas liberales que exigen, solapadamente, neutralidad estatal.

En esta línea, la situación generada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha permitido evidenciar con toda su crudeza lo que sucede cuando la GS se realiza por fuera de los márgenes de la intervención estatal, sin trabajo interdisciplinario y familiar, sin acompañamiento especial y particular y sin respuesta construida contextualmente frente al caso concreto.

Los daños de la cautelar “eterna” no solo lucen claros a la luz de los “acuerdos” privados que se han firmado, sino también en las marcas que ha dejado en las trayectorias familiares de los/as progenitores/as intencionales y en la vida de los niños/as nacidos/as e inscriptos/as en condiciones de “provisionalidad”; sujetos, sin ser parte, a los devenires futuros de la justicia en una acción de la que no han sido parte.

Mientras ello ocurría y ocurre, la Corte Suprema de Justicia, como un observador no partícipe, sigue sin resolver los seis expedientes judiciales que están bajo su órbita. La respuesta urge, no solo porque hay familias que esperan su respuesta definitiva, entre ellos, niños/as ya nacidos/as que tienen entre 6 y 8 años de vida transcurridos sin su identidad filiatoria definida, sino porque hoy la GS es

una realidad que ante el silencio legislativo y la lentitud judicial está sujeta a las reglas del libre mercado y ya sabemos que esas reglas, sin control estatal, se construyen siempre “al margen de nuestros derechos” (Beltran, 2020).

Por último, señalar un aspecto paradójico del debate sobre la regulación de la GS en nuestro país: pese a que uno de los bastiones argumentales más potentes para defender su reglamentación es que es la única TRHA que permite la constitución de familias monoparentales o paternidades masculinas compartidas, las resistencias más férreas del sistema de administración de justicia en relación con esta figura se centran en los casos de progenitores intencionales varones.

Estas resistencias se alojan en cosmovisiones que defienden el “mantenimiento” de un orden natural y genealógico irrenunciable basado en la reproducción, sin el cual no sería posible concebir las relaciones de parentesco. Desde esta posición, la crítica fundamental a la apertura de la filiación a las parejas homosexuales residiría precisamente en su alejamiento del orden simbólico heterosexual, de la familia representada por un niño con un padre y una madre.

Por ello, en un contexto socio cultural que ha centrado en la madre la reproducción y el binomio madre-hijo ha sido el foco de las políticas públicas, resulta muy necesario que las propuestas de regulación de la GS incluyan un artículo particular destinado a subrayar que no es posible obstaculizar el acceso a esta práctica médica por orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

En suma, cerrando el ciclo abierto por el tartamudeo al que refiriera el epígrafe del Capítulo Introdutorio de esta investigación, como decía Olympe de Gouges:

no tenemos más que paradojas que ofrecer. Para-doxas, es decir, opiniones contrarias al sentido común dominante -que es, justamente, el de los dominantes- y también tensiones, tanto más productivas cuanto más difícil es su resolución, potentes precisamente porque desafían e incomodan cierta coherencia. A nuestros ojos, no es poca cosa. (Bolla, 2023, p. 113)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

Artículos, libros, capítulos de libros, tesis

- Álvarez Medina, S. (2021). *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, Reproducción y Violencia*. Marcial Pons. Madrid.
- Álvarez Medina, S. (2022). Prólogo. La ilusión de la autonomía plena. En Cavallo, M. & Ramon Michel, A. (comp.). *Autonomía y feminismos*. (pp. 11-24). Ed. Didot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Álvarez- Gayou Jurgenson, J.L. (2003) *Cómo hacer una investigación cualitativa. Fundamentos y metodología*. Paidós. México.
- Álvarez Plaza, C., Rivas Rivas, A. M. & Jociles Rubio, M. I. (2019). Vínculos y contactos socioafectivos de las familias españolas con gestantes por sustitución de Estados Unidos, Canadá y Ucrania. En Lledo Yagüe, F., Ferrer Vanrrell, M. P., Benítez Ortuzar, I., Ochoa Marieta, C. & Balmaseda, O. M. (Directores). *Gestación Subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. (pp. 779- 792). Editorial Dykinson. Madrid.
- Atienza, M. (2022). Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca. En *Revista Bio. y Der.*, 56 (pp. 107-124).
- Bartolomé Tutor, A. (2023). Más allá del mero concepto de gestación subrogada. En Lázaro González, I. E. (coordinadora). *La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar*. (pp. 21-42). Editorial Jurídica Sepín. Madrid.
- Belli, L. & Suárez Tomé, D. (2021). La autonomía revisitada desde la perspectiva de una bioética feminista. En Herrera, M., Fernández, S. E. y de la Torre, N. (directoras). *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Políticas Públicas y Multidisciplina*. (pp. 437-461). Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- Beltrán, M. (2020). *Debates necesarios: gestación por sustitución y donación inter-vivos*. 14/12/2020. Recuperado de https://www.huffingtonpost.es/entry/debates-necesarios-gestacion-por-sustitucion-y-donacion-inter-vivos_es_5fd686ebc5b663c37597a131.html
- Beltrán, M. (2022). A propósito de la gestación por sustitución: semiótica y condiciones de posibilidad para la construcción de un conocimiento feminista. En Reverter, S. y Molini Gimeno, A. (editores). *La praxis feminista en calve transformadora*. (pp. 445-455). Universitat Jaume. Instituto Universitario de Estudios Feministas y de Género. España. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=860465>
- Bolla, L. (2023). De la anatomía política a las marcas somáticas: miradas materialistas sobre el cuerpo. En Femenías, M. L. (coordinadora). *El cuerpo de las exclusiones. Disidencias, desbordes y sujeciones*. (pp. 92-113). Prohistoria Ediciones. Rosario.
- Borrillo, D. A. (2021). Bioética À La Française: Análisis del Desarrollo del bioderecho en Francia. En *JA 2021-IV*, 657, TR LALEY AR/DOC/3287/2021.
- Brown, J. (2008). Los derechos (no)reproductivos en Argentina: encrucijadas teóricas y políticas. Recuperado de <https://doi.org/10.1590/S0104-83332008000100015>
- Curti, p. (2018). Autonomía de la voluntad y Gestación por Sustitución en la Argentina. En *RJUAM*, n.º 38, 2018-II (pp. 159-177).
- De la Torre, N. (2023). La gestación por sustitución una realidad en Latinoamérica y la lucha por su legalización en la Argentina. En Herrera, M. y Pérez Gallardo, L. B. (directores). *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano*. Primera Parte. (pp. 365. 388). Editores del Sur, Ciudad de Buenos Aires.
- De la Torre, N. (2021). Casuística de la triple filiación en el derecho argentino. Repensando los vínculos filiales más allá de la diferenciación sexual. En Fernández, S. E. (directora). *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescencia. Segunda Edición actualizada y ampliada*. TOMO II. (pp. 545-570). Abeledo Perrot. Ciudad de Buenos Aires.

- De Lorenzi, M. (2017). Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la ilegalidad, en *RDF 2017-II*, 50, TR LALEY AR/DOC/3504/2017.
- De Lorenzi, M. (2021). Rompiendo cadenas. Género y Gestación por Sustitución. En Herrera, M., Fernández, S. E. y de la Torre, N. (directoras). *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho Civil. Derechos de la Familias. Niñez. Salud*. Tomo I (pp. 385 -414). Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- Farnós Amorós, E. (2020). Entre prohibir y permitir, ¿Qué es más feminista? Un análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de las mujeres gestantes. En Benavente Moreda, P. (coord.). *Mujeres y derechos*. (pp. 95-130). Marcial Pons. Madrid.
- Farnós Amorós, E. (2021). Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución. En Carrio Sampedro, A. (ed.). *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. (pp. 131-186). Marcial Pons. Madrid.
- Farrell, M. D. (2003). La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos. En *La Ley 2003-F, 1161*, TR LALEY AR/DOC/10953/2003.
- Federici, S. (2022). *Ir más allá de la piel. Repensar, rehacer y reivindicar el cuerpo en el capitalismo contemporáneo*. Tinta Limón. Ciudad de Buenos Aires.
- Fernández, S. E. (2023). *Niñez, género y discapacidad. Un enfoque interseccional en el ejercicio de los derechos sexuales y no reproductivos*. Editores del Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Fraser, N. (2000). ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era “postsocialista”. En *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*. (pp.23-86). Editorial Traficante de Sueños. Madrid.
- Gamba, S. B. & Azuri, F. (2021). Género/Perspectiva de Género. En Gamba, S. B. & Diaz, T. (coordinadoras). *Nuevo Diccionario de estudios de género y feminismos*. (pp. 293-296). Ed. Biblos. Buenos Aires.
- Gil Domínguez, A. (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ediar. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Gil Domínguez, A. (2018). Control de constitucionalidad, convencionalidad y sentencias expansivas en el derecho de familia, en *RDF* 85, 3, TR LALEY AR/DOC/3156/2018.
- Gil Domínguez, A. (2020). La consolidación jurisprudencial del "stare decisis constituvencional, en *LA LEY* 29/05/2020, 9, TR LALEY AR/DOC/556/2020.
- Gonzalez Prado, P. (2018). *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*. Ediciones Didot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Guzmán, V. & Montaña, S. (2012). *Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina (1985-2010)*. CEPAL. Santiago de Chile.
- Haraway, D. (1995). *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Cátedra. Madrid.
- Herrera, M. (2023). *Manual de Derecho de las Familias. Tercera edición actualizada y ampliada. Abeledo Perrot*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Herrera, M. (2019). Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino. En Espejo Yaksic, N. y Ibarra Olguín, A. M. (editores). *La constitucionalización del derecho de familia*. (pp. 49-94). Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ciudad de México.
- Higuita Jaramillo, S., & Gómez Rúa, N. E. (2023). Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina. En *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(2), 1-28. Recuperado de <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781>
- Igareda González, N. (2021). La gestación por sustitución o el cuerpo de las mujeres como espacio de lo ilícito. En Carrio Sampedro, A. (editor). *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. (pp. 21-34). Marcial Pons. Madrid.

- Jociles, M. I., Konvalinka, N., Medina, R. & Lores, F. (2016). Presentación: La comunicación de los orígenes en familias españolas que han recurrido a las TRA-D. En Jociles Rubio, M. I. (ed.). *Revelaciones, Filiaciones y Biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*. (pp. 13-36). Edicions Bellaterra. Barcelona.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Capítulo introductorio. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, N. y Lloveras, N. (directoras). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Tomo 1 (pp. 9-94). Rubinzal-Culzoni. Santa Fe.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino. En Kemelmajer De Carlucci, A., Borillo, D. y Flores Rodríguez, J. (coordinadores). *Nuevos Desafíos del Derecho de Familia*. (pp. 93-123). Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E. & Herrera, M. (2012). Regulación de la gestación por sustitución, en *LA LEY 2012-E*, 960, TR LALEY AR/DOC/4747/2012.
- Krasnow, A. (2018). La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria. En *Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018. N° 18*. (pp. 37-61). (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial), Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.
- Kunz, A. & Cardinaux, N. (2014). *Investigar en Derecho*. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Eudeba. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Lamas, M. (2002). *Cuerpo: diferencia sexual y género*. Taurus. México.
- Lamm, E. (2012). La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil, en *JA 2012-II-1340*, AP/DOC/2158/2012.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Lamm, E. (2018). Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo, en *MJ-DOC-13769-AR | MJD13769*, 16-nov-2018.
- Lerussi, R. (2020). Gestación por sustitución. Aportes conceptuales desde la teoría feminista del derecho del trabajo al derecho de familia. Recuperado de ORCID ID: 0000-0003-1898-483X <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/5763>
- Lores Masip, F., Rivas Rivas, A. M. & Jociles Rubio, M. I. (2020). Elecciones reproductivas: ¿es la adopción una alternativa a la gestación subrogada? En Rivas Rivas, A. M. & Álvarez Plaza, C. (Ed.). *Etnografía de los mercados reproductivos: actores, instituciones y legislaciones*. (pp. 190-241). Tirant Lo Blanc. Formato Edición Kindle. Valencia.
- Mackenzie, C. (2022). Tres dimensiones de autonomía: un análisis interseccional. En Cavallo, M. & Ramon Michel, A. *Autonomía y feminismos*. (pp. 43-80). Editorial Didot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Menon, N. (2020). *Ver como feminista*. Edición Consonni. Bilbao.
- Moreno, G. (2015). *Cuerpo y dinero en el debate por la regulación del 'alquiler de vientres' en Argentina*. (Tesis de Maestría). Maestría en Sociología Económica. Instituto de Altos Estudios Sociales Universidad Nacional de San Martín. Recuperado de https://ri.unsam.edu.ar/bitstream/123456789/1170/1/TMAG_IDAES_2015_MGD.pdf
- Moreso, J. J. (2021). La gestación por sustitución: un modelo especificacionista. En Carrio Sampedro, A. (editor). *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. (pp. 57-71). Marcial Pons. Madrid.
- Navés, F. A., Moscuza, C. A., Barontini, G., Ferraris, M., Thomas Moro, M. & Szkolnik, I. (2023). Gestación por sustitución: ¿el cuerpo como vasija o el altruismo a ultranza? En Ormart, E. B. (comp.). *Cuerpos y familias transformados por las técnicas de reproducción asistida*. (pp. 119-126). Letra Viva. Ciudad de Buenos Aires.
- Nedelsky, J. (2022). Derecho, límites y el ser delimitado. En Cavallo, M. & Ramon Michel, A. (comp.). *Autonomía y feminismos*. (pp. 81-123). Ed. Didot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Notrica, F. (2018). *La compleja realidad de la gestación por sustitución en la Argentina. Hacia una regulación igualitaria y plural a la luz de los derechos humanos*. (Tesis de Maestría no publicada). Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Martínez Sánchez, W., Jareño Ruiz, D., de Gracia Soriano, P., Navalón Mira, A. (2021). Asequibilidad y calidad de la atención reproductiva transfronteriza en las agencias mediadoras de gestación por sustitución en España. En *Revista del Centro de Investigaciones en Desarrollo Humano, Vol. 29, N° 1 (Monográfico)*. Ejemplar dedicado a: "Sociología de las organizaciones y la comunicación: Cambios disruptivos en la comunicación y la sociedad. (pp. 155-177). Recuperado de <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/investigacion/issue/view/576>
- Miguens, M. & Pappier, S. (2018). Gestación por sustitución: aspectos médicos. En Naves, F., Moscuza, C., Thomas Moro, M., Barontini, G. & Szkolnik, I. (coomp.). *Gestación por sustitución. Un abordaje interdisciplinario*. (pp. 57-63). Concebir. Morón
- Pautassi, L. (2021). La agenda de género a nivel regional: prácticas, enfoques y estrategias. En Herrera, M., Fernández, S. E. y de la Torre, N. (directoras). *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Políticas Públicas y Multidisciplina*. (pp. 21 -29). Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- Rivas Rivas, A. M. & Jociles Rubio, M. I. (2020). Introducción de la Norma salarial a la norma flexible del empleo. En Rivas Rivas, A. M. & Álvarez Plaza, C. (Ed.). *Etnografía de los mercados reproductivos: actores, instituciones y legislaciones*. (pp. 95-100). Tirant Lo Blanc. Formato Edición Kindle. Valencia.
- Ribeiro, G. & Bezerra De Menezes, J. (2022). La gestación por subrogación en Brasil. En Espejo Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop Gómez, F. & Scherpe, J. M. (editores). *La gestación por subrogación en América Latina*. (pp. 55-83). Centros de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- Romero, M. E. (2024). Preocupación en juzgados de Familia por sospechas de trata en casos de maternidad subrogada. Diario Perfil Córdoba. 5/05/2024. Recuperado de <https://www.perfil.com/noticias/cordoba/preocupacion-en-juzgados-de-familia-por-sospechas-de-trata-en-casos-de-maternidad-subrogada.phtml>
- Rubaja, N. (2021). Un nuevo caso sobre gestación por sustitución transfronteriza que llega al tribunal europeo de derechos humanos. el impacto de los lineamientos del tribunal en la jurisprudencia francesa y los interrogantes pendientes, en *RDF 2021-I*, 217, TR LALEY AR/DOC/4027/2020.
- Salazar Benítez, O. (2020). La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros desde una perspectiva de género, en *Revista General de Derecho Constitucional, Iustel*, Madrid, Número Extraordinario, Nro. 31, 2020, ¿Prohibir o regular? el debate en torno a la gestación por sustitución, RI §422142.
- Satz, D. (2015). *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*. Ediciones Siglo XXI. Buenos Aires.
- Sordo Ruiz, T. (2024). *Derechos Humanos de las mujeres. Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ediciones Didot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Straw, C., de la Torre, N., Bladilo, A. & Salituri Amezcua, M. (2018), Anexo II. Resultados de la investigación. Trayectorias sociojurídicas de la reproducción asistida cuando involucra a un tercero (donante o gestante). De identidades y filiaciones en plural. En Herrera, M. (directora). *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Tomo II. (pp. 587-645). Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- Suárez Tomé, D. (2022). *Introducción a la teoría feminista*. Nido de Vacas Ediciones. Buenos Aires.
- Torres Díaz, M. C. (2021). El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres: o la artificiosa articulación del derecho a la gestación por sustitución. En Carrio Sampedro, A. (editor). *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. (pp. 75-108). Marcial Pons. Madrid.
- Vicente, E. (2022). La gestación por sustitución en Puerto Rico. En Espejo Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop Gómez, F. & Scherpe, J. M. (editores). *La gestación por subrogación en América Latina*. (pp. 311-343). Centros de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- Vicente, E. (2023). Gestación por subrogación tradicional: Pérez Rodríguez v. López Rodríguez, et. al, caso del Tribunal Supremo de Puerto Rico, (12 de julio de 2022). En *igal, IusGénero América Latina*, Red Alas, *Volumen 1/nro. 2, 2022, 2023*. Recuperado de <https://www.revistaiusgenero.com/index.php/igal/article/view/34/19>

Vila Coro Vázquez, A. (2015). Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida. En Benavente, P. y Farnós Amorós, E. (coordinadoras). *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. (pp. 283-300). Año LXIX, Número 2179, junio. Boletín del Ministerio de Justicia. Madrid.

Informes y documentos

CATRHA (2017). *Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución*. Recuperado de <https://www.surrogacy365.com/wp-content/uploads/2017/08/guia-cathra-3.pdf>

CEPAL (2016). *La matriz de la desigualdad social en América Latina*, Santiago de Chile. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40668/4/S1600946_es.pdf

CSJN (2021). Nota de Jurisprudencia. Conformación de las mayorías en los Tribunales Colegiados Recuperado de <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/2/documento>

ONU, Comité CEDAW (Camboya) (2019). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Camboya*. 12/11/2019. CEDAW/C/KHM/CO/6. Recuperado de <https://undocs.org/en/CEDAW/C/KHM/CO/6>

ONU, Comité CEDAW (2020). *Recomendación General Nro. 38 relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial*. CEDAW/C/GC/38. 20 de noviembre. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no38-2020-trafficking-women>

ONU, Comité CEDAW (Ucrania) (2022). *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Ucrania*. 1/11/2022. CEDAW/C/UKR/CO/9. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/documents/concluding-observations/cedawcukrco9-concluding-observations-ninth-periodic-report>

ONU, Comité CEDAW (México). (2023). *Lista de cuestiones y preguntas previas a la presentación del décimo informe periódico de México*. 14/11/2023. CEDAW/C/MEX/QPR/10. Recuperado de <https://undocs.org/es/CEDAW/C/MEX/QPR/10>

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016). *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/22. 02/05/2016. Recuperado de <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnSZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67NdUrGT87>

ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC, México). (2015). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México*. 3/06/2015. CRC/C/MEX/CO/4-5. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/566fc4e04.html>

ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC, Nueva Zelanda). (2016). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Nueva Zelanda del Comité*. 21/10/2016. CRC/C/NZL/CO/5. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/587ceb6c4.html>

ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC). (2016). *Decisión aprobada por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 5/2016*. 1/03/2017. CRC/C/74/D/5/2016. Recuperado de <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/048/80/pdf/g1704880.pdf?token=dXXSc1wQWUMPowqOgt&fe=true>

ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC). (2019). *Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 10/09/2019. CRC/C/156. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>

ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC, Ucrania). (2022). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Ucrania*. 27/10/2022. CRC/C/UKR/CO/5-6. Recuperado de <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskqYO9zSBmqrb>

[Z%2FIIWaf%2FwczHORSaQtSIj%2BnztNDiMcajwAR4Q8ox18kkn8IhsWwH115DI2M1xS5isY4FrEcSFCaH40mfr5xRLYcNF%2B0OPj](https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf)

ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC, Israel). (2022). *Informes periódicos quinto y sexto combinados que Israel debía presentar en 2018 en virtud del artículo 44 de la Convención*. 11/11/2022. Recuperado de <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsv1txuQys3LgW60cwoE2%2BBVaHbjicfiaJbpcj32bCNpN6uka4ufpDzCSASuzGNTSRy%2FA3ybVyDtwvzCBxavqfnC3uhb%2Fyn8Dp4FGuxSKVCe4>

ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC, México). (2023). *Informes periódicos sexto y séptimo combinados que México debía presentar en 2020 en virtud del artículo 44 de la Convención*. 12/09/2023. CRC/C/MEX/6-7. Recuperado de <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsv1txuQys3LgW60cwoE2%2BBVaHbjicfiaJbpcj32bCNpN6uka4ufpDzCSASuzGNTSRy%2FA3ybVyDtwvzCBxavqfnC3uhb%2Fyn8Dp4FGuxSKVCe4>

ONU, Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. (1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo*. 5 al 13 de septiembre. Recuperado de <https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994>

ONU, Mujeres Privadas de Libertad (2019). *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*. 15/05/2019. A/HRC/41/33. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc4133-women-deprived-liberty-report-working-group-issue>

ONU, Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (2018). *Informe*. 15/01/2018. A/HRC/37/60. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-sale-of-children>

ONU, Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (2019). *Informe*. 15/01/2018. A/74/162. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-sale-of-children>

Registro Civil, CABA (2023). IF-2023-32840016-GCABA-DGRC, 1/09/2023; IF-2023-35897276- GCABA-DGRC, 25/09/2023.

Registro Civil, CABA (2024). IF-2024-01708058- GCABA-DGRC, 5/01/2024.

Servicio Social Internacional (2021). *Principios para la protección de los derechos del niño nacido por gestación subrogada. Principios de Verona*. Recuperado de https://iss-ssi.org/storage/2023/03/VeronaPrinciples_25February2021-1.pdf

UNICEF (2022). *Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada*. Recuperado de <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>

Jurisprudencia argentina

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualaguaychú (2010). “B., M. A. c. F. C., C. R.”. 14/04/2010. En La Ley online AR/JUR/75333/2010.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de CABA, Sala I. (2017). “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo – otros”. 04/08/2017. En LA LEY 2017-E, 594, La Ley online TR LALEY AR/JUR/56141/2017.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H. (2016). “S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento”. 24/10/2016. Sentencia no firme. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/camara-nacional-de-apelaciones-en-lo-civil-sala-h-24-10-2016-s-t-a-y-otro-s-inscripcion-de-nacimiento/>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H. (2018). “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”. 15/03/2018. Sentencia No firme. La Ley online AR/JUR/5414/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E. (2018). “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación”. 30/10/2018. Sentencia no firme. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-7fdc8d87-cf4f-4caf-af7d-cc49f8037374.pdf>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I (2020). “S. M. D. y otros c/ A. S. S. | filiación”. 28/08/2020. En MJ-JU-M-127447-AR | MJJ127447.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K (2020). “F., R. R. Y OTRO c/ G. P., M. A. s/IMPUGNACION DE FILIACION”. 28/10/2020. Sentencia no firme. La Ley online AR/JUR/54740/2020.

Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala Primera, Resistencia. Chaco (2023). “Federación de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans y Otros C/S/Acción de Amparo”. Expediente Nro. 13252/23. 30/05/2023. Inédito.

Defensoría General de la Nación -DGN. (2017). “S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento”. Dictamen de marzo de 2017. Inédito.

Defensoría General de la Nación -DGN- (2018). “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”. Dictamen 14/06/2018. Inédito,

Defensoría General de la Nación -DGN- (2019). “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación”. Dictamen del 19/06/2019. Inédito.

Defensoría General de la Nación -DGN- (2021). F., R. R. Y OTRO c/ G. P., M. A. s/Impugnación de filiación”. Tres dictámenes del 1/11/2021 en la misma causa. Inéditos.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, Nro. 86 (2013). “NN O D G M B M S/ Inscripción de nacimiento”. 18/06/2013. En elDial AA7FB3.

Juzgado de Familia de Gualeguay (2013). “B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario”. 19/11/2013. En MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.

Juzgado Nacional en lo Civil N ° 102 (2015). “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”. 18/05/2015. En La Ley online AR/JUR/12711/2015.

Juzgado Nacional Civil N ° 83 (2015). “NN O, s/inscripción de nacimiento”. 25/06/2015. En Id SAIJ: FA15020008.

Juzgado de Familia N ° 1 de Mendoza (2015). "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F". 29/07/2015. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>

Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (2015). “C.M. E. Y J. R. M. por inscripción de nacimiento”. 15/12/2015. Recuperado de <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA-Nº1-MENDOZA.-Gestación-por-sustitución..pdf>

Juzgado de Familia N ° 9 de San Carlos de Bariloche (2015). “Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14”. 29/12/2015. La Ley online AR/JUR/78613/2015.

Juzgado de Familia N ° 7 de Lomas de Zamora (2015). “H. M. y otro/a s/Medidas precautorias”. 30/12/2015. En LA LEY 2016-C, 89.

Juzgado Nacional Civil Nro. 7 (2016). “A. R., C y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación”. 15/06/2016. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/a-r-c-y-otros-c-c-m-j-simpugnacion-de-filiacion/>

Juzgado Nacional en lo Civil N ° 4. (2016). “S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento”. 30/06/2016. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-nacional-en-lo-civil-n-o-4-30-06-2016-s-t-a-y-otro-s-inscripcion-de-nacimiento>

Juzgado de Familia N ° 2 Moreno. (2016). “S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar”. 04/07/2016. La Ley online AR/JUR/42506/2016.

Juzgado de Familia N ° 3 San Martín. (2016). “M., I. M. y otros s/autorización judicial”. 22/08/2016. La Ley online: AR/JUR/108097/2016.

- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8. (2016). “B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación”. 20/09/2016. La Ley online AR/JUR/70743/2016.
- Juzgado Familia N 12, Lomas de Zamora (2016). “G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida”. 03/10/2016. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-familia-n-12-lomas-de-zamora-03-10-2016-g-m-c-y-otro-c-w-b-a-v-s-rectificacion-de-partida/>
- Juzgado Familia N 7, Lomas de Zamora. (2016). “B. J. D. y otros s/materia a categorizar”. 30/11/2016. La Ley online AR/JUR/85614/2016.
- Juzgado Nacional en lo Civil N ° 81. (2017). “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación”. 14/06/2017. La Ley online AR/JUR/37036/2017.
- Juzgado de Familia Nro. 7., Viedma, Río Negro (2017). "Reservado s/Autorización Judicial". 6/07/2017. En Id SAIJ: FA17050000.
- Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza (2017). "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas". 6/09/2017. La Ley online AR/JUR/60950/2017.
- Juzgado Nacional Civil N ° 4 (2017). “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”. 20/10/2017. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-nacional-civil-n-4-20-10-2017-s-t-v-s-inscripcion-de-nacimiento/>
- Juzgado de Familia N ° 3, Córdoba. (2017). “R., L. S. Y OTROS – Solicita Homologación” (EXPTE. N ° 3447358). 22/11/2017. En Id SAIJ: FA17160037.
- Juzgado de Familia N ° 2, 1ª Circunscripción Judicial de Mendoza. (2018). “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. POR MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS”. 15/02/2018. La Ley online AR/JUR/1438/2018.
- Juzgado de Familia N ° 6 del Depto. Judicial de San Isidro. (2018). “S., M. J. s/ autorización judicial”. 02/03/2018. La Ley online AR/JUR/1449/2018.
- Juzgado de Familia y Menores N ° 1, Villa Mercedes, San Luis. (2018). “V. L. J. y otros s/Autorización judicial (Familia) - Exp. 314725/17”. 05/03/2018. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2024/02/26-San-Luis-05.03.2018.pdf>
- Juzgado de Familia Maipú, Mendoza. (2018). “A.G., O.C.E. Y A. M. D. P/ Autorización”. 04/04/2018. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-maipu-mendoza-04-04-2018-a-g-o-c-e-y-a-m-d-p-autorizacion/>
- Juzgado Nacional Civil Nro. 26. (2018). “F., R. R. Y OTRO c/ G. P., M. A. s/Impugnación de Filiación”. 14/05/2018. Inédito.
- Juzgado de Familia, 4º Nominación Córdoba (2018). “A., P. A. Y OTRO – MEDIDAS URGENTES - EXPTE. N° 7013051”. 21/05/2018. Recuperado de <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/inicio-temisnet/1512-jurisprudencia-cordoba-maternidad-subrogada-terapias-de-reproduccion-humana-asistida-derecho-a-la-identidad-interes-superior-del-nino>
- Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 2º Nominación de la ciudad de Villa María, Córdoba, (2018). “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES”. 08/06/2018. Recuperado de <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/079/244/000079244.pdf>
- Juzgado de Familia 1ª Nom. Córdoba. (2018). “A. M. T. y O. – Solicita Homologación”. 6/08/2018. La Ley online AR/JUR/39379/2018.
- Juzgado en lo Civ. en Familia y Sucesiones de 1a Nominación de Tucumán. (2018). “P. A. M. y otro s/ Autorización judicial”. 26/09/2018. La Ley online AR/JUR/60730/2018.
- Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia N° 1 de la I Circunscripción Judicial de Neuquén. (2018). “C. T. E. y Otros s/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”. 27/11/2018. Recuperado de

<http://200.70.33.133/cmoeext.nsf/3f6fb177937e2777032579df0053d005/f033e5f3df0cfb0f03258415005760ed?OpenDocument>

- Juzgado Civ. 3ra. Nom. Bell Ville, Córdoba. (2018). “D., R. d. V. y otros S/Homologación”. 06/12/2018. En eldial.com – AAAF41.
- Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N°87. (2019). “O. F., G. A. y otros/ Autorización”. 03/04/2019. En La Ley online AR/JUR/15656/2019.
- Juzgado Nacional Civil Nro. 83. (2019). “M., R.J. y otros s/ medidas precautorias”. 12/04/2019. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-nacional-en-lo-civil-no-83-12-04-2019-m-r-j-y-otros-s-medidas-precautorias/>
- Juzgado de Familia Nro. 1 de Pergamino. (2019). “C., C. A. y otros s/ materia a categorizar”. 22/04/2019. La Ley online AR/JUR/15655/2019.
- Juzgado de Familia de 5ª Nominación de Córdoba (2019). “V. A. B. y otros s/ solicita homologación”. 25/04/2019. La Ley online AR/JUR/9677/2019.
- Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la Séptima Nominación, San Miguel de Tucumán. (2019). “M.I.M.D.L.P. y G.F.J. s/autorización judicial”. 27/05/2019. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/san-miguel-de-tucuman-27-05-2019-m-i-m-d-l-p-y-g-f-j-s-autorizacion-judicial/>
- Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación, Jesús María, Córdoba. (2019). “D. L. F., J. R. y otros - Solicitan homologación”. 12/06/2019. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1jXgAEwg4-Kk-pMnOuisuyHVGk5iyIgLW/view>
- Juzgado de Familia 6ª Nominación de Córdoba. (2019). “F., C. y Otro”. 13/08/2019. En La Ley online AR/JUR/27855/2019.
- Juzgado de Familia nro. 10 de Bariloche. (2019). “L., J.I. Y F., M.A. S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f) RESERVADO”. 29/08/2019. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-nro-10-de-bariloche-29-08-2019-l-j-i-y-f-m-a-s-autorizacion-judicial-f-reservado/>
- Juzgado de Familia y Violencia Familiar nro. 5, Godoy Cruz, Mendoza. (2019). “V C A; R M D Y S C G POR MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS”. 06/11/2019. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-y-violencia-familiar-nro-5-godoy-cruz-mendoza-06-11-2019-v-c-a-r-m-d-y-s-c-g-por-medidas-autosatisfactivas/>
- Juzgado de Familia N° 4 de Morón. (2020). “A., P. Y. Y/OTRO/A C/ A., M. G. Y OTRO/A s/Acciones de impugnación de filiación”. 05/03/2020. En La Ley online AR/JUR/17521/2020.
- Juzgado de Personas y Familia nro. 5, Primera Nominación, Salta Centro. (2020). “T.C., E.M.; T., J.I.; T., R.N. por autorización judicial”. 06/03/2020. En RC J 942/20.
- Juzgado de Familia 5, Córdoba. (2020). “A.S.M.I. y Otros - Solicita Homologación”. 13/03/2020. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-5-cordoba-13-03-2020-a-s-m-i-y-otros-solicita-homologacion-expte-8557641/>
- Juzgado de Familia 5, Córdoba. (2020). “Q. C. D. y OTROS – MEDIDAS PROVISIONALES PERSONALES – LEY 10.305”. 16/03/2020. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-5-cordoba-16-03-2020-q-c-d-y-otros-medidas-provisionales-personales-ley-10-305/>
- Juzgado de Familia nro. 8, La Plata. (2020). “D., J. E. y otro/a s/ Autorización Judicial”. 27/04/2020. En elDial.com - AABD09.
- Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación, La Carlota, Córdoba (2020). “A., A. A. y otros - Autorizaciones”. 19/05/2020. En Boletín Jurisprudencia Córdoba. Familia. Nro. 18, 2020. Recuperado de <https://jurisprudencia.justiciacordoba.gob.ar>

- Juzgado Civil, Comercial y de Familia de la 4ta. Nominación, Villa María. (2020). “R. L. A. y otros | sumaria”. 21/05/2020, En MJ-JU-M-126330-AR | MJJ126330.
- Juzgado de Familia Nro. 1, Río Tercero, Córdoba. (2020). “B., C. T. – B., N. S. – C., L. – Solicita homologación”. 21/10/2020. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-1-rio-tercero-21-10-2020-21-10-2020-b-c-t-b-n-s-c-l-solicita-homologacion-expte-no-9353058/>
- Juzgado de Familia nro. 7, Viedma. (2021). “Reservado s/Autorización Judicial (f)”. 31/03/2021. TR LALEY AR/JUR/111293/2021.
- Juzgado de Familia 2, San Luis. (2021). “P.I.E., R.D.H. s/Autorización judicial”. 21/04/2021. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-2-san-luis-21-04-2021-p-i-e-r-d-h-s-autorizacion-judicial/>
- Juzgado de Familia N° 2 de La Plata. (2021). “N. C. K. E. y otros s. Autorización judicial”. 02/06/2021. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/n-c-k-e-y-otros-s-autorizacion-judicial-juzgado-de-familia-2-la-plata-02-06-21/>
- Juzgado de Familia N°2 – Córdoba. (2021). “M. J., A. G. - C. G., M. M. - G., A. C. - SOLICITA HOMOLOGACIÓN – LEY 10.305”. 30/08/2021. Recuperado de <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3047/Por-primera-vez-en-Argentina-dos-mujeres-seran-madres-sin-utilizar-material-genetico-propio>
- Juzgado de Familia de 5ª Nominación de Córdoba. (2021). “P. B. R. – T. V. s/ Solicita homologación”. 29/10/2021. TR LALEY AR/JUR/180632/2021.
- Tribunal Colegiado de Familia Nro. 4 de Rosario. (2021). “S., G. L. y S., V. S. y R. V., A. R. s/ venias y dispensas”. 1/11/2021. TR LALEY AR/JUR/219361/2021.
- Juzgado de Familia, Segundo, Mendoza. (2021). “R. G., T. F. Y S. B. J. Autorización judicial previa a TRHA y Filiación”. 23/12/2021. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/segundo-juzgado-de-familia-mendoza-23-12-2021-r-g-t-f-y-s-b-j-autorizacion-judicial-previa-a-trha-y-filiacion/>
- Juzgado de Familia N°2, Bahía Blanca. (2022). “A. P. G. R. y Otros s/Medidas Precautorias”. 04/04/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-n2-bahia-blanca-04-04-2022-a-p-g-r-y-otros-s-medidas-precautorias/>
- Juzgado Civil 1, Familia 1, Secretaría 1, Río Cuarto, Córdoba. (2022). “C., N. G. y Otros – Autorizaciones”. 5/04/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-civil-1-familia-1-secretaria-1-rio-cuarto-cordoba-25-04-2022-c-n-g-y-otros-autorizaciones/>
- Juzgado de Familia y Violencia Familiar, Mendoza. (2022). “M., E.E., M. G. C., G.B.R.A. P/ ACC. derivadas de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA.)- Medida Autosatisfactiva”. 06/06/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-y-violencia-familiar-mendoza-06-06-2022-m-e-e-m-g-c-g-b-r-a-p-acc-derivadas-de-la-filiacion-por-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-t-r-h-a-medida-au/>
- Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes N°1 Gualeguaychú, Entre Ríos. (2022). “B. E. A. y otros s autorización judicial”. 09/06/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-y-penal-de-ninos-y-adolescentes-n1-gualeguaychu-corrientes-09-06-2022-b-e-a-y-otros-s-autorizacion-judicial/>
- Juzgado de Familia N°9 Morón. (2022). “S.M.L. y otros s/ medida precautorias”. 16/06/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-n9-moron-16-06-2022-s-m-l-y-otros-s-medida-precautorias/>
- Juzgado de Familia Nro. 10 de Bariloche. (2022). “E.C., M. y W., A. S/ AUTORIZACION JUDICIAL”. 26/08/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-nro-10-de-bariloche-26-08-2022-e-c-m-y-w-a-s-autorizacion-judicial/>

- Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros. (2022). “D., C.Y., F.D. y E.B.S. s/ Autorización judicial”. 30/08/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-civil-en-familia-y-sucesiones-unica-nominacion-monteros-30-08-2022-d-c-y-f-d-y-e-b-s-s-autorizacion-judicial/>
- Juzgado de Familia de 1º Nominación de Córdoba. (2023). “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. – Solicita Homologación - LEY 10.305”. 07/06/2023. TR LALEY AR/JUR/105288/2023.
- Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes N°1 Gualeguaychú, Entre Ríos. (2023). “W.J.C y otros s autorización judicial”. 11/08/2023. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-y-penal-de-ninos-y-adolescentes-n1-gualeguaychu-corrientes-11-08-2023/>
- Juzgado Familia Nro. 8 Godoy Cruz, Mendoza. (2023). "C., A. J. sobre medidas precautorias (ART. 112 CPCCYT)". 15/12/2023. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-nro-3-de-familia-parana-26-12-2023-l-l-m-b-r-g-y-m-d-n-s-autorizacion-judicial/>
- Juzgado de Familia Nro. 3 de Familia, Paraná. (2023). “L. L. M., B. R. G. y M. D. N. S/Autorización judicial”. 26/12/2023. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-nro-3-de-familia-parana-26-12-2023-l-l-m-b-r-g-y-m-d-n-s-autorizacion-judicial/>
- Juzgado Nacional Civil Nro. 8. (2024). “Defensoría del pueblo de la CABA y otros s/incidente familia”. 6/05/2024. Inédito.
- Juzgado de Familia, Nro. 4, Córdoba (2024). “D., L. P. y Otros Autorización”. 31/05/2024. Inédito.
- Juzgado Nacional Civil Nro. 8. (2024). 4/06/2024. “Defensoría del pueblo de la CABA y otros s/incidente familia”. Sentencia no Firme. Inédito.
- Ministerio Público Fiscal, 1 instancia, CABA. (2024). “Defensoría del pueblo de la CABA y otros s/incidente familia”. Dictamen 9/05/2024. Inédito.
- Procuración General de la Nación -PGN- (2019). “S. T. A. y otros s/Inscripción de nacimiento”. Dictamen del 27/06/2019. Recuperado de https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2019/VAbramovich/junio/S_T_A_CIV_31689_2016_CS1.pdf
- Procuración General de la Nación -PGN- (2020). “S.T., V. s/ inscripción de nacimiento”. Dictamen del 27/08/2020. Recuperado de https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2020/VAbramovich/agosto/S_T_V_CIV_14153_2017_CS1.pdf
- Procuración General de la Nación -PGN- (2020). “S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación” Dictamen del 30/11/2020. Recuperado de https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2020/VAbramovich/noviembre/S_I_CIV_86767_2015_2RH2.pdf
- Procuración General de la Nación -PGN- (2023). Dictamen del 22/03/2023. Recurso Queja N° 1- F., R. R. y otro c/ G. P., M. A. s/ impugnación de filiación”. Recuperado de https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2023/VAbramovich/marzo/Recurso_Queja_CIV_33409_2017_1RH1.pdf
- Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario (2016). “S. G. G. y otros s/Filiación”. 27/05/2016. En RDF 2016-IV, 131.
- Tribunal Colegiado de Familia N° 7 Rosario. (2017). “H., M.E. y Otros s/ Venias y Dispensas”. 5/12/2017. En Cita: MJ-JU-M-108324-AR | MJJ108324 | MJJ108324.
- Tribunal Colegiado de Familia Nro. 2 de Santa Fe. (2019). "P., A. R. y Otros s/ Venia Judicial". 08/02/2019. En RC J 6277/19.
- Tribunal Superior de CABA. (2019). “Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/ GCBA y otros s/ amparo – otros”. 7/10/2019. Recuperado de http://www.tsjbaires.gov.ar/components/com_expedientes/expedientes_download.php?expediente=14833&anio=2017&incidente=0&movimiento=131

- Tribunal Colegiado de Familia 5 Rosario. (2019). “P., J. M. y Otros s/Autorización”. 11/10/2019. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/tribunal-colegiado-de-familia-5-rosario-11-10-2019-p-j-m-y-otros-s-autorizacion/>
- Tribunal Colegiado Inst. Única Civil de Fam. -4° Nom. Rosario. (2020). "G., M. D.; M. O., R. A.Y D., R. G. s/Venia Judicial". 11/2020. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/tribunal-colegiado-instancia-unica-civil-de-familia-4-nom-rosario-11-2020-g-m-d-m-o-r-a-y-d-r-g-s-venia-judicial/>
- Tribunal Colegiado de Familia N ° 3, Rosario. (2021). “O., P.A. Y D., O. A. s/Venias y dispensas”. 22/03/2021. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/tribunal-colegiado-de-familia-n-3-rosario-22-03-2021-o-p-a-y-d-o-a-s-venias-y-dispensas/>
- Tribunal Colegiado de Familia de la 7ma. Nominación de Rosario. (2021) “P., G. N. y otros / Venias y dispensas”. 31/03/2021. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/tribunal-colegiado-de-familia-7ma-nominacion-31-03-2021-p-g-n-y-otros-venias-y-dispensas/>
- Tribunal de Familia Nro. 7 de Rosario. (2014). "F.M. L y otra s/autorización judicial". 2/12/2014. En La Ley online AR/JUR/90178/2014.
- Tribunal Colegiado de Inst. Única Civil de Fam. -5° Nom., Rosario. (2021). “I., C. V. Y OTROS S/ AUTORIZACION JUDICIAL”. 15/09/2021. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/trib-coleg-inst-unica-civil-de-fam-5-nom-rosario-15-09-2021-i-c-v-y-otros-s-autorizacion-judicial/>
- Tribunal de Familia Tercero San Juan. (2021). "XXX, XXX Y XXX S/ Autorización Judicial". 15/10/2021. TR LALEY AR/JUR/215177/2021.
- Tribunal de Familia de Jujuy, Sala II. (2021). “B., B. D. R. – B., C. R. – B., Y. F. s/ Autorización Judicial”. 15/10/2021. TR LALEY AR/JUR/168820/2021.
- Tribunal Colegiado de Inst. Única Civil de Familia, 5ª Nominación, Rosario. (2022). “G.G., F.J. Y OTROS S/ GESTACION POR SUSTITUCION”. 01/02/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/trib-coleg-inst-unica-civil-de-familia-5a-nominacion-01-02-2022-g-g-f-j-y-otros-s-gestacion-por-sustitucion/>
- Tribunal Colegiado Inst. Única Civil de Fam. 4°Nom., Rosario. (2022). “R., T. S. Y S., S. C. Y D., R. P. S/ VENIA JUDICIAL”. 11/2022. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/trib-coleg-inst-unica-civil-de-fam-4nom-11-2022-r-t-s-y-s-s-c-y-d-r-p-s-venia-judicial/>

Jurisprudencia Internacional/Extranjera

- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia SU696/15. 12/11/2015. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2022). Sentencia T-275/22. 1/08/2022. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-275-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2024). Sentencia T-127-2024. 18/04/2024. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-127-24.htm>
- Corte IDH (2012). Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte IDH (2012). Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia 27 de abril de 2012. Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- Corte IDH (2012). Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte IDH. (2015). Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

- Corte IDH (2016). Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf
- Corte IDH (2016). Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf
- Corte IDH (2016). Caso IV vs. Bolivia. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf
- Corte IDH. (2017). Opinión Consultiva 24/2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24/11/2017. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, Perú. (2017). Resolución 05. 21/02/2017. Recuperado de https://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta_114/?K=17669
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Primera. (2022). Resolución Nro. 00943 – 2022. 5/05/2022. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-1091610>.
- Juzgado de Familia 4 de Santiago, Chile. (2023). C-3919-2023. 2/11/2023. Recuperado de https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=SlgrakdBSWU1VIBIWm5RSWpibkFPQTlndm56SW1ORW02blJOeHNBVWduVT0=
- Superior Constitucional de Perú, Pleno (2023). Sentencia 423/2023. 26/09/2023. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>;
- TEDH (2014). Mennesson c. Francia (no65192/11). 26/06/2014. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-4804617-5854908%22%5D%7D>
- TEDH (2014). Labassee c. Francia (no 65941/11). 26/06/2014. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-4804617-5854908%22%5D%7D>
- TEDH (2014). D. y Otros c. Bélgica (no 29176/13). 8/07/2014. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-4865500-5943678%22%5D%7D>
- TEDH (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (no 25358/12). 24/01/2017. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-5608252-7087738%22%5D%7D>
- TEDH (2019). C. y E. c. Francia (no 1462/18 y 17348/18). 19/11/2019. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6589814-8731890%22%5D%7D>
- TEDH (2019). Opinión consultiva relativa al reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paternofamiliar entre un menor nacido mediante un contrato de gestación subrogada en el extranjero y la madre intencional, solicitado por el Tribunal de Casación francés (solicitud nº P16-2018-001). 10/04/2019. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380685-8364782%22%5D%7D>
- TEDH (2020). D. c. Francia (no 11288/18). 16/07/2020. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6748335-9004685%22%5D%7D>
- TEDH (2021) Valdís Fjölnisdóttir y Otros c. Islandia (no 71552/17). 18/05/2021. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-7021990-9472889%22%5D%7D>
- TEDH (2021). S.-H. c. Polonia (no. 56846/15 y 56849/15). 16/11/2021. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-7205781-9790608%22%5D%7D>
- TEDH (2022). A.L. c. Francia (no. 13344/20) y A.M. c. Noruega (no. 30254/18). 7/04/2022. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-7305366-9961797%22%5D%7D>
- TEDH (2022). A. M. c. Noruega. 24/03/2022. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-216348%22%5D%7D>
- TEDH (2022). H. v. Reino Unido. 31/05/2022. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-218220%22%7D>

TEDH (2022). KK y otros vs. Dinamarca de fecha. 6/12/2022. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-221261%22%5D%7D>

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. (2021). Acción de inconstitucionalidad 16/2022. Sentencia del 7/06/2021. Recuperado de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194229>

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. (2022). Acción de Inconstitucionalidad 16/2016. Voto particular: Ministro Zaldivar Lelo de Larrera, A. Recuperado de <https://bj.scjn.gob.mx/doc/votos/EwXkCoABkURTGTreHzmP/%22C%C3%A9lulas%20reproductoras%22>

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. (2023). Declaratoria General de Inconstitucionalidad 2/2022. 15/08/2023. Recuperado de https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/eY2Vo40BXVRzDR5EyYnu/%22Homosexuales%22

Legislación Argentina

Decreto N° 191 (2011). Créase la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. 23/2/2011. Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/179643/norma.htm>

Ley N° 23.179 (1985). Apruébase la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23179-26305/texto>

Ley N° 104, CABA (1998). Ley de Acceso a la Información Pública. Sancionada el 19 de noviembre. Publicada en el BO el 17 de Diciembre. Recuperado de <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/982>

Ley N° 25.929 (2004). Salud Pública. Sancionada el 25 de agosto. Publicada en el BO el 17 de septiembre. Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98805/norma.htm>

Ley N° 26.413 (2008). Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Sancionada el 10 de septiembre. Publicada en el BO el 1 de octubre. Recuperada de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/145345/texact.htm>

Ley N° 26.618 (2010). Matrimonio Civil. Sancionada el 15 de junio. Publicada en el BO el 21 de junio. Recuperada de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

Ley N° 26.743 (2012). Identidad de Género. Sancionada el 9 de mayo. Publicada en el BO el 23 de mayo. Recuperada de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

Ley N° 26.862 (2013). Reproducción Médicamente Asistida. Sancionada el 5 de junio. Publicada en el BO el 25 de junio. Recuperada de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Ley N° 26.994 (2014). Código Civil y Comercial de la Nación Aprobación. Sancionada el 1 de octubre. Publicada en BO el 8 de octubre. Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>

Ley N° 27.610 (2021). Acceso a la Interrupción voluntaria del Embarazo. Sancionada el 30 de diciembre de 2020. Publicada en el BO el 15 de enero de 2021. Recuperada de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=346231>

Legislación Extranjera

Código Civil de Querétaro, México (2008). Publicado el 21 de octubre. Última reforma publicada 22 de marzo de 2024. Recuperado de https://esfe-qro.gob.mx/wpfd_file/codigo-civil-del-estado-de-queretaro/

Decreto 205 (1997). Código Civil del Estado de Tabasco, México. Última reforma integrada 5 de junio 2017. Recuperado de <https://tsj-tabasco.gob.mx/destacados/digital/revista.php?r=47654#page/1>

Decreto 555 (2008). Código Familiar para el Estado de San Luis Potosi, México. Publicado en el BO el 18 de diciembre. Última Reforma publicada 8 de septiembre de 2023. Recuperado de

https://congresosanluis.gob.mx/sites/default/files/unpload/legislacion/codigos/2023/09/Codigo_Familiar_para_el_Estado_de_San_Luis_Potosi_08_Septiembre_2023.pdf

Decreto 742 (2013). Código Familiar de Sinaloa, México. Publicado en el P.O. No. 17 Segunda Sección del 6 de febrero. Recuperado de https://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_21-feb-2018.pdf

Lei Nro. 90. Portugal (2021). Modifica el régimen jurídico aplicable a la gestación subrogada, modificando la Ley 32/2006, de 26 de julio, por la que se regula la procreación médicamente asistida. Diário da República n° 242/2021, Serie I del 16-12-2021. Recuperado de disponible en <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/90-2021-175983728>

Ley de acuerdos para la gestación de fetos (confirmación del acuerdo y estado del recién nacido), 2016, 1996. Israel (1996). Actualizada el 24 de agosto de 2023. Recuperada de <https://www.gov.il/he/Departments/legalInfo/poriut05>

Ley 14/2006, España (2006). Sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27/05/2006. Recuperada de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Ley 19.167, Uruguay (2013). Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Publicada el 29 de noviembre. Recuperada de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>

Ley 55, Puerto Rico (2020). Nuevo Código Civil de Puerto Rico. 1 de junio. Recuperado de <https://leap.unep.org/en/countries/national-legislation/ley-n-m-55-de-1-de-junio-de-2020-nuevo-codigo-civil-de-puerto-rico#:~:text=La%20ley%20n%2055%20de,derecho%20privado%20en%20Puerto%20Rico>

Ley 156, Cuba (2022). Código de las Familias. Publicado el 27 de septiembre. Recuperado de <https://www.parlamentocubano.gob.cu/sites/default/files/documento/2022-09/goc-2022-o99.pdf>

Resolução CFM nº 2.320, Brasil (2022). Conselho Federal de Medicina. Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. Publicada no D.O.U. de 20 de setembro de 2022, Seção I, pg. 107. Recuperada de <https://in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118>

Resolución 1151, Cuba (2022). Reglamento de la reproducción asistida en seres humanos. GOC-2022-1009-EX67.

Proyectos de Ley

Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (2012). Elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>

CRR, 812/0, 12/2022, Asunto 157471, Goñi Reyes, Rodrigo, Representante de Montevideo. Recuperado de <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/157472>

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, España (2017). Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadano. 8/09/2017. Recuperado de https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

Proyecto de Ley 0300-D (2013). Creación del Régimen De Maternidad Subrogada. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0300-D-2013&tipo=LEY>

Proyecto de Ley S-2574 (2015). Ley sobre Gestación por sustitución. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2574.15/S/PL>

Proyecto de Ley 5700-D (2016). Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY>

- Proyecto de Ley 5759-D (2016). Gestación por Sustitución. Régimen Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5759-D-2016&tipo=LEY>
- Proyecto de Ley 3765-D (2017). Gestación por sustitución. Régimen. Modificación del Código Penal y de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY>
- Proyecto de Ley 5141-D (2017). gestación por Sustitución como técnica de reproducción medicamente asistida. Régimen. Modificación de la Ley 26862, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY>
- Proyecto de Ley 0084-D (2018). Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la Gestación por Sustitución. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2018/PDF2018/TP2018/0084-D-2018.pdf>
- Proyecto de Ley 0630-D (2018). Técnica de Gestación Solidaria. Régimen. Modificación del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación sobre voluntad procreacional. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0630-D-2018&tipo=LEY>
- Proyecto de Ley 1374-D (2018). Gestación por Sustitución. Régimen. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1374-D-2018&tipo=LEY>
- Proyecto de Ley S-825 (2018). Regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>
- Proyecto de Ley 1669-D (2019). Código Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones sobre filiación y voluntad procreacional. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1669-D-2019&tipo=LEY>
- Proyecto de Ley 5422-D (2019). Técnica de Gestación Solidaria. Régimen. Modificación del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, sobre voluntad procreacional. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5422-D-2019&tipo=LEY>
- Proyecto de Ley 3524-D (2020). Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la Gestación por Sustitución. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3524-D-2020.pdf>
- Proyecto de Ley S/1429 (2020). Gestación por Sustitución. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1429.20/S/PL>
- Proyecto de Ley 4487-D (2021). Prácticas y procedimientos de las Técnicas Reproducción Humana Medicamente Asistida por medio de la Gestación por Sustitución. Régimen. Modificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/4487-D-2021.pdf>
- Proyecto de Ley 0445-D (2022). Gestación por sustitución. Régimen. Reproducción medicamente asistida - Ley 26862 - . Código Penal de la Nación. Contrato de trabajo - Ley 20744 -. Modificaciones. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/0445-D-2022.pdf>
- Proyecto de Ley S/1038 (2022). Modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación respecto de incorporar la Gestación por Sustitución como una de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1038.22/S/PL>
- Proyecto de Ley 4109-D (2022). Código Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones, sobre incorporación de la Gestación por Sustitución. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/4109-D-2022.pdf>
- Proyecto de Ley 4753-D (2023). Gestación por Sustitución Altruista. Régimen. Modificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/4753-D-2023.pdf>

Proyecto de Ley 1814-D (2024). Gestación por Sustitución. Régimen. Modificación de las Leyes 26862, 20744 y del Código Penal de la Nación. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/1814-D-2024.pdf>

Proyecto de Ley S/745 (2024). Modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación, respecto de incorporar la gestación por sustitución como una de las técnicas de reproducción humana asistida (reproducción del expediente 1038-s-22). Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/745.24/S/PL>

ANEXOS

ANEXO I. PROYECTOS DE LEY PARA REGULAR LA GS 2013-2023

Tabla 1

Proyectos de Ley para regular la GS ingresados en la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación entre los años 2013-2023 por cantidad de legisladores/as firmantes por género y comisiones asignadas para su tratamiento

Proyecto de Ley	Bloque	Cantidad de firmantes por género		Comisiones asignadas para su tratamiento						
		Mujeres	Varones	LG ¹	FMNyA ²	ASySP ³	PyH ⁴	JyAP ⁵	TyPS ⁶	MyD ⁷
0300-D-2013	GEN ⁸	-	1	x	x	x	x	-	-	-
2574-S-2015	UCR ⁹	1	-	x	-	x	-	x	-	-
5700-D-2016	PPLV ¹⁰	3	2	x	x	x	x	-	-	-
5759-D-2016	FPV_PJ ¹¹	8	3	x	x	x	x	x	-	-
3765-D-2017	UCR	1	-	x	x	x	x	x	-	-
5141-D-2017	UCR	1	-	x	x	x	x	-	-	-
0084-D-2018	FPV_PJ	7	3	x	-	-	-	-	-	-
0630-D-2018	PPLV	2	1	x	x	x	x	-	-	-
1374-D-2018	PRO ¹²	-	2	x	x	x	-	x	-	-
0825-S-2018	UCR	-	1	x	-	x	-	x	x	-
1669-D-2019	PRO	-	1	x	-	-	-	-	-	-
5422-D-2019	ME ¹³	1	1	x	x	x	x	-	-	x
3524-D-2020	FDT ¹⁴	14	-	x	x	-	.	.	.	x
1429-S-2020	UCR	-	1	x	-	x	-	x	x	-
4487-D-2021	FDT	1	-	x	x	x	x	-	x	x
0445-D-2022	UCR	-	1	x	x	x	-	x	x	x
1038-S-2022	UC ¹⁵	1	-	x	-	x	-	-	-	-
4109-D-2022	FDT	7	-	x	x	-	-	-	-	x
4753-D-2023	PRO	2	-	x	x	x	x	-	-	x
TOTAL		49	17	19	8	15	9	7	4	6

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023.

¹ Legislación General.

² Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. A fines del año 2019 esta comisión fue renombrada por Familias, Niñez y Juventudes, creándose la Comisión de Mujeres y Diversidad. Ambas comisiones solo están presentes en la Cámara de Diputados.

³ Acción Social y Salud Pública, se incluyen también aquí los proyectos ingresados en la Cámara de Senadores con giro en la Comisión allí nominada "Salud".

⁴ Presupuesto y Hacienda.

⁵ Se incluyen tantos los giros a Legislación Penal (Diputados), como los giros a Justicia y Asuntos penales (Senadores).

⁶ Trabajo y Previsión Social.

⁷ Mujeres y Diversidad.

⁸ Generación para un Encuentro Nacional.

⁹ Unión Cívica Radical.

¹⁰ Peronismo para la Victoria.

¹¹ Frente Para la Victoria.

¹² Propuesta Republicana.

¹³ Movimiento Evita.

¹⁴ Frente de Todos.

¹⁵ Unidad Ciudadana.

Tabla 2.

Cantidad de Proyectos de Ley sobre la GS 2013-2023, conforme el rol asignado al Estado

Proyecto de Ley	Bloque	Rol Asignado al Estado		
		Control Previo en el	Control	Sin Previo control del Estado
		ámbito del Poder Judicial	Previo en el ámbito del Poder Ejecutivo	
0300-D-2013	GEN	-	X	-
2574-S-2015	UCR	X	-	-
5700-D-2016	PPLV	-	-	X
5759-D-2016	FPV_PJ	X	-	-
3765-D-2017	UCR	X	-	-
5141-D-2017	UCR	-	X	-
0084-D-2018	FPV_PJ	X	-	-
0630-D-2018	PPLV	-	-	X
1374-D-2018	PRO	X	-	-
0825-S-2018	UCR	X	-	-
1669-D-2019	PRO	-	-	X
5422-D-2019	ME	-	-	X
3524-D-2020	FDT	X	-	-
1429-S-2020	UCR	-	-	X
4487-D-2021	FDT	X	-	-
0445-D-2022	UCR	-	-	X
1038-S-2022	UC	X	-	-
4109-D-2022	FDT	X	-	-
4753-D-2023	PRO	X	-	-
TOTAL		11	2	6

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023.

Figura 1.

Cantidad y Porcentaje de Proyectos de Ley sobre la GS, conforme el rol asignado al Estado, 2013-2023.

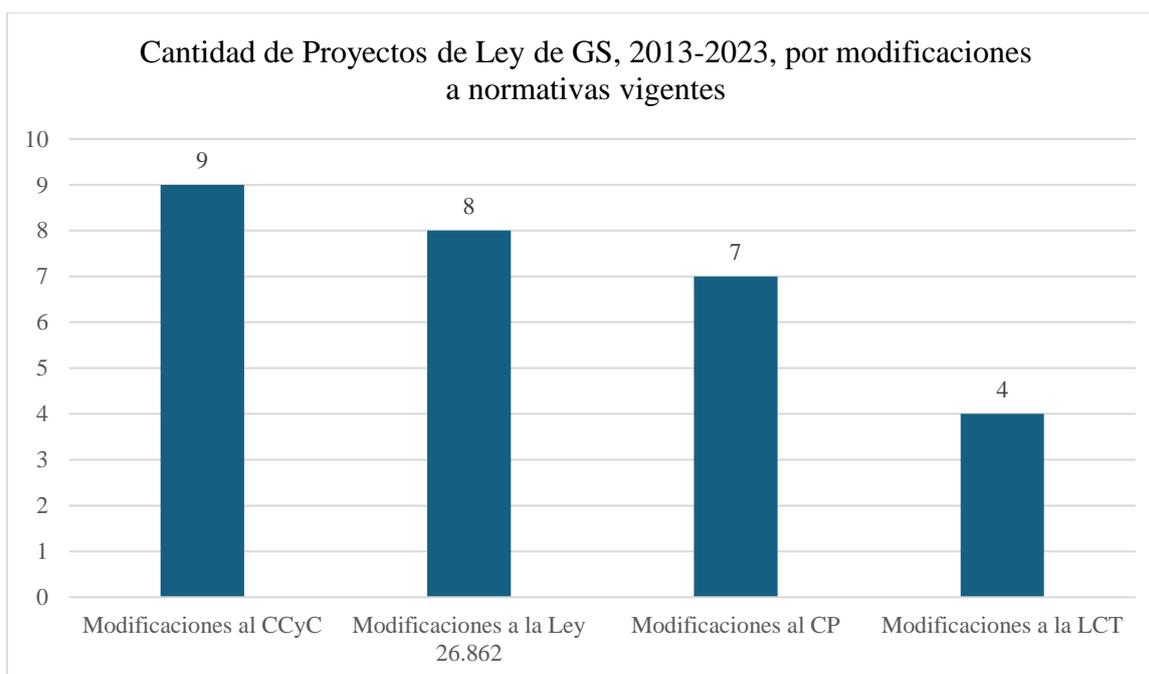
Cantidad y Porcentaje de Proyectos de Ley sobre GS por tipo de rol asignado al Estado, 2013-2023



Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023.

Figura 2.

Cantidad de Proyectos de Ley de GS por tipo de modificaciones a normativas vigentes (CCyC y/o Código Penal y/o Ley de Contrato de Trabajo y/o Ley 26.862). 2013-2023



Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023.

Tabla 3.

Proyectos de Ley para regular la GS ingresados en la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación entre los años 2013-2023 que incluyen en su articulado limitación expresa relacionada con la edad de la gestante

Proyecto de Ley	Edad de la mujer o persona gestante
0300-D-2013	Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada
5700-D-2016	Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria.

Proyecto de Ley	Edad de la mujer o persona gestante
5141-D-2017	Tener más de 21 años de edad
0630-D-2018	Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria.
0825-S-2018	Tener hasta 40 años
5422-D-2019	Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria.
1429-S-2020	Tener hasta 40 años
0445-D-2022	Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023.

Tabla 4.

Proyectos de Ley para regular la GS ingresados en la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación entre los años 2013-2023 que incluyen límites a la cantidad de veces que una persona puede gestar para otro/s

Proyecto de Ley	Cantidad de veces que se puede gestar para otro/s
0300-D-2013	No más de 2
2574-S-2015	No más de 2
5759-D-2016	No más de 2
3765-D-2017	No más de 2
0084-D-2018	No más de 2
0825-S-2018	No más de 2
3524-D-2020	No más de 2
1429-S-2020	No más de 2
4487-D-2021	No más de 2
0445-D-2022	No más de 2
1038-S-2022	No más de 2
4109-D-2022	No más de 2
4753-D-2023	No más de 1

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023.

Tabla 5.

Proyectos de Ley para regular la GS ingresados en la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación entre los años 2013-2023 que incluyen artículos destinados específicamente a los derechos de personalísimos de la gestante

Proyecto de Ley	Derechos personalísimos de la gestante
	Artículo 21. Durante el período de gestación la mujer gestante gozará de todos los derechos y de la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres embarazadas.
0300-D-2013	Artículo 22. Toda decisión que deba tomarse con relación a la salud y a la vida de la madre gestante y del embrión o posteriormente del feto que requiera de un consentimiento será tomada exclusivamente por la mujer gestante. En caso de incapacidad física o psíquica sobreviniente, será tomada por las personas que determina la normativa vigente para esos casos. En ningún caso ni bajo concepto alguno los subrogantes podrán objetar tales decisiones, salvo que se encuentren entre aquellos que autoriza la ley para hacerlo por su relación de parentesco con la mujer gestante.
2574-S-2015	Artículo 11. Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en esa ley.
5700-D-2016	Artículo 32. Durante las primeras catorce (14) semanas cumplidas de gestación, el/la/los/as "comitente/s" podrán decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la "gestante". Si existe peligro para la vida o salud integral de la "gestante", ésta podrá requerir la interrupción del embarazo, conforme lo establece el artículo 86 inciso 1° del Código Penal de la Nación.
3765-D-2017	Artículo 3. (...) La gestación por sustitución no restringe los derechos personalísimos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la ley.
5141-D-2017	Artículo 12. Son obligaciones de la/s persona/s "requirente/s": (...) e) Respetar la autonomía y libertad individual de la "gestante" durante el proceso.
0630-D-2018	Artículo 32. Interrupción del embarazo. Las partes podrán acordar voluntariamente la interrupción legal del embarazo. Sin perjuicio de ello, si existe peligro para la vida o salud integral de la "gestante", ésta podrá requerir la interrupción del embarazo, conforme lo establece el artículo 86 inciso 1° del Código Penal de la Nación.
1374-D-2018	Artículo 11. Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción legal del embarazo autorizadas por el Código Penal de la Nación, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la legislación vigente.
5422-D-2019	Artículo 32. Interrupción del embarazo. Las partes podrán acordar voluntariamente la interrupción legal del embarazo. Sin perjuicio de ello, si existe peligro para la vida o salud integral de la "gestante", ésta podrá requerir la interrupción del embarazo, conforme lo establece el artículo 86 inciso 1° del Código Penal de la Nación.
4487-D-2021	Artículo 8. Es nulo de nulidad absoluta e insanable, toda cláusula que en el acuerdo de gestación por sustitución imponga condiciones, restricciones o que de cualquier otra forma limite de algún modo, los derechos de la persona gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, caso contrario se tendrán por no escritas.
0445-D-2022	Artículo 5. Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución no podrán limitar de modo alguno los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, caso contrario se tienen por no escritas. Si durante la gestación existiera peligro cierto para la vida o la salud de la gestante, certificado médicamente, y este peligro no puede ser evitado por otros medios, la gestante puede optar libremente por interrumpir el embarazo.

Proyecto de Ley	Derechos personalísimos de la gestante
1038-S-2022	Artículo 4. La Gestación por sustitución, en ningún caso puede, de manera alguna, limitar los derechos de la persona gestante sobre su cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía.
4753-D-2023	Artículo 5. La gestación por sustitución no limita los derechos de la persona gestante sobre su cuerpo, ni sobre su libertad, privacidad e integridad física.

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023.

Tabla 6.

Proyectos de Ley para regular la GS ingresados en la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación entre los años 2013-2023 que incluyen como requisito que las partes residan en el país

Proyecto de Ley	Requisito de residencia o nacionalidad
0300-D-2013	Ser argentina nativa o por opción y contar, como mínimo, con cinco (5) años de residencia en el país continuos e inmediatos previos al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.
5759-D-2016	Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.
3765-D-2017	Dos (2) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país.
5141-D-2017	Tener 5 años de residencia interrumpida en la República Argentina o ser de nacionalidad argentina o naturalizada en el país
0084-D-2018	Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.
0825-S-2018	Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.
3524-D-2020	Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.
1429-S-2020	Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.
4487-D-2021	Ser de nacionalidad argentina o naturalizada en el país o contar con 5 años residencia ininterrumpida en el territorio nacional.
0445-D-2022	Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país.
1038-S-2022	Ser Argentina o naturalizada o tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país.
4109-D-2022	Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país, excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.
4753-D-2023	Acreditar DOS (2) años de residencia ininterrumpida en el país, excepto que se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas.

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023

Tabla 7.

Proyectos de Ley para regular la GS ingresados en la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación entre los años 2013-2023 que incluyen una compensación económica para quien gesta para otro/s

Proyecto de Ley	Compensación Económica
2574-S-2015	Es válida para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico y todos aquellos que sean consecuencia directa de la GS, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el post parto. La gestante también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y post parto. El Ministerio de Salud de la Nación establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación
5759-D-2016	Es válida. Solo para compensar gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico y todos aquellos que sean consecuencia directa de la GS, y que no deban estar cubiertos por los agentes de salud (art. 8 26.862). La autoridad de aplicación de la Ley 26.862 debe establecer, actualizar y difundir cómo se calcula el monto de la compensación.
3765-D-2017	Es válida, podrá pagarse una compensación económica razonable a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante para compensar por la gestación, sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia de la GS y que no deban ser cubiertos por los agentes de salud (26862). Al evaluar si corresponde la Autorización judicial de la GS, el juez evaluará la razonabilidad de la compensación y asegurará que no conlleve un aprovechamiento indebido de la gestante.
5141-D-2017	Compensación económica destinada a cubrir los gastos asociados con el embarazo.
0084-D-2018	Compensación económica para cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la cobertura de la ley 26.862. La autoridad de aplicación deberá establecer esta compensación.
1374-D-2018	Es válida si sirve para compensar gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico y todos aquellos que sean consecuencia directa de la GS, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el post parto. La gestante también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y post parto. El Ministerio de Salud de la Nación establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación.
3524-D-2020	Compensación económica para la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la cobertura de la ley 26.862.
1429-S-2020	No habla en términos de compensación, pero establece, como una obligación de los progenitores, el brindar cobertura médica asistencia en favor de la gestante durante todo el procedimiento de GS y hasta 12 meses posteriores al parto.
4487-D-2021	Satisfacer la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico conforme lo acuerden las partes. Los mínimos requisitos de esta compensación económica deben ser establecidos por la Autoridad de Aplicación.
0445-D-2022	Brindar cobertura médica en favor de la gestante durante todo el procedimiento de la GS y hasta 12 meses posteriores al parto.
4109-D-2022	Compensación económica para la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la

cobertura de la ley 26862. Esta compensación debe ser establecida por la Autoridad de Aplicación

4753-D-2023

El/la o las/os comitente/s sólo pueden brindar a la persona gestante una compensación económica que permita cubrir los gastos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución. Además, asegurar cobertura médica asistencial en favor de la persona gestante durante todo el proceso de gestación y, al menos, hasta los DOCE (12) meses posteriores al nacimiento

Nota: elaboración propia a partir de la recopilación, lectura y sistematización de los Proyectos de Ley ingresados a la Honorable Cámara de Diputados y a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en el decenio 2013-2023

ANEXO II
SINTESIS LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA ARGENTINA
CON CONTROL JUDICIAL

A. PETICIONES JUDICIALES UNA VEZ PRODUCIDO EL NACIMIENTO

1. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, Nro. 86, 18/06/2013, “NN O D G M B M S/ Inscripción de nacimiento”

ANTECEDENTES

Un matrimonio de diverso género se presenta y solicita la inscripción del nacimiento de la niña nacida el 19 de abril de 2012.

Señalan que la esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término siendo muy compleja la situación que atravesaron en el segundo de ellos, en el año 2010, por cuanto al perder al bebé, en un estado avanzado fue necesario practicarle una intervención de complejidad que incluyó la extirpación de su útero. Paralelamente a la inscripción en el Registro de adoptantes la pareja comenzó a averiguar y evaluar las posibilidades de acceder a la maternidad a través de la gestación por sustitución en el exterior empero desecharon esta alternativa en función de los altos costos que ello implicaba.

El embrión que finalmente se transfiere y que da lugar al nacimiento de la niña fue conformado extracorpóreamente con óvulos y espermatozoides del matrimonio con voluntad procreacional.

RESOLUCIÓN

Acceder a la demanda. Proceder a la Inscripción del nacimiento de la niña nacida el 19 de abril de 2012 en la Ciudad de Buenos Aires, como hija del matrimonio con voluntad procreacional.

FUNDAMENTOS

- Llamado de atención preliminar. La falta de inscripción materna:

(...) aun ponderando el reciente dictado de la ley sobre técnicas de reproducción médicamente asistida, lo cierto es que, en principio y como se vio, ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes a este medio de acceder a la maternidad correspondería aplicar la normativa general de fondo. Así, y de acuerdo con una interpretación literal del texto del art. 242, Código Civil., es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada. Frente a ello vemos que eso es lo que hubiere correspondido, en principio hacer por parte de las autoridades del nosocomio donde ha sido dado a luz la niña de conformidad con el régimen que emana de la ley 24.540. (...) Ello así, cierto es que en el caso correspondía a todo evento inscribir a la niña debida y legalmente y en su caso, los peticionarios acudir a las herramientas que brinda el ordenamiento actual a efectos de lograr el emplazamiento que ahora se pretende.

- Voluntad procreacional y correspondencia genética:

(...). a los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo pese a lo observado, debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional del matrimonio D G M así como también, a no dudar, lo que surge de la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica (...). En último término corresponderá pues hacer notar que en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en el proyecto de reforma al Código Civil que de algún modo y aun cuando no se conoce si el proyecto pueda o no convertirse en ley, sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada. En este sentido, se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera.

2. Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario”¹

ANTECEDENTES

En el mes de julio de 2005, la Sra. M., luego de muchos tratamientos, había conseguido un embarazo que no llega a término, padeciendo una hemorragia que casi la deja sin vida y que concluye con la extirpación de su útero. Con posterioridad a este episodio, la Sra. M. junto a su marido, el Sr. E., recurren a una fertilización in vitro con óvulos y espermatozoides propios y forman un embrión que es transferido a una tercera persona, la aquí demandada, Sra. C., cuyo resultado es el nacimiento del niño T. N.

La Sra. M. se presenta a la justicia una vez producido el nacimiento y, alegando ser la madre genética y volitiva del niño nacido de un procedimiento de GS, inicia una acción de impugnación de la maternidad contra quien figura como madre legal del niño y, en forma complementaria, promueve acción de reclamación de filiación materna matrimonial a fin de emplazar al niño en el estado filial que le corresponde, según el vínculo genético, con todos los efectos declarativos que se peticionan con retroactividad a la concepción.

Inicialmente, el juez de primera instancia resuelve no dar trámite a la acción e instar al Ministerio Público a adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar el mejor interés del niño. Para así decidir el juez consideró que la actora carecía de legitimación, en atención a la norma del art. 262 el Cód. Civ., en tanto dispone que la acción intentada por la madre sólo será procedente cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo. Frente a este decisorio, la mujer interpone un recurso de apelación y la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, en fecha 14 de abril de 2010, revoca el decisorio disponiendo se dé trámite a la acción. Zanjado el debate en tono a la legitimación activa de la Sra. M., el decisorio de fecha 19 de noviembre de 2013 se centra en la cuestión de fondo, es decir, la gestación por sustitución.

RESOLUCIÓN

Hacer lugar a la demanda en todas sus partes, decretando la Impugnación de la filiación materna extramatrimonial y disponiendo la filiación materna matrimonial en favor de la Sra. M.A. B., en relación al niño T. N.

FUNDAMENTOS

- Participación de la mujer gestante:

“(…) La demandada Sra. F. C., (...) a través de su apoderado Dr. S., tercer párrafo expreso que: "...mi representada nunca deseó al pequeño niño T. para sí, se siente feliz de haber ayudado a la familia de la actora, a tener su tan deseado y querido hijo, es decir que desde el primer momento en que mi poderdante decidió colaborar con la familia N., no dudó que eran ellos, los que se encargarían de la crianza del niño, y tuvo en claro que ellos, eran su familia, que ése era su hogar”.

Que es dable la valoración personal de la demandada, en el sentido que tal como se expone en la contestación de la acción, se trata de una persona culta, educada, con formación universitaria, y primordialmente hay que destacar que, en este acuerdo de voluntades para concretar la maternidad por subrogación, primó el "altruismo", la solidaridad, todo lo que potenció la felicidad de las personas involucradas, y un acto de generosidad por parte de la Sra. F. C. para con la familia N.B.

- Vacío legal y realidad social:

Que en este orden de ideas, y adhiriendo el suscripto a la postura doctrinaria más amplia en cuanto a la admisibilidad y tratamiento de la figura llamada "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución", entiendo que no habrá de rechazarse la petición aquí impetrada, ello así porque negar situaciones y/o metodologías que se implementan desde hace ya varios años en el medio social, sería una negación banal, porque en nada solucionarían los problemas de los justiciables que recurren a esta instancia ante el vacío legislativo existente.

- Voluntad procreacional, interés superior del niño y ausencia de conflicto:

¹ Antecedente: Fallo de Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, 14/04/2010, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, Cita Online: AR/JUR/75333/2010.

En efecto, planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional 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. Si dicha conformidad no se presentara -esto es, si existiera arrepentimiento de la madre gestadora, cosa que no ocurrió en autos- la regla de la voluntad procreacional podrá ceder frente a la necesidad de garantizar precisamente el interés del niño en cuestión, elemento que resultará prioritario ante supuestos intereses de adultos al momento de resolverse cuestiones en derecho de Familia, ello de acuerdo a lo que ya han dejado plasmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Tribunales Internacionales en innumerable cantidad de oportunidades. (...) Que tanto la actora -B. como el demandado -Sr. N. no sólo quisieron, procuraron y lograron la concepción de T., sino que fueron y son responsables directa y efectivamente de la crianza, educación y sostenimiento del menor de autos, y que encontrándose presente el elemento volitivo, tuvieron y tienen en miras la adquisición de todos los derechos y obligaciones que derivan del ejercicio de la patria potestad.

- Altruismo vs. comercialización:

Por otra parte, podría objetarse en el sub lite, que el acuerdo de voluntades formulado entre la actora, el demandado Sr. N. y la Sra. F.C., sea nulo; debo decir en primer término que respecto al mismo se debe poner de relieve que en abstracto, la admisión de estos pactos pueden significar la creación de un instrumento de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por la incomodidad del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se constare el pago como precio por el servicio, o como indemnización por las molestias por las que debió pasar; pero aún considerando a tal pacto con carácter de nulo y en la convicción que dichas acciones deben ser desalentadas porque pueden dan pie a la comercialización de la maternidad o del cuerpo femenino, entiende el suscripto que pese a lo expuesto no habrá de rechazarse la petición que dio origen a la demanda en autos por la existencia de esta cuestión, no menor por cierto, ya que entiendo que el rechazo no reporta beneficio a ninguno de los interesados, y menos aún al niño, quien es el sujeto fundamental cuyos intereses hay que resguardar.

3. Juzgado Nacional en lo Civil N ° 102, 18/05/2015, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”

ANTECEDENTES

El matrimonio conformado por F y M se presentan a la justicia y peticionan la impugnación de la maternidad de la mujer gestante respecto de la niña E. nacida el 10 de marzo de 2014 y, además, solicitan que se la emplace como hija de la actora M.

Ante la imposibilidad de M. a quedar embarazada, hicieron averiguaciones acerca de la gestación por sustitución en los E.E. U.U. y en la India, cuyos costos tan elevados eran imposibles de afrontar. Más tarde, recibieron el generoso ofrecimiento de M., la niñera del sobrino de F. con quien mantenían un fuerte vínculo afectivo desde hace años y conocía los deseos frustrados del matrimonio. Ella se ofreció a ayudarlos, encontrándose dispuesta a llevar adelante el embarazo, con el material genético que aportaran los accionantes. Luego de nacer la hija fue reconocida por F pero no pudo ser reconocida por M, dado que al momento de su nacimiento fue anotada como hija de la gestante.

RESOLUCIÓN

Hacer lugar a la demanda, con costas por su orden en atención a las particularidades de la cuestión. En consecuencia, desplazar a la mujer gestante del estado de madre de la niña E. y emplazar en el carácter de madre a la mujer con voluntad procreacional.

Exhortar a los padres a que en su oportunidad hagan saber a su hija E. las circunstancias de su nacimiento.

FUNDAMENTOS

- La participación de la mujer gestante:

Los extremos invocados han quedado corroborados con el allanamiento de M. L. R. S. quien ha comparecido ante mi presencia a la audiencia conjuntamente con los actores y la menor, quien habita desde su nacimiento con ellos. En tal oportunidad tuve conocimiento de su desinteresada colaboración e intención de ayudar al matrimonio C. a ser padres, en base al afecto familiar que los une de largo tiempo atrás, prestándose la Señora

R. S. al proceso de gestación por sustitución, sin recibir retribución económica alguna. Supe también que previamente la nombrada lo había consultado con sus hijos que viven en Perú y que si bien ella regresaría allí, era su intención conservar su trato familiar y su vínculo afectivo con el matrimonio C.

- Explotación o cosificación de la mujer gestante:

En el supuesto en estudio, la teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada al tratarse de un acuerdo voluntario y libre que, al no conllevar un interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, tampoco puede tacharse de inmoral. Respecto del argumento de la explotación o cosificación, del que se ha dicho que es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer como también que le impide ejercer su derecho a la privacidad y autodeterminación, estimo que no es el caso de autos.

- Voluntad procreacional e identidad genética

Es relevante asimismo la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio actor que, en definitiva, es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho filial argentino, esto es, su correspondencia con la identidad biológica, tal como indican los Ministerios Públicos en sus dictámenes favorables.

La circunstancia de que E. haya sido deseada por los actores quienes asumieron su atención y crianza desde que nació, hace a su interés superior lo cual se complementa con su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad.

En tales condiciones es que resulta procedente acceder a la demanda entablada valorando principalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, respecto de quien han asumido y ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento, así como la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN.

4. Juzgado Nacional Civil N ° 83, 25/06/2015, “NN O, s/inscripción de nacimiento”

ANTECEDENTES

Una pareja, a pocos días del nacimiento de una niña por un procedimiento de gestación por sustitución, se presentan a la justicia mediante apoderado y solicitan la inscripción de nacimiento a su favor. A tal fin manifiestan que la mujer gestante dio a luz una niña, pero en el caso se utilizó la técnica procreacional de “maternidad subrogada”, en donde ella aceptó que le fuera implantado un embrión conformado con material genético de la pareja, y llevar adelante el embarazo, y luego entregar a la niña que diera a luz. En prueba de relatado, acompañan a su pedido, el acuerdo de “voluntad subrogada” cuyas firmas se encuentran certificadas por escribano, y el estudio de filiación biológica, realizado en la clínica Fundación Favalaro, en donde se concluye que los integrantes de la pareja resultan ser los padres biológico. La mujer con voluntad procreacional había sufrido una histerectomía por parto en octubre de 2007, la pareja tenía un hijo propio.

RESOLUCIÓN

Disponer la inscripción del nacimiento de la niña, ocurrida en esta ciudad el día 7 de agosto de 2014 como hija de los actores. Disponer la retroactividad del ejercicio de la patria potestad al momento de la concepción de la niña en favor de la pareja actora.

FUNDAMENTOS

- Vacío legal y realidad social:

Los avances médicos y el desarrollo de nuevas tecnologías no encuentran a la fecha una solución jurídica a la cuestión, como la que nos ocupa, dado que no se encuentra legislada la maternidad subrogada. En función de todo lo hasta aquí reseñado, entiendo, a la luz de las precitadas normas correspondería entonces estar, a lo que surge del convenio de “voluntad procreacional” el cual, en el caso de autos se denominó Acuerdo de Voluntades Maternidad Subrogada que luce a fs. 14/16 y el estudio de ADN de fs. 24/30 acompañado el cual no fuera impugnado por las partes. (...).

Ante el hecho consumado, el nacimiento de la niña y la falta de legislación vigente, considero que es un "deber" del juzgador -en pos de un adecuado y ajustado ejercicio de la magistratura- permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes.

- Derecho a la identidad de la niña nacida

Para hacer lugar a lo requerido con la acción en estudio, debemos remarcar y tener fundamentalmente presente, (...) su "derecho a la identidad" como un derecho personalísimo de ésta, a fin de lograr su protección jurídica. En tal tesitura, considero que resulta de trascendental importancia el derecho de toda persona a conocer su identidad, como un derecho de los no enumerados a que se refiere el art. 33 de nuestra Carta Magna y el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que deberemos hacer valer, a fin de resolver el presente caso.

- Participación de la mujer gestante:

En el acuerdo acompañado como "Acuerdo de Voluntades Maternidad Subrogada", vemos que la Sra. acepto, la implantación del embrión, para su posterior gestación en su cuerpo, pero no asumiendo que el niño que fuera a dar a luz, como hijo.

En su presentación inicial afirman que en función del deseo señalado por la Sra. de que sus amigos cumplan con el deseo de volver a ser padres, acepto o considero posible llevar a cabo la gestación del hijo de sus amigos.

- Las hijas de la mujer gestante:

A todo lo hasta aquí reseñado, debo solicitar a los involucrados en las presentes actuaciones, es decir a los actores y la Sra., una nueva mirada a las hijas de ésta última, y en su caso, de que puedan contar con apoyo profesional, dado que no sabemos cómo han repercutido las circunstancias de ver a su madre embarazada y no tener luego a un hermanito, ni que información le fuera suministrada, sucesos estos, que dejan en el ánimo del suscripto una considerable inquietud, sin perjuicio de señalar que la misma no podrá ser develada antes del dictado de la presente ya que cualquier conducta que al respecto adopte, sólo podrá interpretarse como una injerencia judicial, más allá de mis facultades, de ahí mi pedido a los involucrados.

Señalo esta circunstancia, además, por ser la Sra. quien nos remarcó, la preocupación que sus hijas habían sentido con relación a su embarazo, y la suerte del mismo en oportunidad de la entrevista que mantuvimos los magistrados actuantes.

5. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 29/07/2015, "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F"

ANTECEDENTES

Un matrimonio se presenta a la justicia e inicia acción declarativa de filiación como medida autosatisfactiva, a fin de que se reconozca la filiación materna y paterna de un niño recién nacido mediante una gestación por sustitución, con sus padres genéticos. Solicitan que, en consecuencia, se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño como hijo del matrimonio y se disponga el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el niño, desde la fecha de la concepción, a favor de sus padres genéticos.

La mujer del matrimonio ha sufrido una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé. Sin embargo, conserva sus óvulos. De esta manera, relatan que, la Sra. A. V. O., conmovida por su caso, decide ayudarlos a gestar un bebé, en forma altruista y gratuita. Además, suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014, estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación.

RESOLUCIÓN

Declarar la nulidad absoluta de la cláusula VI, acápites B., C.1 y C.3, y cláusula X del convenio. Declarar la inaplicabilidad del art. 242 y cc. del actual Código Civil, de la Ley 24.540 y del art. 33 y concordante de la Ley 26.413, para el presente caso. Determinar que la filiación materna y paterna del niño, nacido el día 9 de enero del 2015, corresponde al matrimonio.

FUNDAMENTOS

- Altruismo vs comercialización:

Es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado

que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación.

Creo que existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y de altruismo, por ello doctrina y jurisprudencia comparadas se interrogan acerca de si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente tienen de onerosidad a la contratación, o si sólo se trata de una indemnización por los gastos producidas por la gestación y el alumbramiento, inclinándose por esto último.

Debo decir que me inclino por la remuneración del servicio de gestación.

Es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios, pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación.

- Disposición del propio cuerpo:

Desde otra óptica, en cuanto al instituto en cuestión y la pretendida nulidad del contrato, hay posturas que entienden que en la maternidad por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que la madre sustituta “da” su útero para que en él sea implantado un embrión. Este acto no puede nunca ser calificado como contrato, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio.

En consecuencia, el acto extrapatrimonial que importa la “dación” del útero, debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales -por regla general- el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere la ley o la moral”. Entonces, debemos determinar si ese acto de disposición del propio cuerpo es conforme o contrario a la moral.

En este orden de ideas corresponde entonces analizar qué puede ser objeto de los actos jurídicos y qué no. (...).

Una cuestión delicada se plantea en los denominados “actos de disposición del propio cuerpo”. En general, se trate de partes renovables o no, el objeto no es la persona, sino la parte del cuerpo de que se trate (cabello, leche materna, riñón) que una vez separados del cuerpo son cosas o bienes jurídicos extrapatrimoniales según las distintas tesis.

En síntesis, la persona no es objeto del negocio jurídico.

Como regla general, los denominados “actos de disposición sobre el propio cuerpo” son por regla general gratuitos y el consentimiento debe ser prestado por sujeto capaz, no puede ser suplido y ha de encontrarse dentro de los límites establecidos por la ley y la moral y las buenas costumbres. De allí que no sea válido el acto por el cual una persona pretende dar un riñón suyo a una persona con la cual no la une ningún vínculo de parentesco.

Habiendo analizado el contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes, en especial la cláusula de fs. 9 en los acápite IV y B ha quedado claro la voluntad procreacional de los comitentes y a fs. 9/10 pto. A. también ha quedado claro que lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional; es decir, entiendo que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenio: la gestación de un ser humano.

Que a mi criterio ello no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley. En razón de ello, entiendo que en este aspecto no corresponde disponer la nulidad del convenio.

- Cláusulas del convenio prohibidas:

Ahora bien, no obstante, todo lo antes dicho analizaré otros aspectos u otras cláusulas del convenio. Es que hay cláusulas en los que la mujer gestante se obliga a realizar o a asumir determinadas conductas; todo ello a la luz del art. 953 en concordancia con el actual art. 531, ambos del actual C.C. (cf. art. 344, CC y C –t.o. Ley 26.994-).

Esa norma dispone que son prohibidas las condiciones siguientes: “habitar siempre en un lugar determinado, o sujetar la elección del domicilio a la voluntad de un tercero; mudar o no mudar de religión; casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo, o en cierto lugar, o no casarse; vivir célibe perpetua o temporalmente; o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente”.

Es decir, se trata de un enunciado –no taxativo- de conductas o de obligaciones de hacer o de no hacer que afectan la libertad de las personas, por lo que entiendo sí deben ser declaradas nulas de nulidad absoluta por afectar el art. 953 del C.C. en concordancia con el art. 14 de la C.N.

Así las cosas, en la cláusula VI apartado B. se detallan una serie de obligaciones a cargo de la mujer gestante que a mi criterio participan de las fallas precedentemente descritas, como así también en cuanto a los apartados C.1. referido a la filiación del niño y el apartado C.3. referido a los derechos sucesorios de la gestante (ver fs. 9/10); en tanto que ambas normativas son de orden público y por lo tanto inexpugnable a la voluntad de las partes en términos contractuales que violentan el actual art. 845 y 848 del C.C.; finalmente la cláusula X en el mismo sentido impone a la mujer gestante la obligación de no interrumpir el embarazo, ello así afecta la libertad de las acciones de la portadora (fs. 11) y por ello violenta el actual art. 953 del C.C..

En tal sentido, sí se dispondrá la nulidad absoluta de las disposiciones pactadas en la CLÁUSULA VI, ACÁPITES B, C1 y C3 y CLÁUSULA X.

6. Tribunal Colegiado de Familia N ° 5 de Rosario, 27/05/2016, “S. G. G. y otros s/Filiación”

ANTECEDENTES

Se presenta un matrimonio conformado por dos varones y peticionan la rectificación del acta de nacimiento de E.S. nacido el 11 noviembre de 2015 en la cual consta que es hijo de GGS y de VP debiéndose desplazar la filiación extramatrimonial de esta última y emplazar al pequeño como hijo del matrimonio J.G.G y G.G.S.

Refieren que se acercan a una clínica de fertilidad de Buenos Aires y fueron asesorados que la gestación debía ser realizada con material genético del matrimonio y en este caso con un óvulo donado diferente a la mujer que gestaría al bebé, debiendo dicha gestación ser con fines altruista y no oneroso. Indican que P luego de analizarlo y conversar con su marido S B y con sus hijos se ofreció a ser la gestante del niño, firmando el 12 de marzo de 2015 el consentimiento previo, libre e informado. Ponen en conocimiento que P y G se conocen en 1993 en la UNR y luego trabajan juntos, viajaron juntos a España y vueltos a Argentina abren un estudio, hasta 2002 que por la crisis económica cada uno tomo un camino independiente a nivel profesional. Explican que tienen vínculos entre los dos matrimonios. Respecto del niño E se ocupan desde el mismo momento del alta sanatorial los padres procreacionales. Anotan al niño en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a fin de evitar que quede sin documentación que además le informaron que era imposible la inscripción a nombre de ellos sin la autorización judicial atento la falta de legislación expresa.

RESOLUCIÓN

Admitir la demanda y en consecuencia impugnar la maternidad de V P respecto de E S y por tanto declarar el emplazamiento de E S como hijo GGS y de JGG, oficiándose al Registro Civil y Capacidad de las Personas a fin de que proceda a su modificación.

Imponer a los progenitores procreacionales la obligación de hacerle saber a su hijo mediante la ayuda psicológica pertinente la manera en que fue concebido y gestado.

FUNDAMENTOS

- Vacío legal:

El texto legal finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a este tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso.

- Los requisitos del Anteproyecto de CCyC como guía:

De las constancias de autos emerge que: a) todas las personas involucradas han tenido como norte el interés superior del niño; b) la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; c) uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos; d) los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; g) la gestante ha parido dos hijos en su unión matrimonial antes del caso bajo análisis; h) la gestante ha prestado su vientre en forma libre, luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; i) el recurso de éstas

técnicas fue utilizado como última alternativa por los peticionantes ante la infructuosa espera en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva.

- La participación de la mujer gestante:

Esta mujer, "ser luminoso" (en siete artículos el Código Civil y Comercial designa como sinónimo de parir la que da a luz) que llevó adelante el embarazo, fue suficiente y plenamente informada sobre la situación que libremente aceptó, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos, no sufrió ningún tipo de explotación, posibilitó el tratamiento y control necesarios para la transferencia embrionaria de los progenitores procreacionales.

En síntesis, la mujer gestante obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su marido, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos, fines que son acordes a los requisitos que exigía el proyecto.

Ella junto con su marido en audiencia brindó explicaciones sobre la relación con los peticionantes, el debate entre todos los miembros de su familia, los recaudos que se tomaron y su firme intención de gestar un niño como guiño de amor y solidaridad hacia sus amigos y fundamentalmente como acto ejemplificador hacia sus propios hijos. "Prestar nuestra panza" fue la expresión de su hija de nueve años.

Esta especialísima y única circunstancia en la existencia de esta mujer, forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la mujer someterse a ésta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad.

- Principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual:

El Código Civil y Comercial incorpora definitivamente la legislación que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y expresamente indica que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (art. 402).

Ello supone el acceso para las personas del mismo sexo, a los beneficios asociados al matrimonio: de asistencia, alimentos, solidaridad, beneficios sucesorios, a la vivienda familiar, en la toma de decisiones médicas, etc., pero cuando el matrimonio está compuesto por dos hombres sus derechos a la progenitura está circunscripto a la adopción, lo cual restringe por discriminación indirecta, esto es por un comportamiento legal aparentemente neutro pero con resultado desfavorable en comparación con los derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos respecto del matrimonio unisexual de dos mujeres.

7. Juzgado Nacional Civil Nro. 7, 15/06/2016, "A. R., C y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación"

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por el Sr. S.L. y la Sra. C.A. se presentan y promueven demanda de impugnación de la maternidad contra quien fuera la mujer gestante de sus dos hijos nacidos el 29 de junio de 2015, y solicitan se los emplace como hijos de C.A. En forma previa a la petición los mellizos se encontraban inscriptos como hijos de quien los dio a luz y, del Sr. S.L., aportante de gametos masculinos, que los había reconocido ante el Registro Civil.

Los actores refieren que, desde el primer momento quisieron tener hijos y, sabiendo C.A. que tenía dificultades para quedar embarazada, buscaron ayuda médica. La imposibilidad de tener un bebé tendría su origen en una peritonitis muy grave que ella tuvo a los 11 años.

En relación con el vínculo con la mujer gestante, señalan que sus amigos, M. y L. tuvieron una hija, A., quien nació el 18 de noviembre de 2008 y los eligieron a ellos como padrinos de la niña. En tal sentido, narra que a principios del año 2014 M. les hizo el ofrecimiento de gestar un hijo de ellos. Dijo que ella le comentó que hacía años que lo venía pensando.

RESOLUCIÓN

Declarar que los niños no son hijos de M. J.C. Asimismo, declarar que los niños, nacidos el 29 de junio de 2015, son hijos del Sr. S.A.L.; emplazando como madre biológica a la señora C.A.R.

FUNDAMENTOS

- Vacío legal y realidad social:

Finalmente, con la excusa de que los dilemas éticos y jurídicos que conlleva la gestación por sustitución son de una envergadura tal que ameritaría un debate de carácter interdisciplinario más profundo, se decidió excluir del Código esta figura, que existe –con distintas formas y alcances- en un número creciente de países del mundo.

El resultado fue la eliminación en el nuevo Código – que admite como fuentes de filiación otras técnicas de reproducción humana asistida- de cualquier referencia al tema. No prevé la maternidad por subrogación, pero tampoco la prohíbe expresamente, lo cual no evita que el fenómeno suceda, sino que por el contrario lo deja fuera de la posibilidad de contralor uniforme que el proyecto preveía.

Al no estar prohibido y al no encontrarse legislado, continua la gran incertidumbre que genera para todas las personas comprometidas en la gestación por sustitución la intervención judicial posterior al alumbramiento, dependiendo del criterio que adopte cada juez.

Como dije, en la actualidad existen muchos casos de gestación por sustitución a nivel mundial. En nuestro país, la figura de la gestación por sustitución se realiza, pero sin respaldo legal. En consecuencia, debemos recurrir a la Constitución y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (conf. artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación).

- Principio de legalidad:

El Estado no puede obligar a nadie a hacer lo que no se exige mediante una ley. Y viceversa, el Estado no puede prohibir lo que la ley no prohíbe. No puede sancionar conductas que no se encuentran prohibidas.

- El derecho al goce del progreso científico:

Además, el derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”.

- El derecho a formar una familia:

En virtud de lo expuesto, por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio.

La gestación por sustitución, de acuerdo a la imposibilidad de C. de quedar embarazada, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás.

- Explotación o cosificación de la mujer gestante:

En el supuesto en estudio, la teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada al tratarse de un acuerdo voluntario y libre, que al no conllevar un interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, tampoco puede tacharse de inmoral. Respecto del argumento de la explotación o cosificación, del que se ha dicho que es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer como también que le impide ejercer su derecho a la privacidad y autodeterminación, estimo que no es el caso de autos.

- Disposición de una parte del propio cuerpo:

La constancia agregada no es un contrato, se trata tan solo de una manifestación, de un acto de amor, en el que M., ante las dificultades o imposibilidades de C. y S. de poder gestar a sus hijos, intentó a ayudarlos a formar una familia.

El acto extrapatrimonial que importa la “dación” del útero, debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales -por regla general- el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere la ley o la moral”. (...)

En la gestación por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que la madre sustituta “da” su útero para que en él sea implantado un embrión. Este acto no puede nunca ser calificado como contrato, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio. (...)

También ha quedado claro que lo que M. –como gestante- ofreció es su capacidad gestacional; es decir, entiendo que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (nueve meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano.

- El llamado a legislar:

El presente caso que han vivido C. y S. por carecer de una legislación que contemple su situación, no debería repetirse.

A las parejas que pasan por situaciones similares no se les puede hacer vivir inseguridades e incertidumbre sobre su futuro, dependiendo del criterio del magistrado que juzgue su caso.

Para ello, es urgente que se regule un proceso judicial previo a los fines de que la gestación por sustitución se pueda dar en el mejor contexto posible en beneficio y protección de los intereses de todos los comprometidos.

8. Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, 30/06/2016, “S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento” y CNCiv., Sala H, 24/10/2016. Sentencia no firme

ANTECEDENTES

Los Sres. Sres. H. y C. inician una acción judicial solicitando, como medida autosatisfactiva, la inscripción de nacimiento a su favor conforme la voluntad procreacional manifestada, con exclusión de quien diera a luz en calidad de gestante por sustitución por carecer esta de voluntad procreacional respecto a la niña y niño nacido/a -mellizos-.

RESOLUCIÓN (no firme)

La jueza de primera instancia hace lugar a la petición y declara la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC.

El Ministerio Público apela el decisorio y la Sala H, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, revoca el decisorio.

FUNDAMENTOS

- Adopción, no GS:

Teniendo en cuenta lo peticionado por las partes y la conformidad expresa del Sr. Defensor de Menores de Primera Instancia respecto a la adopción por integración plena, el tribunal no puede dejar de señalar que la magistrada de grado al resolver la inconstitucionalidad de oficio del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación –sin entrar a valorar el error o el acierto de la mencionada declaración de inconstitucionalidad que denota un enjundioso y serio estudio de la cuestión jurídica sobre la que se expidió- se apartó de lo peticionado por las partes que (..) habían decidido encausar la pretensión de modo tal que por vía de integración plena los tres niños sean hijos de ambos, petición con la que está de acuerdo el Sr. Defensor de Primera Instancia.

Es por ello que, teniendo en cuenta la pretensión de las partes en el marco acotado del presente proceso, corresponde revocar lo decidido a fojas 55/66 en mérito de los argumentos expuestos “ut supra” a fin de resguardar la igualdad entre los menores respetando de esta manera “el interés superior del niño” a fin de que tengan un mismo status familiar ya que fueron concebidos por medio de fertilización asistida y en ambos casos mediante procreación por subrogación materna según los dichos de los peticionan.

9. Juzgado de Familia N° 2 Moreno, 04/07/2016, “S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar”

ANTECEDENTES

Una matrimonio conformado por la Sra. B. B. S. P. y el Sr. D. E. se presenta y solicita la impugnación de la maternidad de la niña nacida el 14 de abril de 2014, requiriendo se desplace como madre a quien dio a luz, hermana de la mujer peticionante y, en su lugar, se emplace como madre a la Sra. B. junto con el Sr. D. E. ya emplazado como padre por el reconocimiento efectuado post nacimiento.

Relatan que antes de recurrir a la GS realizaron 9 tratamientos sin éxito puesto que los embarazos se producían, pero no llegaban a término. En ese marco, la hermana de la aquí accionante, Sra. R., les ofrece gestar para ellos. Pasados unos días y pensando en la propuesta deciden hablar primero con T. (hijo de un primer matrimonio del Sr. D, de 13 años de edad), con V. y Z. (hijos de R. de 13 y 5 años respectivamente) y con L. (sobrino de B. con quien ella mantenía un vínculo muy estrecho), la Sra. R., por su parte, habla con su pareja. Todos estuvieron de acuerdo y, acompañados/as por psicólogos/as, deciden avanzar, transfiriendo a R. los dos embriones que el matrimonio tenía criopreservados y que fueran conformado con material genético de ambos.

Manifiestan que D. es el padre legal, genético, biológico y voluntario de la niña y que B. es su madre genética, biológica y voluntaria. Acompañan la prueba de ADN que acredita que los gametos fueron aportados por ellos. Sostienen que R. prestó el consentimiento para la implantación de los embriones, y que tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica, que actúa de manera completamente desinteresada a nivel económico, que es madre, que es la primera vez que realiza este procedimiento y que el único fin que persigue es ayudar a su hermana y a su cuñado, conmovida por el sufrimiento que ellos padecen.

El proceso se inicia en vigencia del Código Civil derogado, la sentencia se dicta en vigencia del Código Civil y Comercial.

RESOLUCIÓN

Se hace lugar a la acción de impugnación de maternidad, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz. Se desplaza la maternidad establecida, emplazando en su lugar a la Sra. B. como madre de la niña.

Se impone a los progenitores, a partir del momento en que su hija adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

FUNDAMENTOS

- Voluntad procreacional:

Asimismo han acreditado en autos su voluntad procreacional: a) de manera implícita, con las distintas constancias médicas que denotan haber sostenido dicha voluntad, sin claudicar, desde el momento que iniciaron los diferentes tratamientos, estudios, y prácticas médicas indicados por los distintos especialistas, aún cuando estos resultaran infructuosos y culminaran con la pérdida de nueve embarazos, conforme surge del certificado médico y de la Historia Clínica de la Sra. B. B. P., acompañada en autos y b) de manera explícita, con el consentimiento otorgado por los peticionantes, en los términos de la ley 26.529 modificada por Ley 26.742 vigente al momento de la transferencia embrionaria, quienes manifiestan: ... “que teniendo en cuenta su anhelo de ser padres y la imposibilidad fáctica de llevar adelante un embarazo a término conforme antecedentes médicos del matrimonio, prestan conformidad para que la Dra. E. S. F. realice una transferencia de dos de los embriones originados con sus respectivos gametos a favor de la Sra. R. F. S. P. Prestan su consentimiento en

calidad de padres comitentes y como futuros progenitores de la/s persona/s en gestación. Por su parte, la Sra. R. F. S. P. ... presta conformidad con la transferencia embrionaria y la gestación a favor del matrimonio constituido por la Sra. B. B. S. P. y el Sr. C. D. E.

La filiación, mediante el acceso a las TRHA, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción, con el límite máximo de dos vínculos filiales. Con lo cual la fuente de filiación se configuraría como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional.

(...) Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado.

- Los requisitos del Anteproyecto de CCyC como guía:

De lo expuesto se infiere: 1) que la gestante, R. F. S. P., tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica, cuestión que se encuentra acreditada en el caso a través de diferentes medios de prueba, tales como: acompañamiento médico, contención terapéutica, involucramiento de los hijos y de la pareja actual de la gestante. 2) Ambos comitentes aportaron su material genético. 3) B. tiene imposibilidad de llevar un embarazo a término. Precisamente, al sintetizarse la plataforma fáctica, se pone de resalto que ha perdido 9 embarazos. 4) La gestante aportó sus gametos; se trata, en el caso, de una fertilización homóloga, es decir, con material de ambos integrantes del matrimonio comitente. 5) La gestante actuó de manera absolutamente altruista, tratándose de un acto de amor hacia su hermana. 6) La gestante no se había sometido previamente a ningún proceso de gestación por sustitución, siendo este caso la primera vez que se sometía a este tipo de técnica médica. 7) La gestante tiene hijos propios; quienes estuvieron informados y asistidos de la situación desde el comienzo del proceso, acompañando y participando de modo voluntario y entusiasta cada etapa hasta su culminación.

- La Corte IDH y el fallo Artavia como doctrina base:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) c. Costa Rica” consagró —el derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad—, el derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías - derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación.

- Explotación o cosificación de la mujer gestante:

En su dictamen (fs. 152/155) el Sr. Agente Fiscal expresa “... Este Ministerio no advierte, que exista ningún tipo de “cosificación” “comercialización” y/o cosificación respecto de la gestante, tal como lo sostiene la doctrina a este tipo de procedimientos en función de que existe consentimiento de la gestante la cual goza a “prima facie” de plena capacidad y buena salud física y psíquica, el material genético correspondiente a los actores y no la gestante, la Sra. R. tiene dos hijos previos al procedimiento, no resultando de autos que haya recibido retribución alguna por el mismo, ni que se haya sometido a otro similar con anterioridad (...). Por lo expuesto considera poder hacer lugar a la acción de impugnación de maternidad intentada, desplazando del estado de madre a R. F. S. P., emplazando en el mismo a B. B. S. P.

10. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8, 20/09/2016, "B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación"

ANTECEDENTES

Un Matrimonio, Sra. B. M. B. y Sr. R. A. D., residentes de la provincia de Córdoba, se presentan y solicitan la inscripción de nacimiento de L., nacido el 14 de julio de 2014, como hijo de ambos, dando cuenta que aquél fue dado a luz por Y. G., amiga de la pareja - quien también suscribe el escrito de inicio-, en el marco de un proceso de gestación por sustitución de embriones conformados con gametos masculinos propios y óvulos donados.

Manifiestan que, ante la imposibilidad de lograr un embarazo, efectuaron consultas médicas y se diagnosticó que M. padece un problema congénito —Síndrome de Rokitasky—, que le impide llevar a cabo un embarazo en forma natural.

Dan cuenta que ambos mantenían una amistad con Y. G., quien reside en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que fue por intermedio de aquella que, en el año 2009 conocieron la clínica de fertilidad, en la que recomendaron como única opción la gestación por sustitución. En el año 2012, Y. G., quien ya tenía hijos propios, les ofreció prestar su útero y realizar una gestación por sustitución.

Celebra audiencia con los peticionantes y con la Sra. Y. G., quienes comparecen asistidos por sus respectivos letrados, se designa como tutor especial del niño G. a un Defensor Público Tutor. A pedido de este último, en atención a que el niño se encontraba inscripto de oficio en el Registro Civil como hijo de Y. G., se caratula la causa como una acción de impugnación de maternidad, a la que se le acumula la acción de filiación en favor del matrimonio peticionante.

RESOLUCIÓN

Admitir la demanda, impugnar la maternidad de Y. A. G. y declarar el emplazamiento del niño como hijo de B. M. B. y de R. A. D. Imponer a los progenitores procreacionales la obligación de hacerle saber a su hijo la manera en que fue concebido y gestado.

Como medida complementaria, acorde con la naturaleza de los derechos involucrados, librar oficio al Centro Médico interviniente a fin de que proceda al debido resguardo de los datos de la donante de óvulos que intervino en la presente técnica de reproducción humana. Dar intervención al Ministerio de Salud a fin de que por la vía y forma que considere corresponda, disponga las medidas necesarias a fin de garantizar la disponibilidad en el tiempo de los datos de la donante.

FUNDAMENTOS

- La mujer gestante:

El tercer hecho no controvertido resulta ser que la señora Y. A. G. ha manifestado su interés en ayudar de modo altruista al matrimonio integrado por los señores B. M. B. y R. A. D. Sumado a ello en oportunidad de ser examinada por los médicos informan que la señora Y. G. no presenta condicionamientos psicopatológicos que le impidan comprender los alcances de asumir la gestación de un embrión ajeno teniendo plena conciencia sobre la implicancias de ser gestante en el proceso de subrogación de vientre, como así también que en el momento tras el parto el bebé sería dado al matrimonio B.-D.

De trascendental importancia para la resolución de la causa resulta la información médico legal que pudo haber recibido la aquí madre gestantes en cuanto a sus derechos como mujer en relación con el embarazo y trabajo de parto y el consentimiento informado prestado. Todo lo cual es coincidente con lo manifestado por la señora G. en la audiencia en la sede del juzgado con la suscripta, que tuvo como fin tomar contacto personal con la misma y corroborar respecto al consentimiento prestado, según constancias adjuntas. En dicha audiencia se toma contacto personal con todos los involucrados y de ella emerge la amistad entre los peticionantes, la gestante y su pareja; el pleno, libre e informado consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción humana asistida; el anoticiamiento y conformidad de los hijos de la gestante y su pareja, y que lo realiza como un acto de amor sin confusión en los roles respecto a que la gestación del hijo era para los peticionantes.

- Principio de realidad:

La gestación por sustitución es una realidad, existe —con distintas formas y alcances— en un número creciente de países del mundo y en Argentina.

(...)

En nuestro país encontramos numerosos planteos judiciales en los que se ha pretendido el reconocimiento o validez de gestaciones por sustitución realizadas en el exterior, como así también en el país, y así como esta fuerza de la realidad constituía una de las principales razones para su regulación en el Cód. Civ. y Comercial, se sigue presentando hoy como argumento contundente en ese sentido. Dicha exclusión no evita que el fenómeno suceda, sino que, por el contrario, lo deja fuera de la posibilidad de contralor uniforme que el proyecto preveía.

Al no estar prohibida esta figura y al no encontrarse legislada, continua la gran incertidumbre que genera para todas las personas comprometidas en la gestación por sustitución la intervención judicial posterior al alumbramiento, dependiendo del criterio que adopte cada juez, cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con los comitentes.

- Compensación económica a la gestante:

El rol del Estado en este punto es fundamental. En tanto el Estado regule la gestación por sustitución y por medio de la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud) fije un monto compensatorio para los casos que de ella derivan será una medida que tienda a evitar la explotación de mujeres que accedan a la gestación como medio de subsistencia. Parte de la doctrina, entiende que: "... el intercambio monetario no implica por si una mercantilización de seres humanos, no tilda al acuerdo de inmoral ni necesariamente importa una cosificación o explotación de la mujer o del niño por nacer; por cuanto esta compensación está destinada a cubrir gastos de salud, riesgos, dedicación, tiempos, cuidados, asesoramiento legal y psicológico, lucro cesante e implicancias afectivas del proceso; si bien en estos procedimientos hay un intercambio de dinero, ver este aspecto solamente sin mencionar y ponderar todos los otros es simplificar excesivamente el proceso y la práctica. No considero inmoral el intercambio de dinero, lo objetable serían los valores excesivos por fuera de

la cobertura de aquellos gastos mencionados; y allí la presencia del Estado es fundamental” (Camacho Javier M., “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009 disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>, compulsado el 29/05/2016, p 9, citado en: “La realidad interpela, ¿el derecho responde? Gestación por sustitución: desde dónde partir para regular” Por Agustina Bladilo; Gil Domínguez, Andrés, Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiología, RDF 2015-V-133).

En consonancia con lo anterior y a los fines de evitar la profesionalización de la práctica, otro requisito que contenía el Anteproyecto al regular la figura era la obligación de registrar cada proceso de gestación por sustitución y permitir a una persona ser gestante como máximo dos veces. Ahora bien, ¿cómo toma conocimiento el Estado de la realización de esta práctica a los fines de proceder a la inscripción? Allí el proceso judicial interdisciplinario previo adquiere un rol fundamental.

- Principio de legalidad:

No obstante ello, la gestación por sustitución no ha sido prohibida. Por ello corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 CN), por tanto, se entiende que, la gestación por sustitución cuenta con recepción implícita en el Cód. Civ. y Comercial, ya que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la tecnologías derivadas del conocimiento científico y las múltiples razones por las cuales el proyecto en su versión original regulaba en el entonces art. 562, este supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución.

- Deconstrucción de la Maternidad:

En este marco, la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el “querer ser” progenitor. Siendo así, la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica cuando el vínculo filial encuentre su origen en las TRHA (art. 569 y 575 Cód. Civ. y Comercial) en correspondencia con el criterio seguido en los países que tienen regulada esta tercera fuente filial. Ello implica ir deconstruyendo la noción de “maternidad”, es decir la voluntad sobre la biología-genética.

(...) En definitiva, actualmente, en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el dec. 956/2013 y los arts. 558 y 562 del Cód. Civ. y Comercial, la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional.

- Autonomía y la decisión de la mujer gestante:

El art. 75 inc. 22 trajo al orden simbólico local, un orden distinto, es el que se configura a través de los DD.HH., los que irradian la coexistencia de una constelación plural de opciones de vida en lugar de un supuesto de homogeneidad ideológica o pensamiento único, que se manifestará en las distintas formas en que se expresa la legalidad. El derecho de familia debe receptor la constitucionalización del derecho privado en todo su contenido, como surge de los principios que son la base del sistema que consagra: pluralidad, igualdad y solidaridad. La igualdad, como principio constitucional y el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el orden público reconoce la aptitud de los miembros de la familia para decidir libremente opciones inherentes a la intimidad de la vida familiar.

En la especie, el principio de autonomía cobra un importante protagonismo, ya que esa subjetividad es donde se aloja la voluntad procreacional, correlato del amor filial que se construye más allá de lo genético.

(...) En síntesis la mujer gestante obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su pareja conviviente y padre de sus dos hijos, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos; en audiencia brindó explicaciones sobre la relación con los peticionantes, el debate entre todos los miembros de su familia, los recaudos que se tomaron y su firme intención de gestar un niño por solidaridad hacia sus amigos. Esta decisión, forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la mujer someterse a ésta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad.

- El llamado a legislar:

A fin de garantizar este derecho a la información se establece que en el legajo base sobre el cual se realiza la inscripción de nacimiento y se emite la correspondiente partida debe constar que el niño ha nacido de TRHA heteróloga. Los datos sobre el donante estarán en el centro de salud interviniente. Esto se regulará por ley especial. A la fecha, nuestro país, no cuenta aún (aunque si existentes diversos proyectos) con dicha regulación específica, que resulta necesaria y vital. Para que el niño o niña tenga esta posibilidad, debe estar regulado no sólo de qué modo la información puede ser almacenada y qué datos pueden ser solicitados y obtenidos sino también quién es el encargado de conservar dicha información a fin de que pueda acceder a la misma, garantizando su disponibilidad en el tiempo. Esto último implica, no ya como en la actualidad, que los centros médicos privados sean los únicos que cuentan con la información porque son los que realizan los tratamientos, sino que el Estado sea el garante de la información. Si los datos identificatorios de los donantes se perdieran de manera definitiva, se pondría en juego, entre otros, el derecho a la salud.

Por eso, insistimos, se requiere de la regulación específica, ya que no solo existe un vacío legal en cuanto al resguardo perdurable de la información, sino también, en cuanto a la posibilidad de conocer la misma y su acceso.

(...) Al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el Cód. Civ. y Comercial, otros interrogantes —sobre todo de orden práctico— siguen abiertos, con la inseguridad jurídica que ello genera, al carecer los Registros de normativa que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme a la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño. La jurisprudencia ha venido subsanando de alguna manera el vacío de regulación, pero es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura.

(...) La complejidad de esta figura, de gestación por sustitución, es innegable, el desafío entonces está en lograr un sistema que de manera equilibrada pueda hacer frente a esta realidad intentando ofrecer la mayor protección jurídica a todas las personas que intervienen.

11. Juzgado Familia N 12, Lomas de Zamora, 03/10/2016, “G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida”

ANTECEDENTES

Un matrimonio, Sra. G. y Sr. P., se presentan y solicitan la rectificación de la partida de nacimiento de la niña A., nacida el 15 de abril de 2015 mediante una gestación por sustitución, quien se encuentra inscrita de oficio en el Registro Civil como hija de la Sra. A. y, conforme reconocimiento posterior, como hija del Sr. P.

Los peticionantes entienden que no es la figura de la impugnación de la maternidad la correcta, ya que frente a los consentimientos informados surge que quien ha gestado a la niña nunca quiso ser madre.

La Sra. G. y Sr. P. contrajeron matrimonio en el año 1997, en julio de ese mismo año nació su primera hija. En el año 2000 a la Sra. G. le detectan un cáncer en el útero, desde entonces lucha por ser nuevamente mamá. En 2010 pierde un embarazo y los médicos le confirman que no podría ser madre nuevamente debido a lo escaso de su útero y allí le informan sobre la posibilidad de realizar un procedimiento de gestación por sustitución.

Una vez decididos a hacerlo se lo plantean a A., amiga en común, quien decide ayudarlos.

Exponen que previo a realizar la GS conversaron con la hija en común, M.S., quien esperaba con ansias un hermano y con el hijo de A. de nombre T., de 8 años, explicándoles en qué consistía la práctica médica, con el fin de evitar confusiones en los niños, especialmente en los roles que ocuparía cada uno. Durante todo ese tiempo, antes, durante y después del embarazo, contaron con ayuda terapéutica.

RESOLUCIÓN

Se hace lugar a la rectificación de partida de nacimiento respecto de la filiación materna en el sentido que su madre es la Sra. G.

FUNDAMENTOS

- La escucha y la decisión de gestar para otros:

La Sra. manifiesta (en audiencia) que la niña nació por cesárea y que al nacer se ligó las trompas, pues ya tiene decidido dedicarse a cuidar a su hijo T.

(...) Los motivos por los que aceptó ser la mujer gestante fue porque quería hacer bien a otras personas y más al matrimonio amigo. Que se siente satisfecha y consciente de los actos y que no se arrepiente de ello.

- El rol de la justicia:

(...) sería contrario a los principios expuestos mantener la situación actual de la pequeña, lo que produciría un caos familiar con lógicas derivaciones hacia lo psicológicos y emocional de la misma, elemento que debe ser superador, mediante la creatividad del juez.

Es hora de propiciar el reemplazo de la figura clásica del juez prisionero de la letra de la ley, por la de un intérprete dotado de un dinamismo creador.

La norma jurídica tiene que ser correlacionada con otro orden de conocimientos que trasciende el derecho, generando una apertura que vede una aplicación maquinal de la ley. Surge una interpretación dinámica que nos comprende y compromete a los jueces con los resultados a que conduce la exégesis de la norma y que nos prohíbe a convalidar inequidades en el caso sometido a decisión.

- La adopción:

Si aceptáramos la pretensión del Registro -recurrir a una adopción plena de la niña- forzaríamos, incomprensiblemente, figuras legales antes de considerar la realidad biológica y gestacional existente frente a un vacío jurídico. Atento a ello es inaceptable lo peticionado.

12. Juzgado Nacional en lo Civil N ° 81, 14/06/2017, “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación” y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 30/10/2018. Sentencia no firme

ANTECEDENTES

Una pareja de varones recurre a la GS para acceder a la copaternidad, con materia genético de uno de ellos y óvulos donados por una tercera persona distinta a la mujer estante, una vez realizada la práctica e inscripta la persona nacida como hija de esta última, se presentan a la justicia y solicitan se impugne la filiación materna y se los emplace a ambos como copadres del niño.

RESOLUCIÓN

El Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 81 (2017) hace lugar a la impugnación de la maternidad, ordenando desplazar a la gestante y emplazar a los progenitores por voluntad procreacional. El Ministerio Público apela el decisorio y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E (2018) revoca la sentencia. Contra ese decisorio, los progenitores, al igual que la mujer gestante, interponen Recurso Extraordinario Federal ante la CSJN, una vez denegado, plantean Recurso de Queja.

FUDAMENTOS DE LA CÁMARA

- La noción de maternidad:

Ello indica que en el actual régimen jurídico se considera a la gestante, en esta hipótesis, como madre del nacido, más allá de que hubiera aportado o no el material genético. Ello, con independencia de que tuviera o no intención de ejercer el rol materno, como de hecho sucede con algunas madres por naturaleza que pese a no desear un hijo, igualmente lo engendran. Su decisión libre fue contener en su vientre una nueva vida. Y mientras el legislador no autorice otra consecuencia jurídica, no es posible apartarse del texto claro de la ley. (Voto Dr. Dupuis).

13. Juzgado Nacional Civil N ° 4, 20/10/2017, “S. T., V. s/inscripción de nacimiento” y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 15/03/2018. Sentencia No firme.

ANTECEDENES

Los Sres. Sres. H. y C. inician una acción judicial solicitando, como medida autosatisfactiva, la inscripción de nacimiento a su favor conforme la voluntad procreacional manifestada, con exclusión de quien diera a luz en calidad de gestante por sustitución por carecer esta de voluntad procreacional respecto del niño V.

RESOLUCIÓN

La jueza de primera instancia hace lugar a la petición y declara la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC.

El Ministerio Público apela el decisorio. La Sala H, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirma el decisorio -voto de la mayoría-.²

FUNDAMENTOS

- Ausencia de conflicto entre las partes:

(...) teniendo en cuenta que los actores se encuentran imposibilitados de concebir naturalmente, que no existe controversia entre ellos y la gestante y que esta última ha brindado su consentimiento libre e informado —tal y como surge de las constancias de fs. 3/7 que luego fue ratificado en audiencia llevada a cabo en presencia de la a quo y de la que da cuenta el acta de fs. 148— entendemos que debe confirmarse el pronunciamiento recurrido.

14. Juzgado Nacional Civil Nro. 26, 14/05/2018, “F., R. R. Y OTRO c/ G. P., M. A. s/IMPUGNACION DE FILIACION” y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 28/10/2020, “F., R. R. Y OTRO c/ G. P., M. A. s/IMPUGNACION DE FILIACION”. Sentencia no firme

ANTECEDENES

Un matrimonio de varones accede a un procedimiento GS. La niña nace el 17/10/2016 y es inscripta originalmente como hija de la gestante y del progenitor que aporta el material genético. Luego la pareja se presenta a la justicia e interpone una acción de impugnación contra la mujer gestante con el fin de que se los acoja a ambos como progenitores.

RESOLUCIÓN

El Juzgado Nacional Civil Nro. 26 (2018) hace lugar a la petición, desplazando a la mujer gestante y emplazando a ambos como padres de la niña. Contra ese decisorio se alza el Ministerio Público Fiscal -agravios a los que adhiere la Defensora de Cámara- y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, por voto de mayoría (2020) revoca el decisorio. Frente a ello, los actores interponen Recurso Extraordinario Federal y, una vez denegado, van en Queja ante la Corte.

FUNDAMENTOS DE LA CÁMARA

- Maternidad y parto:

(...) en una primera aproximación al tema surge del análisis derivado del ensamble teleológico de las normas en cuestión que el punto de partida de toda filiación es el vientre de la madre al atribuir maternidad en el art. 562 a los “hijos de quien da a luz” y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre. (Voto del Dr. Álvarez)

- Inexistencia de vacío legal y adopción como solución:

(...) la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma. Por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.

(...) Los términos en que se encuentra redactado el art. 562 actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17° del CCCN que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo. (Voto del Dr. Álvarez)

15. Juzgado de Familia, 4° Nominación Córdoba, 21/05/2018, “A., P. A. Y OTRO – MEDIDAS URGENTES - EXPTE. N° 7013051”

ANTECEDENES

Se presenta un matrimonio conformado por los Sres. P. y F. y solicitan mediante medida autosatisfactiva se orden al Registro del Estado y Capacidad de las Personas a inscribir al niño N., nacido de un procedimiento de gestación por sustitución mediante la ovodonación de una tercera persona distinta a la mujer gestante, como

² Con disidencia de la Dra. Abreut de Begher.

su hijo, amén de petitionar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

RESOLUCIÓN

Se rechaza la petición de declaración de inconstitucionalidad. Se acoger favorablemente el pedido de inscripción del niño nacido por Gestación por sustitución como hijo del matrimonio conformado por los Sres. P. y F.

Se ordena a los a los progenitores que dejen constancia del compromiso legal que asumen de informar al niño sobre las circunstancias de su gestación.

FUNDAMENTOS

- Deconstrucción de la Maternidad:

Debe conciliarse que la regulación de la voluntad procreacional como causa fuente de la filiación tiene como antecedente la imposibilidad reproductiva en cualquiera de sus formas. Ese reconocimiento que se puede ser progenitor/a sin aporte genético sino por la simple voluntad de querer serlo tiene como corolario necesario que también se puede ser gestante sin ser madre si falta la voluntad procreacional. En este punto no hay discusión, es decir que el sólo hecho de la gestación no convierte a una mujer en madre, si además no asume responsablemente los deberes y funciones parentales. En la maternidad subrogada se suma el hecho que no hay vinculación genética entre el niño y la gestante porque el óvulo procede de una donación anónima. En conclusión, en el supuesto en análisis no hay voluntad procreacional y no hay nexo genético, cuál sería entonces la razón para atribuirle un hijo a la gestante. En este marco el hecho biológico del parto aparece como una respuesta insuficiente e inadecuada desde la perspectiva del niño, porque la realidad es que tendrá una progenitora que no lo quiere ni lo reconoce como hijo y respecto de la cual no tiene nexo genético. Surge claramente que en la maternidad subrogada el parto se convierte en un hecho circunstancial y anecdótico que no tiene entidad para ser el elemento fundante de una atribución de filiación. Entonces la voluntad procreacional se erige como la única respuesta razonable para resolver la identidad filiatoria del niño nacido por esta técnica

- Igualdad y no discriminación por orientación sexual:

Pues bien, en todo reconocimiento de formas de ser familias es indiscutible que está ínsito el derecho a tener descendencia y así ha sido registrado en el ordenamiento legal al habilitar en estos casos la adopción y para el caso de parejas conformadas por mujeres la maternidad binaria. En el caso de parejas convivenciales o matrimoniales conformadas por varones es obvio que el escollo biológico impide la gestación en el interior de la unión; pero ¿puede afirmarse razonablemente que la normativa les prohíbe tener hijos biológicos cuando la ciencia les permite superar sus propios implantes biológicos mediante una sustitución de la gestación? La respuesta negativa se impone en este caso, la prueba más contundente es que este tipo de TRHA no se encuentra prohibida, de hecho, se práctica libremente en nuestro país, y constitucionalmente todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la CN). Es cierto que pese a existir la regulación en el anteproyecto de Código Civil y Comercial esta técnica no fue aprobada, pero eso exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesario la eliminación de dos presupuestos esenciales, el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida, pero eso no ocurrió, en consecuencia la grieta que dejó permite filtrar e integrar la laguna con una interpretación favorable a su acogimiento. En conclusión, la admisión de esta forma familiar lleva en sí mismo el reconocimiento del derecho a tener hijos mediante cualquiera de las filiaciones admitidas, otra no puede ser la respuesta. Consecuente con ello la declaración de inconstitucionalidad no resulta necesaria puesto que el CCyC admite una interpretación amplia que brinde solución al supuesto en estudio

16. Juzgado de Familia Nro. 1 de Pergamino, 22/04/2019, “C., C. A. y otros s/ materia a categorizar”

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por los Sres. C. y S. se presentan, junto con la Sra. A., hermana del primero, y promueven medida autosatisfactiva solicitando se declara la inconstitucionalidad de los artículos 565 y 565 del CCyCN y petitionando que se ordene la inscripción de los niños E. y R. nacidos por gestación por sustitución como hijos del matrimonio con voluntad procreacional.

Solicitan también, como medida cautelar, una medida de no innovar, tendiente a que se ordene al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que se abstenga de inscribir de oficio a los niños, medida que fuera concedida por el juzgado.

RESOLUCIÓN

Hacer lugar a la demanda y declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCyCN, emplazar a los niños E. y R. nacidos el día 10 de octubre de 2018 como hijos del matrimonio con voluntad procreacional.

Imponer a los Sres. C. y S. a partir del momento en que sus hijos adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarles respecto de su origen gestacional.

FUNDAMENTOS

- Principio de igualdad y no discriminación:

Que en razón de los antes expuesto entiendo que la eliminación de la regulación de la Gestación por Sustitución resulta una violación al principio de regresividad antes aludido, ello por desatender a una realidad instalada en nuestra sociedad que quizás deja entrever una fragmentación social, de quienes cuentan con capacidad económica para realizar el tratamiento en el extranjero (turismo procreacional) y aquellos que no, afectando asimismo los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a la intimidad personal y familiar.

Por ello considero acertado el camino abierto a la admisión de esta técnica, por la justicia nacional, compatibilizando normas locales y supranacionales, y reconociendo derechos humanos personalísimos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

- Voluntad procreacional:

En estos casos se resalta el elemento volitivo por sobre el biológico o genético y esa relativización acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde a la consolidación de la reproducción humana asistida como una fuente propia del derecho filial, con sus propias características y reglas, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar de privilegio. De esta manera, desde la procreación asistida lo biológico ya no comprende lo genético ni lo genético comprende lo biológico. La regla, en todos los casos en que se recurre a las TRHA ya sea que se trate de una mujer casada o no, heterosexual u homosexual, que ha recurrido a las TRHA homologas o heterólogas, la filiación (maternidad o paternidad) se determina por la voluntad expresada a través de los consentimientos legales, con independencia de quien haya aportado los gametos).

(...) Respecto de la Sra. A. es fuerte su voluntad en cuanto a que siempre les hablo a los bebés cuando estaban en su panza como sus sobrinos, que nunca los sintió sus hijos, sin que se haya evidenciado indicadores de angustia o arrepentimiento por ello, por lo que careciendo la gestante de voluntad procreacional debe primar la verdad biológica, debiendo reconocerse el vínculo filial generado entre los niños y los Sres. C. A. C. y S. D. L., puesto que la fuente de esa filiación es la voluntad procreacional exteriorizada a través del consentimiento previo, informado y libre, lo que ha sido probado en autos. Esta solución es la única que atiende al interés superior de los niños y se erige en la respuesta jurídica más justa (arts. 3, CDN, 3 ley 26.061 y 706, inc. c, Cód. Civ. y Comercial).

- Inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC:

En atención a todo lo expresado, no cabe lugar a dudas que el art. 562 del Cód. Civ. y Comercial adopta una postura desfavorable respecto a la gestación por sustitución al darle la espalda al elemento volitivo, desconociendo la maternidad en la progenitora intencional y como contrapartida reconociéndosela a la mujer gestante. Así pues se advierte que en este caso se vulneran de manera flagrante los derechos fundamentales consagrados supralegalmente. No desconozco que este tipo de resoluciones —que implican la declaración de inconstitucionalidad de una ley— son la “última ratio” (razón última) del sistema jurídico, que debe evitarse de ser posible interpretando el texto legal con la ley fundamental pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas.

Admitida en los términos expresados la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, entiendo el suscripto que el art. 562 del Cód. Civ. y Comercial es inconstitucional y

anticonvencional, en este caso concreto en cuanto impide que los Sres. C. y L. ejerzan su legítimo derecho a ser padres por una THRA y por tanto corresponde despejar el valladar contenido en el art. 562 del Cód. Civ. y Com.de la Nación, declarando su inconstitucionalidad en autos.

De no adoptarse esa solución, quitando el impedimento legal que contiene la disposición del art. 562 del Cód. Civ. y Comercial, los niños E. y R. nacidos mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tienen vínculo biológico con la gestante, deberían reconocer a esta última como su madre (quien claramente no tiene intención de ejercer el rol materno), invalidando la razón que dio lugar a la práctica como la voluntad procreacional del matrimonio C./L.

El art. 562 del Cód. Civ. y Comercial configura para las partes, que han expresado su consentimiento previo, libre e informado una barrera que torna inaccesible para ellos el ejercicio del derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber del suscripto garantizar.

(...) el art. 565 del Cód. Civ. y Comercial es exacto cuando señala que el principio de determinación de la maternidad a que refiere opera para los supuestos de filiación por naturaleza; en el resto de los tipo filiales, por adopción o derivados de las TRHA se debe aplicar las reglas propias de cada una de ellas en los que la voluntad constituye un elemento esencial. En razón de ello es que no corresponde decretar la inconstitucionalidad del art. 565 del Cód. Civ. y Comercial.

17. Juzgado de Familia N° 4 – Morón, 05/03/2020, “A., P. Y. Y/OTRO/A C/ A., M. G. Y OTRO/A S/ ACCIONES DE IMPUGNACION DE FILIACION”

ANTECEDENTES

El matrimonio conformado por la Sra. P. y el Sr. D. inicia una acción de impugnación de filiación materna establecida del niño S., contra quien fuera la mujer gestante y su marido. Consecuentemente, requieren ser emplazados como progenitores del niño al haber recurrido a una gestación por sustitución con gametos femeninos donados puesto que a la Sra. P., en el año 1999, se le practicó una histerectomía radical que provocó la imposibilidad de gestar y, posteriormente se le realizó radioterapia lo que le produjo la imposibilidad de generar óvulos fértiles.

El niño nace en marzo de 2015 y es inscripto como hijo de la mujer que lo ha gestado y del Sr. D. quien voluntariamente lo reconoce como su hijo por haber aportado su material genético.

Asimismo, se destaca que el matrimonio, inscripto en el RUAGA desde el año 2005, en forma contemporánea a la transferencia embrionaria en el cuerpo de la mujer gestante, en septiembre de 2014, los llaman de un juzgado de Formoso e inician una guarda preadoptiva y posterior adopción de su hijo más grande, F.

RESOLUCIÓN

Se hace lugar a la impugnación de la maternidad y, consecuentemente hacer lugar al emplazamiento del niño como hijo de la Sra. P. y el Sr. D. Se impone a los progenitores procreacionales la obligación de hacerle saber a su hijo la forma en que fue concebido y gestado. se libre oficio al Centro médico interviniente a fin de que proceda al debido resguardo de los datos de la donante de óvulos que participó en la presente TRHA.

FUNDAMENTOS

- Las condiciones en que se decide gestar para otros:

La gestante, codemandada en autos, tiene plena capacidad, poseía al momento de la gestación, un buen estado de salud físico-psíquica, fue suficiente y plenamente informada sobre la situación y consecuencias acerca de la situación que enfrentaba la cual, aceptó libremente, se encontraba al tanto y, en conocimiento, de los eventuales riesgos que la situación de embarazo supone, no sufrió explotación alguna, tal como se desprende del encuentro mantenido con la Suscripta y del informe psicológico de autos;

(...) En definitiva, tengo la convicción que la demandada gestante, Sra. A., actuó con pleno y libre consentimiento, movida, exclusivamente, por razones de amistad, solidaridad y humanismo, y así decidió, con el consentimiento de su cónyuge, y el apoyo de toda su familia, llevar adelante el embarazo, con la única y altruista finalidad, de colaborar, con el proyecto familiar de sus amigos, hoy accionantes, los que naturalmente no pueden tener hijos, todas circunstancias que fueron explicitadas en la audiencia celebrada ante la Suscripta (...).

18. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 28/08/2020, “S. M. D. y otros c/ A. S. S. | filiación”

ANTECEDENTES

La sentencia de primera instancia del Juzgado Nacional Civil Nro. 81 hace lugar a una acción de impugnación de la maternidad y, consecuentemente, emplaza como madre de la niña nacida por gestación por sustitución - con ovodonación- a la mujer con voluntad procreacional, manteniendo la filiación paterna ya establecida por el reconocimiento voluntario que hiciera el progenitor aportante de gametos y padre intencional al momento del nacimiento. Contra este pronunciamiento apelan el Fiscal y la Defensora Pública Tutora.

RESOLUCIÓN

Confirmar la sentencia apelada de acuerdo a los presupuestos de hecho del presente caso.

Cabe destacar que contra el pronunciamiento de la Cámara el Fiscal plantea Recurso Extraordinario Federal y, una vez denegado, acude en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No obstante, en fecha 2/09/2021, la Procuración ante la Corte, con firma del Dr. Abramovich³, desiste de la queja del fiscal y la Corte Suprema en fecha 3/02/2022 archiva la causa.⁴

FUNDAMENTOS

- Autonomía y maternidad no forzada:

De allí que a mi entender en un contexto como el que nos ocupa sería tan absurdo obligar el emplazamiento de una persona como madre de un niño con quien no tiene vinculación

biológica alguna solo por el hecho físico del haber dado a luz cuando manifiesta expresamente que pretende ese desplazamiento, como negarle a ese niño el derecho de quedar emplazado como hijo de la persona que ha manifestado desde su comienzo la voluntad procreacional de convertirse en su madre.

Forzar una situación real por una disposición legal que, en definitiva, no contempla una circunstancia real so pretexto de que ella fue la voluntad del legislador, parece una actitud desprovista de los elementos necesarios que conllevan a una solución justa y adecuada a cada caso.

De allí que, más allá de compartir o no los fundamentos éticos o morales que el ministerio trae a colación acerca de la gestación por sustitución, no se trata en el caso de evaluar dicha circunstancia que ya está consumada, sino que analizar la legitimidad del planteo que se hace en relación al emplazamiento/desplazamiento de la maternidad en el caso.

(...) He aquí un paréntesis de la cuestión pues generalmente se expone en este tipo de cuestiones la prohibición o falta de permiso para la gestación por sustitución, como así el interés superior del niño pero nunca se expone acerca de lo que ocurre y cuál sería el planteo de la mujer que ha sido gestante. No es un dato menor a considerar, justamente por todo lo que el emplazamiento de un estado significa. Tal conocimiento real de la situación me permitió clarificar que sin lugar a dudas la decisión adoptada en la anterior instancia se adecua a la realidad del caso, lo que invalida cualquier calificación de arbitrariedad (del voto de la Dra. Guisado)

- La mención a la Disposición Registral de CABA:

A mayor abundamiento, a modo de reflexión personal, en un todo de acuerdo con lo que apunta la doctrina y la jurisprudencia en el párrafo precedente, considero que casos como éste, deberían encontrar un mecanismo rápido y expedito de solución, como el que hoy existe en CABA (Disposición n° 93/DGRC/17) o cualquier otro, que permita la filiación del niño o de la niña acorde con el elemento volitivo desde el momento mismo del nacimiento respecto de ambos comitentes, al menos hasta que se desarrolle el postergado debate y el legislador adopte una definición sobre el tema. Razono así, porque la realidad indica que la práctica se va a seguir desarrollando, y la judicialización de esos casos, conlleva el riesgo cierto de no salir indemne, porque al dilatarse la resolución por el tiempo que necesariamente insumen ese tipo de procesos, se genera el pernicioso efecto de alimentar incertidumbres, angustias y ansiedades, que deben ser evitadas, amén de los derechos humanos que pueden verse conculcados. (del voto del Dr. Rodríguez).

³ https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2021/VAbramovich/septiembre/S_M_CIV_55012_2017_1RH1.pdf

⁴

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7722951&cache=1706285667385>

B. AUTORIZACIONES JUDICIALES PREVIAS

1. Tribunal de Familia Nro. 7 de Rosario, 2/12/2014, "F.M. L y otra s/autorización judicial"

ANTECEDENTES

Un matrimonio se presenta a la justicia y peticionan el otorgamiento de autorización judicial para realizar transferencia de embriones crio preservados, conformados con óvulos donados y esperma del marido, a una tercera mujer que voluntaria y solidariamente se ha ofrecido como gestante. Además, solicitan que, para el supuesto de que esta fuera exitosa, se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas al niño/niña -concebido de tal forma, a nombre de los peticionantes.

En su petición señalan que, luego de varias intervenciones quirúrgicas, abortos espontáneos recurrentes y siete tratamientos de alta complejidad, la actora queda embarazada, no obstante, el embarazo se detiene y la mujer comienza con fuertes dolores que la inmovilizan y llega al sanatorio totalmente descompensada, casi sin pulso, con shock hipovolémico, lo que culmina con dos cirugías, la primera de urgencia donde se constató una ruptura uterina, la segunda histerectomía total.

Resaltan que, al contar con seis embriones congelados en tres pajuelas, efectuaron contactos por distintos medios para averiguar la posibilidad de realizar la subrogación de vientre en el extranjero, en EE. UU o India, pero dado a los altísimos costos descartaron dicha posibilidad.

RESOLUCIÓN

Admitir la demanda y en consecuencia: a) autorizar al matrimonio a realizar la transferencia embrionaria de dos embriones crioconservados para implantarlos en el útero de la mujer gestante; b) ordenar la inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijo/s de la madre y del padre al o los niños/ niñas que dé a luz la señora gestante; c) déjese constancia en el legajo de inscripción de nacimiento que se utilizaron gametos femeninos donados anónimamente y que la gestación se llevó a cabo por otra mujer y d) exhortar al matrimonio para que informen a su/s hijo/s el origen genético y gestacional.

FUNDAMENTOS

- Participación de la mujer gestante:

El tercer hecho no controvertido resulta ser que la señora X. ha manifestado su interés en ayudar de modo altruista al matrimonio integrado por los señores XXX y XXX, que una vez obtenida la autorización judicial para realizar la transferencia de los embriones a su vientre y para el supuesto que dicha transferencia fuera exitosa se inscriba al niño/s/ niña/s, concebido de tal forma, en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a nombre de sus padres, señores XXX y XXX, conforme surge de la constancia notarial (...) pasada ante la escribana. Sumado a ello en oportunidad de ser examinada por la Junta Transdisciplinaria conformada por los médicos psiquiatras y la psicóloga, los profesionales informan que la señora X. se presenta lúcida, orientada globalmente sin trastornos evidentes de sensopercepción, curso y contenido del pensamiento, memoria, atención y afectividad. No presenta condicionamientos psicopatológicos que le impidan comprender los alcances de asumir la gestación de un embrión ajeno. (...). En relación al período de embarazo manifiesta un claro compromiso en cuanto al cumplimiento de los diversos cuidados que el mismo requiere, en lo relativo a la realización de las sucesivas consultas médicas, la buena alimentación y atención de su cuerpo, siendo consciente de la importancia de no someterse a situaciones de riesgo.

De trascendental importancia para la resolución de la causa resulta la información médico legal que pueda haber recibido la señora X. en cuanto a sus derechos como mujer en relación con el embarazo y trabajo de parto y el consentimiento informado prestado. (...) La señora X. fue informada acerca de cada uno de los derechos que tiene en calidad de mujer embarazada y en relación al parto, conforme Ley 25.529. Habiendo prestado consentimiento, previo informe efectuado por la Dra. sobre las complicaciones y/o riesgos que eventualmente puedan darse en los procedimientos en la posibilidad de embarazo gemelar en un 18%, (...). La señora X. manifestó haber comprendido la información brindada como sobre su estado de salud, estudios y tratamientos que fueren necesarios realizarle y la previsible evolución, como así también de riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos. Tomando además conocimiento de la revocabilidad del consentimiento, siempre que no se hayan transferidos los embriones a su útero. Se desprende de este instrumento que la señora X. ha prestado consentimiento para que la Dra. y su equipo médico realicen el

tratamiento indicado y se encuentra entonces cumplimentado el consentimiento informado conforme art. 5 de la Ley 26.529 sobre derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud.

Todo lo cual es coincidente con lo manifestado por la señora X. en la audiencia que tuvo como fin tomar contacto personal con la misma y corroborar el consentimiento prestado. En la misma, previa evaluación habilitante conforme dictamen de la Junta Transdisciplinaria y con debido asesoramiento letrado, la señora X. manifestó: “me encuentro absolutamente informada sobre los aspectos legales y los riesgos del embarazo, fui al psicólogo y hablé varias veces, me hizo preguntas para verificar sobre mi convencimiento de gestar un embrión y luego entregarlo al matrimonio, y concurrí al consultorio de la Dra. quien me explicó sobre el procedimiento. Me encuentro totalmente segura y firme en la decisión. No recibí retribución económica para prestarme a la gestación, lo hago por un acto de amor hacia el matrimonio. Mi madre, luego de tenerme a mí, no pudo tener más hijos, existe una similitud en lo que le sucedió a mi madre y lo que les sucede a XXX. y XXX. Yo quedé como única hija, pero lo que le ocurre a este matrimonio es aún peor, comprendo cabalmente lo que les sucede y quiero ayudarlos. No aporté gametos para la formación de embriones crioconservados, y en ningún otro, sólo tengo a mi hija”.

- La Corte IDH y el fallo Artavia como doctrina base:

Realizado este análisis definitivamente se desprende de los argumentos de las sentencias del Corte IDH el reconocimiento y la consolidación del respeto de la autonomía personal, del derecho a la salud reproductiva, de la aceptación del proyecto de vida familiar, como el reconocimiento expreso e irrefutable de formar una familia relacionado con el derecho a la maternidad y la abolición de cualquier acto o decisión que menoscabe o discrimine a personas que por su condición de vulnerabilidad ya sea por razón de su estado físico por cuestión de género o por circunstancias económicas encuentren limitados o cercenados sus derechos fundamentales. La interpretación que de la CADH realiza la Corte IDH en los casos analizados, impone que ese sea el norte que debe guiar la decisión de la presente causa. (...).

En resumen, autorizar la gestación por otra mujer, en este caso concreto no es ni más ni menos que respetar las directrices marcadas por la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos, en cuanto a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH) en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme art. 17 de la CADD.

- El reconocimiento implícito de la GS en la Ley 26.862:

La combinación de los artículos citados de la Ley de Fertilización asistida, en casos de infertilidad; nos conduce indefectiblemente a la gestación por otra mujer, quedando implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino.(...) En otras palabras, en el caso de imposibilidad de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, para garantizar el cumplimiento de los arts. 2,7 y 8 de la ley de Fertilización asistida, la gestación por otra mujer se convierte en la única técnica de reproducción humana asistida.

- En Anteproyecto de Reforma y Unificación de los CCyC como guía:

Es pertinente analizar de manera global la totalidad de las circunstancias que rodean la petición a la luz de los requisitos consignados por el legislador al pensar la norma proyectada. En autos se encuentra acreditado: a) la esposa es estéril, por habersele practicado histerectomía total de útero con posterioridad a la existencia de los seis embriones crioconservados; b) existencia de seis embriones crioconservados con material genético aportado por el marido y por ovodonación anónima; c) la gestante ha prestado previa evaluación de la junta transdisciplinaria su consentimiento libre, pleno e informado, mediante acta notarial; d) la gestante ha recibido información médico legal sobre los riesgos de embarazo y parto y ha prestado consentimiento informado conforme lo establecen las Leyes nro. Ley 26529 y 26.742; e) la gestante se encuentra en buen estado de salud física y psíquica conforme evaluación de la Junta Transdisciplinaria, informe psicológico, certificado ginecológico; f) no ha aportado material genético; g) la gestante tiene una hija, conforme historia clínica y partida de nacimiento; h) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación; i) la gestante no ha recibido retribución económica, conforme lo manifestado, acordando el pago de la cobertura de la obra social, alimentación y obtención de cremas para el cuidado de la piel y j) del informe socio ambiental practicado por la Licenciada Trabajadora Social, se desprende que el matrimonio peticionante se encuentra motivado por su deseo de formar una familia y el hecho de tener embriones aguardando poder desarrollarse; que la posibilidad que les brinda X. de cumplir con el proyecto tan anhelado, los sorprendió muchísimo. La Trabajadora social

destaca que observa seguridad en el matrimonio en relación a la decisión tomada enmarcada en un enorme deseo de ser padres, puesto en la posibilidad de dar vida a su proyecto iniciado en los tratamientos de fertilización. En relación a X., esta refiere que se trata de una persona con decisiones firmes, que se siente sumamente segura en cuanto a la propuesta realizada a XXX y XXX. Comenta que tener a su hija fue lo mejor que le pasó en su vida y que pensar que alguien no cuenta con esa posibilidad es la que la llevó a tomar la decisión. Se encuentra apoyada por su madre y su pareja; a su hija le dijo que va a prestar su casita (por su vientre) para que pueda crecer un niño de otra familia, refiriéndose a ello como un acto de amor”.

- Autonomía:

Este principio claramente conceptualizado por el Dr. Carlos Nino prescribe que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”. (Nino Carlos *Ética y Derechos Humanos Un ensayo de fundamentación*, 2da. Edición ampliada y revisada, 2da. Reimpresión, Editorial Astrea, pág. 204 y 205). Este principio fue receptado por la Corte Suprema de la Nación que en el caso Bazterrica, limitó la injerencia del Estado sosteniendo que éste no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles la posibilidad para que ellos elijan. (Fallos 308:1392 Considerando 9,10). En otras palabras, la libertad de intimidad o autonomía de la voluntad implica “poder de decisión”, cuyo único límite es el considerar si tal decisión conlleva la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona.

2. Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche, 29/12/2015. “Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14”

ANTECEDENTES

Una pareja se presenta y solicita autorización judicial a los fines que su médico tratante proceda a la implantación embrionaria de gametos en el vientre de la cuñada (casada con el hermano de la actora), quien actuará como vientre subrogante. Señalan que la actora padece de Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser y que esta anomalía impide que produzca hormonas femeninas, con lo que resulta imposible lograr un embarazo y gestar un bebé. Reseñan que han realizado tratamientos de fecundación in vitro, que resulta ser la única posibilidad para tener descendencia genética, y que se formaron tres embriones que actualmente se encuentran crio preservados a la espera de la autorización judicial para su implantación. Abundan en que la gestante no ha aportado sus gametos, no ha recibido retribución, tiene tres hijos propios que conocen la situación. Consta en el escrito de inicio su conformidad y ratificación.

RESOLUCIÓN

Autorizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto, previa suscripción del consentimiento informado con las recomendaciones dispuestas.

FUNDAMENTOS

- El camino de la adopción:

En relación a la adopción, en el supuesto que esa fuera su alternativa, debe considerarse que, de inscribirse ahora, los solicitantes deberán esperar un promedio de diez (diez) años como mínimo, para estar entre los primeros del Registro Único de Adoptantes local, en condiciones de recibir un bebé. Sin perjuicio de ello, también debe respetarse que no deseen esta posibilidad o, por distintas razones que hacen a su intimidad, no estén dispuestos a transitar ese camino.

- Participación de la mujer gestante:

En relación a los argumentos más relevantes, contrarios a la maternidad sustituta, cabe preguntarse: ¿Importa el presente caso una cosificación de la gestante, convirtiéndola en una “incubadora humana” para el hijo de otro? Ha quedado claro en el expediente que la Sra. X ha dado su consentimiento en forma totalmente libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia ampliada. El psicólogo designado sostiene que la Sra. X., actuando de manera plenamente libre y con el acompañamiento de su pareja, decide brindarle a (los actores) la posibilidad de ser padres. Que posee herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que decide ocupar, para afrontar el despegue de la entrega del bebé al momento

del nacimiento y las consecuencias que de ello se podrían desprender. Con lo cual no estamos en el supuesto de cosificación o explotación de la mujer gestante.

- Altruismo vs. Comercialización:

También debe descartarse el concepto de “explotación” de la madre sustituta, ya que el objetivo de la gestante es totalmente altruista, oficiando de vehículo para que el deseo de los futuros padres pueda hacerse realidad (...). No hay de por medio una finalidad económica. Es más, existiendo entre los involucrados una relación de parentesco, también se ha trabajado respecto a esa cuestión, concluyéndose que ello los fortalece y les genera mayor confianza y que ambas parejas se encontrarían preparadas tanto a nivel psíquico como emocional para afrontar el embarazo y posterior nacimiento del futuro bebé, sin que se adviertan motivos para generar confusión en los roles parentales futuros.

- Recomendaciones en torno a la práctica de la GS:

Sin dudas que en temas como el que nos ocupa, existen numerosos interrogantes que sólo podrán ser respondidos con el transcurso del tiempo, así como imponderables que, como tales, no pueden ser sopesados en esta sentencia.

No obstante, tendré presentes algunas de las recomendaciones del Comité de Bioética y del perito psicólogo designado; con el objetivo de acompañar el proceso: 1) El consentimiento informado que suscribirán las partes deberá incluir factores de riesgo teniendo en cuenta las características y antecedentes clínicos y obstétricos de la madre gestante (hipotiroidismo, edad, etc.) y constancia de haber recibido información sobre la posibilidad de transmisión del SINDROME MRKH, dejándose en claro que la información es recibida en primera persona y que la firma es efectuada de puño y letra por los involucrados; 2) Seguimiento psicológico durante el embarazo y luego del parto a la gestante y a sus hijos.

Producido el parto, deberá informarse en forma inmediata a este juzgado, a los fines de la inscripción del/los nacimientos.

Resalto que el/los niños que nazca/n deberán conocer la verdad sobre su gestación y nacimiento ya que por sobre el derecho a la intimidad de los adultos involucrados prevalecerá su derecho a conocer la verdad sobre su origen (CDN, arts. 7 y 8).

3. Juzgado de Familia N ° 3 San Martín, 22/08/2016, “M., I. M. y otros s/autorización judicial”

ANTECEDENTES

Un matrimonio, compuesto por I. M. M. y G. E. S., se presenta y solicita autorización judicial para llevar a cabo una gestación por sustitución con gametos propios a ser transferidos a la Sra. C. S., hermana del peticionante.

Requieren se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el conocimiento informado y, en ese marco, se disponga la expedición del certificado de nacimiento correspondiente al niño/a por nacer con el nombre que ellos decidan y sus apellidos. Asimismo, solicitan se ordene a la obra social, de cada uno de los peticionantes, dar cobertura de las técnicas de reproducción asistida que se lleven a cabo y se conceda a la Sra. I. M. M. los beneficios de la licencia por maternidad desde el día de nacimiento del niño/a por nacer fruto de la gestación por sustitución.

RESOLUCIÓN

Rechazar “in limine”, por innecesarias, prematura e improponible la acción instaurada y demás pretensiones conexas efectuadas (argm. art. 558 y cc. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, arts. 34, 36, 336 y c.c. del Cód. Procesal).

FUNDAMENTOS

- Vacío legal:

Que, no obstante que la acción principal promovida ha sido la “autorización judicial”, es fácil advertir —tras la lectura de los hechos expuestos y peticiones vinculadas— que el verdadero motivo que mueve a los peticionantes a accionar, no es precisamente que el juez autorice la realización de una práctica médica utilizando técnicas de reproducción asistida, que es perfectamente posible y lícita, sino que su real objetivo es que el futuro hijo de la madre que lo gesta y dará a luz sea inscripto a su nombre, introduciéndose de lleno en

el aspecto legalmente no regulado de cómo se determina la maternidad en ese especial supuesto, pero que a esta altura de los acontecimientos resulta prematuro proponer.

(...) Es que, además de no existir regulación legal del supuesto que motiva estas actuaciones (maternidad subrogada), el planteamiento de la inconstitucionalidad e inconveniencia del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, como las otras cuestiones conexas solicitadas, no tienen sustento fáctico en el presente proceso. El niño aún no ha sido concebido ni, obviamente tampoco se está gestado, por lo que discutir, en esas condiciones, a nombre de quien se hará su inscripción de nacimiento es un proceder absolutamente apresurado. Es el nacimiento del niño el hito esencial que exige su inscripción y que, consecuentemente, más allá de su procedencia, abre las puertas a un planteamiento como el aquí precipitadamente incoado.

4. Juzgado de Familia Nro. 7., Viedma, Río Negro, 6/07/2017, "Reservado s/Autorización Judicial"

ANTECEDENTES

Se presentan dos Señores, en unión convivencial desde hace 14 años, y solicitan autorización judicial para realizar una gestación por sustitución, transfiriendo hasta dos de los embriones que a futuro se conformen con óvulos donados y espermatozoides aportado por uno de ellos, en una mujer con la que refieren haber comenzado una amistad en el año 2015.

Refieren que la autorización judicial le es requerida por el centro de salud para la transferencia embrionaria a los fines de evitar que la futura filiación quede determinada por las reglas de la filiación por naturaleza. Por ello, solicitan se ordene, al momento del parto, la inscripción del o de los nacimientos a nombre de los actores, asumiendo estos el compromiso de informar a su hija/o o sus hijas/os su origen gestacional en oportunidad de adquirir edad y madurez suficiente para entender los hechos acaecidos.

Además, solicitan prevenir al nosocomio que en el certificado de nacimiento donde deben constar las huellas dactilares de la madre y de la/s beba/s o el/los bebé/s, se imprima la huella dactilar de quien resulta ser el aportante del material genético, siendo completado el procedimiento con la ovodonación. También solicitan se ponga en conocimiento de los nosocomios que los Sres., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de la institución.

RESOLUCIÓN

Autorizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto, previa suscripción del consentimiento informado con las recomendaciones realizadas.

Ordenar la inscripción de la/s niña/s o el/los niño/s dados a luz por la mujer gestante como hija/s o hijo/s de los Sres.

Hacer saber al nosocomio que, en el actual formato de los certificados de nacimiento, deberán constar la huella dactilar del la/s beba/s o el/los bebé/s y las del Sr. que resulta ser quien aporta el material genético (espermatozoides), sin constar el de la mujer gestante, que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los Sres., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución.

Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su/s hija/s o hijo/s adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

FUNDAMENTOS

- Los requisitos del Anteproyecto de CCyC como guía:

De las constancias de autos y en especial de la entrevista personal mantenida con las partes, (...), surge que la maternidad subrogada se presenta como la alternativa válida para esta pareja, teniendo en cuenta que la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; que uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos; que los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos; que la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; que la gestante ha parido tres hijos antes del caso bajo análisis; que la gestante ha prestado su vientre en forma libre luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; que el recurso de estas técnicas fue utilizado como la única alternativa por los peticionantes dado su imposibilidad biológica de gestar.

- Deconstrucción de la maternidad:

Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, gestante y madre, dejaron de ser términos sinónimos. Una madre es una gestante pero una gestante puede no ser una madre.

El término madre implica una decisión adoptada en el marco de la constitución subjetiva de una mujer o de una persona autopercebida en su identidad de género como un hombre que mantiene los órganos de reproducción femeninos. Este supuesto es posible en la República Argentina en virtud de lo dispuesto por la ley 26.743 que garantiza el derecho a la identidad de género. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia. La decisión de ser madre se refleja en la asunción de la responsabilidad parental. Hay en la mujer madre voluntad procreacional y amor filial, y en algunos supuestos, vínculo genético.

El término gestante adquiere un significado determinado cuando se vincula con una mujer que adoptó la decisión libre e informada de gestar a un niño o niña con quién no tiene ninguna clase de vínculo afectivo ni genético. La gestación se sostiene en el desarrollo de una biografía altruista o lucrativa basada en la libertad de intimidad exenta de vulnerabilidad que persigue desarrollar un proceso en pos de satisfacer el amor filial de un otro. La decisión de ser gestante elude conscientemente los derechos y obligaciones emergentes de la responsabilidad parental. No hay en la mujer gestante voluntad procreacional, vínculo genético o amor filial. Intentar confundir o fundir dichos términos no es una equivocación conceptual, sino por el contrario, responde a una estrategia ideológica de obturación de la gestación por sustitución que se traduce en la imposición moral de que siempre debe haber una madre aunque una mujer solo desee ser una gestante. La filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana. Por último, el derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las técnicas de reproducción humana asistida garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución, quedando en claro que no existe vínculo genético entre la madre gestacional o portadora y el bebé.

- Explotación o cosificación de la mujer gestante:

Que del informe de la psicóloga (...), surge que la misma actúa de manera plenamente libre y con el acompañamiento de sus hijos y que ha decidido brindarles a sus amigos la posibilidad de ser padres. Que posee herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que decide ocupar, para afrontar el despegue de la entrega del bebé al momento del nacimiento y las consecuencias que de ello se podrían desprender. Con lo cual no estamos en el supuesto de cosificación o explotación de la mujer gestante, como se ha querido llamar a la mujer que se somete a esta práctica. También debe descartarse el concepto de “explotación” de la madre sustituta, ya que el objetivo de la gestante es totalmente altruista, oficiando de vehículo para que el deseo de los futuros padres pueda hacerse realidad. No hay de por medio una finalidad económica.

(...) Con lo expuesto hasta aquí, adelanto que haré lugar a la autorización solicitada, considerando que se encuentran en juego: el derecho a la identidad, a la protección de la familia, a la libertad reproductiva, a la voluntad procreacional y a la intimidad.

No obstante, tendré presentes algunas de las recomendaciones del Cuerpo médico forense que ha intervenido en estos autos; con el objetivo de acompañar el proceso: 1) El consentimiento informado que suscribirán las partes deberá incluir factores de riesgo teniendo en cuenta las características y antecedentes clínicos y obstétricos de la madre gestante (tres cesáreas, edad, etc.) dejándose en claro que la información es recibida en primera persona y que la firma es efectuada de puño y letra por los involucrados; 2) Seguimiento psicológico durante el embarazo y luego del parto a la gestante y a sus hijos.

5. Juzgado de Familia Nro. 1 de Mendoza, 6/09/2017, "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas"

ANTECEDENTES

La causa la inicia un abogado en representación de la Sra. R. -mujer gestante- y del matrimonio conformado por la Sra. M. y el Sr. M. -progenitores intencionales-. Interpone una acción declarativa de certeza con medida

autosatisfactiva para requerir autorización judicial a fin de iniciar técnica médica de gestación por sustitución, y que se determine la filiación del o los bebés que nazcan. La Sra. M. padece una afección que obstaculiza la gestación normal de un bebé. En la búsqueda de ayuda, señala, que sus mandantes conocieron a la Sra. R.

Cuatro meses más tarde de iniciado el proceso, ante la falta de impulso de los interesados, el juzgado dispuso la citación de la Sra. R., quien comparece y refiere encontrarse embarazada como consecuencia de la técnica de transferencia embrionaria practicada sin autorización judicial. Se da intervención a la Sra. Asesora de Menores ante la existencia de las personas por nacer. Se modifica el objeto de la pretensión original.

Se dispone la suspensión de los procedimientos tendientes a la determinación de la filiación de los niños y una serie de medidas de oficio tendientes a determinar la situación actual. Se desarrolla una audiencia con la comparecencia de la Sra. M. y el Sr. M. Al día siguiente el juzgado toma conocimiento del nacimiento de dos niños. Se realiza prueba de ADN y otras medidas para mejor proveer.

RESOLUCIÓN

En función de lo normado por los arts. 1, 2 y 3 del CCyC, disponer la aplicación directa de los art. 17 y cc. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 3, 11 y cc. de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en consecuencia, determinar que la filiación de los niños G. y O., ambos de sexo masculino, nacidos el día 7 de agosto de 2017, corresponde a M. y M.

Imponer a los padres de los niños, a partir del momento en que sus hijos adquieran autonomía suficiente, la obligación de informarles respecto de su origen gestacional (cfr. art. 563 y cc, CCyC).

Disponer la obligación de la empleadora M. y de M. de reconocer y garantizar todos los derechos que la legislación prevé a los padres para el cuidado temprano de hijos recién nacidos, en particular, concesión de licencias u horarios especiales por lactancia, bajo apercibimiento de ley.

Imponer al Centro de Fertilidad la obligación de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada, como asimismo la información genética para el caso de ser requerida por los padres o los niños y sin perjuicio de la posibilidad de revelar la identidad de la donante por razones fundadas, previa autorización judicial.

Requerir a las autoridades del Poder Ejecutivo y Legislativo Provincial, en las personas de la Sra. Ministra de Salud, Desarrollo Social y Deportes y de la Sra. Presidenta del Senado, respectivamente, evaluar la necesidad y posibilidad de establecer protocolos, sistemas y/o regulaciones de control de los establecimientos sanitarios donde se desarrollen Técnicas de Reproducción Humana Asistida, especialmente en lo referido al registro de donantes y datos genéticos, en concordancia con la Ley de Reproducción Médicamente Asistida; N° 26.862 y la Ley N° 25.326.

Exhortar al Congreso de la Nación a fin de evaluar la posibilidad de regular y legislar sobre la gestación por sustitución, debiendo a tales efectos, considerar la sugerencia de la Doctora Eleonora Lamm en sentido de dar tratamiento a los proyectos de gestación por sustitución presentados (exptes. 5759-D-2016 (Dip. Rach Quiroga), 5700-D-2016 (Dip. Araceli Ferreyra y otros), 3202-D-2017 (Dip. Lipovetsky) y 3765-D-2017 (Dip. Carrizo) a los efectos de contar con una decisión legislativa en el menor tiempo posible y en su caso, arbitrar los sistemas de política pública correspondientes. NOTIFÍQUESE Ley 22.172 en la persona de la Sra. Presidenta del Senado.

Poner en conocimiento de las autoridades del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes de la Provincia, del Consejo Deontológico de Mendoza y del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza la escasa adecuación a normas bioéticas observadas en el caso por parte del médico y del abogado que intervinieron en este proceso a los fines de lo que pudiera corresponder, quedando a su disposición la compulsa de las actuaciones que obran en el Juzgado en cuanto fueran requeridas.

Atento la violación del deber de buena fe y lealtad procesal, imponer al Abogado un apercibimiento por haber mentado al suscripto en oportunidad de la audiencia, encargando en adelante la observancia fiel a las normas éticas que deben regir la actuación profesional, bajo apercibimiento de ley. Art. 47 inc 2° del CPC y art. 706 CCyC.

Atento la deficiente actuación profesional, sobreseer la regulación de los honorarios.

Encomendar a la Dirección de Derechos Humanos de la SCJ, en particular a la Doctora Eleonora Lamm, arbitrar los medios para protocolizar la actuación de los diferentes efectores involucrados en la materia

(Juzgados, Hospitales, clínicas de genética y reproducción humana asistida, Cuerpo Médico Forense, Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, etc) a fin de unificar criterios de actuación frente a las situaciones de prácticas de gestación por sustitución que se presenten ante los Juzgados de nuestra provincia, quedando a su disposición para la conformación del equipo de trabajo respectivo y sugiriendo la convocatoria del Dr. Fernando Pérez Brennan (Abogado-apoderado de la Clínica Santa Rosa) a los mismos fines.

FUNDAMENTOS

- Inaplicabilidad del art. 562 del CCyC:

Queda claro que en el campo de la reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es la típica fuente de creación del vínculo, pero la regulación del art. 562 CCyC, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, constituye en este caso de gestación por sustitución una barrera para el ejercicio de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica, tanto de personas adultas como menores de edad, lo que torna dicho texto normativo inaplicable a la situación bajo juzgamiento, que, claramente, escapa a la previsión normativa.

Súmese a lo expuesto, como se reiteró ya, la obligación impuesta a los operadores, en especial los jueces, por el art. 3 del mismo cuerpo legal de resolver los casos y garantizar las protecciones debidas por la magistratura en el marco del sistema de protección de derechos humanos.

La salida, entonces, se encuentra en otro lado: en la ponderación razonada de los intereses en juego, los derechos humanos involucrados y el sistema jurídico del Estado Constitucional Convencional de Derecho de nuestro país.

Pero, en esa operación aditiva del texto legal (de fuente interna, en nuestro caso el CCyC), no debe perderse de vista la trascendencia sociológica que implica: es que el DERECHO A VIVIR EN FAMILIA, es decir, A LA VIDA FAMILIAR, se integra también por el derecho al vínculo filial con la debida celeridad en la determinación de la filiación de una persona.

- La falta de reconocimiento de la GS como vulneración de DESCAs:

En efecto, la falta de inscripción y el otorgamiento del respectivo documento de identidad, no sólo impide acreditar quién es uno, sino el derecho de acceso a las prestaciones médicas, a la educación, a los beneficios de la seguridad social, entre muchos otros.

En una palabra: no se trata de reconocer la existencia de diversas formas y modos de vivir en familia y nada más, tampoco de permanecer en el cómodo campo de las declamaciones parlamentarias edulcoradas de progresismo, sino que es una construcción compleja que va más allá y se garantiza con una efectivización o concreción de dispositivos estatales y sociales que lo aseguren, y disponer desde el Estado de Derecho una serie de acciones positivas (políticas públicas, sentencias judiciales, etc.) que en serio permitan un acercamiento al horizonte de los Derechos Humanos, para que la Sociedad comience a comprender el verdadero sentido y alcance de aquél derecho.

- El Anteproyecto como guía:

Comparto plenamente el argumento de la Sra. Asesora de Menores en su dictamen de fs. 193/195 en cuanto hace funcionar a esa norma proyectada como el piso mínimo de garantía o protección a considerar en los casos en que se presenta una práctica de gestación por sustitución mientras no exista regulación legal al respecto.

La propuesta de la Dra. Ornat es tan válida como impecable: mientras no se expida el Congreso a través de una ley que prohíba o regule la gestación por sustitución, serán los jueces los encargados de resolver los casos en que se lleve a cabo y en esa tarea no podrá considerar ninguna situación que se encuentre “por debajo” de la regulación aquel proyecto de reforma pretendió establecer.

Reconozco, en este sentido, la existencia de algunos proyectos de regulación de la gestación por sustitución presentados en el Congreso Nacional (cuestión sobre la que volveré más adelante), alguno de los cuales, incluso, propone la desjudicialización de la técnica, pero la norma del art. 562 proyectado funciona, al menos en este estadio de la evolución del desarrollo de nuestro pensamiento jurídico político, como el límite más serio y seguro para tomar de referencia, mientras –repito- no se legisle al respecto, por los dilemas éticos y

jurídicos de gran envergadura que genera la temática y ameritan un debate bioético más profundo y de carácter interdisciplinario.

Este argumento es sostenido, además, por la Sra. Fiscal en su dictamen (...).

(...) No se me escapa que esa norma no es ley, tampoco que no existe otra que regule específicamente la cuestión, ni que el art. 562 del CCyC prevé una regulación para una hipótesis diferente. Frente a ello, y en cumplimiento del deber judicial de resolver (art. 3 CCyC) aquella regulación proyectada no resulta incompatible con el bloque de constitucionalidad federal en nuestro Estado constitucional convencional de Derecho.

- Motivación de la mujer gestante:

La motivación de la Sra. Ramírez se vincula al deseo de ayudar a la pareja para la conformación de una familia, con el nacimiento de un hijo. No se detectan intereses económicos, ni gananciales ligados a provecho propio.

En síntesis, entendieron que se trata de una persona con capacidad para captar el punto de vista del otro, con plasticidad cognitiva y capacidad empática de la posición de cada uno de los integrantes en el proceso, lo cual favorece acuerdos y consensos a través del diálogo.

- Licencias parentales:

Pero en este caso, garantizar el interés superior de estos bebés recién nacidos va más allá: implica tutelar efectiva y oportunamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ellos aparecen como uno más de la familia y que, incluso, permiten concretar ese anhelo de ejercer el derecho a vida familiar.

Es en protección de ese interés superior que se justifica, además el reconocimiento de los derechos que la legislación prevé para los padres de hijos recién nacidos como, por ejemplo, la concesión de licencias u horarios especiales por lactancia.

Atento a la relevancia que reviste el cuidado de los niños para su desarrollo integral, (...) considero que, también como medida preventiva de todo daño a los derechos que emanan de la dignidad humana en el marco del art. 52 del Código Civil y Comercial, que se debe conceder a los progenitores las correspondientes licencia por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado de la hija en los primeros días de vida, en las mismas condiciones que las demás familias y con las demás y los demás niños, ya que “la gestación por sustitución es una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia y no existe un único tipo de familia sino tanto como las personas puedan y quieran construir, en pareja o solas”.

- La labor de los abogados/as y médicos/as:

Por último, no puedo dejar de efectuar algunas consideraciones relacionadas con la actuación de los profesionales que han participado en este trámite.

(...) Los argumentos vertidos por los profesionales médico y jurídico en la audiencia fijada para brindar explicaciones sobre el adelantamiento de la práctica a la resolución judicial resultaron totalmente insostenibles desde la perspectiva bioética, pusieron de manifiesto su falta de compromiso real con la salud y derechos reproductivos y demostraron una actitud reñida con la ética.

Estoy convencido que el médico genetista que enarbola la bandera de los derechos reproductivos para llevar adelante tratamientos vinculados con técnicas de reproducción humana no puede desconocer el marco jurídico y, especialmente, las discusiones bioéticas que las mismas generan en la actualidad.

La bioética, en sus orígenes, se inicia en estrecha relación con la Biología y la Medicina y surge como respuesta a problemas que carecen de regulación jurídica o la ponen en jaque, y proporciona herramientas para adoptar decisiones que afectan a valores, y en las que resulta relevante las pautas que deben regir la intervención técnica del hombre sobre su propia vida y el medio en que la desarrolla, que luego serán elevadas a normas jurídicas.

De las constancias de la extensa audiencia que se desarrolló a fs. 221/222 no se obtuvo una respuesta seria ni sólida al interrogante de ¿por qué se adelantó la práctica de transferencia embrionaria antes de contar con la autorización judicial? El médico Tersoglio y el abogado Rojas no pudieron justificar desde el punto de vista bioético los motivos por los que se procedió a la práctica en ese estado procesal, colocando en una situación

compleja a los comitentes y la gestante, adicionando un importante estrés a los protagonistas quienes se mostraron sorprendidos y atemorizados en la audiencia.

(...)

Adviértase que el adelantamiento de la práctica no autorizada judicialmente, y para lo que se había solicitado la autorización, demuestra una conducta profesional desdeñable que motivó un cambio en el proceso (que transcurría por carriles de normalidad y en tiempos esperables) hacia un plano lleno de dudas y oscuridades.

En este estado, me guía la obligación de poner el acento y el ojo de la protección en esta familia y en los niños recién nacidos, que debiera ser un momento de alegría y satisfacción y que, no tengo duda alguna, se ha visto teñido de sombras e irregularidades, generadas por el abogado y el médico intervinientes.

No puedo dejar de plantear esta preocupación por profesionales que con su accionar hagan dudar a los jueces sobre los verdaderos motivos que movilizan las demandas por el reconocimiento de derechos tan íntimamente vinculados a lo humano, y es por ello que, amén de sobreeser la regulación de los honorarios profesionales por la deficiente actuación procesal, estime necesario poner en conocimiento de las autoridades del Ministerio de Salud, del Consejo Deontológico de Mendoza y del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza la escasa adecuación a normas éticas del médico Tersoglio y del abogado Rojas en este proceso a los fines que pudieran corresponder, quedando a su disposición la compulsa de las actuaciones que obran en el Juzgado en cuanto fueran requeridas.

6. Juzgado de Familia N ° 3, Córdoba, 22/11/2017, “R., L. S. Y OTROS – Solicita Homologación”

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por la Sra. L y el Sr. H. se presentan junto con la Sra. G. -futura gestante, cuñada de la Sra. L., casada con su hermano- y solicitan la homologación del acuerdo de gestación por sustitución al que han arribado junto con la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC alegando que vulnera sus derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías.

Expresan que se vieron obligados a recurrir a esta alternativa debido a que intentaron concebir un hijo, resultando L. embarazada, pero que dicho embarazo debió ser interrumpido motivando a la extracción de su útero, debido a la condición médica que se le diagnosticara a L. en el año 2000 descripta como: “coagulopatía de consumo”.

Afirman que la Sra. G. de forma voluntaria les manifestó su intención de acompañarlos en ese camino, siempre teniendo una certera noción de las implicancias que el proceso de GS conllevaría, aún a riesgo de postergar su carrera de contadora pública.

RESOLUCIÓN

Homologar el acuerdo celebrado por las partes y en consecuencia autorizar a realizar la Gestación por Sustitución, debiendo todos prestar su consentimiento ante el Centro de Salud en los términos del art. 560 del CCyCN. Ordenar que el niño/a nacido/a de esa práctica sea inscripto como hijo de las personas con voluntad procreacional y determinar que el niño/a nacido/a de esa práctica no tenga vínculo jurídico con la gestante.

No hacer lugar al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN.

Instar al matrimonio a que en caso de que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/niña acerca de su historia gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente.

FUNDAMENTOS

- Ausencia de regulación, principio de legalidad y la necesidad de control judicial:

Sin embargo, no cualquier acuerdo en este sentido debe ser tenido por válido, ya que deben existir recaudos a los fines de preservar el interés central de todos los involucrados: los comitentes, la gestante y el niño/niña por nacer o ya nacido de este tipo de práctica.

-1- El primer requisito que estimo pertinente para su legalidad es acudir a la vía judicial a los efectos que desde este poder del Estado se realice el adecuado control de la forma gestacional elegida. (...)

-2- En segundo lugar entiendo que debe tenerse una especial consideración en relación a la gestante, debiendo corroborarse que su voluntad no se encuentre viciada, que tenga una verdadera noción de la acción que está emprendiendo, que tenga condiciones de salud física y psíquica que le permita llevar adelante el embarazo de manera adecuada para su propia integridad y la del por nacer y que no aporte el material genético, para así evitar que además de ser la madre gestacional, lo sea también biológica.

-3- En tercer lugar y con respecto a los comitentes, debe verificarse que exista en ellos la voluntad procreacional en los términos del art. 562 del CCyCN, entendida como ese “deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas”.

Es así, reitero que ante el silencio legal debemos ser los jueces quienes ante cada caso en concreto tenemos que pronunciarnos acerca de la legalidad de la práctica que se realiza y en definitiva determinar la filiación de los hijos/hijas nacidas por esta técnica.

- La supuesta afectación a los derechos del/la futuro/a niño/a:

No puedo dejar tampoco de considerar la opinión del Comité Consultivo en relación a los temores que manifiestan con respecto a las consecuencias que entienden pueden generar esta práctica en el/la niño/a por nacer. Tampoco las comparto. En este sentido refieren que “no puede descartarse la posibilidad de que la gestación de un niño en un vientre subrogado genere en el mismo posteriores sentimientos de abandono. La separación posnatal de niño y madre portadora impide la continuidad de la simbiosis biológico-funcional y emocional que se verifica en todo niño en la vida extrauterina y de un modo especial durante la lactancia”.

Esta afirmación resulta altamente desvalorizante y descalificante de otras formas de filiación y de modos de ahijar, entre las que se encuentra la adopción. Bajo esa premisa podríamos decir que los niños adoptados en sus primeros días de vida van a ser personas en los que se generarán sentimientos de abandono, y por tal motivo no permitir este tipo de filiación. Estimo que ello es no entender –o no querer comprenderlo- lo que la función vincular importa en los lazos paterno/materno filiales. Implica además sobredimensionar de manera superlativa los aspectos gestacionales –ni siquiera biológicos- como elementos determinantes de la filiación, del amor paterno/materno filial y desacreditar por otro lado lo vincular. Una mirada como esa limita lo que importa la subjetividad de las personas que se encuentran relacionadas por vínculos afectivos (y en este caso también biológicos).

- Sobre el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 CCyC:

Por ello previo a llegar a este extremo es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Código Civil y Comercial en base a lo que disponen los art. 1 y 2 de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el propio sistema brinda una solución a la cuestión.

Por tal motivo, el artículo en cuestión debe ser interpretado junto al sistema en el que fue incluido, es decir dentro de las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” (cap. 2, Título V, Libro segundo), por lo que una filiación que se produce como resultado del uso de una técnica de reproducción humana asistida debe tener como sustento los principios que rigen este tipo de filiación. En esta forma de filiación el elemento fundante es la voluntad procreacional. Así si bien puede resultar contradictorio el art. 562 en tanto refiere que: “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”, ello debe resolverse dentro del mismo sistema. En el caso de la gestación por sustitución debemos preguntarnos si el elemento que determina la filiación es el parto o la voluntad procreacional. La respuesta aparece clara, ya que justamente el elemento determinante de esta filiación es el elemento volitivo de querer ser progenitores. De ello no cabe duda alguna.

Por otra parte, la norma no es de orden público ya que no incluye ninguna sanción de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz, por lo que en el sub-caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida.

7. Tribunal Colegiado de Familia N ° 7 Rosario, 5/12/2017, “H., M.E. y Otros s/ Venias y Dispensas”

ANTECEDENTES

La Sra. M. y el Sr. I, quienes conviven hace más de diez años, se presentan y solicitan autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución por parte de la Sra. A. y, subsidiariamente, para el caso de prosperar la autorización, solicitan que se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas al niño/niña/s, concebido/s, como su hijo/a, y no como hijo/a de quien lo gestó. Solicitan se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado.

La Sra. M. fue diagnóstica con trombofilia y luego de dos embarazos que no llegaron a término, el segundo de ellos seguido del nacimiento con vida de un niño en la semana 25 de gestación y su posterior fallecimiento debido al bajo peso, el obstetra les aconsejó no volver a buscar otro embarazo por el riesgo elevado para su salud.

No obstante, con posterioridad, se realizaron más estudios y, si bien los estudios ginecológicos y los genéticos arrojaron resultados normales, a partir de los estudios de compatibilidad sanguínea descubrieron que no son compatibles dado a que su sangre es muy parecida y eso produce en el cuerpo de la Sra. M. una reacción como la de una enfermedad autoinmune, atacando al bebé. Decidieron revertir este problema con inyecciones de inmunoterapia y tomaron la decisión de intentarlo una vez más, pensando que habían superado el problema. Su obstetra los acompañó con el compromiso de que hiciera reposo todo el embarazo. Refieren que la placenta parece funcionar hasta un punto del embarazo, y luego ya no responde.

No existiendo tratamiento que les permita revertir tal situación, les prohibieron por completo un nuevo embarazo porque pondría en riesgo su salud.

Al año de este último embarazo que no llegó a término la hermana de M. les propuse realizar una gestación por sustitución ofreciéndose ella como gestante de su sobrino/a.

RESOLUCIÓN

Autorizar la transferencia embrionaria en el útero de la gestante, obtenido/s como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida a realizarse, de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por la gestante y quienes tienen voluntad procreacional.

Ordenar la inscripción del niño/niña, o de los/las niños/niñas que como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida sea/n dados a luz por la gestante, como hijo/hija o de la pareja con voluntad procreacional, debiendo el Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas correspondiente, expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 del código civil y comercial de la Nación.

Imponer a los progenitores el deber de informar al hijo/hija o a los/las hijos/hijas sobre su realidad gestacional, cuando alcance/n edad y grado de madurez suficiente.

Rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del código civil y comercial de la Nación.

FUNDAMENTOS

- La participación de los/as hijos/as de quien gesta para terceras personas:

(...) obra acta de escucha de la niña J. P. H. de 8 años de edad, y el niño M. P. H., de seis años de edad, hijos de la gestante, (...) los niños expresaron encontrarse felices de haber asistido al Tribunal porque “querían hablar con la Jueza para pedirle que deje que su mamá le preste la panza a la tía Maru para poner la semillita”. mamá le preste la panza a la tía Maru para poner la semillita”. M. relató que él le preguntó a su mamá por qué su tía no podía tener bebés, y que ella le explicó que no podían crecer en su panza, fue así que a él se le ocurrió que ella le preste su panza a su tía. Luego ambos relataron sucesos sobre los embarazos de su mamá, todos transcurrieron en su vida diaria con total normalidad y simpatía. Los niños se mostraron espontáneos y su discurso fluido. Explicaron cómo sería el procedimiento para que “su primito” nazca, que saben que el tratamiento puede salir bien o no, que es un acto de amor lo que su mamá va a hacer y se consideran parte de eso, expresa J. Hacen referencia que, así como uno presta sangre, también puede prestar la panza.

(...) obra dictamen emitido por la Psiquiatra Infanto Juvenil interviniente, Dra. Marta Bianciotti, que concluye que J. y M. cuentan con los recursos psíquicos para transitar las vivencias actuales y no se observan indicadores en este momento que contraindiquen las mismas.

- La GS y su reconocimiento implícito en la Ley 26.862:

Respecto al primer punto, se señala que si bien la gestación por sustitución (maternidad subrogada, gestación por otro, maternidad disociada, gestación solidaria, etc.) no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional No. 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

(...)

Ahora bien, en orden a la coherencia con el ordenamiento jurídico exigida al interpretar las normas (art. 2 CCC), primeramente cabe sentar que, como he anticipado y se ha sostenido reiteradamente en jurisprudencia y doctrina, la gestación por sustitución no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico argentino, habiendo sido receptada en el contexto normativo de las normas del Libro Segundo, Título V sobre Filiación, especialmente artículos 558 y 562 del código civil y comercial, en consonancia con el sistema de tutela fundamental y convencional de derechos, en cuyo marco se han dictado las leyes nacionales No. 26.862 de reproducción humana asistida, y No. 26.529 de los Derechos del paciente (arts. 1° y 2° autonomía de la voluntad) que la reconocen implícitamente; Ley No. 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (sancionada el 11 de marzo de 2009) que reconoce el derecho de la mujer a decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (art. 3 inc. e); configurándose hipótesis de violencia sexual cualquier acción que implique la vulneración del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva (art. 5 inc. 3) en las modalidades, tipos y ámbitos en los que se manifieste (art. 6, inc. a, d, y e) [cfm. Galati, Elvio, “Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución”, DFyP 2015 (febrero), 165].

- Las referencias a los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación:

A mayor abundamiento, en el orden legislativo, se han presentado tres Proyectos de Ley en esta tendencia: a) Proyecto 2574-S-2015: Ley sobre gestación por sustitución, presentado por la Senadora Montero el 14 de agosto de 2015; b) Proyecto de ley 5700-D-2016: Regulación de la Técnica de Gestación solidaria, presentado por el Diputado Ferreyra y otros, el 31 de agosto 2016; c) Proyecto de ley 5759-D-2016: Gestación por sustitución. Régimen, presentado por la diputada Rach Quiroga, que en líneas generales mantienen los predicamentos de la norma proyectada otrora. Cabe agregar que en el derecho comparado la regulación de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece. Aun encontrándose expresamente prohibida en varios países, éstos no se han visto eximidos del denominado “turismo reproductivo”, ello ocurre cuando las personas o parejas que disponen de medios económicos se trasladan a otros países para acceder a las TRHA prohibidas en su propio Estado y luego acuden a la justicia a fin de que se reconozca el emplazamiento filial con plenos efectos jurídicos en el territorio nacional (...).

- Exhortar a legislar:

Efectivamente, en ocasión de la escucha, manifestaron a la suscripta “encontrarse felices de haber venido al tribunal porque querían hablar con la jueza para pedirle que deje que su mamá le preste la panza a la tía Maru para poner la semillita.” En estas sencillas palabras se expresa el sufrimiento, la incertidumbre e inseguridad que genera la falta de regulación legal. Resulta necesario exhortar a los legisladores a debatir sin más dilaciones esta realidad que vulnera gravemente los derechos de muchos ciudadanos.

(...)

Reitero, todos estos inconvenientes se han generado como consecuencia de no haberse normado respecto de la gestación por sustitución. Es hora de sincerar el sistema.

- Los límites del art. 562 del CCyC y su inaplicabilidad:

En otras palabras, el artículo 562 del código civil y comercial no se aplica a la hipótesis de gestación por sustitución toda vez que la norma allí contenida no ha tenido en miras regular esta especie de TRHA, sino exclusivamente aquellas técnicas en que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la misma, haya aportado o no su propio material genético. Precisamente porque en estos casos de TRHA, lo basal es la voluntad procreacional y no el dato genético. Lo que sucede es que al no

regularse la gestación por sustitución, el código no se apartó de la regla que la madre sigue al vientre, pues no tuvo en miras la disociación entre gestante y maternidad socioafectiva. Lo que sí hubiese sucedido ciertamente, si la regulaba.

(...) destinatarios de este pronunciamiento, la norma del art. 562 CCC es un traje diseñado para un talle pequeño (*small*) que de ninguna manera fue confeccionado pensando en un talle extra-grande. Una interpretación contraria colocaría en seria contradicción a todo el sistema jurídico en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015. Por otra parte, resultaría contradictorio aplicar la regla del artículo 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico del mismo Libro Segundo, Título V, reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial (...).

8. Juzgado de Familia N ° 2, 1ª Circunscripción Judicial de Mendoza, 15/02/2018, “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. por medidas autosatisfactivas”

ANTECEDENTES:

Un matrimonio conformado por la Sra. S. y el Sr. J. se presentan y solicitan una acción declarativa de certeza con medida autosatisfactiva para requerir autorización judicial a fin de iniciar técnica médica de gestación por sustitución -esperma propio y ovodonación-, y que se determine la filiación del o los bebes que nazcan en favor suyo, no así en relación a la Sra. B. que se ofrece como gestante para ellos y a quien conocieron en su búsqueda por alcanzar la maternidad/paternidad.

RESOLUCIÓN:

Disponer la autorización judicial de la gestación a través de técnica de reproducción humana asistida mediante ovodonación y transferencia embrionaria en el útero de la gestante Sra. B., de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por esta y por el matrimonio M. y J.

Imponer el cumplimiento de los siguientes requisitos de manera obligatoria, excluyente y bajo apercibimiento de ley:

a) Informar al Juzgado con, al menos, veinte días de anticipación a la realización de cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria, los datos del médico supervisor y del equipo médico que realizará los tratamientos para provocar el embarazo, así como el médico obstetra, que será elegido libremente por la persona gestante, e inmediatamente, cualquier cambio que se produzca en cualquier momento al respecto.

b) Presentar al Juzgado, con no menos de veinte días de anticipación a la realización de cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria, los correspondientes documentos de los que surja el consentimiento informado de los comitentes y gestante, con la firma autenticada del funcionario médico que lo tomó.

c) Realizar los procedimientos médicos necesarios para proceder a la transferencia embrionaria, no pudiendo transferirse más de un embrión, salvo estricto criterio médico que aconseje transferir dos embriones, debiendo acreditar al Juzgado (en forma previa a la práctica) dicha justificación y el consentimiento informado específico de la persona gestante a la transferencia de más de un embrión.

d) Informar inmediatamente el Juzgado, mediante certificación detallada y documentada las consecuencias de cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria con o sin producción de embarazo.

e) Producido el embarazo: a) informar Juzgado inmediatamente de constatado el mismo y el resultado de la derivación al obstetra previamente informado; b) informar periódicamente mediante certificación detallada y documentada por parte del médico obstetra y su equipo profesional de la que surja el estado de la salud del feto y la gestante; y c) los datos del centro sanitario en el que tendrá lugar el parto, y cualquier cambio que se produzca en cualquier momento al respecto.

f) Informar al Juzgado la programación de la fecha y demás circunstancias en que se verificará el parto a fin de, a cargo y bajo responsabilidad de los comitentes, procederse a la comunicación del centro médico en el que se producirá el mismo que el nacimiento será consecuencia de un proceso de gestación por sustitución y coordinación con el equipo médico respectivo de las acciones a desplegar, indicando, especialmente, que deberán: a) dispensar a la persona gestante la mayor garantía de sus derechos a la dignidad, intimidad e integridad; b) conservar en la Institución el o los certificados médicos de nacimiento para su oportuno secuestro judicial; c) brindar tratamiento de progenitores a los comitentes con todos sus derechos; y d)

mantener comunicación directa con el Juzgado a fin de informar cualquier novedad en el curso de su intervención; entre otras obligaciones.

g) Obtenida la información sobre la fecha del parto, deberá coordinarse con las autoridades del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de Mendoza (C.M.F.) la oportunidad y requisitos para la extracción de muestras de material genético, para la instrumentalización de la prueba genética de ADN a efectos de descartar el vínculo genético con la persona gestante y la violación de normas legales. El pago de los costos respectivos se encuentra a cargo de los comitentes y deberá quedar acreditado en oportunidad de informar al Juzgado sobre la fecha del parto.

h) Disponer que el incumplimiento injustificado de alguno de los requisitos impuestos en el ap. que antecede o cualquier otra disposición legal, judicial o ética por parte de alguna de las partes, profesionales o efectores involucrados en autos generará la articulación de las acciones civiles, penales, administrativas, etc. que pudieran corresponder, la inaplicabilidad de los efectos jurídicos de la determinación de la filiación mediante TRHA, la aplicación de medidas de protección en relación a los niños que puedan nacer, la apertura de los procesos judiciales para la declaración de situación de adoptabilidad y/o entrega en guarda de los mimos, etc.

i) Cumplidos los requisitos dispuestos en el apartado que antecede, agregado el informe de Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de Mendoza (C.M.F.) del que surja descartado el vínculo genético con la persona gestante, la correspondencia genética con el Sr. J., la falta de la violación de normas legales, disponer la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC para el caso y la determinación de la filiación del o los niños nacidos como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida.

En consecuencia, deberá procederse a la inmediata inscripción del/los nacimientos como hijo/s de M. y J. debiendo el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 CCyC.

j) Disponer que la presente autorización judicial tiene un plazo de caducidad de dieciocho (18) meses a contar desde la firmeza de la presente sentencia, concluido el cual sin haberse logrado con éxito la concepción del niño por gestar la autorización caducará.

FUNDAMENTOS:

- El derecho a la vida familiar:

Desde esta perspectiva integradora del Derecho se impone el análisis de la técnica de la gestación por sustitución en el origen del derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia, puesto que el mismo, así como la protección de la familia constituyen uno de los derechos esenciales garantizados por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este sentido, se destaca, por un lado, la norma del art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin discriminar tipos de familia, por lo que se debe entender que la Convención establece una protección general para TODAS las familias.

Por otro lado, y en sintonía, tanto el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el Art.15 del Protocolo de San Salvador, establecen el derecho a la constitución de la familia, como un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculados con el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

En esta línea de interpretación, y por su enorme trascendencia, merece destacarse las argumentaciones del caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, del 28/11/2012, en el que la Corte Interamericana de Derecho Humanos concreta y delinea el derecho a la vida familiar en términos claros cuyas conclusiones resultan aplicables a nuestro caso.

- Inaplicabilidad del art. 562 del CCyC:

(...) no cabe duda alguna que, en el caso concreto, la aplicación de las reglas sobre voluntad procreacional importan la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio (o no) empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior como vía para concretar el derecho a la conformación de la familia

Y aún más: En nuestro Derecho constitucional y convencional, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás, a la par de que las normas sobre filiación y su determinación por esas técnicas previstas en el CCyC no son de aplicación al presente caso, en que la persona que presta su voluntad procreacional no coincide con la que dio a luz, debiendo, en consecuencia, buscar la regulación jurídica de este supuesto particular en las normas citadas de la Convención Americana.

Queda claro que en el campo de la reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es la típica fuente de creación del vínculo, pero la regulación del art. 562 CCyC, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, constituye en este caso de gestación por sustitución una barrera para el ejercicio de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica, tanto de personas adultas como menores de edad, lo que torna dicho texto normativo inaplicable a la situación bajo juzgamiento, que, claramente, escapa a la previsión normativa.

- El texto del Anteproyecto como guía:

Es que la norma proyectada, aunque no es ley, marca un parámetro de funcionamiento del sistema constitucional convencional al que vengo haciendo referencia desde el inicio de estas consideraciones.

En síntesis: entiendo que la norma proyectada funciona como el piso mínimo de garantía o protección a considerar en los casos en que se presenta una práctica de gestación por sustitución mientras no exista regulación legal al respecto y mientras no se expida el Congreso a través de una ley que prohíba o regule la gestación por sustitución, seremos los jueces los encargados de resolver los casos en que se solicite la autorización o se lleve a cabo la práctica y en esa tarea no se podrá consentir o convalidar ninguna situación que se encuentre “por debajo” de la regulación que aquél proyecto de reforma pretendió establecer.

Reconozco, en este sentido, la existencia de algunos proyectos de regulación de la gestación por sustitución presentados en el Congreso Nacional, alguno de los cuales, incluso, propone la desjudicialización de la técnica, pero la norma del art. 562 proyectado funciona, al menos en este estadio de la evolución del desarrollo de nuestro pensamiento jurídico político, como el límite más serio y seguro para tomar de referencia, mientras – repito- no se legisle al respecto, por los dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que genera la temática y ameritan un debate bioético más profundo y de carácter interdisciplinario.

(...)

Ello así, frente al vacío normativo existente, sin prohibición expresa ni regulación concreta, cabe entonces acudir a los precedentes judiciales como a doctrina autorizada sobre el tema en trato, y el propio texto del anteproyecto, pueden ser utilizados como guía o norte para fundamentar decisiones y/o resoluciones, quedando en definitiva sujeto a la discrecionalidad del juez.

La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana, se ve reflejada en el texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucra un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción.

Entiendo que a la luz de las pruebas rendidas, en especial, las pericias psíquicas efectuadas a los participantes (...), y las constancias de la historia clínica aportada por el médico tratante ha quedado garantizado aquel mínimo de protección o garantía judicial que se desprende de la norma proyectada, puesto que no quedan dudas que se ha tenido en miras el interés superior del o los niños que se gestarán, que la gestante tiene plena autonomía y ha prestado un consentimiento informado y sin ningún tipo de vicios; que, asimismo, al menos uno de los comitentes aportará sus gametos y que el matrimonio comitente posee dificultades para llevar un embarazo a término; y, por último que la Sra. B. no aportará sus gametos, tampoco se ha sometido a otro proceso de gestación por sustitución ni ha recibido retribución económica alguna y ya tiene hijos propios.

(...) No se me escapa que esa norma no es ley, tampoco que no existe otra que regule específicamente la cuestión, ni que el art. 562 del CCyC prevé una regulación para una hipótesis diferente. Frente a ello, y en cumplimiento del deber judicial de resolver (art. 3 CCyC) aquella regulación proyectada no resulta incompatible con el bloque de constitucionalidad federal en nuestro Estado constitucional convencional de Derecho.

- Vínculo entre la mujer gestante y quienes tienen voluntad procreacional:

La evaluación muestra una vinculación con la Sra. B positiva, no poseen relaciones de parentesco, mientras que la relación se inscribe en el marco de una amistad que se inicia por ser el Sr. J. médico tratante del hijo pequeño de la primera. Dicha amistad se ha profundizado a partir de encuentros y experiencias compartidas en razón de los objetivos que los unen.

- Motivación de la mujer gestante:

La motivación de la Sra. B. se vincula al deseo de ayudar a la pareja para la conformación de una familia, con el nacimiento de un hijo. No se detectan intereses económicos, ni gananciales ligados a provecho propio.

- El derecho a conocer el origen gestacional:

Ahora bien, íntimamente ligado al interés superior del niño por gestar aparece el derecho de conocer sus orígenes y datos genéticos. Es que, en este supuesto, la intervención del Juez no termina con la concesión de la autorización para proceder a la práctica de gestación por sustitución y consecuente determinación de la filiación, sino que resulta de fundamental importancia asegurar tales derechos (art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 563 y 564 del C CyCN). Ello lleva a la gran importancia de que el niño que nazca de esta TRHA pueda acceder a su información genética, especialmente en miras a la protección de su salud y visto los imparable avances científicos que hacen que estos datos tengan cada vez más valor.

La concreción del derecho a la identidad se logra, en el caso, arbitrando medidas de acción directa tendientes a permitir en el futuro que el niño puedan acceder a la información (estrictamente) necesaria que les permita un desarrollo y ejercicio de sus derechos a la salud, integridad, etc. Por ello, se dispondrá la obligación a la Clínica donde se llevará a cabo la técnica para que mantenga reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada, especialmente en lo referido a los datos sobre la información genética para que esté disponible si lo requieren los padres o el niño, por sí, y sin perjuicio de la posibilidad de revelarse la identidad de la donante por razones fundadas, previa evaluación del juez (cfr. Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales).

- Caducidad de la autorización judicial:

Por último, siguiendo la sugerencia de la Doctora Eleonora Lamm en su dictamen de fs. 226/227, dispondré la autorización con un plazo de caducidad de 180 días a contar desde la firmeza de la presente, atento la sensibilidad de las cuestiones debatidas y la necesidad de revisar la subsistencia de las condiciones y expectativas de los involucrados más allá de ese plazo, concluido el cual sin haberse logrado con éxito la concepción del niño por gestar la autorización caducará y deberá solicitarse nueva autorización, o bien la prórroga del plazo por motivos debidamente fundados y acreditados en autos.

La necesidad de rodear de la mayor cantidad de recaudos que garanticen los derechos de los protagonistas mientras no se cuente con una legislación clara sobre gestación por sustitución, impone, entre otros, la fijación del plazo de caducidad que se determina en la presente.

Asimismo, cabe destacar que la presente autorización judicial mantendrá vigencia, justamente, mientras no se dicte una ley que regule la materia, quedando sin efecto alguno si se dicta la misma en forma previa a la concepción del niño por gestar, debiendo notificarse a las partes de la providencia en forma personal y bajo apercibimiento de ley.

9. Juzgado de Familia N ° 6 del Depto. Judicial de San Isidro, 02/03/2018, “S., M. J. s/ autorización judicial”

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por la Sra. J. y el Sr. M, se presentan y solicitan autorización judicial para realizar transferencia de embrión conformado con sus gametos que se encuentra crio preservado en un centro de fertilidad en el útero de la hermana del Sr. M.

Refieren que, en el año 2014, luego de estudios hormonales y de fertilidad, en todos los centros médicos les indicaron que precisaban de autorización para iniciar cualquier procedimiento, pues la enfermedad de J. es una en millones y no se registran antecedentes sobre la viabilidad del embarazo en tales circunstancias, coincidiendo la opinión médica en que podrían surgir grandes y peligrosas complicaciones para su salud, por

lo que tuvieron que buscar otras alternativas. Fue la hermana de M. quien de forma altruista y luego de conversarlo con el padre de sus dos hijos les ofreció gestar para ellos.

RESOLUCIÓN

Autorizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto, con suscripción del consentimiento previo, informado y libre, bajos las prescripciones y requisitos legales del Cód. Civ. y Com. de la Nación y la ley 26.529.

Ordenar la inscripción de la/s niña/s o el/los niño/s dados a luz por V. J. como hija/s o hijo/s de J. y M. debiendo el Registro Civil y de Capacidad de las Personas expedir el certificado de nacimiento correspondiente, conforme lo dispone el art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Hacer saber a la institución de salud interviniente que, en el formato de los certificados de nacimiento, deberán constar la huella dactilar del la/s beba/s o el/los bebé/s y las de J. y M. que resultan ser quienes aportan el material genético sin constar el de la Sra. V. J., que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los Sres. J. y M., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución.

Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su/s hijas o hijo/s adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

FUNDAMENTOS

- Responsabilidad parental y personas con discapacidad:

Concluyendo en que la autorización solicitada goza de resguardo legal, y demostrado a mi juicio la imposibilidad por cuestiones de salud, de llevar adelante un embarazo por parte de J., corresponde analizar la prueba aportada por los peticionantes a los efectos de asegurarse que, en el presente, el matrimonio podrá sostener en el tiempo los deberes y derechos emanados de la paternidad que hoy tan fervientemente anhela.

El Equipo Técnico refiere a fs. 109/112 efectuado por la Licenciada Santoalla “El matrimonio se presenta con deseos genuinos de ser padres, han llegado al pedido actual de subrogar pasando por diferentes opciones incluso la adopción. Es una pareja que tiene experiencia de vivir solos y se han adaptado y manejado en forma independiente a pesar de eso cuentan con una red de sostén intensa, lo cual es muy importante para la organización que requiere la incorporación de un bebé en un familia. Se los ve incluidos en distintas instancias sociales, trabajo, familia, amigos, los cuales comparten y acompañan la decisión de ser padres de la pareja.

La señora J. V. se mostró autentica en su decisión de acompañar y ayudar a la pareja, sabiendo el compromiso no solo físico sino emocional que esta decisión puede ocasionar.

(...) La Licenciada P. realiza el informe socio ambiental en el domicilio del matrimonio. En el mismo expone como conclusiones que: “La pareja cuenta con recursos sociales de sostén y acompañamiento en caso de ser necesario”. Están inscriptos, desde el año 2015, en el Juzgado N° 1 de San Isidro para adoptar niños hasta tres años. La pareja se desenvuelve en forma totalmente independiente, autovaliéndose para su cotidianeidad (...).

- El acompañamiento psicoterapéutico:

Se escucha a los tres entrevistados atravesados por un proceso en relación al pedido, se observa que ha sido conversado entre ellos y con los profesionales médicos que acompañan al matrimonio en estos últimos años. Si bien los tres entrevistados se mostraron en plena conciencia de la situación en la que están inmersos y en las decisiones que están tomando creo oportuno que el proceso sea acompañado por tratamientos psicológicos, que ninguno está haciendo. Dicho espacio terapéutico es de suma importancia para poder acompañar el proceso pero especialmente todo lo que del pedido se desprenda ya que el deseo de ellos de acceder a la paternidad y maternidad también compromete a otros integrantes del grupo familiar, en especial a los dos niños de la señora J. V. Ambos niños son pequeños, y entiendo que sería oportuno que los adultos intervinientes en el proceso (siendo todos familiares pero especialmente uno de ellos su propia madre) tengan claridad y recursos psíquicos en la transmisión y sostenimiento del proceso del embarazo, nacimiento y posterior incorporación del bebé en la familia.”

10. Juzgado de Familia y Menores N ° 1, Villa Mercedes, San Luis, 05/03/2018, “V. L. J. y otros s/Autorización judicial (Familia)”

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por la Sra. V. y el Sr. R. se presentan y solicitan autorización judicial para realizar un procedimiento de gestación por sustitución, transfiriendo los embriones conformados con sus gametos a la hermana de la Sra. V. en razón de padecer esta última una hipoplasia de útero que no le permite gestar.

En segundo lugar, en forma subsidiaria, en caso de prosperar la autorización, solicitan inscribir al niño/a en el Registro Civil como hijo/a de quienes tiene voluntad procreacional y aportaron los gametos.

RESOLUCIÓN

Se autoriza la transferencia embrionaria en el útero de la mujer gestante.

Se ordena la inscripción del niño/a o niños/as que como consecuencia de la técnica a realizarse sean dados a luz como hijo/a o hijos/as del matrimonio.

Se impone a los progenitores el deber de informar al hijo/a o a los hijos/as sobre su realidad gestacional cuando alcance/n edad y grado de madurez suficiente.

FUNDAMENTOS

- Reconocimiento implícito de la GS en la Ley 26.862:

Se señala que si bien la gestación por sustitución no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional Nro. 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida.

- Motivación de la mujer gestante:

(...) hay voluntad, convicción y acompañamiento familiar y en especial entre las hermanas V. Que la Sra. S. tenía planeado ligarse las trompas posponiéndolo en virtud de querer legítimamente ayudar a su hermana. (...) Por su parte, la Sra. S. describe las peripecias por donde tuvo que atravesar su hermana en el intento de tener un hijo y, como, en el camino recorrido para lograrlo surge la opción de gestar mediante la técnica de fertilización asistida de vientre subrogado; expresa que ella sintió el deseo de ayudar a su hermana, que este deseo surgió espontáneamente de ella y luego de acompañarla en este largo proceso transitado, manifestando que ella comprende a su hermana en este anhelo de tener su propio bebe: agrega que ella considera que su hermana haría lo mismo por ella si la situación fuera inversa.

11. Juzgado de Familia Maipú, Mendoza, 04/04/2018, “A.G., O.C.E. Y A. M. D. P/Autorización”

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por la Sra. G. y el Sr. C. se presentan y solicitan autorización judicial para realizar un procedimiento de gestación por sustitución, transfiriendo los embriones conformados con sus gametos a la hermana de la Sra. G. atento a las patologías que padece esta última (edema macular diabético, obstrucción en la trompa de Falopio derecha y recorrido tortuoso en la trompa izquierda y lesión renal que con el tiempo se agravaría ante un posible embarazo).

Frente a esta situación y la imposibilidad de G. de llevar adelante un embarazo, es que su hermana D. se ofreció a gestar el embrión de G. y C., siendo ésta la única posibilidad con que cuentan éstos para poder tener un hijo genéticamente propio.

RESOLUCIÓN

Autorizar la transferencia embrionaria en el útero de la gestante.

Ordenar la inscripción del niño/niña, que como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida sea dado a luz por Sra. D., como hijo/hija de G. y C., debiendo el Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas correspondiente, expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Imponer a los progenitores G. y C. el deber de informar al hijo/hija sobre su realidad gestacional, cuando alcance edad y grado de madurez suficiente.

Disponer la obligación de la empleadora de la Sra. G. y el Sr. C. de reconocer y garantizar todos los derechos que la legislación prevé a los padres para el cuidado temprano de hijos recién nacidos, en particular, concesión de licencias u horarios especiales por lactancia, bajo apercibimiento de ley, debiendo oficiarse para su toma de razón y quedando a cargo del profesional letrado interviniente el diligenciamiento del oficio respectivo.

FUNDAMENTOS

- Principio de realidad y de legalidad:

La gestación por sustitución - estaba prevista en el anteproyecto de lo que hoy es el nuevo Código Civil y Comercial-, como una de las nuevas fuentes de filiación. Fue un tópico muy debatido, sin embargo y con la excusa de que los dilemas éticos y jurídicos que conlleva la gestación por sustitución son de una envergadura tal que ameritaría un debate más profundo, se decidió excluir del Código esta figura, que existe en un número creciente de países del mundo.

Sin embargo, aun cuando se ha optado por silenciar una realidad existente, creándose un vacío legal de permanente fuente de conflictos, incertidumbre, y sufrimientos, no existe norma legal expresa que prohíba la gestación por sustitución, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización.

Por consiguiente, debo entender que se trata de una TRHA permitida en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en razón del principio de legalidad (art. 19 CN) todo lo que no está prohibido está permitido.

- La inaplicabilidad del art. 562 del CCyC:

(...) en este proceso las partes sólo han solicitado la autorización judicial para realizar la transferencia de embriones, sin embargo, vemos que las THRA no requieren de tal autorización al no estar prohibidas. Entonces cabe preguntarse cuál sería la cuestión a resolver.

Para responder a tal interrogante debe recurrirse al art. 562 del CCivCom. en el cual el legislador ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución en el país, ya que sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura.

(...) Claramente, resultaría contradictorio aplicar la regla del artículo 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico del mismo Libro Segundo, Título V, reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial (...).

12. Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 2º Nominación de la ciudad de Villa María, Córdoba, 08/06/2018, R., R. A. Y OTROS - Autorizaciones”

ANTECEDENTES

La señora R. y el matrimonio conformado por la señora M. y el señor J se presentan y solicitan, bajo el título de medida cautelar, se los autorice a iniciar una técnica médica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución, indicada como única alternativa médica para poder procrear y formar una familia. Y, a la par, que el tribunal determine que la filiación del hijo que nacerá de dicha técnica le corresponde al matrimonio M. y J. por ser quienes poseen la voluntad procreacional de dar nacimiento a una nueva vida y sin emplazar como progenitora a la gestante.

Señalan que, en octubre de 2014, luego de varios intentos fallidos de TRHA, 3 embarazos que no llegaron a término y una intervención quirúrgica para extirparle 5 miomas, la Sra. M. fue sometida a una cirugía de Histerectomía Subtotal, donde se extrajo su útero, dejando los ovarios sanos y destruyendo cualquier posibilidad de gestar un bebé en el futuro. Relatan que en el centro de fertilidad se les indico que el tratamiento era viable que ante la falta de legislación al respecto y para evitar problemas legales debían solicitar un permiso judicial para hacerlo.

Destacan la procedencia de la medida solicitada como cautelar no enumerada (art. 484 del CPC), que se hace innecesario el planteo de un proceso contencioso por no existir pretensiones encontradas ni discutidas, sino que los tres presentantes poseen la misma pretensión.

RESOLUCIÓN

Autorizar a realizar la técnica médica de reproducción asistida de gestación por sustitución, debiendo concurrir todos a suscribir el consentimiento informado ante el Centro de Salud en los términos del art. 560 del CCCN.

Ordenar que el niño/niña que naciere de esa práctica deberá ser inscripto por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda como hijo del matrimonio con voluntad procreacional. Imponer a los progenitores, en caso de producirse el nacimiento, la obligación de informarle al niño/niña sobre su origen gestacional cuando adquiriera la edad y grado de madurez suficiente para entender.

FUNDAMENTOS

- Abstencionismo del Código Civil y Comercial y principio de legalidad:

Fácil es advertir los problemas con los que se enfrentan quienes pretendan recurrir a estas técnicas, sumergidos en un mar de dudas, en orden no sólo a determinar la filiación, sino también en cómo o cuando instrumentar el consentimiento informado, ni ante qué tribunal recurrir, ni qué tipo de acción entablar. Y es justamente por este silencio del legislador que prefirió una política legislativa abstencionista, de transacción de los diferentes intereses en pugna que por aquella época se debatían, q(...ue se dejó en manos de la jurisprudencia tener que pronunciarse sobre la legalidad de la práctica y adoptar la decisión más razonable, en la mayoría de los casos, sobre hechos ya consumados. De este modo, las soluciones a los casos particulares han venido zanjadas por la jurisprudencia, donde en la mayor parte de la casuística se revela una conducta audaz o riesgosa de los solicitantes (aunque valiente) por el hecho ya consumado del nacimiento del niño.

(...) Resulta esencial destacar que la jurisprudencia compulsada fue hasta ahora sumamente cauta, prudente y cuidadosa a ese respecto. Legitimó solamente los casos en los que no se aprecia ningún aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad y si intenciones claramente humanitarias y solidarias como en el caso bajo examen.

(...) Ahora bien, el interrogante que se nos plantea es cómo interpretar este abstencionismo del Código. Como bien se dijo más arriba, la gestación por sustitución no fue incluida expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación al regular el capítulo de la filiación en general, ni en relación a las técnicas de reproducción asistida en particular. Tampoco está concretamente incluida en la Ley n° 26.862 (Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de reproducción médicamente asistida). Sin embargo, tampoco existe norma alguna que expresamente la prohíba. A la hora de interpretar esa ausencia, un arco doctrinario propone entender que el hecho de haberse eliminado del Anteproyecto la disposición que admitía la maternidad subrogada, bien puede ser considerado en el sentido de no encontrarse permitida; (...) No coincido con esa prédica, en tanto aquella falta de regulación no impide su concreción, ya que en virtud del principio de legalidad dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido.

- La mujer que tiene voluntad procreacional y la mujer que gesta para terceros:

Tengo por cierto el hecho de la imposibilidad biológica de gestar de M. S , pues de la historia clínica acompañada surge que fue sido sometida a una cirugía de histerectomía en el año 2014, por lo cual ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante una gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer, en este caso su amiga, resulta ser la única TRHA idónea para ejercer su derecho fundamental a formar una familia y ejercer una maternidad y paternidad responsable y en iguales condiciones que los demás. Desde otro costado, lo analizado nos lleva a pensar sobre los derechos que le asisten asimismo a la gestante quien, en el caso bajo examen, se trata de una mujer mayor, que goza plenamente de sus capacidades intelectuales, que fue capaz de tomar una decisión libre e informada en forma plena, cuenta con asesoramiento legal y que ha prestado su consentimiento conociendo los inconvenientes o los riesgos a los cuales podría enfrentarse con el procedimiento. La gestante refiere actuar de manera absolutamente altruista y cuenta con el apoyo de su círculo familiar. Ejerce su derecho constitucional a “disponer de su propio cuerpo”, en miras de la satisfacción de un deseo filial ajeno. No hay en la señora R. voluntad procreacional. Poner cortapisas en su decisión, sería entrometerse en su vida privada. De lo ponderado precedentemente, considero que debe hacerse lugar a la autorización para someterse a la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución.

- El derecho a la salud:

Para ello tengo especialmente en cuenta no solo el derecho constitucional interno, sino que, de modo primordial, también el elenco de instrumentos internacionales que constituyen las bases de los Derechos Humanos. Y dentro de éstos, me detengo, cual documento de cabecera, en la Convención sobre la Eliminación

de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que fuera aprobada por el Estado argentino mediante la ley 23.179, y que se incorporó al sistema de convencionalidad al afiliarse constitucionalmente según lo prevé el art. 75, inc. 22, CN. Si bien es cierto que la pareja formada por M S y J ha manifestado su consentimiento procreacional y R actuará como madre gestante, lo concreto es que el caso visibiliza la situación de la primera, tras sortear distintas intervenciones quirúrgicas. Por eso, me detengo justamente en los principios de la CEDAW pues esta Convención ofrece un catálogo de obligaciones que los Estados partes deben respetar y, en su mérito, adoptar las medidas necesarias para asegurar -y no solo reconocer- la igualdad entre mujeres y hombres, erradicando toda forma de discriminación por razón del sexo. En especial, y en lo que aquí interesa, la salud como derecho primero pues hace a la vida misma, que se encuentra proyectada en diversos capítulos de la Convención.

(...) con la CEDAW y Bélem do Pará como centinelas, la salud reproductiva es un asunto que debe ser examinado desde y por una perspectiva de género; (iv) la infertilidad interpela por acciones positivas porque está en riesgo el goce integral de los derechos humanos de la mujer. A partir de este compendio y según el marco teórico del que parto, el derecho a acceder a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, se emplaza dentro de la órbita de los derechos humanos, por lo que resulta indispensable que se garantice el acceso con acciones positivas. Esto forma parte de los estándares que van apareciendo en los instrumentos internacionales mencionados anteriormente. El plexo normativo citado refleja la importancia de la salud, y concretamente de la salud reproductiva de las mujeres que están aquejadas de infertilidad, la que no puede ni debe quedar ajena de los avances o beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. Todo este panorama se refleja en el análisis que realizara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c/ Costa Rica" (2012) (...).

13. Juzgado de Familia 1ª Nom. Córdoba, 6/08/2018, "A. M. T. y O. – Solicita Homologación"

ANTECEDENTES

Se presenta la Sra. A., requirente, y la Señora C., gestante, solicitando se homologue el acuerdo al que arribaron y que en definitiva se traduce en que la segunda gestará, mediante una técnica de reproducción humana asistida, un embrión formado con gametos de donantes anónimos y que a mérito de la voluntad procreacional que expusiera la Sra. A., se declare la inconstitucionalidad del art 562 del CCyCN.

La Sra. A. expone que su proyecto de vida siempre estuvo presente la voluntad de tener un hijo independientemente si contaba o no con una pareja como para proyectar un hijo en común, y agrega que en ese cometido y al intentar someterse a una fertilización asistida al realizarse los estudios pertinentes para averiguar si su útero era apto para gestar un embarazo con donante anónimo en el año dos mil once, se le descubre que tiene un útero miomatoso, que en definitiva culminó con una histerectomía total, resultándole a partir de ese momento imposible gestar un hijo.

Asimismo, refiere que respecto de la Sra. C. la une una relación de amistad de mucho tiempo, que ambas son oriundas de Villa Dolores, Provincia de Córdoba, relación de amistad que se extiende a la familia de ambas.

RESOLUCIÓN

Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC, en cuanto determina que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana asistida es hijo de quién la dio a luz y de quien prestó el consentimiento informado, y por tanto, autorizar a la Sras. A. y C. a concurrir al centro de salud de su elección especialmente habilitado, en donde luego de prestar el consentimiento informado en los términos del art. 560 y 561 del CC y C, y llevar adelante la práctica biomédica.

Se deberá inscribir a la persona humana así nacida en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como hijo de la Sra. A.

Recomendar a la Sra. A. que ponga en conocimiento del hijo su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez de aquel lo vaya permitiendo.

FUNDAMENTOS

- La adopción:

En el caso concreto y específico de la Sra. A., encarar un proceso de adopción con la admisión en el Registro Único de Adoptantes y seguir luego el proceso, le demandará un tiempo más o menos prolongado, lo que influye en atención a su edad; además la misma carece de útero para gestar un embarazo y sus óvulos en

función de su edad actual -y aún para un profano- dificultaría el proceso de fertilización mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida, y con ello se postergaría o, en su caso, se le negaría el derecho a ser madre y conformar su familia. Pero lo que sí está en condiciones de afrontar la Sra. A. es lograr un embrión mediante la donación de óvulo y espermatozoides que, implantado en el útero de la gestante, le otorgue una posibilidad más o menos cierta -puesto que tratándose de procedimientos médicos no cabe hablar de certezas- de cumplir su deseo de ser madre.

- Declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN:

Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CCyC la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna por ser la persona que dio a luz.

Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la persona que prestó el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización.

14. Juz. en lo Civ. en Familia y Sucesiones de 1a Nominación de Tucumán, 26/09/2018, “P. A. M. y otros/ Autorización judicial”

ANTECEDENTES

Se presentan la Sra. A., el Sr. J. —quien actúa por derecho propio y como patrocinante de su cónyuge—, la Sra. M. —con el patrocinio de la letrada D.— y solicitan autorización judicial para la realización del procedimiento de transferencia del/os embriones, conformados con los gametos de A. y J., en M., hermana de A., sin hijos, quien actuará como gestante a los fines de poder llevar adelante la gestación por sustitución, previa suscripción del consentimiento informado. Peticionan que en caso de prosperar la gestación se inscriba al niño/a como hijo/a del matrimonio.

Asimismo, solicitan que se haga saber a la institución de salud interviniente que, en la confección de los certificados de nacimiento, deberán constar las huellas dactilares de la/s beba/s o el/los bebé/s y las de A. y J., en su carácter de progenitores en razón de aportar el material genético y cuentan con la voluntad procreacional. Así como que, los Sres. J. y A., en su carácter de progenitores, sean los únicos autorizados a retirar el/la bebé/s una vez efectuada el alta correspondiente.

Hacen saber que la Sra. A. —de 36 años de edad— posee síndrome de Rokitansky y que el matrimonio realizó con anterioridad 4 intentos de FIV ICSI (fecundación in vitro con sustitución uterina) en la provincia de Mendoza —sin resultados positivos para embarazo—, los que fueron efectuados en los meses de julio del 2014, octubre de 2014, noviembre de 2015 y mayo de 2016 -procedimientos para los cuales no les requirieron autorización judicial previa.

RESOLUCIÓN

Autorizar la gestación por sustitución, debiendo concurrir todas las partes a prestar su consentimiento informado ante el Centro de Fertilidad.

Declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 562 del CCyCN.

Dejar determinado que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada será/n hijo/a/s de la Sra. A. y del Sr. J., debiendo informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. A esos efectos, hágase saber a la institución médica que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

Disponer que toda la documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitores (madre/padre) a la Sra. A. y al Sr. J.

Ordenar que los únicos autorizados al retiro del/a/s niño/a/s del hospital/sanatorio, luego de su/s nacimiento —y alta médica mediante— serán sus progenitores, J., y/o A.

Dejar establecido, con relación a las licencias laborales, que el matrimonio habrá de gozarlas —en su carácter de progenitores— desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que la Sra. M la habrá de gozar —en su carácter de gestante— por el período anterior y posterior al parto.

Sugerir a la Sra. A., al Sr. J. y a la Sra. M. la continuidad de los tratamientos psicológicos.

FUNDAMENTOS

- Ausencia de vulnerabilidad de la gestante y motivaciones:

Del informe médico, resulta que M., tiene 35 años de edad, que es hermana de A, que es nulípara (sin hijos) y que expresó su voluntad de llevar adelante el embarazo previo asesoramiento reproductivo. Surge, además, que fue evaluada por el centro médico y que se encuentra en condiciones de iniciar el procedimiento de gestación por sustitución.

En igual sentido, del informe psicológico del mes de julio del 2018 expedido por la Lic. E., surge que “M., presenta plena consciencia, voluntad y libertad para llevar a cabo dicho procedimiento. Se sugiere acompañamiento terapéutico durante todo el proceso de gestación, parto y puerperio”.

(...) fue la propia M. quien se postuló como gestante siendo el único fin manifestado un acto de amor hacia su hermana y su cuñado.

De las constancias de autos surge debidamente acreditado el conocimiento jurídico que presenta la gestante acerca del procedimiento al que pretende someterse (tal como se ya dijera en el acápite anterior) conocimiento que infiero de los términos del escrito inicial y del dimensionamiento que es dable esperar de su condición de abogada que, además, ejerce...

Resulta importante destacar que el hecho de encontrarse asistida jurídicamente por la letrada Dra. D. —madre de J. y suegra de A. (comitentes)—, no es percibido o considerado por la misma como una circunstancia que pueda implicar una vulneración en el ejercicio de sus derechos, cuestión esta que ha sido expresamente mencionada en oportunidad de la entrevista personal y sobre la que la joven, de modo contundente, expresó “no advierto ninguna vulneración.

(...) En consecuencia y por lo expuesto, concluyo que tal como lo expresaron todos los intervinientes, intenciones altruistas, claramente humanitarias y solidarias basadas en el amor fraterno, son las que movilizan la decisión de M. de llevar a cabo la gestación a favor de su hermana y de su cuñado.

(...) Oportuno resulta señalar que la circunstancia de que M. sea nulípara, conforme se acredita, no ha constituido obstáculo alguno para el ofrecimiento que formulara de ser la gestante del/a/s hijo/a/s de su hermana y su cuñado, por lo que no habiendo norma alguna vigente que establezca este hecho como un requisito entiendo que basta su sola expresión de voluntad, en tanto persona adulta y capaz, para adoptar libre e informadamente su decisión de incluirse o excluirse de participar en este tipo de TRHA.

- El deseo de ser padres:

A. dice que el deseo estuvo siempre, desde que se casaron en el 2009, más concretamente cuando empezaron a ver la posibilidad de este tipo de procedimientos y hasta había un plan B: la adopción. Primeramente, acudieron a las TRHA. Considera que el tiempo que tuvieron para madurar la situación, jugó a su favor. J. agrega diciendo que siempre supo que A. no podía concebir y que no logra puntuar un hecho claro del nacimiento del deseo. A. dice que el anteproyecto es del 2012, y ya lo habían visto. J. postula que el tema de adopción no lo vieron en un principio, en razón de que empezó esta pequeña posibilidad de poder lograrlo, y si no daba resultado tal vez verían la posibilidad de adoptar. Ser padres es un proyecto de la pareja. Dice que si lo piensa bien nació el deseo cuando existió la posibilidad de este procedimiento. A. relata que tienen muchos proyectos personales y como pareja, pero vieron esa posibilidad y quieren hacerlo.

(...) Añadiendo J. que, hasta los 9 meses, siempre voy a tener el miedo por la salud de la gestante, porque es conocida nuestra, en cambio a las anteriores gestantes no las conocíamos, no teníamos la relación que tenemos con M. Pensamos que situaciones como que M. se pueda entristecer o que se yo todo lo que pueda pasarle desde el punto de vista de su salud, pero cuando uno piensa el final del camino creemos que todo se irá acomodando.

- El lugar de la interdisciplina:

¿Tuvieron tratamientos terapéuticos previos? A sostiene que si, hace muchísimos años, pero puntualiza que este hecho (no poder anidar a su hijo) no es el problema de su vida, y solo lo habla con su psicóloga cuando hay una posibilidad concreta como es este el caso. ¿Vas a continuar el tratamiento? Si pienso continuarlo, y si me da positivo más. ¿Y usted M.? Si yo lo hago hace un montón, y mi psicóloga sabe del tratamiento, fue la primera a la que se lo dije, y para mí era importante que ella lo sepa. ¿Y usted J.? Yo lo hice solo en el marco de este proceso legal, pero me encantó cuando fui, aunque no siento que lo necesito. Nos recibieron en forma individual y en conjunto con A. J. puntualiza que el no tener hijo no fue un trauma, pero desea fielmente tener un bebé.

- Licencias parentales y licencia a quien gesta:

Aunque no fue articulada como una pretensión de las partes, entiende esta Magistrada que no puede soslayarse un pronunciamiento sobre la cuestión de las licencias cuando la utilidad de este fallo radica precisamente en erigirse en un instrumento que preventivamente garantice la satisfacción de los derechos humanos de todos los involucrados, en especial del/a/s nacido/a/s por esta práctica médica.

Como en el presente caso la calidad de gestante y madre no están reunidas en una misma persona, corresponde distinguir la que haya de asignarse a M en razón de la gestación y el parto, de la que haya de asignarse al matrimonio en razón de su paternidad/maternidad del/a/s nacido/a/s.

Sin desconocer este derecho laboral del que gozan todos los adultos aquí involucrados, el eje rector que lleva a resolver esta cuestión —en este caso— se centra principalmente en procurar una concreta satisfacción al interés superior del/a/s niño/a/s

(...) Siendo entonces que para el ejercicio de la función materno/paterno filial el matrimonio debe poder contar con tiempo de licencia laboral, esta Proveyente entiende que corresponde sea gozado desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. En el caso de la Sra. A., por el lapso que corresponda de acuerdo a lo normado por el Régimen de Licencias —... n° ...— y concordantes y su modificatoria —... n° ...— respecto a partos múltiples (si este fuere el caso). Con relación al Sr. J, de conformidad a lo que a este respecto dispone la ley ... —art. ... y concordantes— y su decreto reglamentario ... modificado por decreto ... Con respecto a la gestante (Sra. M.), y por aplicación del principio de realidad, aunque por las particularidades del caso ya se dijera que no revestirá la condición de madre, le corresponde su licencia en los términos y alcances de lo normado por el Régimen de Licencias —... n° ..., arts. ...— y concordantes y su modificatoria —... n° ...— respecto a partos múltiples (si este fuere el caso).

15. Juz. de Familia Niñez y Adolescencia N° 1 de la I Circunscripción Judicial de Neuquén, 27/11/2018, “C. T. E. y Otros s/Medida Autosatisfactiva”

ANTECEDENTES

Se presenta un matrimonio conformado por la Sra. T. y el Sr. J, junto con la Sra. M., hermana de la primera, e inician una acción declarativa de certeza con el fin de que se los autorice a iniciar la técnica médica de gestación por sustitución, disponiendo que luego del nacimiento se inscriba al/los niños ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijos de la pareja; imponer a los padres de los niños -cuando éstos adquieran autonomía suficiente- la obligación de informarles sobre su origen, en los términos del art. 563 Código Civil y Comercial Nacional.

Asimismo, solicitan se obligue a la empleadora del matrimonio y de la gestante reconocer y garantizar todos los derechos que la legislación confiere a los padres para el cuidado de los hijos recién nacidos, en particular, licencias u horarios especiales para lactancia en el caso de M.

Explican que, llevando unos meses de gestación, a T. se le producían abortos espontáneos, y en uno de los embarazos el bebé falleció. Que a partir de la semana 22 o 23 de gestación, el embarazo se complicaba con una sepsis (infección generalizada), debiendo extirparle el útero, por lo que no puede gestar.

Por último, solicitan se oficie al Poder Ejecutivo y Legislativo Provincial, en las personas del Ministro de Salud y Sr. Presidente de la Cámara de Diputados a fin de evaluar la posibilidad de establecer protocolos, sistemas y/o regulaciones de control de los establecimientos sanitarios donde se desarrollen TRHA, en concordancia con la Ley de Reproducción Médicamente Asistida Ley 26.862 y Ley 25.326.

RESOLUCIÓN

Autorizar la práctica de gestación por sustitución. Ordenar que las personas nacidas sean inscriptas como hijo/a/s del matrimonio con voluntad procreacional. Exhortar al matrimonio a fin de que informen a su/s hijo/s su origen genético y gestacional. Oficiarse a la empleadora de los peticionantes para la toma de razón de lo resuelto en relación a las licencias

FUNDAMENTOS

- El Anteproyecto como doctrina:

Comparto dicho argumento por lo que reitero, ante la ausencia de norma legal y el deber de resolver, analizaré el cumplimiento de los recaudos establecidos en el Anteproyecto, en el presente caso, no sin antes aclarar que dicha la regulación proyectada no resulta incompatible con el bloque de constitucionalidad. (...)

a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer: Entiendo que la inscripción del/los niños/as por nacer como consecuencia de la TRAH que se autoriza, como hijos de quienes recurren a la misma motivados por el deseo de ser sus padres, criarlo, amarlo, protegerlo y formar con él una familia, es la que mejor satisface el interés superior y en especial la que mejor respeta el derecho a la identidad del niño.

b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;

c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos: Conforme surge de la prueba rendida en autos, ambos comitentes aportarán sus gametos para el embrión a implantarse.

d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término: Ha quedado demostrado que T. es infértil.

e) la gestante no ha aportado sus gametos: En el caso, no los aportará.

f) la gestante no ha recibido retribución: De la prueba pericial practicada surge que la motivación de M. para la realización de técnica, es altruista y no hay de por medio una finalidad económica, lo cual se ve reforzado y puede inferirse razonablemente de la relación de parentesco existente entre las partes.

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: Conforme surge del acta de nacimiento acompañada a fs. 6, M. tiene un hijo de 4 años.

Analizados los recaudos señalados, en caso de resultar exitosa la transferencia de embriones concebidos por la gestante, he de hacer lugar a la inscripción ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas del o de los niños/as nacidos de M. como resultado de la técnica, como hijos de los comitentes.

- Licencias parentales y licencia a quien gesta:

Frente a la determinación de la filiación en la forma en que se resuelve, es decir, como hijos de los comitentes, ninguna duda cabe acerca de la obligación de los empleadores de los mismos de reconocer y garantizar todos los derechos que le ley otorga a los progenitores luego del nacimiento del hijo.

En cuanto a la pretensión respecto de la gestante, no hallo razón que justifique denegar a la misma la licencia que por embarazo prevé la legislación, toda vez que la misma tiende a permitir el descanso y los cuidados propios de las mujeres que transitan el embarazo, protegiendo así su salud y la del niño por nacer.

En cuanto a la licencia por maternidad –post parto- entiendo que en virtud de que el/los bebés quedarán al cuidado de los comitentes, la misma deberá limitarse a la indicada por los médicos tratantes para su recuperación post parto y/o de lactancia en caso de ser ella quien alimente a los niños.

- Respecto al pedido a legislar:

Por último, debe ser rechazado el pedido de oficiar a las autoridades correspondientes a fin de que evalúen establecer protocolos y/o regulaciones de control de los establecimientos donde se desarrollen las TRHA, en concordancia con la Ley de Fertilización Asistida, por cuanto ello no solo excede el marco de la presente acción autosatisfactiva, sino que además una decisión distinta importaría una intrusión indebida en la órbita de decisión de otros poderes del estado.

16. Juz. Civ. 3ra. Nom. Bell Ville, 06/12/2018, “D., R. d. V. y otros S/Homologación”

ANTECEDENTES

Se presentan por una parte la Sra. R. y su conviviente, el Sr. M., por la otra parte, la Sra. L. de 40 años, amiga de R., quien se ofrece como gestante, y solicitan la homologación de un convenio sobre gestación por sustitución celebrado entre las partes.

Por el acuerdo celebrado se comprometen a realizar una técnica de fertilización medicamente asistida en la que el material genético es aportado por los miembros de la pareja y el embrión resultante es implantado en el útero de la Sra. L., quien llevará adelante el embarazo. En caso de que se produzca el nacimiento del niño/niña, peticionan sea considerado hijo de la pareja y no de la gestante. Para ello solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Manifiestan que la Sra. R. no puede gestar debido a padecer de Síndrome de Rokytansky.

RESOLUCIÓN

Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCyCN, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz. Autorizar a realizar la Gestación por Sustitución, debiendo todos prestar su consentimiento ante el Centro de Salud de su elección en los términos del art. 560 del CCyCN.

Ordenar que el niño/a nacido/a de esa práctica sea inscripto ante el Registro de estado Civil y Capacidad de las Personas pertinente, como hijo de la pareja con voluntad procreacional.

Instar a la pareja a que, en caso de que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/niña acerca de su realidad gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente.

Disponer la conservación de las presentes actuaciones ad eventum, a los fines de garantizar al niño/niña eventualmente nacido el derecho de acceder al expediente y conocer su realidad gestacional.

FUNDAMENTOS

- La situación de vulnerabilidad de la mujer que tiene voluntad procreacional:

Considero que el presente caso debe ser analizado teniendo en consideración la situación de vulnerabilidad en la que, por su género y por su estado físico, se encuentra R.

(...) En este sentido, corresponde seguir la interpretación efectuada por la Corte Interamericana en el caso precitado (Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, 28/11/2012), en cuanto interpreta que la infertilidad es una enfermedad que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, los cuales incluyen el acceso a las técnicas del más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva; y que ello supone además, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para hacer uso de las decisiones reproductivas

(...) Cabe considerar que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. En el mismo orden de ideas, la Corte recordó el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. La posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva

(...) El marco en el cual se ventila este proceso, no escapa a los fines y objetivos que persiguen las convenciones internacionales ut-supra apuntadas, tanto más cuanto que, se vislumbra que, si bien es cierto que la pareja formada por M. y R. han manifestado su consentimiento procreacional y L. altruistamente actuará como madre gestante, lo que resulta indudable es que la situación de infertilidad congénita que arrastra R. visibiliza la situación de vulnerabilidad apuntada frente al plexo normativo interno, que requiere en consecuencia que su tratamiento no escape a la perspectiva de derechos humanos.

- La decisión y motivación de la mujer que gesta:

Asimismo, y como corolario de lo dicho, emergen los derechos que le asisten a la gestante quien, en el caso bajo examen, se trata de una mujer mayor, que goza plenamente de sus capacidades intelectuales, que fue capaz de tomar una decisión libre e informada en forma plena, que cuenta con asesoramiento legal y que ha prestado su consentimiento conociendo los inconvenientes o los riesgos a los cuales podría enfrentarse con el procedimiento. La gestante refiere actuar de manera absolutamente altruista y cuenta con el apoyo de su

círculo familiar. Ejerce su derecho constitucional a “disponer de su propio cuerpo”, en miras de la satisfacción de un deseo filial ajeno. No hay en la señora S. voluntad procreacional. Poner trabas en su decisión, sería entrometerse en su vida privada.

- Autorización sin homologación de acuerdo:

No obstante, considero que el acuerdo no puede homologarse. Esto es así, toda vez que en él se tratan derechos inalienables de las personas involucradas. Así, la homologación de un acuerdo privado es requerida a los fines de darle ejecutabilidad ante el incumplimiento de alguna de las partes, pero en el caso planteado esto no puede darse, precisamente, por los intereses en juego implicados. Por ello, comparto el criterio sustentado por la Sra. Fiscal de Familia (v. dictamen a ff. 113/114 vta.) en cuanto expresa: “La homologación a ultranza del acuerdo implicaría avanzar sobre aspectos personalísimos, de hecho, incoercibles y por ende insusceptibles de ejecución forzosa o de alguna sanción en caso de incumplimiento (...). Que si bien, el Poder Judicial no puede atribuirse facultades legislativas –dilucidar el contenido de Derechos Personalísimos contenidos en el acuerdo-, si puede “clarificar o direccionar” la voluntad de las personas que firmaron dicho acuerdo y, por ende, afirmar que la voluntad allí contenida, es antecedente válido para autorizar o no la práctica médica y otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional que se pretende en el caso...”.

Por tal motivo estimo que no es viable homologar el acuerdo celebrado, no obstante que –por las razones ya expuestas- se autoriza la gestación por sustitución en los términos en que ha sido solicitada por las partes.

17. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 2 de Santa Fe, 08/02/2019, "P., A. R. y Otros s/ Venia Judicial"

ANTECEDENTES

La Sra. A. y el Sr. C., en unión convivencial, inician una medida autosatisfactiva con el fin de obtener la autorización para llevar adelante una gestación por sustitución con el aporte de su material genético, en el vientre de la gestante, Sra. N., a partir de la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Solicitar que una vez producido el nacimiento con vida del niño/a, se lo/la emplace filialmente en el estado de hijo/a de la pareja.

Señalan que la Sra. A. padece una patología denominada “Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Houser” que le fuera diagnosticada a los 16 años y que por tal motivo siempre recibió y recibe ayuda terapéutica.

Con respecto a la mujer que se ofrece a gestar para ellos señalan que tiene 29 años, conoce a la Sra. A. desde los 6 años, cursaron juntas la escuela primaria y secundaria, se encuentra en pareja con J. desde el año 2007, quien es el padre de sus dos hijos V. de cinco años y A. de tres años, que nacieron por parto natural, siendo la primera vez que realizará una gestación por sustitución, motivada por el simple hecho de que su amiga pueda llegar a convertirse en madre y así forjar una familia.

RESOLUCIÓN

Autorizar a realizar la gestación por sustitución, debiendo concurrir todos a suscribir el consentimiento informado ante el Centro de Salud conforme lo normado por el art. 560 del CCyCN.

Ordenar que el niño/a que naciera de esta práctica, sea inscripto como hijo/hija de quienes tienen voluntad procreacional, debiendo el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente, expedir el Certificado de Nacimiento respectivo de acuerdo a lo prescripto por el art. 559 del CCCN.

Imponer a los progenitores el deber de informar -en caso de producirse el nacimiento- al niño o niña sobre su realidad gestacional, cuando alcance la edad y el grado de madurez suficiente.

Conceder licencia por maternidad a C. y A. así como a N.

Rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN.

FUNDAMENTOS

- Motivación de la mujer que gesta:

Esta entrega de N. para con A. se encuentra atravesada por un fuerte sentimiento altruista, donde la recompensa es verla feliz a ella y a su marido al haberles posibilitado contribuir a la gestación de su hijo.

N. considera que de esta forma colabora con su amiga a poder tener y crear su propia familia, lo que la hace sentir orgullosa en ayudar.

N. de sus características psicológicas se observó en la joven una fuerte incidencia del altruismo, sentimiento que promueve y facilita acciones por y para el beneficio del otro.

(...) se observa en N. sanos y consolidados vínculo de pareja y familiares (...) se muestra tranquila y segura respecto al acompañamiento que les brindarán a sus hijos, sabiendo cómo manejar la información brindada, la contención emocional y el manejo de las ansiedades de los pequeños. (...) No se observa mayor estrés o angustia respecto al embarazo, al vínculo de amistad con la pareja de A. y C. ni con el posterior desprendimiento del bebé gestado. Manifiesta una coherente y genuina visión del futuro, esperable y adaptativo a los resultados que se esperarían de dicho proceso, con saludable conciencia del duelo que conllevará el desprendimiento del niño al nacer. No se observa angustia ni duda alguna, por el contrario manifiesta total conciencia del límite de su vínculo o sentido de pertenencia.

- Los/as hijos/as de quien gesta:

No he escuchado a los hijos de la gestante, V de cinco años y A. de 4, en razón de su corta edad, pero la información del procedimiento a realizarse será abordada con ayuda terapéutica y de manera gradual, con el objeto de no generar ansiedad en ellos.

- Licencia parental y licencia a la mujer que gesta:

(...) conceder a los padres - que como analizaré más adelante serán emplazados en tal estado respecto al/ la recién nacido/ a - la correspondiente licencia por maternidad, sin perjuicio de que no hayan podido acreditar la existencia del embarazo y de la madre gestante- si para ese momento tuviere un trabajo en relación de dependencia- , porque si bien no va a contar con la documentación necesaria para acreditar que ha dado a luz, ha atravesado el proceso de embarazo y parto y no podemos obviar las consecuencias físicas y emocionales que ello ocasionará.

18. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N°87, 03/04/2019, “O. F., G. A. y otros/ Autorización”

ANTECEDENTES

La Sra. G. y el Sr. M. se presentan y solicitan autorización judicial para realizar la transferencia de los dos embriones —conformados con los gametos masculinos de M. con óvulos donados— que actualmente se encuentran criopreservados, o los embriones que en el futuro se conformen —en caso de no prosperar la primer transferencia— en la Sra. N., hermana de M., quien en forma altruista actuará como gestante. Esto con el fin de que la persona —o las personas— que nazcan tengan vínculos de filiación únicamente con los peticionantes, por ser quienes cuentan con voluntad procreacional. Además, plantean la declaración de inconstitucionalidad y anti convencionalidad del art. 562 del CCyCN.

Asimismo, relatan que la Sra. G. G., luego de varios intentos, embarazos que no llegaron a término y ante el riesgo de vida sufrido a partir del último embarazo gemelar tuvieron que realizarle una histerectomía.

RESOLUCIÓN

Hacer lugar al pedido de autorización para realizar la transferencia de los dos embriones —conformados con los gametos masculinos de M. y con óvulos donados- que actualmente se encuentran criopreservados, o los embriones que en el futuro se conformen —en caso de no prosperar la primer transferencia-en la Sra. N.

Una vez firme, a los fines de su ejecución, líbrense los respectivos oficios y dejándose constancia que los datos personales de las partes involucradas, comitentes y gestante como así también de las entidades médicas intervinientes serán de carácter reservado y confidencial.

FUNDAMENTOS

- Inaplicabilidad del art. 562 del CCyCN:

Sobre la cuestión planteada, participo del criterio jurisprudencial que sostiene que no hay en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación una norma que impediría la gestación por sustitución —al tratarse este de un caso no contemplado en ese precepto— toda vez que la referida norma rige los casos en que existe voluntad procreacional de quien da a luz (...).

A mi juicio, si bien el legislador decidió no regular la gestación por sustitución en el Cód. Civ. y Comercial, lo cierto es que los arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Comercial, resultan conducentes y relevantes para encontrar la solución al caso concreto, realizando una interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico,

Constitución Nacional, Tratados de Derechos Humanos de igual jerarquía, ley 26.862 y decreto reglamentario N° 956/2013.

- Las motivaciones de la mujer que gesta:

En el caso, luego de la extensa entrevista que tuve con los peticionantes, ratificaron su motivación y deseo de ser padres, el interés familiar y altruista en el caso de N., de ofrecerle a su hermano y cuñada llevar adelante el embarazo, luego de que ellos transitaran tantas pérdidas, incluso con grave riesgo de vida para G., ya que estuvo en coma en el último intento.

No hay aquí un ánimo de lucro, también N. refirió su situación personal y familiar, haberlo conversado con sus hijos, que estaba dispuesta a llevar adelante el embarazo como gestante, y cómo sería la situación y la planificación luego del parto. Estas cuestiones también fueron abordadas y surgen del informe psicológico.

Adquiere relevancia que la hermana de M. se ofrece a gestar a su sobrino y/o sobrinos en un acto altruista para concretar el sueño del matrimonio que ha pasado por tantas situaciones dolorosas para ser padres, y eligen la gestación por sustitución.

No considero que en este particular caso se afecte la dignidad del niño por nacer, ya que el pedido de autorización no solo tiene origen en la voluntad procreacional de los comitentes, sino que la gestante será la tía, quien tiene la firme convicción y la inspira el amor por su hermano y cuñada, los vínculos familiares, y la realización de este sueño y derecho humano de ellos —los peticionantes— su derecho a ser padres, a formar una familia. Es decir, se trata de un acto motivado exclusivamente por el amor y vínculo familiar que los une. No hay contraprestación a cambio.

19. Juzgado de Familia de 5ª Nominación de Córdoba, 25/04/2019, “V. A. B. y otros s/ solicita homologación”

ANTECEDENTES

Se presentan la Sra. A. y el Sr. J, junto con la Sra. R. y solicitan que se homologue el acuerdo celebrado con fecha diez de octubre de dos mil dieciocho mediante Escritura y el planteo a tal fin de la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN, alegando que el mismo atenta contra derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías. Aducen la necesidad imperiosa de dicha aprobación, atento los tiempos biológicos, y para que la implantación embrionaria tenga la mayor posibilidad de éxito en el cuerpo de la Sra. R.—gestante.

Relata la Sra. A. que en el año 2003 le fue diagnosticado un carcinoma ductal infiltrante de 3° encapsulado, que describe como un cáncer muy avanzado que ponía en grave riesgo su vida, y que para su tratamiento necesitó de cuatro sesiones de quimioterapia y cuarenta de rayos con el fin de detener la enfermedad. Expone que dicho tratamiento afectó gravemente su aparato reproductivo y agrega, que sus médicos tratantes le informaron que bajo ningún punto de vista dado su padecimiento y por una cuestión preventiva podía llevar adelante un embarazo porque la gestación del niño podría generar reactivaciones de células cancerígenas por los cambios hormonales que produce el embarazo, ya sea espontáneo o natural o por métodos de fertilización asistida. Relatan que el Sr. J. es divorciado y tiene dos hijos de un anterior matrimonio, y que desde siempre soñaron con A. formar una familia, atravesando problemas médicos no solo en sus mamas sino que también en sus ovarios y útero.

La Sra. R., por su parte, es cuñada de A. y, en un acto de amor supremo le ofreció ser gestante del futuro hijo/a de aquella y de J., y detalló que ella ya tiene cuatro hijos y no tiene voluntad de volver a ser madre, y que la motiva a ser gestante la necesidad de ser solidaria con A., y que tal acto lo había hablado y consensuado con su marido.

RESOLUCIÓN

Autorizar a los Sres. A. y J., como comitentes y a la Sra. R., como gestante, a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, debiendo concurrir todas las partes a prestar su consentimiento informado ante el Instituto médico que corresponda. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyCN. Dejar determinado que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada será/n hijo/a/s del matrimonio con voluntad procreacional, debiendo informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional.

Disponer que toda la documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitores (madre/padre) a la Sra. A. y al Sr. J.

Dejar establecido, con relación a las licencias laborales, que la pareja habrá de gozarlas —en su carácter de progenitores— desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que la Sra. R. habrá de gozarlas —en su carácter de gestante— por el período anterior y posterior al parto.

FUNDAMENTOS

- Derecho a procrear:

Derecho a procrear —voluntad procreacional—. Este derecho forma parte del grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación. Agrupa los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial de Desarrollo (1984) y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer (1995). Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. En este sentido se incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

Por su parte, la voluntad procreacional también es un derecho humano por el cual la persona proyecta su deseo en una decisión, autónoma e independiente, de ser madre o padre.

- El derecho a la salud sexual y reproductiva:

El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) expresa que el derecho a la salud sexual y reproductiva se basa en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre nacimientos, como a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. El derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 - 2000).

- Principio de igualdad y no discriminación:

La singularidad de las circunstancias que llevan a los peticionantes a articular esta acción me permite concluir que, siendo titulares de todos los derechos que sumariamente se explicitaron en los párrafos anteriores, el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la ley 26.862) no puede —desde una obligada perspectiva de género— constituirse en un valladar para el acceso de este matrimonio a esta compleja TRHA, so pena de convalidarse —además— un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1; 2; 4; 5; 11; 17; 24; 29), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer —CEDAW— (arts. 1; 2; 3; 5; 12 inc. 1; art. 16 inc. 1 pto. e) y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer —Convención Belem Do Pará— (arts. 1; 4 incs. a, b, c, f). Entonces, si la única TRHA que permite al matrimonio o unión convivencial para concretizar todos los derechos que titularizan es la gestación por sustitución.

Es responsabilidad de esta Magistrada, en el marco de este pronunciamiento, remover cualquier obstáculo que impida que a esta pareja cumplir con el único y principal objetivo por el que recurrieron a la justicia, el de ser padres. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de tutela judicial efectiva, en total observancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos, y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente nuestra CIDH. Resultando que el obstáculo para que los Sres. V. y M. accedan a la TRHA de gestación por sustitución no es de orden normativo, sino operativo al exigir la institución como condición previa a la realización de la práctica médica

la autorización judicial, ésta deviene instrumentalmente necesaria e insoslayable, en razón de la cual corresponde sea otorgada a los peticionantes de la homologación en los presentes obrados de la Gestación por sustitución la correspondiente autorización, judicial.

- Autorización judicial previa:

Hacer un llamado a la Necesidad de acudir a la vía judicial evitando practicas fuera de la ley, tal como lo sostiene la Fiscal en su dictamen: “Es importante resaltar que hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución, es positivo que los procesos que se desarrollen en Argentina sean judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento”. Por sobre todo, se debe destacar que en el presente caso, aun pudiendo realizar la práctica médica sin autorización judicial, los impetrantes eligieron hacerlo. Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se lleve adelante; antes bien, se utilizan estrategias muchas veces ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Otorgar una respuesta al presente entiendo resulta digno de tutela jurídica efectiva.

20. Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la Séptima Nominación, San Miguel de Tucumán, 27/05/2019, “M.I.M.D.L.P. y G.F.J. s/autorización judicial”

ANTECEDENTES

El matrimonio conformado por la Sra. I. y el Sr. F., se presentan y solicitan, por indicación del centro de fertilidad, autorización judicial previa para la implantación de sus embriones en el vientre de la Sra. M., gestante, así como la determinación preventiva de la filiación del niño o niña que de dicho procedimiento nazca, en cabeza de los accionantes, sin vinculación jurídica alguna con la gestante.

La Sra. I tiene un hijo de una pareja anterior de 13 años, pero se ve imposibilitada de gestar por razones de salud.

La Sra. I y la Sra. M. son compañeras de trabajo, trabajan en un colegio, y se conocen hace 15 años desde la facultad.

El Ministerio Público a través de sus dos representantes -defensa/fiscal- solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN.

RESOLUCIÓN

Autorizar la realización de la gestación por sustitución, declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN. Dejar determinada que la filiación del niño/a o niños/as que nazcan del procedimiento que se autoriza será en favor del matrimonio con voluntad procreacional, no así de la mujer que gesta.

FUNDAMENTOS

- El consentimiento de la mujer que gesta:

Entiendo que, de acuerdo a las probanzas arrojadas a la presente causa, se encuentran cumplimentados los requisitos para proceder a la autorización solicitada. Las partes han acudido al órgano jurisdiccional, con el objeto de que, desde el Estado, se realice un control sobre el procedimiento que desean realizar, resguardando no solo los derechos de los padres intencionales, sino también de la gestante, verificándose que el consentimiento sea libre e informado y no se encuentre viciado por su condición de vulnerabilidad.

(...) En cuanto a la gestante, se trata de una mujer mayor de edad, que tiene plena capacidad, y en uso de sus facultades, toma una decisión libre e informada, tanto por el personal de la clínica, por profesional psicólogo, por efectores del Poder Judicial y asistida por asesor letrado. Conoce los riesgos e inconvenientes del procedimiento al cual se somete, y accede al mismo, limitando voluntariamente sus libertades individuales a los fines de alcanzar el objetivo previsto. Este consentimiento es irrevocable, en virtud del principio de los actos propios, lo cual es de singular importancia, ya que la presente establecerá los efectos de manera preventiva, sobre el emplazamiento filial del niño o niña que de allí nazca.

Se destaca además, que la misma se encuentra en condiciones psíquicas de brindar su consentimiento para esta práctica compleja. Ello resulta evidente de las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas practicadas a la gestante.

- La motivación de la mujer que gesta:

(...) que ya tenía pensado ceder su vientre para la hermana de su marido S., pero que finalmente no se llevó a cabo; que tuvo un parto muy bueno, por lo que pensó que debería parir los hijos de otras personas; que cuando se enteró de la situación de I., le dijo que buscara dentro de su familia quien pudiera gestar su hijo, pero no tiene hermanas; que ahí fue que le dijo que lo pensarán; que consultó con la familia y decidió hacerlo; que piensa que solo una mujer puede tener este gesto por otra mujer; que se plantea una solución para el caso de I., entendiendo los riesgos que ello implica; que su familia conoce sobre el tema y que los apoyan; que al principio, no sabía que esto no estaba reglamentado, pensaba que era común, ya que vivía en EEUU y eso se da con mayor frecuencia allí; que pone como ejemplo lo que pasa en ese país, porque considera que así se respeta la libertad de decidir sobre su propio cuerpo, de poder prestar su vientre para que I. y su marido puedan tener su bebé; que piensa que habrá dificultades y que va a ser incómodo, pero que cree en el altruismo de este acto y que cualquier mujer lo puede hacer; que sabe que se tiene que enfrentar a cambios hormonales y que tendrá que gestar al bebé de otra persona; que tiene miedos que son lógicos, y que necesita del apoyo psicológico y el de su familia; que entiende con claridad que el bebé que va a gestar no es de ella; que sabe que esta cuestión es difícil de procesar en esta sociedad, ya que se asocia maternidad con gestar un bebé; que no es fácil estar frente al Juzgado, pero que cree que este acto vale la pena y que valora la decisión de ser madre de esta manera; que tiene dos hijos de 17 y 11 años; que el mayor, está preocupado por lo que pueda pasar, pero que le dijo que existe riesgo en todas las cosas que hacemos en la vida, por ejemplo en que ocurra cualquier accidente; que en casa tenemos una niñera, que se encarga del cuidado del hijo de 11 años; que en caso de ser necesario, dejaría de trabajar, que se adaptarían a la situación; que en el colegio en el que trabajan con I., saben de la situación planteada, y que le dijeron que iban a darle la licencia; que pensó que sería mejor sacarla antes del parto, así de esta manera sus alumnos no iban a verla embarazada, por lo que considera que ello sería beneficioso para todos; que entiende que este caso, no es uno de altruismo común.

- Autonomía y vulnerabilidad: juzgar con perspectiva de género

Sin perjuicio de las cuestiones analizadas en los acápites anteriores, a la luz de los elementos probatorios colectados en autos y los DDHH involucrados en el presente caso, corresponde expedirme sobre una cuestión central, previo a tomar una decisión definitiva sobre el asunto, relacionada a la autonomía de la mujer gestante y el respeto de su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, libre de toda coacción o circunstancia que pudiera implicar una limitación a su libertad de elección.

Corresponde precisar que es deber de esta Proveyente, resolver la cuestión desde una perspectiva de género, es decir, la búsqueda en cada caso, de la real igualdad y no discriminación de mujeres, lo que se impone como una obligación constitucional y convencional para garantizar el acceso a la justicia.

(...) En otras palabras, lo que se busca es evitar que personas que se encuentran en una mejor posición económica o cultural, se aprovechen de la situación de preeminencia sobre mujeres que se encuentran en un estado de necesidad, y que por móviles económicos u otros análogos, accedan a realizar la práctica, con el fin de superar ese estado.

(...) Efectos sociales del fallo: Además, la eventual explotación de la situación de la mujer en estado de vulnerabilidad y su consecuente objetivación, provocaría claras consecuencias disvaliosas en la sociedad. Ello me lleva entonces a reflexionar sobre los efectos sociales de una decisión como la presente, en atención al lugar central que ocupa la maternidad en nuestro contexto cultural.

(...) Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas plenamente acreditadas en autos; los derechos en juego y su realización a través de la práctica de la gestación por sustitución; la ausencia de la situación de vulnerabilidad de la gestante, analizada desde una perspectiva de género; la consideración sobre el rol social que cumplen fallos de esta relevancia, sobre todo a los fines de evitar prácticas sociales que perpetúen una situación de desequilibrio estructural de este colectivo vulnerable; estableciendo que cada caso de esta naturaleza, será analizado desde esta visión, de acuerdo a las características del mismo, de manera que represente una exclusión a la proliferación de situaciones de desigualdad que pudieran suscitarse, llego a la conclusión que corresponde autorizar la práctica solicitada y disponer las medidas tendientes a que la inscripción del niño o niña que de dicho procedimiento nazca, sea coincidente con la voluntad procreacional manifestada por los accionantes, a través de los instrumentos considerados a lo largo de la presente resolución.

21. Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación, Jesús María, Córdoba, 12/06/2019, “D. L. F., J. R. y otros - Solicitan homologación”

ANTECEDENTES

La Sra. J. y el Sr. A., en unión convivencial, junto con la Sra. M., hermana del segundo, se presentan y solicitan la homologación del acuerdo de voluntad procreacional plasmado en escritura pública suscripto por los tres y, consecuentemente, la autorización para realizar una gestación por sustitución. Plantean la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN y, una vez autorizada, se ordene al médico obstetra que haga constar en el certificado de nacimiento que el nacido/a es hijo/a de los Sres. J. y A., progenitores intencionales, lo mismo en relación con el Registro de Estado Civil y la pertinente inscripción de nacimiento.

Relatan que la gestación por sustitución es la última oportunidad para tener un hijo/a con gametos propios debido a que la Sra. J. sufrió un cáncer ginecológico y los tratamientos -rayos y radio- le produjeron un daño en el cuello del útero que no le permite la gestación ni por vía de acto sexual ni accediendo a tratamientos de fertilidad de alta complejidad. En cuanto a la Sra. M., se ofrece como gestante en un acto altruista en favor de su hermano y su cuñada, es madre de un niño de 3 años de edad y no tiene intención de volver a ser madre.

RESOLUCIÓN

Autorizar a realizar la gestación por sustitución, debiendo concurrir todas las partes a prestar su consentimiento informado ante el instituto médico que corresponda, en la forma y oportunidad establecidos por los arts. 560 y 561 del CCyCN. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyCN. Declarar que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada será/n hijo/a/s de los señores J. y A., debiendo informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. Disponer que toda la documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitores a los señores J. y A. Dejar establecido, con relación a las licencias laborales, que los señores J. y A., habrán de gozarlas –en su carácter de progenitores- desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que la Sra. L., habrá de gozarlas en su carácter de gestante por el período anterior y posterior al parto.

FUNDAMENTOS

- Enfoque de derechos humanos y principio de igualdad:

Perspectiva con la que se juzgará. Preliminarmente, considero necesario señalar que el derecho de la mujer a ser madre, el derecho de otra mujer a gestar un niño/a/s de otra/s persona/s es decir de disponer de su propio cuerpo, el derecho de un hombre a ser padre, y en consecuencia el derecho a constituir una familia, determinan que el caso –desde un punto de vista genérico- deberá analizarse con una perspectiva de derechos humanos.

(...) Considerando que los derechos de las mujeres son una cuestión de derechos humanos -en particular- juzgaré teniendo en cuenta, a la mujer y la igualdad. Así, se considerará la igualdad de la mujer en cuanto a decidir libre y responsablemente la maternidad tal como surge de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW). Soslayar la perspectiva de género en el caso de marras, podría colocar a la mujer con voluntad procreacional y óvulos propios criopreservados, pero impedida de gestar por daño uterino, en una desigualdad frente al hombre que, en iguales circunstancias (no pudiendo procrear), podría ser padre concretando su voluntad procreacional a través de la donación de material genético, fecundando así a una mujer (sea o no su pareja).

(...) Dicho de otro modo, el hecho de no poder efectivizar el embarazo por problemas sobrevinientes (vrg. debido a una enfermedad de la mujer pretensa madre), no puede esto perjudicar aún más a esta mujer y colocarla en una situación de desventaja y desigualdad frente a otras mujeres que se encuentran en situación de imposibilidad de procrear naturalmente pero que no cuentan con dificultad de portar el embrión en su vientre.

(...) Cuando hablamos del derecho a la igualdad indefectiblemente tenemos que hablar de “no discriminación”, porque lo que se pregona en materia de derecho a la igualdad –entre otras cosas- es evitar la discriminación, de quienes se puedan encontrar en situación de vulnerabilidad respecto de otros en iguales circunstancias. Es necesario que tal discriminación no responda a un propósito de hostilidad manifiesta contra determinada persona, clase o un determinado grupo de individuos.

(...) De esta manera, ponderadas las circunstancias específicas de la causa desde una perspectiva de género, a la luz de los derechos fundamentales de no discriminación, de igualdad, de tutela judicial efectiva, y respetando el principio rector en materia de niñez y juventud -el interés superior de niña/o/s y adolescentes-, concluyo que el artículo 562 del CCCN no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad. Es así, pues si conforme el tenor literal de la norma impugnada, el niño/a/s que podría/n nacer será legalmente

considerado hijo de quien tuvo voluntad gestacional pero no tiene ni tuvo en ningún momento la voluntad procreacional, la incongruencia normativa se manifiesta de modo patente: será legalmente madre -por el hecho del parto- una persona que no tiene vínculo genético ni volitivo con el niño/a (como sucedería llegado el caso en la situación de marras); desplazando a quienes tienen la voluntad procreacional, y han aportado o procurado el material genético para ello.

- El llamado a legislar:

(...) advierto que existe cierta necesidad que se legisle al respecto, lo que colocaría a quienes se encuentren en circunstancias como las de autos, a efectivizar su derecho a ser padres y en consecuencia formar una familia con hijos de manera más sencilla sin tener que ocurrir a la justicia; tal como ocurre, en los casos de cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad, donde no se requiere intervención judicial (art. 69, 3° párrafo). El hecho de que se sugiera legislación en lo que respecta a estas prácticas para que se efectivicen de manera sencilla, no significa que las mismas lo sean sin controles rigurosos, los que serán establecidos según corresponda.

22. Juzgado de Familia 6ª Nominación de Córdoba, 13/08/2019, “F., C. y Otro”

ANTECEDENTES

Un matrimonio, conformado por la Sra. C. y el Sr. A., junto con la Sra. P., amiga de la pareja, se presentan y solicitan la homologación del acuerdo de voluntad procreacional plasmado en escritura pública suscripto por los tres y, consecuentemente, la autorización para realizar una gestación por sustitución. Plantean la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN y, una vez autorizada, se ordene al médico obstetra que haga constar en el certificado de nacimiento que el nacido/a es hijo/a de los Sres. C. y A., progenitores intencionales, lo mismo en relación con el Registro de Estado Civil y la pertinente inscripción de nacimiento.

Relatan que la gestación por sustitución es la técnica recomendado por los médicos tratantes, en atención a padecer la Sra. C. una serie de miomas que dificultan el logro del embarazo y no recomendarle nuevamente su extirpación (tuvo una primera intervención) por riesgo de perder el útero. En cuanto a la Sra. P., se ofrece como gestante en un acto altruista en favor de sus amigos, es madre de dos niños, no tiene intención de volver a ser madre, lo conversó con su pareja y le manifestó su apoyo.

RESOLUCIÓN

Autorizar la práctica de gestación por sustitución. No homologar el convenio de voluntad procreacional. Declarar la inaplicabilidad del art. 562 del CCyCN. Ordenar que la persona nacida del procedimiento aquí autorizado sea inscripta en el Registro Civil como hijo/a del matrimonio con voluntad procreacional. Recomendar a la mujer que gesta y al matrimonio acompañar el proceso de gestación y nacimiento con terapia psicológica. Instar al matrimonio a que en caso de que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/a acerca de su realidad gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente.

FUNDAMENTOS

- Autorización judicial sin homologación de acuerdo:

(...) debe calibrarse el interés en conseguir el bien pretendido mediante la actuación del órgano jurisdiccional al que se recurre para el reconocimiento de esos derechos fundamentales. En tal dirección, debe precisarse que el control jurisdiccional se restringirá a los términos del acuerdo tendientes a lograr la autorización en cuestión y el aval judicial para llevar adelante la práctica médica requerida.

En otras palabras, el acuerdo glosado solo será captado como prueba relevante de los consentimientos prestados al efecto de la filiación pretendida, susceptible de estudio a la luz de la restante prueba recabada en la causa y desechando de plano la habilitación a ultranza del referido convenio, pues compartiendo sobre el punto el dictamen del Ministerio Público Fiscal y haciendo propias sus palabras ello “...implicaría avanzar sobre aspectos personalísimos, de hecho incoercibles y por ende insusceptibles de ejecución forzosa o de alguna sanción en caso de incumplimiento.

Una forma de intromisión judicial en la intimidad y libre disposición de las facultades personalísimas de las partes respecto de un contrato, en el que subyace, la entrega de un niño, lo que sería absolutamente impensable en este aspecto...”. Estas reflexiones son concluyentes pues de homologarse integralmente el convenio presentado, y producirse por caso arrepentimiento o revocación, en virtud de la ausencia de reglamentación

legal de la figura, habilitaría la instancia judicial pertinente, a los fines de la ejecución forzada, lo que resulta más que improvisado en estas condiciones, ni podría válidamente anticiparse en esta etapa.

(...) El Poder Judicial no puede atribuirse facultades legislativas dilucidando el contenido de derechos personalísimos como los contenidos en el acuerdo e incluso prescribiendo de antemano eventuales sanciones ante conductas humanas que puedan tener lugar por fuera de lo convenido, pero sí puede clarificar, direccionarse o vehicular judicialmente la voluntad de las personas que firmaron dicho convenio a través de la autorización de la práctica médica pretendida. En consecuencia, estimo que en el estado actual de nuestra legislación no es susceptible de homologación judicial el convenio bajo análisis aunque estoy en condiciones de otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional allí contenida y aquí reafirmada, por lo que es viable considerarlo el antecedente válido para autorizar la práctica médica en los términos en que ha sido solicitada.

- Los proyectos de ley y el silencio legislativo:

El silencio legal fue, es y seguirá siendo un problema y por ello en el ámbito legislativo se han presentado diversos proyectos, con diferentes aristas y formas de regulación y denominación, pero todos ellos con un mismo sentido: regular la GS.

(...) Se ha presentado el 14/06/2017 un proyecto para modificar algunos artículos del Cód. Civ. y Comercial, relacionados a las TRHA, firmado por el diputado Lipovetsky (expte. 3202-D-2017). Seguidamente el 10/07/2017 la diputada Carla Carrizo desplegó uno para regular la GS mediante el dictado de una ley especial (expte. 3765-D-2017). En orden cronológico, la diputada Olga María Rista también efectuó el suyo el 26/09/2017 (expte. 5141-D-2017); el 01/03/2018 (expte. 84-D-2018), la diputada Analía Rach Quiroga hizo un nuevo proyecto (ya había presentado uno que perdió estado parlamentario) planteando, al igual que el primero mencionado, una reforma al texto del Cód. Civ. y Comercial. El 09/03/2018 (expte. 630-D-2018, disponible al igual que los anteriores en www.hcdn.gob.ar) la diputada Araceli Ferreyra fue la primera firmante de otro proyecto que propende regular lo que da en llamar la gestación solidaria. Finalmente, en el ámbito de la Cámara Alta, el senador Julio Cobos acompañó el suyo, elaborado en fecha 27/03/2018 (expte. 825/18 presentado en Senado de la Nación disponible en www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp.825.18/s/PL). En suma, el tema no ha dejado de ser objeto de constantes intentos por llegar a su regulación, por lo que claramente no se propicia una postura abstencionista ni mucho menos prohibitiva en nuestro país, sino una regulatoria, pero ello no permite sino concluir que por ahora estamos ante un vacío legislativo.

(...) La quita de la figura implica que el legislador, la silenció adoptando una postura abstencionista pero no de prohibición. En este marco, válido es concluir en la ilegalidad de la figura en cuestión. En efecto, la GS es por ahora “alegal”. Pero estamos —al decir de la doctrina— ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial.

- La motivación de la mujer que gesta:

De la intermediación ha podido percibirse claramente que la señora P. puede objetivar que su participación está acotada al proceso de gestación, al cual ella y su familia destinarán y afectarán muchos meses de sus vidas. Asimismo, diferencian con su pareja conviviente su proyecto de apoyo para la consecución del proyecto de paternidad/maternidad de los señores C. y A.; participación que culminaría con el nacimiento, previendo posteriormente lazos afectivos en el marco de la red familiar. En definitiva, no se advierte en la mujer que será gestante un condicionamiento por la situación contractual ni la expresión de sentimientos materno filiales sino una disociación. Existe clara voluntad actual de limitar su ayuda a la gestación, sin embargo, ha surgido de la propia interesada ante lo conversado en audiencia, el ser acompañada terapéuticamente en el proceso y también para poder explicar mejor a sus hijos quién es el niño que gestará y quién será su mamá. Lo dicho resulta suficiente como para estimar salvaguardados los derechos a la propia dignidad de P. como mujer y a su propio cuerpo y la función reproductiva, de modo tal que, en apariencia no se verifica ilegalidad sobre el punto y menos aún al no convalidarse judicialmente el convenio presentado. No se verifica conducta o comportamiento alguno reprochable en P. quien en pleno uso de la libertad de su cuerpo y con el acompañamiento de su familia, accede a cumplir un rol en la práctica en cuestión. Ir más allá implicaría una valoración ética que trasciende el marco del presente. Ante el derecho de la gestante a decidir sobre su propio cuerpo, lo que no puede dejar de verificarse es que la decisión tomada haya sido arribada con absoluta libertad, y ello se evidencia en autos.

- Certificado de nacimiento:

Estimo que a los fines del presente no resulta menester imponer modificación o alteración alguna en la conformación del certificado médico ya que cuando se efectúa el procedimiento de identificación (dactilar) se hace con el objeto de que conste en el legajo base de la inscripción del nacimiento, la información de la persona que gesta, además de involucrar en su confección una cuestión de seguridad propia del precisamente conocido como Protocolo de Seguridad de la institución médica respectiva. De lo contrario, estaríamos negando justamente la realidad gestacional del niño/a que nazca. Entiendo que la inquietud de los accionantes radica en que en la partida de nacimiento constará la filiación acreditada con los requirentes y no con la gestante, pero en dicha partida no constará ningún dato de ello, ni siquiera la forma en que ha sido concebido el niño, al igual que en cualquier otro caso tal como los nacimientos dentro o fuera del matrimonio o la adopción (art. 559 Cód. Civ. y Comercial).

Por ello, estimo que este segmento de la acción relativo a la pretensión de figurar el matrimonio en el certificado del obstetra en lugar de la gestante no resulta atendible. Es que ello sería susceptible de vulnerar en particular el derecho del/la niño/a que nacerá a conocer su origen gestacional.

23. Juzgado de Familia nro. 10 de Bariloche, 29/08/2019, "L., J.I. Y F., M.A. S/ Autorización judicial (f) Reservado"

ANTECEDENTES

Los Sres. P. y J., en unión convivencial, se presentan y solicitan autorización judicial para llevar adelante un proyecto parental conjunto mediante técnica de reproducción médica asistida de alta complejidad con subrogación de vientre. En concreto solicitan la autorización para proceder a la implantación de embriones en el vientre de la Sra. N., amiga de la pareja y quien se ofreció voluntariamente como portadora y gestante de dos embriones por cada transferencia, aclarando que la gestante no aporta material genético, sino que recurrieron a una ovodonación y espermia aportado por los miembros de la pareja. Plantean la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN.

RESOLUCIÓN

Autorizar la transferencia de embriones en el cuerpo de la mujer que se presenta como gestante. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN. Conceder a las partes licencia por maternidad/paternidad, ello para el cuidado y goce del recién nacido.

FUNDAMENTOS

- Autonomía de la voluntad:

(...) el consentimiento informado es la columna vertebral de la filiación por TRHA, que se traduce ni más ni menos que en la voluntad procreacional así expresada. Esta voluntad no es más que el amor al hijo que se está esperando, y que se traduce en un acto volitivo, decisorio y autónomo. Y la pregunta que irrumpe como lógica en el cuadro que venimos tratando, ¿es realmente autónomo? ¿Cuentan los actores de autos con dicha autonomía? ¿Limita nuestro CCC dicha autonomía? Entiendo que existen limitaciones, pero que las mismas han sido para proteger otras situaciones perjudiciales, como, por ejemplo: el turismo procreacional, la explotación de la mujer pobre y/o analfabeta que ofrece su útero como salida económica, que no se comercialice con ello, que producto de esta práctica se desmejore su propia salud, que la maternidad no sea utilizada para salir de la pobreza, etc.

Cabe resaltar que el Anteproyecto del CCC regulaba expresamente la gestación por sustitución y luego fue extraído del articulado, pero no prohibido expresamente.

Por lo tanto, luego del análisis global de la situación traída a resolución, me encuentro en condiciones de asegurar que nuestro CCC no rechaza categóricamente esta práctica, no la prohíbe. Y aquí cobra más vigencia que nunca nuestro principio de legalidad "todo aquello no está prohibido, está permitido".

- Licencias por nacimiento:

A mayor abundamiento y con la única finalidad de anticipar planteos, en mérito al principio de concentración judicial, entiendo que también corresponde que me expida sobre la licencia por paternidad/maternidad de los actores de autos. (...) Vale traer a colación que en nuestra provincia entró en vigencia en enero de este año la ley 5.348 de licencia por maternidad compartida. Si bien la misma prevé dichos beneficios para los agentes

públicos, en su articulado prescribe "En caso de que los progenitores sean del mismo sexo deberán acordar entre ambos quién será titular de la licencia familiar por nacimiento.... Para el progenitor, el cónyuge o conviviente del agente que esté gozando de la licencia familiar por nacimiento, se establece una licencia 15 días corridos, posterior al parto. En mérito al principio de no discriminación, y eliminar privilegios entre los justiciables, en función de su ámbito público o privado de trabajo, entiendo que corresponde hacer extensivo a los actores de autos, las prescripciones de la ley 5348, debiendo manifestar los mismos en el plazo de 5 días, quién pretende gozar de la licencia, y quién gozará tan solo de los 15 días posteriores al parto.

24. Tribunal Colegiado de Familia 5 Rosario, 11/10/2019, “P., J. M. y OTROS S-/ Autorización”

ANTECEDENTES

Los Sres. J. y C., en pareja desde el año 2015, se presentan a la justicia junto con Y., amiga de la pareja, y peticionan se los autorice a transferir a esta última los embriones conformados con gametos masculinos de uno de ellos y gametos femeninos donados. Presentan un acuerdo de gestación por sustitución celebrado entre las partes y suscripto también por el cónyuge de la mujer gestante. Asimismo, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC, así como la inscripción del futuro niño/a como hijo de la pareja de varones con voluntad procreacional.

RESOLUCIÓN

Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN. Autorizar la realización de la GS y ordenar que la persona nacida sea inscripta como hija de la pareja con voluntad procreacional. Asimismo, hacer saber a los progenitores, de su compromiso de dar a conocer a la persona nacida sobre su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez. Ordenar al Centro de Fertilidad la obligación de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o la persona nacida.

FUDAMENTOS

- El Anteproyecto como doctrina:

De las constancias de autos emerge que: a) todas las personas involucradas han tenido como norte el interés superior del niño a procrear; b) la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; c) uno de los integrantes de la pareja peticionaria ha aportado sus gametos; d) los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; g) la gestante ha parido cuatro hijos en su unión matrimonial; h) la gestante presta su vientre en forma libre, luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; i) existió una supervisión psicopedagógica de los futuros padres y de la gestante.

- La motivación de la mujer que gesta:

Esta mujer, “ser luminoso” (en siete artículos el Código Civil y Comercial designa como sinónimo de parir la que da a luz) que va a llevar adelante el embarazo, fue suficiente y plenamente informada sobre la situación que libremente aceptó, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos, no sufrió ningún tipo de explotación y va a posibilitar el tratamiento y control necesarios para que la transferencia embrionaria extracorpórea de uno de los integrantes de la pareja -padres intencionales- y posterior gestación se consagre positivamente.

En síntesis, la mujer gestante obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su marido, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos, fines que son acordes a los requisitos que exigía el proyecto.

- Altruismo vs. comercialización:

Es de toda evidencia que la subrogación con fines de lucro y la subrogación altruista no pueden ser analizadas en un mismo nivel ya que en este último -como es el caso de autos- hay una dimensión ética atribuible a la solidaridad y cuidado entre los padres intencionales y la gestante que es imposible soslayar.

No estamos aquí frente a una suerte de esclavitud temporaria por nueve meses del Siglo XXI cuando el cuerpo y la función reproductiva de la mujer son utilizadas como mercancías, es decir cuando efectivamente “se alquila” el vientre ya que ello es contraria a la dignidad humana de la gestante, además de fomentar y reforzar

las desigualdades entre quienes pueden financiar el proceso en el extranjero. En el caso esta gestación se hace sin contraprestación alguna, por tanto no existe degradación de la dignidad personal y espiritual de esta mujer.

25. Juzgado de Familia y Violencia Familiar nro. 5, Godoy Cruz, Mendoza, 06/11/2019, “V C A; R M D Y S C G por medidas autosatisfactivas”

ANTECEDENTES

Se presentan los Sres. R. y S., junto con V., mujer gestante, y solicitan acción declarativa de certeza como medida autosatisfactiva a fin de que se los autorice a iniciar una gestación por sustitución, con donación de óvulos, determinar la legislación aplicable al caso, eliminar la falta de certeza y establecer la filiación a favor de los pretensos progenitores intencionales.

RESOLUCIÓN

Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN. Autorizar la realización de la GS en un plazo de 18 meses cumpliendo los siguientes requisitos: a) ratificar los comitentes y la gestante ante el Juzgado, cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria, con no menos de diez días de anticipación a su realización (conforme art. 560 in fine del CCyC), como así también notificar a la suscripta el resultado en cada oportunidad; b) producido el embarazo, se deberá informar al Juzgado con documentación fehaciente los datos del médico obstetra y su equipo profesional, el estado de la salud del feto y la gestante, y los datos del centro sanitario en el que tendrá lugar el parto, y cualquier cambio que se produzca al respecto y c) descartado el vínculo genético con la persona gestante y confirmado el vínculo con uno o ambos comitentes, mediante examen de ADN abonado por los comitentes, se procederá a la inmediata inscripción del/los nacimientos como hijo/s de la pareja de varones con voluntad procreacional.

FUNDAMENTOS

- Los derechos humanos comprometidos:

Así entendido, el derecho a la vida familiar se proyecta hacia diferentes aspectos de la vida privada que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas. Esto es la constitucionalización del derecho privado, específicamente del derecho de familia, el cual ha sido receptado por la reforma del Cód. Civ. y Comercial, respetándose y garantizándose de esta manera los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a la intimidad personal y familiar.

- El vínculo entre gestante y pretensos progenitores intencionales:

C. (mujer gestante) ha acreditado buena condición física para afrontar el embarazo, y que su marido e hijos conocen la propuesta y la aceptan, tras ratificar no haber recibido ninguna contraprestación económica por ello.

De la pericial psicológica, los comitentes, Sres. R. y S., han manifestado un deseo genuino y libre de conformar una familia, con clara conciencia del procedimiento solicitado y sus implicancias jurídicas, observándose en ambos examinados recursos compatibles con poder accionar en forma adecuada y con empatía ante las demandas emocionales de un niño. Por otro lado, la gestante manifiesta un consentimiento genuino, y emergente desde su decisión con autonomía emocional y motivación por ofrecer ayuda en el proceso. Asimismo, se observa que existe una construcción emocional de un lazo de afecto positivo entre ella y los Sres. R. y S., sin mediar intereses materiales o aspectos inconscientes psíquicos irresueltos en la misma. Concluye la perito que la examinada cuenta con posibilidades de discriminación y diferenciación del significado del ser que gestará, y que en el vínculo entre los tres actores existe posibilidad de la construcción de acuerdos con sentido de realidad y comprensión profunda del proceso de manera integral.

Asimismo, se detectó compromiso emocional y autoafirmación en la voluntad para colaborar en el proceso reproductivo y la formación de una familia por parte de los comitentes, con quienes muestra una vinculación positiva, no poseen relaciones de parentesco, sino que la relación se inscribe en el marco de una amistad.

No se detectaron dudas, incertidumbres, miedos o temores, así como tampoco ansiedades clínicamente significativas asociadas al proceso reproductivo y gestacional que indiquen sobre posibles estados de arrepentimiento o incumplimiento con las condiciones y requerimientos del proceso.

26. Juzgado de Personas y Familia nro. 5, Primera Nominación, Salta Centro, 06/03/2020, “T.C., E.M.; T., J.I.; T., R.N. por autorización judicial”

ANTECEDENTES

El matrimonio conformado por la Sra. E. y el Sr. J. junto con la sobrina de la primera, la Sra. R. se presentan y solicitan autorización para realizar una gestación por sustitución homologa ya que debido a una histerectomía total la Sra. E. -consecuencia de complicaciones por una peritonitis- no puede gestar, pero si aportar sus óvulos. Asimismo, peticionan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC y, de producirse el nacimiento, se ordene la inscripción a su favor por voluntad procreacional.

Caben destacar dos situaciones particulares, la primera es que el matrimonio ya había recibido una autorización judicial previa para realizar esta práctica, pero la mujer que se había ofrecido como gestante, en esa primera instancia, desistió por cuestiones de índole personal. La segunda, el matrimonio, a la par de solicitar autorización para la practica inició un amparo con el fin de que el Instituto Provincial de Salud de Salta les cubriera el tratamiento.⁵

RESOLUCIÓN

Autorizar la gestación por sustitución. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Ordenar que, ocurrido el nacimiento, se proceda a inscribir al/la niño/a como hijo/a del matrimonio con voluntad procreacional.

FUNDAMENTOS

- Motivación de los progenitores intencionales:

En cuanto a las motivaciones para llevar adelante el proceso de gestación por sustitución, refieren que es la posibilidad de ser padres biológicos, un camino que los lleva al fin deseado de formar una familia.

- Tutela judicial efectiva:

La eficacia de esta decisión judicial radica en dejar esclarecidos preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que aquí se autoriza, sino también del/a niño/a que habrá de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de la filiación pudiera provocar. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman la verdad jurídica de la filiación (...).

27. Juzgado de Familia 5, Córdoba, 13/03/2020, “A.S.M.I, Y OTROS - Solicita Homologación- EXPTE. 8557641”

ANTECEDENTES

El matrimonio conformado por la Sra. N. y el Sr. M, junto con la Sra. J., amiga de la infancia de la Sra. N., se presentan y solicitan la homologación del acuerdo celebrado entre las partes mediante el cual, la Sra. J., se compromete a gestar para el matrimonio el embrión conformado con el material genético de estos, debido a la imposibilidad de gestar de la Sra. N. atento que luego del nacimiento de su primera hija, en el año 2016, se le practicó una histerectomía parcial por complicaciones tras el parto.

Asimismo, peticionan que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la pareja con voluntad procreacional, sin vínculo filial con la gestante, amen de solicitar la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC.

RESOLUCIÓN

Autorizar la realización del procedimiento de gestación por sustitución. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Determinar que la filiación del/la niño/a quedará en cabeza de los progenitores con

⁵ Resolución favorable a la cobertura: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 6/11/2019, “T. C., E. M.; T., J. I. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) s/ Amparo”, TR LALEY AR/JUR/5923/1999. Confirmada por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 29/11/2021, “T. C., E. M.; T., J. I. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) s/ amparo – recurso de apelación”, TR LALEY AR/JUR/205544/2021.

voluntad procreacional, no así respecto de la gestante. Comprometer a los progenitores a informarle/s al niño/a/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional

Hacer saber a la institución interviniente que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

Dejar establecido, con relación a las licencias laborales, que la pareja parental habrá de gozarlas –en su carácter de progenitores- desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que, de corresponder, la Sra. J. habrá de gozarlas –en su carácter de gestante por el período anterior y posterior al parto.

Hacer un llamado a la necesidad de acudir a la vía judicial evitando practicas fuera de la ley.

FUNDAMENTOS

- Derecho a la autonomía personal - Libertad de intimidad:

La doctrina sostuvo al respecto que: “Este principio implica que cada persona adulta, mayor de edad –excluye a los menores– con consentimiento, es decir, que posea discernimiento, intención y libertad –no se aplica a los incapaces que no comprenden sus actos–, puede escoger el que considere “mejor plan de vida” para sí misma, aunque éste implique un daño personal. Sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan elegido. Por lo tanto, todas las personas –adultas y capaces– tienen derecho a realizar opciones, de conformidad con sus propios valores. Como contrapartida, debe primar u absoluto respeto sobre esa libre elección, aun cuando pueda parecer irracional o imprudente (...).

- Derecho a procrear – voluntad procreacional:

Este derecho forma parte del grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación. Agrupa los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial de Desarrollo (1984) y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer (1995). Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. En este sentido se incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Por su parte, la voluntad procreacional también es un derecho humano por el cual la persona proyecta su deseo en una decisión, autónoma e independiente, de ser madre o padre.

28. Juzgado de Familia 5, Córdoba, 16/03/2020, “Q. C. D. y OTROS – Medidas Provisionales Personales – LEY 10.305”

ANTECEDENTES

La Sra. Q. y el Sr. A., en unión convivencial, junto con la Sra. M., atento a la imposibilidad de concebir un hijo de los dos primeros, solicitan se autorice la realización de un procedimiento de gestación por sustitución. La Sra. Q. se encuentra imposibilitada de gestar por múltiples problemas de salud, han perdido un pequeño hijo en el año 2018 que nació prematuro extremo (25 semanas de gestación) como consecuencia de las enfermedades diagnosticadas en la progenitora. Con estos antecedentes, se les recomendó la subrogación uterina como método de procreación y planificación familiar. Asimismo, solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC y se inscriba el futuro niño/a como hijo/a de la pareja con voluntad procreacional.

RESOLUCIÓN

Autorizar la realización del procedimiento de gestación por sustitución. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Determinar que la filiación del/la niño/a quedará en cabeza de los progenitores con voluntad procreacional, no así respecto de la gestante. Comprometer a los progenitores a informarle/s al niño/a/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional

Hacer saber a la institución interviniente que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

Dejar establecido, con relación a las licencias laborales, que la pareja parental habrá de gozarlas –en su carácter de progenitores- desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que, de corresponder, la Sra. M. habrá de gozarlas –en su carácter de gestante por el período anterior y posterior al parto.

Hacer un llamado a la necesidad de acudir a la vía judicial evitando practicas fuera de la ley.

FUNDAMENTOS

- Licencias:

Aunque no fue articulada como una pretensión de las partes, entiende esta Magistrada que no puede soslayarse un pronunciamiento sobre la cuestión de las licencias cuando la utilidad de este fallo radica precisamente en erigirse en un instrumento que preventivamente garantice la satisfacción de los derechos humanos de todos los involucrados, en especial del/a/s nacido/a/s por esta práctica médica. Como en el presente caso la calidad de gestante y madre no están reunidas en una misma persona, corresponde distinguir la que haya de asignarse si correspondiere a la Sra. M. en razón de la gestación y el parto, de la que haya de asignarse así también a la Sra. Q. en razón de su maternidad del/a/s nacido/a/s. Sin desconocer este derecho laboral del que gozan todos los adultos aquí involucrados, el eje rector que lleva a resolver esta cuestión –en este caso- se centra principalmente en procurar una concreta satisfacción al interés superior del/a/s niño/a/s, (...). Siendo entonces que para el ejercicio de la función materno/paterno filial de los progenitores se debe poder contar con tiempo de licencia laboral, entiendo que corresponde sea gozado desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s por parte de la Sra. Q. Con respecto a la gestante Sra. M. y por aplicación del principio de realidad, aunque por las particularidades del caso ya se dijera que no revestirá la condición de madre, le corresponde su licencia – en caso de que se encontrara laboreando en relación de dependencia en los términos y alcances de lo normado por el Régimen de Licencias de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que rige en cada caso. En orden al progenitor, Sr. A., igual razonamiento cabe.

- Tutela efectiva:

Aun cuando al tiempo del dictado de esta sentencia no se encuentra siquiera realizada la práctica médica de TRHA, en razón de la cual exista persona en gestación, la eficacia de esta decisión judicial radica justamente en dejar esclarecido preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que aquí se autoriza, sino también del/a/s niño/a/s que habrá/n de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de su filiación pudiera provocarse. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la práctica médica y hasta el momento del parto inclusive –y obviamente-, se ajuste a la realidad biológica, genética y volitiva de sus progenitores y, por tanto, así sean registrados.

29. Juzgado de Familia nro. 8, La Plata, 27/04/2020, "D., J. E. y otro/a s/ Autorización Judicial

ANTECEDENTES

Se presenta la pareja conformado por la Sra. J. y el Sr. Á. y solicitan autorización judicial para la realización de la técnica de reproducción humana asistida gestación por sustitución con material genético propio y la consecuente determinación de la filiación conforme la voluntad procreacional involucrada, declarándose -para ello- la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC.

C., hermana de la Sra. J., quien tiene tres hijos, se ofrece a gestar para ellos.

En el año 2015 la mujer cursó un embarazo que resultó interrumpido en la semana 23 debido a complicaciones severas que culminan en la realización de una histerectomía que impide que se pueda llevar adelante un nuevo embarazo.

RESOLUCIÓN

Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Autorizar la práctica de la gestación por sustitución.

Hacer saber a los comitentes que durante la duración del embarazo deberán acompañar emocional y espiritualmente a la gestante, como así también asistirle económicamente en cuanto a los gastos médicos que devengue el proceso.

Adelantar a los efectores de salud intervinientes como así también al Registro de las Personas que la documentación del/los niño/s o niña/s que potencialmente puedan nacer producto de esta técnica deberá ser coincidente con la voluntad procreacional expresada por los comitentes a través del consentimiento informado (arts. 560, 561 CCyC).

FUNDAMENTOS

- El Anteproyecto como doctrina:

Si bien esta norma proyectada nunca ha entrado en vigor, lo cierto es que se ha constituido a lo largo de estos años en una poderosa herramienta doctrinaria que ha servido a los jueces para resolver situaciones análogas al presente, teniendo en consideración los requisitos a cumplirse de parte de los peticionarios y la gestante previo a brindar la autorización judicial requerida. (...)

Pues los requisitos previstos por el Proyecto de Reforma apuntaban a garantizar no sólo los derechos de los peticionarios sino, también y sobre todo, los derechos fundamentales de la persona gestante, atendiendo al respeto de su integridad física y psíquica y, asimismo, tendientes a evitar el aprovechamiento de los peticionarios de posibles vulnerabilidades económicas, culturales y/o educacionales que detente la persona gestante. Se trata de criterios uniformes que permiten orientar una hermenéutica adecuada con el objeto de descartar posibles vulneraciones de derechos.

- Los problemas de la falta de regulación:

Ello genera desigualdad y atenta contra el principio de igualdad y no discriminación contemplado expresamente en nuestra Constitución Nacional (art. 16), toda vez que, si bien no está prohibida, su falta de inclusión obliga a estas personas a afrontar enormes gastos para poder concretar su deseo de fundar una familia. Y muchas de ellas quedan afuera por no contar con recursos económicos suficientes.

De manera que se puede advertir en casos como el de autos, las graves complicaciones que genera la falta de legislación especial que regule esta práctica, donde no sólo existe un problema con la cobertura (ley 26.682) sino, además, con la erogación que deben ineludiblemente realizar ante la justicia debido a la autorización judicial que requieren.

30. Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación, La Carlota, CBA, 19/05/2020, “A., A. A. y otros – Autorizaciones”

ANTECEDENTES

Una pareja en unión convivencial, Sra. A. y Sr. V., junto con la Sra. F., prima de la primera, se presentan a la justicia y solicitan autorización para llevar adelante una gestación por sustitución con gametos de la pareja convivencial. Asimismo, peticionan se declare la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC y se asegure que, de producirse el nacimiento, la inscripción proceda a favor de la pareja con voluntad procreacional, no así con la gestante.

La Sra. A. tiene un hijo de un matrimonio anterior. No obstante, debido a un histerectomía sufrida luego de la pérdida de un embarazo con su actual pareja, esta imposibilitada de gestar para sí.

RESOLUCIÓN

Autorizar la práctica de la gestación por sustitución. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC.

Dejar determinado que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada será/n hijo/a/s de la pareja con voluntad procreacional, debiendo informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional.

Hacer saber a la institución que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

FUNDAMENTOS

- Motivación de la mujer gestante:

A este deseo ... se suma la voluntad y decisión libre de la Sra. F.B. de ofrecer su vientre para gestar al niño/a de la pareja, con un discurso en el que se infiere altruismo como fuente de su decisión, altruismo en el sentido de la comprensión de la situación de su prima, empatizando con la misma y ofreciéndose como medio para concretar el proyecto familiar de la pareja. Si bien se observa en F.B cierta idealización en relación al procedimiento, cuenta con capacidad reflexiva y comunicativa sobre las implicancias que el mismo podría conllevar para consigo misma y su entorno familiar... el impacto para con sus hijos, logra incorporar en lo discursivo el reconocimiento de situaciones no previstas que pudieran afectarla. Tanto la pareja como F. cuentan con una red de apoyo y contención, no solo de parte de sus familiares sino también de profesionales ... No se observa ... en la Sra. F.B., expresiones de sentimientos materno filiales respecto del niño/a que se ofrece gestar, sino una disociación al respecto. Existe una clara voluntad de limitar su ayuda a la gestación. La Sra. F.B, quien en pleno uso de la libertad de su cuerpo... accede a cumplir el rol de gestante en la práctica en cuestión. Esta decisión tomada ha sido arribada con absoluta libertad y en pleno uso de sus facultades

31. Juzgado Civil, Comercial y de Familia de la 4ta. Nominación, Villa María, 21/05/2020, “R. L. A. y otros | sumaria”

ANTECEDENTES

Los señores L. y E., junto a la señora M. V., mujer gestante, peticionan conjuntamente se les otorgue autorización judicial, a fin de que ésta última geste un niño con material genético de los padres intencionales y una ovodonación, con el objeto de que la pareja convivencial asuma en base a la figura de la voluntad procreacional, la condición de progenitores legales.

Asimismo, peticionan que se emplace a la obra social a los fines de que dé cobertura al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad. Respecto de esta pretensión de intimar a la obra social, se declaró la incompetencia material de este tribunal

RESOLUCIÓN

Autorizar la práctica de la Gestación por sustitución. Declarar la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC. Ordenar que el niño/a nacido de la GS sea inscripto como hijo de la pareja con voluntad procreacional.

Determinar que el niño/a nacido/a de la práctica autorizada no tenga vínculo jurídico con la gestante, sin perjuicio de quedar asentada en ese carácter (de gestante) y así deberá figurar en el certificado médico de nacimiento.

Instar a los progenitores a que en caso de que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/a acerca de su realidad gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente.

Hacer saber a la institución que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

FUNDAMENTOS

- Autorización para gestar, sin homologación de acuerdo:

Comparto el sentido de lo expresado en las últimas decisiones citadas (improcedencia de la homologación), ya que la homologación traería aparejada la ejecución forzada del convenio en caso de incumplimiento lo que no resulta viable en la pretensión ventilada en atención de los derechos en juego, derechos inalienables de las personas, cuyo ejercicio no pueden ser limitados ni tampoco coercitivamente compelidos a realizar. Más bien, concibo el acuerdo presentado a fs. 16/18 como canal a través del cual se exterioriza la manifestación de voluntad expresada libremente en un contexto favorable a la práctica médica detallada, pero sus cláusulas no resultan técnicamente ejecutables en caso de incumplimiento voluntario. Los aspectos relevantes serán analizados a lo largo de este pronunciamiento con el alcance que corresponda según el caso.

De allí que no se trata de una homologación judicial, sino, lisa y llanamente, sobre la autorización judicial para recurrir al procedimiento de gestación por sustitución ante la laguna legal existente en la materia y la expresa voluntad de las partes de llevar adelante la gestación en las condiciones convenidas.

- Interpretación por Analogía con la norma del Derecho Internacional Privado:

(...) a) la GS no tiene regulación expresa, esto es, no hay solución normativa para la GS realizada en el territorio argentino por parejas de igual o distinto sexo; b) la GS es una TRHA de alta complejidad; c) el art. 2634 CCyC dispone que "todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República". Teniendo en cuenta que la GS es una TRHA, podemos decir que el art. 2634 CCyC contempla la hipótesis de GS realizada en el extranjero, por parejas de igual o distinto sexo y el reconocimiento de esa figura en el derecho argentino. O, más precisamente, la GS llevada a cabo en el extranjero tiene solución normativa (art. 2634 CCyC); d) de allí que la única diferencia radica en el lugar de realización de la GS (no contemplada en el territorio argentino y sí en el extranjero); e) ambas hipótesis (GS en Argentina y GS en el extranjero) guardan una similitud relevante e identidad de razón. La similitud relevante es que se trata de una GS que es una TRHA, realizada por pareja de igual o distinto sexo. La identidad de razón para admitir la GS en Argentina consiste en evitar la inseguridad jurídica de esta técnica en el país y la desigualdad que se genera respecto de aquellos que no pueden afrontar el tratamiento en el extranjero.

(...) CONCLUSIÓN: Por analogía, se atribuye a la GS realizada en Argentina el reconocimiento que tiene prevista para aquella efectuada en el extranjero. En virtud de ello, adoptando el argumento analógico, la demanda debiera ser admitida.

- Certificado médico de nacimiento:

Estimo que a los fines del presente no resulta menester imponer modificación o alteración alguna en la conformación del certificado médico ya que cuando se efectúa el procedimiento de identificación (dactilar) se hace con el objeto de que conste en el legajo base de la inscripción del nacimiento, la información de la persona que gesta, además de involucrar en su confección una cuestión de seguridad propia del precisamente conocido como Protocolo de Seguridad de la institución médica respectiva. De lo contrario, estaríamos negando justamente la realidad gestacional del niño/a que nazca.

32. Juzgado de Familia Nro. 1, Río Tercero, Córdoba, 21/10/2020, “B., C. T. – B., N. S. – C., L. – Solicita homologación”

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por la Sra. C. y el Sr. L., junto con la Sra. N., hermana de la primera, se presentan a la justicia y solicitan la homologación judicial del acuerdo de gestación por sustitución, celebrado mediante escritura pública y que se autorice judicialmente la transferencia embrionaria en el útero de la Sra. N. del embrión conformado con el material genético de la pareja intencional; ordenándose, oportunamente, la inscripción del niño o niña que nazca como consecuencia de la técnica de TRHA como hijo/s de la pareja con voluntad procreacional. Además, solicitan la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC.

Por último, peticionan que, de nacer con vida el niño/a se ordene al médico obstetra que haga constar en el certificado de nacimiento médico correspondiente, que el niño/a nacido es hijo de la Sra. C. y el Sr. L. y se ordene al Registro del Estado Civil a que el niño/a sea inscripto como hijo estos últimos.

La Sra. C. no tiene capacidad de gestar puesto que a sus 19 años le diagnosticaron “Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser”.

RESOLUCIÓN

Autorizar la práctica de la gestación por sustitución. Rechazar la homologación del acuerdo. Declarar la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC.

Determinar que el niño/a nacido/a de la práctica autorizada no tenga vínculo jurídico con la gestante, sin perjuicio de quedar asentada en ese carácter (de gestante) y así deberá figurar en el certificado médico de nacimiento.

Instar al matrimonio a que en caso de que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/a acerca de su realidad gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente. Disponer la conservación de las presentes actuaciones

FUNDAMENTOS

- Autorización de gestación por sustitución sin homologación de acuerdo:

Tal pretensión resulta improcedente porque en el acuerdo acompañado se encuentran comprometidos derechos inalienable de las personas, que –como es sabido- resultan irrenunciables, irrevocables e intransferibles. De

modo tal que, en el supuesto de incumplimiento, su ejecución forzosa no sería viable, precisamente porque no se puede obligar a realizar tales derechos coercitivamente.

(...) Bajo este razonamiento, el presente caso es re-encuadrado en una autorización para recurrir al procedimiento de gestación por sustitución ante la laguna legal que existe en la materia; y el acuerdo acompañado será valorado como una prueba contundente para su resolución, puesto que, refleja la voluntad de los comparecientes de someterse a la práctica en cuestión

- Motivación de la mujer que gesta:

(...) la decisión de la Sra. N. de participar en el proceso de gestación del hijo/a de su hermana ha sido elaborada a lo largo de su historia familiar; sin que exista alrededor dicha decisión condicionamientos de ninguna naturaleza. Por el contrario, tal decisión constituye un verdadero y auténtico acto de amor familiar, que cuenta con el apoyo de toda la familia, de la pareja de N. y de su familia extensa. (...) ha accedido a cumplir el rol de gestante del hijo/a de su hermana en pleno uso de la libertad de su cuerpo y cuenta con el acompañamiento de toda su familia y su pareja.

33. Trib. Colegiado Inst. Única Civil de Fam. -4° Nom. Rosario, 11/2020, "G., M. D.; M. O., R. A.Y D., R. G. S/ Venia Judicial"

ANTECEDENTES

Se presentan el Sr. M. y el Sr. R., en unión convivencial, junto con la Sra. R. y solicitan autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución. Asimismo, solicitan se ordene inscribir en el Registro al niño/niña/s concebido/s como hijo/s de la pareja de progenitores con voluntad procreacional. Solicitan se declare la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del art. 562 del CCyC.

RESOLUCIÓN

Autorizar la realización de la transferencia embrionaria para gestación por sustitución. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Ordenar que las personas que nazcan de este procedimiento sean inscripta/s como hijos/as de la pareja de varones con voluntad procreacional.

FUNDAMENTOS

- Vida privada:

La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que una persona se ve a sí mismo y decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

Así, la decisión de ser o no ser madre, de ser o no ser padre, es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de ser madre o padre en sentido genético o biológico.

Otro aspecto particular de la vida privada es el derecho a fundar una familia. Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión (...).

34. Tribunal Colegiado de Familia N° 3, Rosario, 22/03/2021, "O., P.A. Y D., O. A. S/ Venias Dispensas"

ANTECEDENTES

Los Sres. O. y D. pareja conviviente, solicitan autorización para realizar una gestación por sustitución utilizando óvulos de una donante anónima y material genético del Sr. O., seguido de la transferencia embrionaria a E., cuñada del Sr. O. -cónyuge de su hermano. Además, peticionan que se ordene al Registro Civil que producido el nacimiento del niño/a la inscripción proceda a su favor y no a nombre de quien sólo colabora como gestante pero no tiene voluntad procreacional.

RESOLUCIÓN

Declara de oficio la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Hacer lugar a la autorización solicitada. Ordenar al Registro Civil que la persona nacida de este procedimiento sea inscripta como hijo/a de la pareja de varones con voluntad procreacional, no así a favor de la gestante.

Imponer a los progenitores la obligación de dar a conocer a su futuro hijo/a/os/as la información relativa a su origen, cuando su edad y grado de madurez así lo posibiliten

FUNDAMENTOS

- Principio de igualdad y no discriminación y orientación sexual:

La norma en cuestión violenta también el derecho de esta pareja a la Igualdad y No Discriminación en tanto los posiciona en una situación desigual con relación a las personas que pueden procrear por sus propios medios, quienes no se ven compelidos a recurrir al auxilio de la ciencia para tener hijos y, muchos menos, ocurrir a la intervención del Poder Judicial. La disposición del art. 562 impide que parejas como la de P. y O., personas que se encuentran naturalmente imposibilitadas de llevar adelante un embarazo, logren su sueño de tener hijos propios.

35. Tribunal Colegiado de Familia de la 7ma. Nominación de Rosario, 31/03/2021, “P., G. N. y otros / Venias y dispensas”

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por la Sra. S. y el Sr. M. -alemán-, junto con la Sra. P. solicitan autorización judicial al efecto de que se les permita realizar transferencia de embriones conformados con esperma del marido y ovodonación, mediante gestación por sustitución a la Sra. P. y se ordene inscribir al niño/a concebido en el Registro Civil como hijo/a del matrimonio. Además, peticionan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC.

RESOLUCIÓN

Autorizar la transferencia conforme fuera solicitada. Realizada la práctica y corroborado científicamente que sea el embarazo, deberán las partes acompañar el consentimiento libre e informado, como así también la historia clínica respectiva en relación a la práctica de gestación por sustitución efectuada, debiendo constar específicamente el procedimiento utilizado para la obtención del material genético y el origen del mismo para la conformación de los embriones, indicando a quien pertenece el óvulo y el esperma. Acreditado estos extremos y producido el nacimiento inscribir al niño/a como hijo/a del matrimonio.

Rechazar el planteo de inconstitucionalidad e inconveniencia del art. 562 del CCyC declarando la inaplicabilidad del mismo para el presente caso de gestación por sustitución.

FUNDAMENTOS

- Maternidad:

En tiempos donde se sanciona la ley de interrupción voluntario del embarazo, posibilitar la vida es algo que no puede ser impedido u obstaculizado. El privilegio de la maternidad/paternidad, que no necesariamente tiene que ver con lo genético o el hecho de llevar a un niño en el vientre, nos transforma en mejores personas y nos enseña que el amor incondicional existe. Un amor como el de S. R. y M.M., que cruzó el océano, tiene fuerzas para afrontar esta posibilidad que tanto la ciencia como la vida les colocan al alcance de sus manos, y no seré precisamente yo quien no lo permita.

36. Juzgado de Familia nro. 7, Viedma, 31/03/2021, “Reservado s/Autorización Judicial (f)”

ANTECEDENTES

La pareja conformada por la Sra. V. y el Sr. S. se presenta y solicita autorización judicial para la implantación de sus embriones -TRHA heteróloga, esperma propio y ovodonación- en el vientre de la Sra. R., quien se ofrece como gestante de hasta dos embriones por cada oportunidad.

La Sra. V. es portadora de infertilidad secundaria. Abortadora habitual, llevando siete gestaciones que finalizaron en abortos espontáneos; dos mediante fertilización in vitro con óvulos propios y los últimos dos intentos con óvulos donados.

La Sra. R. tiene 42 años, 3 hijos propios, dos mayores de edad y uno menor de edad. Transitó cuatro embarazos puesto que ya fue gestante para un matrimonio amigo de la pareja accionante, proceso que tramitó también por vía de autorización judicial previa en el mismo juzgado (sentencia del 6/07/2017).

RESOLUCIÓN

Hacer lugar a la práctica solicitada debiendo las partes suscribir ante el centro de fertilización humana asistida el consentimiento de acuerdo a los dispuesto por el art 560 del CCyC y hacer saber al nosocomio para el caso que se produzca el nacimiento como resultado de la misma que en el actual formato de los certificados de nacimiento deberán constar la huella dactilar del pie de la/s beba/s o el/los bebé/s y los de la pareja actora, sin constar el de la Sra. A., que es sólo portante, sin vinculación genética.

Teniendo en consideración el estado actual de nuestra legislación no resulta susceptible de homologación el acuerdo presentado, pues se estaría ante un objeto prohibido -la entrega de un niño- lo que no permite su ejecución forzada.

Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su/s hija/s o hijo/s adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

FUNDAMENTOS

- Los Proyectos de Ley como doctrina:

Por otra parte recientemente se ha presentado un proyecto de ley por parte de la Diputada Gabriela Estevez, que contempla, la modificación al art 560, al 561; la incorporación del art 562 bis; y en especial y en lo que quiero hacer hincapié, en la incorporación del art 562 Ter entre otras reformas, que regula la autorización judicial para realizar la gestación por sustitución, y dentro de los requisitos, establece que la gestante podrá realizarlo hasta dos veces, para lo cual se creará un registro en ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862. Lo que en el caso de autos, me lleva a sostener que debe hacerse lugar a la autorización judicial solicitada siendo la Sra. A. gestante por segunda vez.

37. Juzgado de Familia 2, San Luis, 21/04/2021, “P.I.E., R.D.H. S/ Autorización Judicial”

ANTECEDENTES

La Sra. I. y el Sr. D. se presentan y solicitan autorización Judicial para iniciar procedimiento médico de reproducción asistida por “maternidad subrogada” con material genético del Sr. D. y óvulos donados. Además, peticionan declaración de certeza, tendiente a lograr que oportunamente se inscriba como madre y padre a los peticionantes, sin referencia a quien da a luz, conforme art. 562 del CCyC.

La Sra. I. perdió un embarazo y por complicaciones en su salud, sufrió una histerectomía total generando su imposibilidad de gestar.

RESOLUCIÓN

Autorizar la práctica de gestación por sustitución. Ordenar la inscripción del niño o niña o de los niños o niñas como hijo/as de la pareja con voluntad procreacional. IMPONER A LOS PROGENITORES el deber de informar al hijo/s y/o hija/s sobre su realidad gestacional cuando alcance la edad y grado de madures suficiente.

FUNDAMENTOS

- Motivación de la mujer gestante:

En cuanto a la gestante SRA. C. surge de autos que la misma vive en la ciudad de Rio Cuarto Provincia de Córdoba, es progenitora de una niña de 5 años de edad y en torno a su motivación personal, en el informe psicológico textualmente se expone “Cuando conocí a I. y su historia, me enamoré de ellos y quise ayudarlos”. “Soy mamá y entiendo el deseo y la lucha de ellos por años para lograr ser padres”. Mostrando empatía emocional.”. Que si bien la gestante es un tercero, dado que no pertenece al seno familiar de los peticionantes, ello no es óbice para llevar adelante el proceso, dado que según se expone en audiencia y se acredita con el informe de la psicóloga tratante, su motivación es desinteresada, es consciente, está preparada, su intervención es voluntaria, se encuentra comprometida, asumiendo una actitud responsable para llevar adelante la gestación.

- Motivación de los progenitores intencionales:

Que en el puntual caso traído a examen los SRES. I. y D. han efectuado un largo recorrido en búsqueda de su ansiado hijo, han pasado por distintos procesos muy dolorosos y frustrantes antes de plantearse como opción el proceso de subrogación de vientre. Como se acredita con los certificados médicos ella padeció desde siempre problemas ginecológicos, pero aun así y en contra de todos los pronósticos logro quedar embarazada. Como se lo habían anticipado los médicos, el embarazo era de riesgo y aun poniendo en peligro su vida decidió

no interrumpir el mismo, dejándolo en manos de Dios y siguió adelante. Lamentablemente tuvo un triste desenlace, perdió a su bebé y por complicaciones en su salud, sufrió una histerectomía total generando su infertilidad, ya de carácter irreversible. Continuando con su proyecto de ser padres se inscribieron en el Registro Único de Adoptantes, completando todo el proceso, pero por los avatares propios de la vida, sumidos en la enfermedad y fallecimiento de sus padres y sus propios problemas de salud, al no poder cumplir en tiempo y forma con los requerimientos, se dispuso su baja de la lista de pretensos adoptantes. No obstante lo expuesto, no claudicaron en seguir detrás de su sueño de tener un hijo y como última opción, con el asesoramiento médico, comenzaron con el proceso de subrogación de vientre, presentándose ante estos estrados judiciales a peticionar su autorización.

Que los peticionantes, tal como se expone, han llevando adelante un proceso en pos de su ansiada paternidad y lejos de renunciar al verse truncada la maternidad paternidad biológica y adoptiva, ante los adelantos médicos que son indiscutibles, se presentan solicitando autorización para realizar una TRHA, informando que el material ovulo será aportado por donante anónimo, el espermatozoide por el Sr. D.

38. Juzgado de Familia N° 2 de La Plata, 02/06/2021, “N. C. K. E. y otros s. Autorización judicial”

ANTECEDENTES

Se presentan la Sra. N. y el Sr. B., junto con la Sra. V., hermana unilateral de la primera, y solicitan autorización judicial para acceder a la realización de la técnica de reproducción humana asistida gestación por sustitución (esperma del Sr. B. y óvulos donados) y a ordenar al IOMA a la autorización de la práctica de fertilización asistida correspondiente y la consecuente determinación de la filiación conforme la voluntad procreacional involucrada, declarándose para ello la inconstitucionalidad del art. 562 CCyC.

La Sra. N. es una mujer de 46 años de edad, que padece de múltiples. A su vez, según sus médicos tratantes, conforme los estudios médicos realizados, si es intervenida quirúrgicamente cuenta con el riesgo de perder el útero, con lo cual no hay posibilidad alguna que pueda gestar.

Por su parte, la Sra. V. de veinticuatro (24) años de edad es soltera, goza de muy buen estado de salud y no tiene deseo alguno de ser madre -sin hijos previos-.

RESOLUCIÓN

Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Autorizar la práctica de GS.

Hacer saber a la pareja que durante la duración del embarazo deberán acompañar emocional y espiritualmente a la gestante, como así también asistirle económicamente en cuanto a los gastos médicos que devengue el proceso.

Adelantar a los efectores de salud intervinientes como así también al Registro de las Personas que la documentación del/los niño/s o niña/s que potencialmente puedan nacer producto de esta técnica deberá ser coincidente con la voluntad procreacional expresada por los comitentes a través del consentimiento informado (arts. 560, 561 CCyC).

Autorizar la cobertura por parte del IOMA de todos los gastos que la presente técnica irroque como también el embarazo, nacimiento y cobertura de salud del niño/a y de la gestante durante todo el embarazo hasta el nacimiento de aquel.

FUNDAMENTOS

- Voluntad procreacional y el limitante del art. 562 del CCyC:

Como se puede observar, aunque la norma no imposibilite la realización de la práctica aquí solicitada de manera directa, sí impide la materialización de sus consecuencias positivas en respeto de la voluntad procreacional y el amor filial exteriorizado a través del consentimiento informado. Pues, en la praxis, no existe manera de eludir su aplicación, generando vínculos jurídicos con la gestante, quien en los hechos, no ha exteriorizado a través del consentimiento previo, informado y libre su voluntad procreacional.

- Cobertura de la GS:

Por lo cual atento que N. es beneficiaria de la obra social Ioma y solicita se extienda dicha cobertura hacia su hermana V. (gestante) - ya que no cuenta con cobertura de obra social - , (...), encontrándose involucrado el derecho a la salud a la luz del principio de solidaridad y no encontrando obstáculo para resolver de manera contraria a lo peticionado, estimo justo en la particular situación de autos, hacer lugar a dicha autorización (extensión) de

cobertura de la obra social IOMA de todos los gastos que la presente técnica irrogue como también el embarazo, nacimiento y cobertura de salud del niño/a y de la gestante durante todo el embarazo hasta el nacimiento de aquél.

39. Juzgado de Familia N°2 – Córdoba, 30/08/2021, “M. J., A. G. - C. G., M. M. - G., A. C. - Solicita Homologación – LEY 10.305”

ANTECEDENTES

Se presenta un matrimonio de mujeres junto con la Sra. M., separada, con cuarenta (40) años de edad, y solicitan se homologue el acuerdo de gestación por sustitución certificado por el escribano, para lo cual plantean la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Se trata de un supuesto de embriodonación -único caso de TRHA 100% heteróloga-.

RESOLUCIÓN

Homologar el acuerdo celebrado por las partes y en consecuencia autorizar a realizar el proceso de gestación por sustitución, debiendo las partes prestar su consentimiento ante el Centro de Salud que elijan en los términos del art. 560 del CCyC. Prohibir al centro de salud que realice la práctica la utilización de material genético de la mujer gestante.

Ordenar que el niño/a nacido/a de esa práctica sea inscripto en el Registro Civil como hijo del matrimonio de mujeres con voluntad procreacional. No hacer lugar al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC.

Instar a las progenitoras a que, en caso de que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/niña acerca de su historia gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente.

FUNDAMENTOS

- Autonomía de la mujer gestante:

(...) Debe tenerse especial consideración en relación a la situación de la gestante: Debiendo corroborarse que su voluntad no se encuentre viciada, que tenga una verdadera noción de la acción que está emprendiendo, que posea condiciones de salud física y psíquica que le permita llevar adelante el embarazo de manera adecuada para su propia integridad y la del por nacer y que no aporte el material genético, para así evitar que además de ser la madre gestacional, lo sea también biológica. Como referí anteriormente es sobre esa persona gestante en donde debemos centrar especialmente nuestra mirada.

- Palabras destinadas a la mujer gestante:

Antes de terminar esta sentencia, me dirijo a Ud. M. M. para expresarle que su firme decisión de asistir a A. y A. es un acto de inmensa solidaridad y amor de su parte a quienes Ud. aprecia con mucha estima. Le pedí que se presentara ante este juez en dos ocasiones, además de las entrevistas que tuvo con la psicóloga y la trabajadora social de tribunales. Ojalá no la hayamos molestado con tantas llamadas y con el pedido de realizar una terapia psicológica. Le cuento que quería estar seguro que su decisión fuera genuina, no apresurada y que no le pudiera generar ningún tipo de problemas personales y familiares. La última vez que pude hablar con usted, eso me quedó claro, por eso hoy autorizo a realizar la gestación. Finalmente quiero contarle que debe quedarle claro que en el caso que se arrepienta de llevar adelante el embarazo, no está obligada a hacerlo. Puede desistir hasta el momento mismo en que se hayan trasplantado el o los embriones, sin que nadie pueda reclamarle nada.

40. Trib.Coleg. Inst. Unica Civil de Fam. -5° Nom. Rosario, 15/09/2021, “I., C. V. Y OTROS S/ Autorización Judicial”

ANTECEDENTES

Una mujer en calidad de gestante y un hombre como padre volitivo solicitan autorización judicial para la realización de la transferencia de embriones a través de la gestación por sustitución en virtud de un proyecto monoparental con fecundación extracorporal con esperma del primero y óvulos donados. Acompañan un consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado en forma de acta de compromiso firmado por los peticionantes. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC.

Las partes se contactan vía Facebook puesto que el Sr. J. no tenía gente de su entorno que se ofrezca para ser gestante.

El Sr. J. tiene 39 años, se inscribió en el Registro Único de Aspirantes con Fines Adoptivos, manifestándolo apto para su proyecto de familia como padre soltero.

RESOLUCIÓN

Autorizar la práctica. Ordenar la inscripción a favor del progenitor intencional, sin establecer vínculo filial con la mujer gestante. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC.

Hacer saber al progenitor el compromiso de dar a conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s.

Ordenar al Instituto Médico la obligación de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor y/o el/a/s/ niño/a/s.

FUNDAMENTOS

- Diversidad familiar:

La "gestación por sustitución" —en tanto proceso biológico que posibilita que una persona (gestante) disponga (en forma gratuita u onerosa) de su capacidad gestacional o aptitud física necesaria para llevar adelante un embarazo para la prole de otra u otras que han decidido maternar y/o paternar (comitentes), sea que esta/s hubiere/n o no aportado el material genético—, es el más inclusivo al habilitar otras posibilidades cuando quienes desean intervenir en estos procesos no encajan en la lógica biologicista, geneticista, binaria y heteronormativa.

(...) Se trata de una práctica que se despliega en un escenario de proliferación de nuevas estructuras familiares facilitada por un lado, por la propia evolución de las sociedades hacia una mayor aceptación de familias homoparentales y monoparentales, en tanto que por otro, influyen los avances y la popularización de la tecnología reproductiva manifestada en la posibilidad de acceder a diversas TRHA. (técnicas de reproducción humana asistida)

- No existe un derecho “al hijo”

En este contexto, y a fin de despejar confusiones terminológicas que puedan acarrear conclusiones injustas, resulta esclarecedor hablar del derecho a la procreación como una manifestación del derecho a formar una familia, y no del "derecho a tener un hijo" que literalmente no existe porque, conduce a considerar a la descendencia como una propiedad, vinculado a un derecho real de dominio.

La decisión de ser madre o padre, así como la decisión de no serlo, constituyen derechos humanos fundamentales que reflejan el ejercicio del derecho a la autodeterminación (arts. 14 bis, 16, 19 y 33 de la Constitución Nacional) y a la libertad reproductiva, los que encuentran apoyo en diversas normativas internacionales (...).

41. Tercer Tribunal de Familia San Juan, 15/10/2021, "XXX, XXX Y XXX S/ Autorización Judicial"

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por una pareja heterosexual se presenta a la justicia junto con la hermana de la mujer con voluntad procreacional, quien se ofrece como gestante, y solicitan en forma conjunta la homologación del convenio celebrado entre las partes sobre gestación por sustitución. Además, peticionan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC y se asegure que, de producirse el nacimiento de un niño/a producto de la técnica sea inscripto como hijo/a de los progenitores intencionales, no así de la gestante.

El matrimonio cuenta con una hija que al momento de la petición tiene 14 años de edad. Luego de concebir a su primer hija, a la señora tuvieron que extirparle el útero a raíz de un sangrado de importancia, pudiendo aportar sus óvulos, pero no gestar.

La hermana, mujer gestante, tiene dos hijos adolescentes, está casada y se encuentra eternamente agradecida con su hermana, ya que luego del fallecimiento de la madre de ambas, como hermana mayor, se comportó

como madre de sus hermanas y su motivación principal la encuentra, en ser solidaria con su hermana, y su pareja.

RESOLUCIÓN

Autorizar la realización de la técnica reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC. Ordenar la inscripción de nacimiento a favor del matrimonio con voluntad procreacional.

Hacer saber a la institución de salud interviniente que el certificado de nacimiento debe ser expedido reflejando la información de la persona que gesta y la identificación dactilar del recién nacido/a, y ser entregado a los comitentes/progenitores.

Imponer a los progenitores la obligación de informarle al niño o niña, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional

Establecer, con relación a las licencias laborales -sin que fuera requerido por las partes-, que la pareja conformada por la Sra. XXX y el Sr. XXX, en su carácter de progenitores, habrá de gozarlas desde el mismo día del nacimiento, mientras que la Sra. XXX habrá de gozarlas, en su carácter de gestante, por el período anterior y posterior al parto.

FUNDAMENTOS

- La adopción como una vía querida, no obligada:

Sostener, en el campo de lo hipotético, que los comitentes tendrían el recurso de la adopción como medio para acceder a la paternidad y maternidad, resultaría también contrario al orden normativo internacional toda vez que ello importaría imponerles un modo de ser progenitores que no han elegido libremente. No puede tolerarse una intromisión tal en la vida privada, mucho menos de parte de los organismos del Estado, como lo es la autoridad judicial llamada a resolver la particular petición de las partes.

- Carece de virtualidad el consentimiento del cónyuge o pareja de la mujer gestante:

En tercer lugar, desde otro punto de vista, resulta pertinente advertir que carece de virtualidad la conformidad prestada por el cónyuge de la Sra. XXX respecto de la gestación por sustitución a la cual se someterá, toda vez que no resulta requisito de validez del consentimiento de la gestante, quien no requiere de autorización alguna para actuar dentro del ámbito de su esfera privada. Una obligada mirada con perspectiva de género así lo impone. Tampoco resulta relevante ese consentimiento marital en cuanto a la presunción de paternidad matrimonial contemplada en el art. 566 del CCyC, pues esa presunción opera exclusivamente en el ámbito de la filiación por naturaleza.

42. Tribunal de Familia de Jujuy, Sala II, 15/10/2021, “B., B. D. R. – B., C. R. – B., Y. F. s/ Autorización Judicial”

ANTECEDENTES

Un matrimonio conformado por una pareja heterosexual se presenta a la justicia junto con la hermana de la mujer con voluntad procreacional, quien se ofrece como gestante, y solicitan en forma autorización para realizar una gestación. Además, peticionan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC y se asegura que, de producirse el nacimiento de un niño/a producto de la técnica sea inscripto como hijo/a de los progenitores intencionales, no así de la gestante. Asimismo, solicitan medida cautelar en relación a la obra social.

La mujer con voluntad procreacional carece de posibilidad de gestar, se le realizó una histerectomía total.

RESOLUCIÓN

Hacer lugar a la solicitud de autorización judicial requerida. Declarar la inaplicabilidad en este caso concreto del artículo 562 del CCyC. Ordenar que el niño o niña nacido a través de la GS sea inscripto registralmente como hijo o hija del matrimonio con voluntad procreacional. A tales efectos, al momento de la inscripción, los padres deberán acompañar un testimonio de la presente sentencia y los consentimientos.

Hacer saber a los padres que deberán hacer conocer al hijo o hija, cuando alcance la madurez suficiente, su realidad gestacional de origen, de conformidad a su interés superior y a las normas de protección integral de la niñez.

FUNDAMENTOS

- El parentesco entre gestante y progenitores no es obstáculo para la GS:

La discusión en el ámbito parlamentario no concluyó en una normativa específica por cuanto el mayor cuestionamiento fue la cosificación de la mujer; pero esa postura se basó, más que nada, para aquellos casos en que la maternidad subrogada supone un precio a cambio del vientre que llevará adelante la gestación de un niño. En el caso de la gestación benéfica, se criticó que existe una evidente perturbación en el parentesco para el niño concebido, pero también para la mujer gestante y para los hijos de la mujer gestante, generando incluso una distorsión en el parentesco (postura de Basset, Úrsula, en Alterini, Jorge Horacio, “Código Civil y Comercial Anotado. Tratado Exegético”, 2ª ed. T. III, p. 517). La solución jurídica, para esta postura, es el instituto de la adopción o de la adopción por integración.

Sin embargo, creemos que esta última postura es una generalización que escapa de la particularidad de un caso concreto. Incluso más, entendemos que, lejos de una perturbación, en el caso concreto el acto que se pretende conlleva un inmenso acto de amor tanto de quienes quieren ser padres como de quien presta para ello su útero. Mientras el amor de los primeros está reservado por y para el anhelado hijo o hija, el amor de la gestante es por y para aquellos que albergan el deseo de formar una familia.

43. Juzgado de Familia de 5ª Nominación de Córdoba, 29/10/2021, “P. B. R. – T. V. s/ Solicita homologación”

ANTECEDENTES

El Sr. R. y la Sra. V. solicitan se homologue el acuerdo al que arribaran, en razón del cual convienen que la Sra. V. gestará, mediante TRHA un embrión formado con material genético masculino aportado por R., siendo el gameto femenino de donante anónima. Además, peticionan que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a del Sr. R., quedando de esa manera establecida su filiación y sin establecer vínculo con la gestante. Para ello solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC.

Cabe destacar que la solicitud, inicialmente, fue presentada por el Sr. R y su pareja varón, junto con la Sra. V. pero en el transcurso del proceso, la pareja informo su separación y su deseo de desistir del proceso iniciado. Comunicada esta decisión, la Sra. V. y el Sr. R. manifestaron su intención de proseguir con el procedimiento en el marco de un proyecto monoparental del Sr. R.

RESOLUCIÓN

Autorizar la realización de la GS. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC. Dejar determinado que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica será/n hijo/a/s del Sr. R., quien deberá informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional.

Hacer saber a la institución interviniente que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello, si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

Dejar establecido, con relación a la licencia laboral (en función del nacimiento), que R. P. B. habrá de gozarlas conforme la establecida por la LCT y/o Convenios Colectivos de Trabajo para la mujer que da a luz, en este caso, desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s.

FUNDAMENTOS

- Familia monoparental y licencia parental:

(...) entiendo oportuno dejar establecido que, siendo R. P. B. quien paternará de manera unilateral al pequeño/a/s recién nacido/a/s, conformando de esta forma una familia monoparental, y tomando en consideración que “...el principio de la vida, especialmente en el primer trimestre, es el período en el que se establece el primer vínculo, la primera forma de relación, y nacen las bases para el establecimiento de la salud mental del niño...” (...) y atento que, conforme el art. 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna, corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos

y las personas con discapacidad”, frente a la falta de previsión legal, y atento los principios supra referidos (igualdad, no discriminación, interés superior del niño, tutela judicial efectiva, derecho a la vida familiar, progresividad, etc.) entiendo corresponde garantizar a esta familia el goce de igual período de licencia laboral para R. que la legislada para el caso de la mujer que da a luz, conforme la LCT y/o los Convenios Colectivos de Trabajo respectivos.

44. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 4 de Rosario, 1/11/2021, “S., G. L. y S., V. S. y R. V., A. R. s/ venias y dispensas”

ANTECEDENTES

La Sra. V. y el Sr. A., en su calidad de padres intencionales, y la Sra. G., madre de la Sra. V., como gestante, comparecen y solicitan se les otorgue autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución. Asimismo, requieren se ordene inscribir en el Registro de Estado Civil, al niño o la niña que fuera concebido como hijo o hija de los progenitores intencionales. Postulan la declaración de inconstitucionalidad e inconveniencia del artículo 562 del CCyC. Acompañan convenio entre las partes. La Sra. V. padece del “Síndrome de Rokitansky”.

RESOLUCIÓN

Autorizar la GS. Ordenar que el niño/niña que naciere de esa práctica sea inscripto por ante el Registro Civil como hijo de la pareja con voluntad procreacional. Imponer a los progenitores, en caso de producirse el nacimiento, la obligación de informarle al niño/niña sobre su origen gestacional cuando adquiera la edad y grado de madurez suficientes.

FUNDAMENTOS

- Motivación de la mujer gestante:

Es que no puede pasarse por alto lo valioso y altruista que resulta el noble gesto de la Sra. S., la que sabedora del claro deseo de su hija en convertirse en madre, no ha dudado en asumir el rol de madre gestacional, situación otrora de imposible materialización y hoy en día cada vez mas habitual gracias a los notorios avances médicos y científicos, cuadro de situación este que interpela a los diversos operadores del sistema jurídico para que, al ser requeridos en el caso particular y cada uno de ellos en su ámbito de injerencia, se muestre a la altura de las circunstancias.

45. Segundo Juzgado de Familia, Mendoza, 23/12/2021, “R. G., T. F. Y S. B. J. Autorización Judicial previa a TRHA y filiación”

ANTECEDENTES

Los Sres. G. y F. en unión convivencial, junto con la Sra. J., mujer gestante, se presentan e interponen acción declarativa de certeza con medida autosatisfactiva para requerir autorización judicial a fin de iniciar técnica médica de gestación por sustitución, y que se determine la filiación del o los bebés que nazcan en favor de la pareja con voluntad procreacional.

RESOLUCIÓN

Autorizar la gestación por sustitución, más una serie de obligaciones de información a cargo de los progenitores intencionales (protocolo de seguimiento) como ser: procedimiento realizado, consecuencia de cada práctica, embarazo, fecha probable de parto, etc.

Obtenida la información sobre la fecha del parto, deberá coordinarse con las autoridades del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de Mendoza (C.M.F.) la oportunidad y requisitos para la extracción de muestras de material genético, para la instrumentalización de la prueba genética de ADN a efectos de descartar el vínculo genético con la persona gestante y la violación de normas legales. El pago de los costos respectivos se encuentra a cargo de los comitentes y deberá quedar acreditado en oportunidad de informar al Juzgado sobre la fecha del parto.

Disponer que el incumplimiento injustificado de alguno de los requisitos impuestos en el ap. que antecede o cualquier otra disposición legal, judicial o ética por parte de alguna de las partes, profesionales o efectores involucrados generará la articulación de las acciones civiles, penales, administrativas, etc. que pudieran corresponder, la inaplicabilidad de los efectos jurídicos de la determinación de la filiación mediante TRHA,

la aplicación de medidas de protección en relación a los niños/as que puedan nacer, la apertura de los procesos judiciales para la declaración de situación de adoptabilidad y/o entrega en guarda de los mismos.

Imponer a los padres del/os niño/s que nazcan como consecuencia de la presente autorización, a partir del momento en que sus hijos adquieran autonomía suficiente, la obligación de informarles respecto de su origen gestacional. Imponer al centro médico la obligación de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica a realizar.

Disponer la obligación de los empleadores de los progenitores intencionales de reconocer y garantizar todos los derechos que la legislación prevé a los padres para el cuidado temprano de hijos recién nacidos, en particular, concesión de licencias u horarios especiales por lactancia, bajo apercibimiento de ley.

Disponer que la presente autorización judicial tiene un plazo de caducidad de dieciocho (18) meses a contar desde la firmeza de la presente sentencia, concluido el cual sin haberse logrado con éxito la concepción del niño por gestar la autorización caducará.

FUNDAMENTOS

- Ponderación entre autonomía reproductiva y derecho a formar una familia:

Es que, si bien los aportes del feminismo me alertan y funcionan como un límite para no caer en el paternalismo estatal, ningún derecho es absoluto.

Los derechos que titularizan las personas pueden encontrarse en conflicto. El mismo se resuelve, generalmente, con un principio denominado "de proporcionalidad" que implica balancear, equilibrar, poner límites razonables a unos y otros derechos en conflicto.

Es decir que, entre el derecho a la vida familiar de los comitentes y ejercicio del derecho a la libertad y autonomía de la gestante, respecto a las decisiones judiciales que puedan suscitarse por la diferencia de perspectiva en la interpretación del convenio, lo primero que deberá considerarse, que quede claro, son los derechos de la mujer, su consentimiento, sus necesidades, las de sus 5 hijos y después el derecho de los comitentes a formar una familia.

- El plazo de la autorización:

Por último, dispondré la autorización con un plazo de caducidad de 18 meses a contar desde la firmeza de la presente, atento la sensibilidad de las cuestiones debatidas, las consideraciones vertidas en esta sentencia y la necesidad de revisar la subsistencia de las

condiciones y expectativas de los involucrados más allá de ese plazo, concluido el cual sin haberse logrado con éxito la concepción del niño por gestar la autorización caducará y deberá solicitarse nueva autorización, o bien la prórroga del plazo por motivos debidamente fundados y acreditados en autos.

46. Trib. Coleg. Inst. Única Civil de Familia, 5ª Nominación, Rosario, 01/02/2022, "G.G., F.J. Y OTROS S/ Gestación por Sustitución"

ANTECEDENTES

Una pareja de varones casada peticiona autorización judicial para la realización de la transferencia de embriones a través de la gestación por sustitución de R en su calidad de gestante recurriéndose al empleo de óvulos de una donante anónima y espermatozoides de uno de los miembros del matrimonio. Solicitan que tras el nacimiento sea emplazado como hijo/a de los actores. La mujer gestante cuenta con 28 años y no tiene voluntad procreacional. Los actores se encuentran unidos en matrimonio desde hace 6 años y la vida en pareja de 11 años de antigüedad tuvo su origen en España. Afirman que con la gestante les une un vínculo de amistad. El matrimonio viaja periódicamente de Argentina a España por el trabajo de uno de ellos. Tienen el anhelo que su hijo nazca aquí.

RESOLUCIÓN

Autorizar la GS. Ordenar la inscripción de la persona nacida a favor del matrimonio con voluntad procreacional.

Hacer saber a la pareja del compromiso de dar a conocer al hijo/a su realidad gestacional.

Ordenar al Instituto Médico la obligación de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor y/o el/a/s/ niño/a/s.

FUNDAMENTOS

- Compensación económica:

En cuanto a la gestante debe primar el respeto hacia esa persona en la elección libre y altruista de ese rol como principio rector, el progenitor volitivo se compromete a afrontar los gastos que genera el embarazo, ello debe entenderse como una forma de evitar el empobrecimiento patrimonial de la mujer y ello lógicamente no lo tiñe de oneroso, sin que tampoco puede invalidarse jurídicamente ya que afectaría la diversidad y el pluralismo que el Estado constitucional y convencional de derecho intenta garantizar ya que hace a su libertad, a la autonomía de la voluntad y al derecho a la autodeterminación compatible con los derechos que integran el bloque de constitucionalidad federal

- Ausencia de regulación no es prohibición:

Es evidente que la falta de regulación de la gestación por sustitución, con el correr del tiempo y expansión de las prácticas médicas coloca a los jueces en la necesidad de valorar cuestiones relativas a las mismas, pero no necesariamente declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino que la labor de hermenéutica conduce a prescindir del postulado de esa normativa.

Es que si el legislador entendió que sólo después del debate interdisciplinario, se generaría la situación propicia para dirimir los dilemas éticos y jurídicos que apareja el instituto, interpretamos que es inverosímil considerar que el legislador escogiera una de las posibilidades, la prohibición en lugar de la regulación, antes del debate que precisamente reputa necesario transitar para resolver los dilemas de ambas naturalezas que menciona.

- Negar la posibilidad de gestar para terceros como una forma de violencia:

(...) entendemos que el Estado argentino al impedir que esta mujer geste voluntaria y debidamente informada como un derecho autónomo y derivado de la libertad de intimidad, constituye una forma de violencia como práctica que obsta al ejercicio pleno de los derechos humanos.

47. Juzgado Civil 1, Familia 1, Secretaría 1, Río Cuarto, Córdoba, 25/04/2022, “C., N. G. Y OTROS – Autorizaciones”

ANTECEDENTES

Una pareja conviviente conformada por la Sra. N. y el Sr. M., junto con la Sra. V. -gestante-, se presentan y solicitan autorización para realizar una gestación por sustitución con embriones conformados con gametos proporcionados por el Sr. M. y óvulos donados. Además, requieren que la filiación del niño o niña a nacer se establezca únicamente con relación a la pareja con voluntad procreacional.

RESOLUCIÓN

Autorizar la GS. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Determinar que el/la niño/a que nazca no tenga vínculo filial con la gestante, ordenar la inscripción a favor de la pareja con voluntad procreacional.

Imponer a la pareja comitente, en caso de producirse el nacimiento, la obligación de informarle al niño o niña sobre su origen gestacional cuando adquiriera la edad y grado de madurez suficiente para entender.

Ordenar al Centro de Salud interviniente que se sirva resguardar la totalidad de la documentación relacionada con la práctica objeto de autorización en el presente decisorio, la que deberá estar disponible para las partes interesadas.

FUNDAMENTOS

- Inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa:

¿De qué manera garantiza el Estado el derecho básico y elemental a formar una familia ante una plataforma fáctica como la abordada? El silencio se impone como respuesta, pues estamos en presencia de un claro supuesto de omisión legislativa. Treacy refiere que el legislador puede incurrir en inconstitucionalidad por

acción (...) o por omisión (cuando no ejerce la potestad legislativa en el modo o en las oportunidades previstas por la Constitución). Asimismo, invoca que se distinguen dos tipos de omisión: las omisiones absolutas y las omisiones relativas. Explica que (...) en el caso de las omisiones relativas, la norma se dicta, pero en cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador. Concluye que, en los casos de omisiones relativas del legislador, a menudo es posible mediante la interpretación judicial eludir las dificultades que implica la carencia de una norma que permita dar operatividad a una norma que requiere alguna actividad del legislador.

(...)

La falta de previsión normativa de la figura de la gestación por sustitución para su aplicación en casos como el de marras desencadena en una evidente violación a un derecho ampliamente protegido: el derecho a formar una familia. La referida omisión genera un incuestionable escenario de inconstitucionalidad, máxime si consideramos lo normado por distintos instrumentos legales supranacionales en cuanto a la protección del derecho señalado.

- **Altruismo:**

Con relación a esta temática, y en directa vinculación con la gestación por sustitución, se advierten tres corrientes doctrinarias, a saber: a) que se pague a la gestante un precio o retribución; b) que se pague a la gestante una compensación, y c) que no se pague nada a la gestante (...) a partir de un análisis de los debates actuales que existen en torno a la figura de la gestación por sustitución en las distintas disciplinas del conocimiento, nos encontramos con diversas posturas que emergen con relación a la dicotomía altruismo – interés económico. Sin perjuicio de ello, no resulta objeto del presente adentrarnos en dicho debate, sino considerar en concreto el caso que aquí nos ocupa. En este orden de ideas, de los informes periciales acompañados, emerge prístina la motivación altruista de quien concurre aquí como persona gestante.

48. Juzgado de Familia y Violencia Familiar, Mendoza, 06/06/2022, “M., E.E., M. G. C., G.B.R.A. P/ ACC. Derivadas de la Filiación por Técnicas De Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.)- Medida Autosatisfactiva”

ANTECEDENTES

Se presentan los Sres. G. y R., pretensos padres intencionales, y la Sra. E., hermana del Sr. G., y solicitan autorización judicial a fin de iniciar una gestación por sustitución, aportando el material genético el Sr. G. y el óvulo procederá de una ovodonación, siendo la gestante la Sra. E. Además, peticionan que, oportunamente, se determine la filiación a favor de los padres intencionales y se ordene la inscripción en el Registro Civil del niño/a que nazca mediante dicha técnica como hijo/a de la pareja.

En forma previa se inscribieron en el Registro Provincial de Adopción, pero luego no continuaron con los trámites porque pensaron que no quedarían seleccionados.

RESOLUCIÓN

Hacer lugar a la autorización judicial solicitada. Ordenar la inscripción en el Registro Civil del niño/a que nazca mediante dicha técnica como hijo/a de los progenitores con voluntad procreacional, mediante el consentimiento previo, informado y libre otorgado por los solicitantes y la gestante de conformidad con las directivas médicas y supervisión del equipo médico respectivo que designen los interesados.

Disponer la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC.

FUNDAMENTOS

- El Anteproyecto como guía mínima:

Es que la norma proyectada, aunque no es ley, marca un parámetro de funcionamiento del sistema constitucional convencional.

Que ante el vacío legal existente en el tema, los jueces son los encargados de resolver los casos en que se solicite la autorización o se lleve a cabo la práctica y en esa tarea no se podrá consentir o convalidar ninguna situación que se encuentre “por debajo” de la regulación que aquél proyecto de reforma pretendió establecer, considerando a la norma proyectada como el piso mínimo de garantía o protección mientras no existe regulación legal al respecto.

Por lo que, frente al vacío legal existente, sin prohibición expresa ni regulación concreta, cabe entonces acudir a los precedentes judiciales como a doctrina sobre el tema y al propio texto del anteproyecto, para ser utilizados como guía o norte para fundamentar decisiones y/o resoluciones, queudencia dando en definitiva sujeto a la discrecionalidad del juez.

49. Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes N°1 Gualeguaychú, Entre Ríos, 09/06/2022, “B. E. A. y otros s autorización judicial”

ANTECEDENTES

Se presenta una pareja de diverso género en unión convivencial junto con la hermana bilateral de la mujer con voluntad procreacional y solicitan autorización para realizar una gestación por sustitución con material genético de la pareja. Para ello presentan un acuerdo y peticionan su homologación.

RESOLUCIÓN

A diferencia de los otros casos, en este supuesto la decisión jurisdiccional se toma en la audiencia con las partes. Se homologa el acuerdo, se autoriza la práctica y se ordena la inscripción a favor de los progenitores intencionales, no así de la gestante. La resolución es el acta de la audiencia.

FUNDAMENTOS

- Interdisciplina:

A su turno los miembros del Equipo Interdisciplinario del Juzgado dictaminan: la Lic. Ezcurra que G. V. B. ha sido clara en que su decisión de llevar adelante la gestación es tomada desde el compromiso afectivo con su hermana y pareja de ésta última, desprovisto de un deseo de maternaje en tal gestación futura, decisión que aparece robustecida por haber transitado anteriores embarazos en donde sí existía aquel proceso subjetivo, en éste caso no advertido, por su parte los futuros padres por la TRHA en examen son claros en expresar voluntad de ahijar y así acceder a la maternidad y paternidad respectivamente. El Médico Psiquiatra adhiere a lo dictaminado por la Perito Psicóloga y agrega que los comparecientes cada uno al explicársele las intervenciones entienden que ambas prácticas aparecen como resultado de decisiones ajustadas y ponderadas en forma consciente sin avisarse condicionamientos cognitivos que impliquen desconocimiento en las implicancias jurídicas de lo convenido.

50. Juzgado de Familia Nro. 10 de Bariloche, 26/08/2022, “E.C., M. y W., A. S/Autorización Judicial”

ANTECEDENTES

Una pareja de varones, Sr. M. y Sr. A., con la anuencia de la hermana del primero Sra. M.E -gestante-, se presentan y solicitan autorización judicial para llevar adelante un proyecto parental conjunto mediante técnica de reproducción médica asistida de alta complejidad con subrogación de vientre. Solicitan la autorización para proceder a la implantación de embriones en el vientre de la Sra. M. E., embriones conformados a partir de óvulos de una donante anónima proveniente del banco de óvulos y del espermatozoides aportado por el Sr. A. Peticionan que al momento de la inscripción la niña/niño/s sea/sean inscriptos como hijo/a/s de la pareja con voluntad procreacional. Además, requieren se declare la inconstitucionalidad del art. 562 CCyC.

RESOLUCIÓN

Autorizar la implantación de embriones en el vientre de la Sra. M. Decretar la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial, y en consecuencia ordenar la inscripción de la persona nacida ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que manifestaron su voluntad procreacional, mediante el consentimiento informado y no de quien la dio a luz.

Conceder a las partes licencia por maternidad/paternidad_ debiendo comunicar, en el plazo de 5 días, de conformidad con la Ley 5348, quién pretende gozar de la licencia, y quién gozará tan solo de los 15 días posteriores al parto.

FUNDAMENTOS

- Gestar para otros sin haber sido madre:

M. les ha hecho saber su intención de ayudarlos con su proyecto familiar, facilitando su vientre, pero reconociendo en todo momento su ajenidad al proyecto parental. Ella, como futura gestante, entiende el proceso como un acto de profundo amor, fundado en el profundo sentimiento que la une a los actores.

(...) informe emitido por la psicóloga de M., de donde surge que comprende de manera clara y expresa su voluntad de gestar y no maternar, consignando expresamente: "... uno de los aspectos que más estuvimos trabajando juntas es que ella va a gestar, no procrear. Ella tiene muy clara esta diferencia y manifiesta una clara intención de gestar a su sobrina o sobrino. No está en ella la necesidad de procrear ni de maternar (al menos por un tiempo largo). También demuestra mucho entusiasmo y alegría por ser parte de este proyecto tan importante para su hermano con quien tiene una muy buena relación...".

51. Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, 30/08/2022, “D., C.Y., F.D. y E.B.S. s/ Autorización judicial”

ANTECEDENTES

Una pareja heterosexual casada, junto con la Sra. B., gestante, se presentan y solicitan autorización para realizar una gestación por sustitución por ser esta la única vía de tener un nuevo hijo (tienen un niño nacido en 2014 por TRHA) a partir del único embrión que les queda criopreservado con su material genético.

RESOLUCIÓN

Autorizar la práctica de gestación por sustitución. Declarar la inaplicabilidad del artículo 562, 565 y 566 del CCyC.

Ordenar que, en la ficha única y numerada por el Registro Nacional de las Personas, los datos que se consignen correspondan a la persona nacida con la persona gestante. Eliminándose la expresión `madre`.

Dejar previsto que en caso de producirse el parto y nacimiento, la inscripción de la persona nacida de la gestación por sustitución, tendrá su registro filial a favor de sus padres de intención.

Ordenar que el legajo completo (integrado con la documentación del procedimiento TRHA y la copia de esta sentencia) sea resguardado a perpetuidad en las dependencias del Registro Civil.

FUNDAMENTOS

- Maternidad:

Haber parido no instituye la maternidad, aunque muchas veces coincidirá. Lo instituyente entre la que ha parido y ese “otro” nacido puede analizarse desde varios aspectos (biológico, subjetivo y social). No voy a explayarme sobre todos ellos. Solo me detengo en lo que señala la psicología cuando refiere que: [...] Para que ese organismo (del nacido) devenga al lugar de hijo hay que hacer una operación que es simbólica. Esta operación simbólica tiene que ver, entre otras cosas, con poder hacer “lazo” entre este producto biológico y el deseo. Porque a ese niño lo espera una trama simbólica que es productora de marcas subjetivantes [...].

- El llamado a legislar:

En cuanto al Estado Argentino y la falta de regulación legal, INSTAR al Congreso de la Nación Argentina, como medida de acción positiva derivada del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, a instalar en la agenda legislativa el tratamiento de la gestación por sustitución y/o, eventualmente, a promover el tratamiento de los proyectos que sobre la materia ya se hubieren presentado. La falta de regulación y anomia jurídica acelera la exposición de una parte de la ciudadanía a la desorganización social y el aislamiento del individuo en el acceso a los avances científicos, extremos inaceptables en un Estado de Derecho. A tales fines librese Oficio Ley.

52. Trib. Coleg. Inst. Única Civil de Fam. 4ºNom., Rosario, 11/2022, “R., T. S. Y S., S. C. Y D., R. P. S/ Venia Judicial”

ANTECEDENTES

Un matrimonio de mujeres, Sras. S. y R., pretensas madres intencionales, junto con la Sra. T., futura gestante, se presentan y solicitan autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución; requieren, además, que se ordene inscribir en el Registro Civil, al niño/niña/s concebido/s como hijo de las mujeres con voluntad procreacional.

Con anterioridad a la gestación por sustitución que solicitan habían acudido a TRHA. Luego de varios intentos, la Sra. R. queda embarazada. En la semana 24 de gestación le diagnosticaron preeclamsia moderada a alta, internación prolongada; el 20 de mayo le realizan una ecografía que muestra como la enfermedad estaba afectándola a ella y al bebé; se decide ese día realizar una cesárea; tuvo síndrome de Hellp durante la cesárea, pudieron sacar la mayor parte de la placenta y detener el sangrado; alcanzó a ver el diminuto cuerpo de su hija que pesaba 600 gramos al nacer; la niña luchó 4 días hasta el 24 de mayo que falleció. En el año 2021 se inscribieron en el RUAGA.

RESOLUCIÓN

Autorizar la transferencia embrionaria en la Sra. T. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Disponer que que la/s persona/s que nazcan como consecuencia de la práctica autorizada, será/n inscripto/s como hija/s o hijo/s del matrimonio con voluntad procreacional.

FUNDAMENTOS

- Imposibilidad de llevar a término un embarazo:

Conforme las constancias acompañadas, la técnica propuesta es la única alternativa posible para concretar el derecho a procrear y fundar familia de las solicitantes en la forma elegida por ellas, atento el diagnóstico de contraindicación de embarazo para ambas, dada la edad materna avanzada con factores de riesgos asociados; una de las solicitantes padeció síndrome de Hellp.

- Gestar para terceros sin ser madre:

Que, en el caso, T. compareció ante la suscripta y -más allá de los informes psicológicos acompañados- expresó claramente sus motivaciones para participar en el procedimiento de gestación por sustitución; se explayó sobre su proyecto de vida y su decisión de no maternar; ratificó su voluntad de gestar para Romina y Silvina. No albergo duda alguna que lo expresado por T. es su voluntad y que la decisión que expresa es libre y una manifestación de su autonomía personal, que ha reflexionado sobre su decisión y para ello ha cuenta con información precisa.

53. Juzgado de Familia de 1º Nominación de Córdoba, 07/06/2023, “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. – Solicita Homologación - LEY 10.305”

ANTECEDENTES

Una pareja en unión convivencial, conformada por la Sra. B. y el Sr. L., junto con la Sra. S., gestante, se presentan y solicitan se homologue el acuerdo de gestación por sustitución presentado, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC y se autorice a la realización de la práctica médica con gametos propios de la pareja, ordenando la correspondiente inscripción en caso de nacimiento con vida de una persona (hijo/a) a favor de la pareja con voluntad procreacional.

A la Sra. B. le diagnosticaron cáncer de útero (octubre 2019) por lo cual recibió diversos tratamientos complejos; los profesionales de la salud determinaron que se encuentra imposibilitada de llevar adelante un embarazo a término, aun cuando éste se realice con tratamientos de fertilidad en su propio cuerpo.

RESOLUCIÓN

Rechazar el pedido de homologación del acuerdo presentado.

Atento la gravedad del caso y la materia en cuestión, siendo la finalidad del presente fallo una contribución más a la visibilización de la imperiosa necesidad de que se regule la práctica de la gestación por sustitución, se exhorta al Poder Legislativo a fin de que regule dicha técnica de alta complejidad tendiente a lograr la superación de las dificultades que el vacío legal provoca, siendo endeble los criterios de determinadas praxis sociales y en post de salvaguardar los intereses de las personas más vulnerables.

FUNDAMENTOS

- Autonomía y vulnerabilidad social de la mujer que gesta:

Si bien la (gestante) tiene cierto ánimo solidario o “deseo de ayudar” a la Sra. B., el eje de su motivación es el económico, posicionándose claramente como una persona en situación laboral no circulando absolutamente ningún tipo de afectividad en la triada solicitante. La dicente no hace referencia a atisbos morales ya que no es su incumbencia indagar qué lleva a las personas a realizar tal o cual cosa siempre que se desarrolle en el

ámbito de la legalidad; pero si debe el Estado preservar y garantizar el respeto irrestricto de derechos fundamentales a personas en situación de vulnerabilidad evitando así un daño o consecuencias disvaliosas.

(...) en relación a la “elaboración” psíquica tendiente a superar los obstáculos que podrían plantearse no existe trabajo previo, no han podido decir que ocurriría en caso de que fracasase el embarazo, o existan inconvenientes a lo largo del proceso, o cuestionamiento por poner en juego derechos del orden a la salud sexual y no reproductiva. En el orden de lo simbólico, ha quedado evidenciado que la Sra. (gestante) no cuenta con herramientas socio- culturales tendientes a transitar semejante experiencia al menos de momento.

(...) En este orden, se constata que la presunta gestante no está siendo plenamente libre para dicha decisión, su voluntad se encuentra afectada por la multiplicidad de conflictos y problemas de índole socioeconómico que atraviesa y observa en la técnica una forma de salir de ello. Esto no sería cuestionable en principio y de manera exclusiva, si su decisión fuese el producto de un posicionamiento libre, pleno y autónomo guiado o motivado por una elección totalmente despojada de vestigios que la atraviesan colocándola en una situación de vulnerabilidad evidente.

(...) Lejos se encuentra de una actitud empoderada que la autodefina como persona en pleno uso de sus libertades asumiendo las consecuencias de dicha experiencia o práctica. Prueba de ello es que en la audiencia referenció “hacer lo que digan ellos”, cuando se le interrogó respecto a si tenía claro lo que sucedería cuando naciera la persona producto del embarazo. A su vez, no existen variables de ajustes en cuanto a las posibles respuestas o exigencias que podría solicitar la mujer gestante ante inconvenientes expresando “tener miedo”.

- Comercialización de la capacidad de gestar y fin de lucro:

Es decir, en la triada pareja comitente- mujer gestante- no existe lazo de parentesco ni vínculo de amistad-afectivo previo sino solo una vinculación contractual-comercial.

(...) En este marco, no se puede dejar de remarcar que la idea de gestación por sustitución importa –al menos- que circule cierta vocación altruista so pena de incurrir en actos prohibidos o ilegítimos. Más allá del vacío legal, no puede la suscripta avalar una relación donde se ha evidenciado una absoluta asimetría entre la pareja comitente y la persona gestante, no solo en lo referente a la condición socioeconómica, sino de acceso a la información, En este marco, no se puede dejar de remarcar que la idea de gestación por sustitución importa – al menos- que circule cierta vocación altruista so pena de incurrir en actos prohibidos o ilegítimos. Más allá del vacío legal, no puede la suscripta avalar una relación donde se ha evidenciado una absoluta asimetría entre la pareja comitente y la persona gestante, no solo en lo referente a la condición socioeconómica, sino de acceso a la información.

La Sra. (gestante) no tiene trabajo en blanco, considera que está “trabajando” para la pareja comitente dejando relegados sus propios deseos y derechos. Se advierte una situación de sumisión y temor a no “cumplir” con la actividad a la que fue convocada y teme por su propia salud y futuro laboral. Por tanto, abrir la comercialización de la capacidad reproductiva sin ningún tipo de salvedad, cuidado y acompañamiento conllevaría a una peligrosa ecuación que excede a un juzgado de familia y deberá dirimirse a nivel legislativo. Reitera: no se trata de una visión moral de la figura sino de protección de derechos de la parte más débil –en este caso la gestante- quien acude a prestar sus servicios de manera irregular, sin cobertura médica ni acompañamiento terapéutico, sin existencia de vínculo afectivo-amoroso o de parentesco con los comitentes e incluso atentando contra su integridad psico-física.

54. Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes N°1 Gualaguaychú, Entre Ríos, 11/08/2023, “W.J.C y otros s autorización judicial”

ANTECEDENTES

Se presenta una pareja de diverso género en unión convivencial junto con una amiga y solicitan autorización para realizar una gestación por sustitución con material genético de la pareja. Para ello presentan un acuerdo y peticionan su homologación.

RESOLUCIÓN

En este supuesto la decisión jurisdiccional se toma en la audiencia con las partes. Homologar el acuerdo arribado por las partes en cuanto a la práctica de fertilización in vitro y autorización para que la tercera como persona allegada resulte la gestante del niño/a que pueda llegar a nacer.

Establecer que como consecuencia de la expresión de la voluntad procreacional de la TRHA la pareja intencional, ambos quedan emplazados en sus condiciones de progenitora y progenitor del niño/a por nacer respectivamente.

FUNDAMENTOS

- Motivación de la mujer que gesta:

La Sra. M. expresa que la decisión de ayudar a la pareja es libre, consciente de los riesgos físicos que implica para su cuerpo la gestación, se muestra contundente en que sus derechos personalísimos: sobre su propio cuerpo, su libertad, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía no se encuentran restringidos, refiere los problemas físicos de S. para llevar adelante una gestación personal, la entrevistada es divorciada, tiene un hijo, el cual está en conocimiento de esta decisión, conoce al Sr. W. porque su madre trabajó años en el negocio de los padres de W. y desde ahí tienen una relación como familiar, expone que está segura de no tomar la gestación del/os futuros embrión/es como productor de vínculo filial con la criatura, muestra naturalidad en que tal gestación es un tránsito necesario para que la pareja pueda acceder a la maternidad y paternidad, se descarta con lo abordado cualquier situación de explotación o cosificación de la futura gestante.

55. Juzgado Familia Nro. 8 Godoy Cruz, Mendoza, 15/12/2023, "C., A. J. Sobre Medidas Precautorias (ART. 112 CPCCYT)"

ANTECEDENTES

Un matrimonio heterosexual solicita una autorización para realizar una gestación por sustitución con espermia propio y óvulos donados presentando un convenio privado de GS. En fecha 4 de abril de 2022⁶ la jueza concede la autorización, aunque rechaza la homologación del acuerdo por vulnerar los derechos personalísimos de la mujer gestante. Seis meses después la mujer gestante desiste del proceso. La pareja intencional, en fecha 1 de noviembre de ese mismo año, se presenta y peticiona nueva autorización con otra mujer que se ofrece como gestante, dicen haberse conocido a través de las redes sociales. La mujer gestante, además de haber gestado previamente para otros (dos años antes de la petición actual), se presenta al proceso con mismo patrocinio que la gestante que había desistido.

RESOLUCIÓN

Desestimar el pedido de autorización para llevar adelante la práctica de técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución, mediante ovodonación y transferencia embrionaria en el útero de la Sra. C.

FUNDAMENTOS

- Vínculo entre la gestante y los progenitores intencionales:

No queda acreditado este vínculo socio afectivo ni tampoco la conciencia y voluntad libre de la gestante, como factor determinante de la autonomía de la voluntad libre de vicios, a diferencia de lo que ocurrió con J. En efecto, de la entrevista personal mantenida con la Sra. V. se pudo apreciar un discurso escueto, cerrado, y sin implicancia emocional en relación a la magnitud de gestar para otra/s personas. A ello, se suma que en la misma oportunidad manifestó que ya había gestado para otra pareja en el año 2021.

(...) Del relato de la examinada, surge que por su propio interés comenzó a participar, de manera activa, en un grupo de FB que existiría, refiere, asociado a la temática de gestación por sustitución, en el año 2018. Es así, relata, que tomó contacto con la pareja con la cual se concretó este procedimiento a principios de 2021, siendo ella la gestante sustituta... que el vínculo de la examinada es, sobre todo, con la Sra. C. y focalizado en la temática. Se detecta, además, que no es un vínculo frecuente y que no se ha construido emocionalmente una relación entre ellas... se observa tendencia a proporcionar la información de manera controlada y cautelosa. Lo antedicho en función – según impresión clínica - de brindar una imagen, desde su relato, de empatía por las problemáticas de salud de la Sra. C., su valoración de la maternidad como una experiencia de vida que vale la pena transitar y su autopercepción de ser alguien a quien “le gusta ayudar” (sic), significativa, éste, que reitera a lo largo del examen... en cuanto al posible impacto de la gestación en su grupo familiar... se la observa

⁶ Juzgado Familia Nro. 8 Godoy Cruz, Mendoza, 04/04/2022, "C., A. J. SOBRE MEDIDAS PRECAUTORIAS (ART. 112 CPCCYT)", inédito.

con actitud minimizadora respecto de posibles situaciones de cuestionamiento, debates o incertidumbres, en su pareja, hijos e hija.

- Vulnerabilidad socioeconómica y la decisión de gestar para terceros:

La gestante se encuentra en un claro desequilibrio económico social con los Comitentes. (...) la Sra. V. reside en una zona de alta vulnerabilidad social y comparte sectores de la vivienda con otro grupo familiar. Desde este punto de vista, resulta evidente la vulnerabilidad de la gestante, la que comprende aspectos psíquicos y socioculturales. Estos desequilibrios se hacen también patentes o se visibilizan ante la existencia de idéntico patrocinio al de la Sra. J., Dra. I. B., abogada particular, que lejos de bregar por el respeto de sus derechos como gestante, ha permitido que suscriba un convenio de gestación con cláusulas que no garantizan su libertad como persona, y que además, quien suscribe, deslegitimó en la sentencia precedente. Este desequilibrio, también se verifica en los resultados de la pericia arriba descriptos. Reitero, la autonomía de la voluntad de V., en el caso, resulta enervada por su contexto y su realidad personal.

56. Juzgado de Familia Nro. 3 de Familia, Paraná, 26/12/2023, “L. L. M., B. R. G. y M. D. N. S/Autorización judicial”

ANTECEDENTES

Se presenta una pareja de varones en unión convivencial junto con una amiga y solicitan autorización para realizar una gestación por sustitución con material genético de uno de los miembros de la pareja y ovodonación. Para ello presentan un acuerdo y peticionan su homologación.

RESOLUCIÓN

En este supuesto la decisión jurisdiccional se toma en la audiencia con las partes. Autorizar la gestación por sustitución, homologa el acuerdo presentado.

Establecer que la pareja intencional sea emplazada como progenitores del niño/a que nazca de la practica autorizada.

FUNDAMENTOS

La decisión de autorizar la práctica consta en acta de audiencia celebrada entre las partes de la cual no surgen o transcriben los fundamentos tenidos en consideración.

C. PETICIONES INTERPUESTA DURANTE EL EMBARAZO

1. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 15/12/2015, “C.M. E. Y J. R. M. por inscripción de nacimiento”

ANTECEDENTES

Un matrimonio, Sra. M. E. C. y el Sr. M.J.R., se presentan a la justicia e interponen una acción de inscripción de nacimiento de tres niños por nacer, siendo la mujer gestante, la Sra. C. B.D., madre de la aquí presentante; dado que los mismos fueron concebidos mediante una gestación por sustitución con embriones conformados con el material genético del matrimonio. En fecha posterior al inicio de este proceso, 9 de marzo de 2015, nacen los tres niños y se los inscribe como hijos de la mujer que los ha gestado sin consignar filiación paterna. Una vez presentadas las partidas de nacimiento y los resultados de la prueba de ADN se imprime el trámite previsto en el art. 76 bis de la ley 6354 como acción declarativa para determinar la filiación de los niños recién nacidos.

RESOLUCIÓN

Determinar que la filiación paterna y materna de los niños M., B. y C., todos de sexo masculino, nacidos el día 9 de marzo del 2015, corresponde matrimonio, Sr. M.J.R. y Sra. M.E.C. Ordenar la inmovilización de las actas de nacimiento Nro. 955, 956 y 957, todas del Libro-Registro N° 10.474, Año 2015, de la Oficina Godoy Cruz, departamento homónimo, del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Mendoza. Ordenar la inscripción de los tres nacimientos bajo la forma de sendas nuevas actas de nacimiento, en el respectivo libro del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, del domicilio de los peticionantes, en la que deberán figurar los niños como: M., B. y C., hijos del matrimonio compuesto por el Sr. M. J.R. y la Sra. M.E.C. Asimismo deberán confeccionarse los respectivos DNI a nombre de los niños, con los datos filiatorios precedentemente dispuestos. Imponer a los progenitores, a partir del momento en que sus hijos adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarles respecto de su origen

gestacional (cf. art. 563 y cc. CCyC). Relatan que la Sra. M.E.C. no podía gestar por sí hijos porque ha sufrido una histerectomía de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé. Sin embargo, conserva sus óvulos. De esta manera, la madre de la Sra. M.E.C., conmovida por la situación de su hija, decide ayudarlos a gestar un bebé, en forma altruista y gratuita.

FUNDAMENTOS

- Pluralidad de formas de familia y GS:

En palabras de Herrera, Lamm y Kemelmajer gracias a la utilización de estas técnicas se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales en tanto si bien podremos hablar de la utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para parejas heterosexuales -casadas o no- y dentro del marco de la llamada fecundación homologa (como es el caso de autos) también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual, etc. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto d las técnicas de reproducción humana asistida”. Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, p. 6).

Dentro de la variedad que incluyen estas técnicas encontramos la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos (denominándose en este caso homologa) que es el supuesto que se plantea en las presentes actuaciones.

Empero, la circunstancia particular que aquí se ha dado es que el material genético fue implantado en un vientre que no era el de quien aquí reclama la maternidad utilizando la técnica denominada “gestación por sustitución”.

La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental (...).

2. Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H. M. y otro/a s/Medidas precautorias”

ANTECEDENTES

Se presentan M. R. H. y M. C. H., hermanas, peticionando con carácter urgente autorización judicial para la inscripción de la niña por nacer ante el Registro Nacional de las Personas con el prenombre M. S., actualmente en gestación por medio de técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos de la propia pareja (FIV/ICSI) y con inminente y probable fecha de parto para el 19 de enero de 2016.

M. R. H. (36 años) se enteró a los quince años en su primera consulta ginecológica que padecía amenorrea primaria (ausencia de menstruación durante toda la vida). Que realizó estudios médicos desde el año 2000, fecha en la que supo que tenía un enfermedad congénita, Síndrome de Rokitansky. Ante este diagnóstico, M. C. H., su hermana, decidió ayudarla a gestar el bebé, en forma altruista y desinteresada. Expresan que realizaron un tratamiento de fecundación in vitro (con óvulos y esperma de la pareja con voluntad procreacional) y posterior implantación de dos embriones en el útero de la hermana, habiendo anidado sólo uno de ellos

Refieren que el embarazo comenzó en mayo de 2015 con la vigencia del viejo Código Civil y que M. tiene fecha de parto para el 19 de enero de 2016, por lo que, a fin de cumplir con lo dispuesto por los arts. 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación, protocolizaron ante escribano la instrumentación del consentimiento en las TRHA que el Centro de Fertilidad había recabado oportunamente.

RESOLUCIÓN

Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz. Emplazar a la niña, dada a luz por M. C. H., si nace con vida, como hija de M. R. H. y de C. J. N. A. (art.21 Código Civil y Comercial de la Nación).

Ordenar la expedición del certificado de nacimiento correspondiente a la niña dada a luz por M. C. H. con el nombre de M. S. A. H. como hija de M. R. H. y de C. J. N. A. (art.559 Código Civil y Comercial de la Nación)

Ordenar conceder a M. R. H. la licencia de maternidad correspondiente para el cuidado de su hija. Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su hija adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

Fijar audiencia de seguimiento ante el Equipo Interdisciplinario para el día 26 de febrero a las 10 hs., a la que deberán concurrir M. R. H. y C. J. N. A. y M. C. H. y L. C. O., acreditando la iniciación de terapias psicológicas individuales, de conformidad con el informe psicológico obrante.

FUNDAMENTOS

- Principio de legalidad:

El Anteproyecto del CCCN regulaba expresamente la gestación por sustitución, que fue posteriormente eliminada del texto definitivo aprobado por el Congreso.

No obstante, se sostiene por parte de la doctrina que la gestación por sustitución no ha sido prohibida, lo que significa que la cuestión queda sujeta a la discrecionalidad judicial. En consecuencia, en la actualidad cobran especial relevancia las decisiones judiciales, ya que en las decisiones a adoptar se deben proteger los derechos de todas las personas intervinientes, en especial el interés superior del niño y el derecho a la identidad.

Como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 de la Constitución Nacional). (...)

Según dichas interpretaciones, la gestación por sustitución contaría con recepción implícita en el CCCN, por considerar que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la tecnologías derivadas del conocimiento científico.

- El Acceso a las TRHA como derecho humano:

Por ello se considera que, en Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA (emergente muchas veces en el dolor producido la invisibilidad social y por la falta de comprensión y la discriminación ante la diversidad) es un derecho fundamental, ya que constituyen el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás. (...).

En la actualidad, la ley 26.862, en armonía con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”, garantizaría el libre acceso a las TRHA a toda personas mayor de edad que explicita su consentimiento informado sin discriminación alguna, en pos del derecho a intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o entendido como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos, vale decir un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

En este marco normativo, puede afirmarse que M. H. titulariza con su pareja, en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que en su caso la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución.

- Principio de igualdad y no discriminación por motivos socioeconómicos:

Con razón se ha afirmado que la decisión de eliminar la regulación de la gestación por sustitución como un retroceso, “al desatender una realidad instalada en nuestra sociedad que deja traslucir una fragmentación social entre quienes contando con capacidad económica pueden recurrir a una gestación por sustitución internacional vía Estados Unidos o la India y aquellos que no se encuentran en condiciones de poder hacerlo, situación que conlleva a una afectación del principio bioético de justicia. [...] Atendiendo a esta realidad, la justicia nacional abrió un camino que se proyecta hacia la admisión de la gestación por sustitución nacional. Adherimos al criterio seguido, por entender que conforme el sistema de fuentes interno en el derecho argentino, el borrar la gestación por sustitución del CCCN no implica prohibición. (...)

Sobre este último aspecto, es importante tener en cuenta que las prohibiciones legales o las limitaciones emergentes de la falta de regulación de la técnica resultan discriminatorias, en tanto se aplican mayormente a personas o parejas –de igual o distinto sexo- que no pueden afrontar los costos de una práctica compleja, como es la gestación por sustitución, en el exterior. Por lo que, quienes tienen los recursos económicos viajan a países donde la gestación por sustitución está permitida o, como en el caso de la India, donde por falta de marco regulatorio se han verificado abusos e injusticias de las que son víctimas las gestantes.

- Autonomía relacional y la decisión de la mujer gestante:

Respecto de la autodeterminación de la mujer, para evitar enfoques paternalistas considero es necesario atender el problema desde una perspectiva de derechos humanos con enfoque de género, como marco básico de toda acción destinada a “potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativa a su salud sexual y reproductiva”, porque precisamente en el centro de la cuestión se halla el concepto de “autonomía”, requisito ineludible en todo proceso de decisiones auténtico.

(...) el concepto de “autonomía” debe ser objeto de algunas precisiones, a fin de poner de relieve limitaciones que permiten problematizar y “estar alertas”, como manda el Comité para la Eliminación de la Discriminación, para detectar discriminaciones ocultas prohibidas por la Convención (Recomendación General Nro.28, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, ONU).

Así, autoras como Susan Sherwin, problematiza la medida en que somos directores de nuestras vidas mediante el concepto de “libertad situada”, señalando que la formulación convencional de la decisión “libre” y “voluntaria” no considera aspectos sociales y de comportamiento que ejercen coerción sobre nuestra libertad de deseo (rango de opciones desde el cual “elegimos” –p.ej. medicalización del parto y de la salud–; contexto de subordinación de género desde cual decidimos; presión social de género ejercida sobre las propias decisiones y los condicionamientos de las elecciones de orden educativo, religioso, de creencias e interacciones sociales). Para ello, propone el concepto de “autonomía relacional”, en el que impera no la ética principista –caracterizada por la universalidad ciega a las realidades particulares y locales–, sino una ética sustentada en teorías bioéticas más contextuales, específicas y prácticas, “respetuosa”, “culturalmente sensibles” y, agregamos, “génerosensitivas”, que traen luz a las componentes ocultas de nuestras decisiones, y desde ese ámbito borrosos obstruyen toda posibilidad de operar modificaciones en las relaciones de desigualdad que producen inequidad y que han sido incorporadas culturalmente mediante los procesos de socialización como “naturales”, a pesar de ser construcciones de carácter histórico. (Rosales, Pablo O., Villaverde, María Silvia, “Salud Sexual y Procreación Responsable. Desde una perspectiva de Derechos Humanos con enfoque de género. Estudio de la ley 25.653, normativa nacional, provincial y comparada. AbeledoPerrot, 2008, pp.49-52).

- El llamado a legislar:

Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo e producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea.

El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de los convenios. Ese interés exige contar con un marco legal de protección, que “brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva”.

- Tutela judicial efectiva y prevención de daños:

En este caso garantizar el interés superior de la niña que nacerá en el mes próximo, implica tutelar efectivamente, es decir oportunamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ella se incluirá como una más de la familia.

La gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás.

Por ello, como mandan los tratados de derechos humanos ya mencionados ut supra “en las condiciones de su vigencia”, la misión del Estado –en esta coyuntura, el Poder Judicial- es resolver teniendo en cuenta las

características del caso y no en pos de principios abstractos o a la luz de fantasmas tecnológicos, que no se verifican en la especie.

Así, la tutela judicial efectiva y la protección preferente de las personas en situación de vulnerabilidad exige a la jurisdicción la adopción de medidas positivas adecuadas para generar las condiciones que maximicen las posibilidades de seguridad y felicidad a todos los integrantes de las dos familias participantes en la gestación por sustitución, adultos y menores de edad, en lugar de establecer desventajas excluyentes o barreras burocráticas estigmatizantes.

Por ello, desde un enfoque psico-constitucional-convencional, la solución que mejor satisface esos intereses es la que logre reflejar el amor filial de los progenitores hacia su hija en la documentación que se le expide para su identificación en el momento de inscribir su nacimiento.

- Licencia por maternidad:

Atento a la relevancia que reviste el cuidado del niño para su desarrollo integral, a la protección debida a las familias en todas sus formas como “elemento natural y fundamental” de la sociedad, y teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/2003 estableció que “[l]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades”, como parte del *ius cogens*, considero que, también como medida preventiva de todo daño a los derechos que emanan de la dignidad humana en el marco del art.52 del Código Civil y Comercial, que se debe conceder a los progenitores las correspondientes licencia por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado de la hija en los primeros días de vida, en las mismas condiciones que las demás familias y con las demás y los demás niños, ya que “la gestación por sustitución es una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia y no existe un único tipo de familia sino tanto como las personas puedan y quieran construir, en pareja o solas”. (PEREZ, Agustina, “Gestación por sustitución y licencias por maternidad/paternidad. La agenda de cuidado a la luz de la jurisprudencia española y la perspectiva argentina”).

3. Juzgado Familia N 7, Lomas de Zamora, 30/11/2016, “B. J. D. y otros s/materia a categorizar”

ANTECEDENTES

Un matrimonio, Sra. J. y Sr. D., junto con la madre de la primera -mujer gestante-, se presentan y peticionan con carácter urgente -medida precautoria- autorización judicial para la inscripción del niño por nacer, en el marco de una gestación por sustitución con gametos propios de J. y D., con probable fecha de parto para el 30 de noviembre de 2016, como hijo del matrimonio y no de su abuela quien solo lo ha gestado.

Cuando la pareja formada por J. y D. decidieron ser padres, J. queda embarazada con fecha probable de parto para el día 26 de septiembre de 2012. En el mes de agosto del mismo año, sufre un desprendimiento prematuro de placenta, cuya urgencia culmina en una cesárea y con el resultado del feto muerto. En el momento inmediato a la cesárea, ante la falta de retracción del útero y el peligro de muerte de la madre, los médicos actuantes debieron efectuar la histerectomía total, mediante el cual se extirpa la totalidad del útero y el cuello uterino casi en su totalidad.

En el año 2014, el matrimonio, acompañado por la Sra. C., madre de J., concurren a la consulta en la institución médica mencionada. Que ya con los antecedentes y los estudios médicos que J. portaba, se les explicó que si los ovarios funcionaban correctamente podrían acceder a la realización de técnicas de fertilización asistida, pero que la falta de útero no permitiría la gestación.

Fue ya en ese momento inicial y en esa consulta, en el que la Sra. C. exteriorizó ante el médico que ella se ofrecía a gestar a su futuro nieto si esa era la única posibilidad para que su hija pudiera acceder a la maternidad. Debido al costo elevado la pareja no pudo acceder en ese momento a la realización del tratamiento.

Previo suscripción del consentimiento informado del matrimonio y de la Sra. C., mediante técnicas de fecundación asistida con óvulo aportado por J. y espermatozoide aportado por D., se logró el embrión que se transfirió a la Sra. C. con fecha 23 de marzo de 2016, logrando su implantación y gestación.

RESOLUCIÓN

Se declara la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCyC.

Se ordena emplazar al niño dado a luz por la Sra. S. B. C., si nace con vida, como hijo de J. y de D. Asimismo, se ordena la expedición del certificado de nacimiento correspondiente al niño dado a luz por S. B. C. con el nombre de D. N. G. B., como hijo de J. y de D. (art. 559 Cód. Civil y Comercial de la Nación).

Se concede a D., la licencia por paternidad correspondiente para el cuidado de su hijo

Se impone a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

FUNDAMENTOS

- Principio de legalidad:

Como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la Constitución Nacional). Así se lo ha entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015).

(...)
Según dichas interpretaciones, la gestación por sustitución contaría con recepción implícita en el CCCN, por considerar que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la tecnologías derivadas del conocimiento científico.

- Artavia:

En la actualidad, la ley 26.862, en armonía con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”, garantizaría el libre acceso a las TRHA a toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado sin discriminación alguna, en pos del derecho a intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o entendido como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos, vale decir un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

En este marco normativo, puede afirmarse que J. titulariza con su marido, en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que, en su caso, la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución.

Ante la imposibilidad de J. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, la gestación por otra mujer —en este caso su madre S. B. C.— se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD” - ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Explotación o cosificación de la mujer gestante:

Este último es otro aspecto crítico de la gestación por sustitución que no se puede obviar desde un enfoque de derechos humanos, en particular de género, pero que no se soluciona sino regulando.

Se trata de la cuestión de la explotación y cosificación de la persona gestante, que en la especie a resolver no se verifica ya que se trata de un caso de un acuerdo entre personas de una misma familia: madre, padre, hija y yerno. Lo que refuerza la necesidad de legislar porque la prohibición o la falta de regulación o silencio de la ley “potencia o aumenta el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica debido a que provoca que la gestación por sustitución se realice al margen de la ley y, en muchos casos en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias”, como ocurre en la India por falta de consentimiento, abortos clandestinos no consentidos ni informados, falta de pagos a las gestantes- (...).

- Decidir gestar para terceros. Autonomía relacional:

Con relación al respeto por la autodeterminación de la mujer —aspecto de la cuestión contemplado por Eleonora Lamm— para evitar enfoques paternalistas es preciso abordar el problema desde una perspectiva de

derechos humanos con enfoque de género, como marco básico de toda acción destinada a potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativa a su salud sexual y reproductiva, precisamente porque en el centro de la cuestión se halla el concepto de “autonomía”, requisito ineludible en todo proceso de toma de decisiones auténtico.

El concepto de “autonomía” debe ser objeto de algunas precisiones, a fin de resaltar sus limitaciones y así cumplir con la obligación estatal de “estar alertas y condenar todas las formas de discriminación, incluso aquellas que no se mencionan en forma explícita en la Convención o que puedan aparecer con posterioridad” (Recomendación General Nro. 28, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, ONU - CEDAW/c. Gc. 28 - párr. 15).

Así, autoras como Susan Sherwin, problematizan la medida en que somos directores de nuestras vidas mediante el concepto de “libertad situada”, señalando que la formulación convencional de la decisión “libre” y “voluntaria” no considera aspectos sociales y de comportamiento que ejercen coerción sobre nuestra libertad de deseo (rango de opciones desde el cual “elegimos” —p.ej. medicalización del parto y de la salud—; contexto de subordinación de género desde cual decidimos; presión social de género ejercida sobre las propias decisiones y los condicionamientos de las elecciones de orden educativo, religioso, de creencias e interacciones sociales).

Para ello, propone el concepto de “autonomía relacional”, en el que impera no la ética principista —caracterizada por la universalidad ciega a las realidades particulares y locales—, sino una ética sustentada en teorías bioéticas más contextuales, específicas y prácticas, “respetuosa”, “culturalmente sensibles” y, agregamos, “género-sensitivas”, que traen luz a las componentes ocultas de nuestras decisiones, y desde ese ámbito borroso obstruyen toda posibilidad de operar modificaciones en las relaciones de desigualdad que producen inequidad y que han sido incorporadas culturalmente mediante los procesos de socialización como “naturales”, a pesar de ser construcciones de carácter histórico (...).

- El llamado a legislar:

La jurisprudencia ha venido subsanando de alguna manera el vacío de regulación, pero es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura.

Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo y producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea.

- Prevención de daños y medida preventiva:

La acción prevista en el art. 52 del CCCN consagra, para la protección integral de la dignidad humana, la idea de la prevención en coherencia con el artículo 43 de la Constitución Nacional, así como con las reglas generales sobre responsabilidad civil. La faz preventiva de daños de la tutela articulada resulta apropiada para asegurar el acceso justo, efectivo y rápido a la justicia en la especie, a fin de evitar el menoscabo de derechos fundamentales de personas en situación de vulnerabilidad, en virtud de diversos obstáculos que le interpone el sistema, a lo que se agrega la incertidumbre y la zozobra que significa para ellos estar pendientes de una sentencia judicial que evite que el niño por nacer, a la que todos como familia están esperando, sea inscripto como hijo de su abuela y hermano de su madre.

Advierto que la respuesta jurisdiccional en este caso no reviste naturaleza cautelar, sino que se trata de una medida urgente en el marco de la justicia preventiva estructurada por el CCCN, como concreción en el ámbito nacional de los estándares propios de un “proceso justo”, como decía Morello.

También debo señalar que la medida peticionada, que halla encuadre procesal en la medida preventiva, comporta en su interior —conforme lo expresado en los párrafos que anteceden— una acción declarativa de certeza como antecedente para la eficacia de la protección articulada mediante la acción preventiva.

- Inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC de oficio:

Por lo que, admitida en los términos expresados la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad aunque no exista petición expresa de parte, por cuanto ha sido expuesto ut supra a juicio de la suscripta el art. 562 del CCCN es inconstitucional y anticonvencional, en este caso concreto, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, lo que implica que de no declararse la inconstitucionalidad de la norma —atento su imposible compatibilización con el ordenamiento jurídico de acuerdo a una interpretación literal, teleológica y sistémica, como lo establece en el articulado del Título Preliminar del Código de fondo, y atento que no puede obviarse la relevancia del artículo por formar parte de las reglas generales en materia de TRHA—, el niño por nacer habría de ser inscripto como hijo de su abuela, lo que resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción, máxime cuanto las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial (art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos).

- Licencia por paternidad:

(...) se debe conceder a los progenitores las correspondientes licencias por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado del hijo en los primeros días de vida, en las mismas condiciones que las demás familias y con las demás y los demás niña/os (...).

4. Juzgado Civil 83, 12/04/2019, “M., R.J. y otros s/ medidas precautorias”

ANTECEDENTES

Un matrimonio, conformado por el Sr. P. y el Sr. M., junto con la Sra. R., quien se encuentra gestando para ellos, se presentan y solicitan el dictado de una medida cautelar innovativa urgente y el dictado de una sentencia definitiva. Plantean la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN.

Se produce el nacimiento de la niña durante el proceso. El juez rechaza la medida cautelar innovativa urgente por no cumplir los requisitos formales. No obstante, ante la revocatoria planteada por la Defensora de Menores, ordena la inscripción preventiva en los términos de la Disposición 103 2017 de la DGRC de la niña.

Luego de transcurrido 45 días del nacimiento, se presentan los cónyuges, la mujer gestante y la niña, oportunidad en que la Sra. R. ratifica en todos sus términos lo ya manifestado como así también la conformidad con la petición efectuada por los Sres. P. y M.

RESOLUCIÓN

Hacer lugar a la demanda. Ordenar inscribir en forma definitiva a la niña nacida en el marco de una gestación por sustitución como hija del matrimonio con voluntad procreacional. Imponer a los progenitores el deber de informar a la niña sobre su realidad gestacional, cuando alcance edad y grado de madurez suficiente. Se rechaza el pedido de declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCyC.

Atento el vacío legislativo existentes en la materia y en pos del resguardo de los derechos humanos fundamentales que emanan del plexo constitucional – convencional, invito a los miembros del Poder Legislativo a tratar dicha temática a los fines de dar una debida respuesta a las situaciones familiares actuales que garantice el acceso y la igualdad de todos los habitantes de la República Argentina a los derechos humanos fundamentales garantizados en nuestra Carta Magna y los Tratados de Derechos Humanos a ella incorporados.

Dar intervención a la Secretaria de Salud a fin de que por la vía y forma que considere corresponda, disponga las medidas necesarias a los fines de evitar en el futuro realizar esta práctica sin una autorización judicial con el objeto de que con la debida autorización judicial previa se otorgue a los beneficiarios de esta práctica una mayor seguridad jurídica.

FUNDAMENTOS

- La falta de regulación y la negativa a recurrir a la adopción como solución:

Dicho lo anterior, nos encontramos con la concepción y luego nacimiento de una niña que cuenta con material genético de uno de los miembros del matrimonio, que a la sazón han desplegado con notable riesgo y costo una evidente voluntad procreacional y que según la legislación vigente tendría como madre a una mujer que no comparte patrón genético y tampoco tiene voluntad de criarlo, sino solamente de gestarlo. A su vez el art. 611 del CCC prohíbe la entrega directa del niño por parte de la madre, por lo que si pretendiesen adoptarlo

debieran recurrir a una simulada relación extramatrimonial entre algunos de los miembros del matrimonio, por ejemplo, del padre aportante de los gametos masculinos y la madre gestante, para luego realizar una adopción de integración por parte del matrimonio comitente. Resultaría un derrotero jurídico ficticio para llegar al mismo resultado. Entiendo que la verdad podrá ser cuestionable, dado que la institución de la GS fue quitada expresamente del articulado legal aprobado por el legislador, pero a todas luces un camino más genuino, ante el hecho consumado del nacimiento de la niña.

- La motivación de la mujer que gesta:

En esta inteligencia es que entendí que la niña, a quien ya le habían puesto nombre los comitentes, debía nacer en las mejores condiciones que se le puedan brindar. Es aquí donde considere brindarle a la mujer gestante, al momento de la audiencia del 23 de agosto de 2018, la mayor tranquilidad, que el compromiso por ella asumido con sus dos amigos de ofrecerse para darles un hijo a quienes por su naturaleza no podían acceder, atento su grado de avanzada gravidez, era un primer paso para que esa niña nazca con la mayor paz y sosiego posible. Su conducta, que he podido cotejar a través de una extensa entrevista personal, abonada por fotografías históricas que permiten dar credibilidad a la versión altruista de su cometido, no me permite tachar de inmoral, al contrario, me resulta genuinamente benévola.

5. Juzgado de Familia N°2, Bahía Blanca, 04/04/2022, “A. P. G. R. Y OTROS s/Medidas Precautorias”

ANTECEDENTES

Se inicia una medida cautelar autosatisfactiva en el marco del proceso de gestación por sustitución intrafamiliar que llevan adelante la Sra. G. y el Sr. H. -progenitores intencionales- junto con la prima hermana del Sr. H., Sra. E., que se encuentra transitando un embarazo con fecha parto estimada y probable para el 11 de abril de 2022.

Peticionan se decrete la inconstitucionalidad de los arts. 562 del CCyC y que al momento del nacimiento se ordene la inmediata inscripción de la niña como hija de la pareja con voluntad procreacional.

La Sra. G. expuso que su imposibilidad de ser madre data del año 2012, atento a un terrible accidente con su vehículo por el cual presentó múltiples lesiones, permaneciendo en coma y requiriendo diversas intervenciones quirúrgicas. Sostuvo que aun presenta secuelas de ese accidente, siendo la más difícil de asumir su imposibilidad de concebir y gestar un hijo/a en su vientre.

Antes de iniciar la GS en el país, efectuaron averiguaciones en Estado Unidos, opción que les resultó económicamente inalcanzable, y posteriormente se inscribieron en el registro de adoptantes, quedando sujetos a las esperas propias del proceso de adopción, sin tener ninguna novedad hasta la fecha.

RESOLUCIÓN

Decretar la inconstitucionalidad e inconveniencia del art. 562 del CCyC. Al momento del nacimiento, ordenar la inmediata inscripción de la niña como hija de la pareja con voluntad procreacional. Conste que todas las partes involucradas se comprometieron, a partir del momento en que la niña adquiera edad y madurez suficiente para entender, a informarle respecto de su origen gestacional.

Sin perjuicio de la licencia que pueda estar gozando en la actualidad, a fin de garantizar el derecho integral a la salud de la Sra. gestante, oficiase a la empleadora con copia del presente a efectos de que conceda licencia laboral como gestante por el periodo que corresponda por ley y/o indiquen los profesionales tratantes.

FUNDAMENTOS

- Compensación de gastos:

Asimismo, establecieron las obligaciones de los Sres. (con voluntad procreacional) se comprometieron a proveer a la Sra. (gestante) de cobertura médica y afrontar todas las erogaciones médicas (estudios, medicamentos, etc.), proveerle un seguro de vida, solventar los gastos de vestimenta, asesoramiento psicológico y legal que fuera necesario, entre otros.

(...)

En relación a los gastos y erogaciones que se comprometieron a solventar los comitentes, así como el monto consignado al efecto, siendo que esta compensación está destinada -como han indicado- a cubrir gastos de salud, cuidados, asesoramiento legal y psicológico, entre otros, y las partes han resaltado el acto altruista que

realiza la gestante, entiendo que no corresponde a la suscripta efectuar consideración alguna, desde que los documentos que se han arrimado sirven fundamentalmente como elementos probatorios a los efectos de constatar el consentimiento informado de todas las partes. Por otro lado, se ha corroborado que existe una relación de parentesco y afecto genuino, no encontrando motivos que permitan inferir aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

6. Juzgado de Familia N°9 Morón, 16/06/2022, “S.M.L. y otros s/ medida precautorias”

ANTECEDENTES

Se inicia una medida cautelar autosatisfactiva en el marco del proceso de gestación por sustitución que llevan adelante la Sra. M. y el Sr. I. -progenitores intencionales- junto con la Sra. C, gestante, que se encuentra transitando un embarazo con fecha parto estimada y probable para el 23 de junio de 2022.

Peticionan se decrete la inconstitucionalidad de los arts. 562 del CCyC y que al momento del nacimiento se ordene la inmediata inscripción del niño como hijo de la pareja con voluntad procreacional.

RESOLUCIÓN

Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Emplazar al niño, dado a luz por la Sr. C., como hijo de la pareja con voluntad procreacional.

Ordenar conceder a la madre con voluntad procreacional la licencia de maternidad correspondiente para el cuidado de su hijo. Librese oficio a la empleadora.

Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional. A esos efectos hágase saber a la institución interviniente que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor/a y/o el niño, cuando hubiera alcanzado la mayoría de edad o antes de ello, si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

FUNDAMENTOS

- Acuerdo gestacional celebrado entre las partes:

Asimismo, tengo con la documental acompañada que las partes han suscripto ante la Notaria, un acuerdo de gestación por sustitución a pedido de la Clínica Fertilis, en el que C., es la gestante y M. con su pareja I. resultan ser los comitentes. De su lectura se desprende que la motivación de la gestante tiene fines altruistas, solidarios y humanitarios y cuyo fin es brindar su capacidad gestacional a los comitentes a fin de que puedan lograr su proyecto parental a través de este proceso. Asimismo, del mismo se puede vislumbrar que no posee voluntad procreacional de tener un hijo propio, que no desea tener vínculo jurídico con la persona por nacer, ni vínculo filiatorio por este tipo de tratamiento, comprometiéndose en dicho documento a efectuar todos los controles médicos que sean necesarios para preservar el normal desarrollo de la gestación, en cuanto a los comitentes le proporcionaran a la gestante la cobertura de la empresa de medicina prepaga MEDICUS, hasta seis meses después del nacimiento del niño, un seguro de vida por el plazo de un año, todos los gastos médicos que demanden este proceso y no estén cubiertos por MEDICUS y una compensación económica en virtud de las implicancias del procedimiento.

(...)

los comitentes, conocedores de las implicaciones del procedimiento que se llevara a cabo propone una compensación que se abonara bajo la siguiente modo: Un pago mensual y consecutivo de pesos treinta y cinco mil con 00/100 (\$ 35000) por el plazo de doce (12) meses, pudiendo extender en razón del resultado del procedimiento, realizando el primer pago la semana en la que se realice la transferencia. Dicho pago se abonara en efectivo del 1 al 5 de cada mes. Asimismo, los comitentes abonaran a la gestante la suma de U\$3 3.800 (dólares estadounidenses billete tres mil ochocientos) en tres cuotas, pagaderas de la siguiente forma y cada una de ellas sujeta a las condiciones que se detallan a continuación: 4a) La primera cuota asciende a la suma

de U\$S 400 (dólares estadounidenses billete cuatrocientos) y que será abonada una vez que el análisis de la hormona beta-hCG arroje un resultado positivo y su evolución sea confirmada en el estudio ecográfico respectivo. 4b) La segunda cuota asciende a la suma de U\$S 800 (dólares estadounidenses billete ochocientos) y será abonada cumplido el curso ininterrumpido de tres (3) meses de embarazo. 4c) La última cuota restante por un monto de U\$S 2600 (dólares estadounidenses billete dos mil seiscientos) será abonada en oportunidad de concretarse el nacimiento y a las 48 hs. del alumbramiento.

- Motivaciones de la mujer gestante:

Asimismo, del Informe interdisciplinario de fecha 12 de agosto de 2021 de la Sra. C. “C. establece contacto con los requirentes a través de una página de Facebook sobre gestación por sustitución donde estos exponen su caso y la búsqueda de una gestante. Se pone en contacto con ellos e inician conversaciones. Cuenta que “estaba en tema”, ya que es donante de óvulos y en la clínica en la que dona le sugirieron la posibilidad de realizar una gestación. Además, sabía de qué se trataba la gestación por sustitución por tener contactos cercanos que han accedido a ser padres de este modo. Esta será la primera vez que realice una gestación para otros, en oportunidades anteriores conversó con otras parejas, pero no se sintió cómoda. La historia de M. e I. la conmovió particularmente y dice que se sintió a gusto desde el inicio. Indica que le gusta poder ayudar a otros a construir su familia y admite que el dinero le viene bien.

- Decidir sobre el propio cuerpo, paralelismo con el aborto:

El derecho de la mujer a controlar su cuerpo es fundamental en la lucha por el control de su vida. Este control se manifiesta de muchas maneras, pero el elemento principal de control es la elección: la opción de no quedar embarazada, la opción de quedarse embarazada, y la decisión de abortar. La decisión de convertirse en gestante o de recurrir a una gestante es una evolución natural del derecho a la libertad reproductiva. De esto se desprende que limitar las decisiones de las mujeres respecto a la gestación por sustitución implica limitar las opciones que ya han sido garantizadas por la ley a las mujeres. En otras palabras, las mujeres, como seres libres e independientes, deben tener derecho a decidir si desean, o no, ser gestantes (Lieber 1992). Ahora bien, este argumento, supone libertad y autonomía. (MJ-DOC-13769-AR | MJD13769).

- Acuerdo privado exigido por el Centro:

Por ello, y sin perjuicio de que se desprende de los informes obrantes, "...que los comitentes y la gestante mantendrían un lazo afectivo y de confianza ...", adhiero nuevamente a lo dispuesto por el Ministerio Público Fiscal, en cuanto a que dicho acuerdo es realizado a solicitud del centro FERTILIS, Medicina Reproductiva con domicilio sito en Av Fondo de la Legua n 277 Boulonge, Provincia de Buenos Aires, he de remitir copia de las presentes actuaciones al Ministerio Público Fiscal de San Isidro ante la posible comisión de un delito de acción pública, comunicando también al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires para que tome conocimiento de los procedimientos médicos llevados a cabo en el ámbito de esta provincia, ya que la determinación de la filiación de un niño sea ya cambio de dinero (como compensación económica) o por razones socio-afectivas no puede quedar librada al acuerdo de los particulares en el ámbito privado.