



Universidad de  
**San Andrés**

**UNIVERSIDAD DE SAN ANDRES**

**Departamento de Derecho**

**Abogacía**

**TESIS DE GRADO**

**“Una realidad que se impone: el reconocimiento extraterritorial y local de la  
gestación por sustitución”.**

Autora: Lara Gómez Tomei

Legajo: 29.096

Mentora: María Gracia Andía

Buenos Aires, 1 de julio de 2020

# Abreviaciones

Anteproyecto o Anteproyecto CCyCN: Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)

CCyCN o Código: Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)

CDN: Convención sobre los Derechos del Niños

CADH o Convención Interamericana: Convención Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH o Corte Interamericana: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CSJN o Corte Suprema: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

Dipr: Derecho Internacional Privado

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

EIV: Fertilización In Vitro

Fundamentos: Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)

GS: Gestación por sustitución.

GS Internacional: Gestación por sustitución internacional

Nota Preliminar: Nota Preliminar de la Permanent Bureau del Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia de la Haya

OG: Observación General

OPI: Orden público internacional

OMS: Organización Mundial de la Salud

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Para Luis y Cristian, y sus babies. Toda la suerte en esta nueva etapa.



Universidad de  
**San Andrés**

# Tabla De Contenido

<b>Tabla De Contenido</b> .....	<b>3</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>4</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>5</b>
<b>Objetivo</b> .....	<b>8</b>
<b>Metodología</b> .....	<b>9</b>
<b>Índice Temático</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPITULO I: Concepto de la Gestación por Sustitución</b> .....	<b>12</b>
<b>I. Introducción a la Gestación por Sustitución</b> .....	<b>12</b>
<b>II. Terminología. La importancia de decir las cosas como son.</b> .....	<b>14</b>
<b>III. Tipos de GS: Tradicional o Gestacional</b> .....	<b>16</b>
<b>IV. Argumentaciones dispares en la discusión de la gestación por sustitución</b> .....	<b>17</b>
IV. A Zona Cero: Cuestiones Previas. ....	20
IV. B Discusiones detrás de la búsqueda de la regulación .....	28
<b>IV.B. a Desmitificación de algunos argumentos erróneos</b> .....	28
<b>V. Marco normativo de la GS en el territorio argentino</b> .....	<b>38</b>
<b>VI. Análisis jurisprudencial en la República Argentina</b> .....	<b>45</b>
<b>CAPITULO II: Gestación por Sustitución y el Derecho Internacional Privado</b> .....	<b>51</b>
<b>I. Nociones Generales del Derecho Internacional Privado</b> .....	<b>52</b>
I.A El Derecho Internacional Privado en el siglo XXI .....	52
<b>II. Filiación Internacional</b> .....	<b>52</b>
II. A El Régimen de Filiación Internacional .....	52
II. B Gestación por Sustitución Internacional .....	56
II. C. El Régimen de la Filiación Internacional en la República Argentina .....	67
<b>III. Jurisprudencia Nacional. Lo que los jueces quieren decir.</b> .....	<b>70</b>
II. A Caso Tobías: el primer caso.....	75
III. B Caso Cayetana .....	77
<b>Conclusión</b> .....	<b>79</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>81</b>

# Abstract

*La gestación por sustitución ejecutada en el extranjero ha sido objeto de grandes discusiones jurídicas a nivel internacional en tanto implica no solo planteos jurídicos, sino también morales, éticos y religiosos.*

*En ámbito del derecho local, el desafío argumentativo se ha enfocado en demostrar que la incorporación de la figura de la voluntad procreacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con fundamento en normas de raigambre constitucional, modifica y complementa el clásico principio “mater semper certa est”.*

*En el ámbito del derecho internacional privado, se ha trabajado sobre el alcance del orden público internacional respecto del reconocimiento de documentación pública extranjera o sentencias foráneas, en materia de filiación ejecutada por reproducción médica asistida.*

*El presente trabajo expone una introducción hacia la figura de la gestación por sustitución, presentando argumentos en favor y en contra de su regulación, para luego abocarse sobre los mecanismos que el derecho internacional privado posee para regular dicha técnica. En el segundo capítulo nos focalizamos en el reconocimiento extraterritorial de la documentación pública foránea, tales como las partidas de nacimiento, y las sentencias judiciales que reconocen la filiación internacional en estos términos.*

*Creemos firmemente que la protección a la vida privada está íntimamente ligada con la dignidad, la autonomía y el desarrollo de cada persona, cuya importancia radica en la protección del plan de vida individual. Esta protección supone un reconocimiento de la igualdad, de la libertad plena y del interés superior del niño/a; todos derechos amparados por la hermenéutica constitucional. Así, la gestación por sustitución se presenta como una herramienta que brinda la ciencia para ejercer el derecho fundamental a tener una familia conforme al plan de vida de cada individuo.*

**Título: “Una realidad que se impone: el reconocimiento extraterritorial y local de la gestación por sustitución”**

**Autor: Lara Gómez Tomei.**

**Palabras Claves: Libertad reproductiva- Planificación familiar- Gestación por sustitución- Autonomía de la voluntad- Parentalidad – Reconocimiento extraterritorial – Gestación por sustitución internacional – Voluntad procreacional**

# Introducción<sup>1 2</sup>

*“Ud. puede ponerse del lado de aquellos que en 1616 intentaron detener a Galileo acusándolo de querer jugar a ser Dios, o... ponerse a tono con la realidad, no desconocer los avances científicos; darse cuenta de que hay un derecho humano a tener acceso a esos avances”* Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>3</sup>

Las reformas legislativas en materia de derecho de familia de los últimos 10 años acortaron la distancia entre las realidades sociales de las familias argentinas y la normas que regulaban la materia. Ello se puso de manifiesto tras la sanción de leyes, tales como la ley de matrimonio igualitario y la ley de identidad de género, como así también la reforma del Código Civil, ahora Código Civil y Comercial de la Nación.

En materia de filiación, una de las grandes incorporaciones de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (“CCyCN” o “Código”) fue la regulación de las técnicas de reproducción humana asistidas (“TRHA”) como causa fuente de la filiación junto con las categorías ya reconocidas: adopción y biológica. Así, el CCyCN define tres fuentes de filiación: la adoptiva, la natural y la voluntad procreacional.

Sin perjuicio de ello, el debate legislativo<sup>4</sup>, que dio lugar al actual Código, dejó de lado cualquier mención al régimen de gestación por sustitución (“GS”), previsto en su Anteproyecto (Barrios, Beatriz Mariana Y Otro C/ Gonzalez, Yanina Alicia S/Impugnacion De Filiacion, 2016). Sin embargo, la no inclusión de esta figura en el CCyCN no ha impedido su utilización en la práctica. De hecho, varios casos jurisprudenciales en el ámbito local han dado cuenta de su uso como una opción viable de conformación familiar (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

<sup>1</sup> Cita propuesta: Gómez Tomei y Andía (2020) *La caída del principio mater semper certa est y el reconocimiento extraterritorial de la gestación por sustitución internacional. El advenimiento de una realidad que se impone* (Tesis de Grado). Universidad de San Andrés, Buenos Aires.

<sup>2</sup> El presente trabajo no desconoce los avances lingüísticos a los fines inclusivos en materia de género, bajo la utilización de @, x, e. Sin embargo, dado la cualidad académica del presente trabajo nos limitaremos a emplear el modo tradicional, vale decir, el masculino.

<sup>3</sup> Prólogo del libro Lamm. (2013). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

<sup>4</sup> Cabe resaltar que la Comisión encargada de la redacción de dicho Anteproyecto conformó equipos con más de cien juristas para la elaboración de pre-proyectos respecto de las áreas de especialidad y que el 27 de marzo de 2012, elevo su propuesta final a consideración del Poder Ejecutivo Nacional (Kemelmajer de Carlucci, 2014)

Sin embargo, la GS continúa presentando grandes disyuntivas en el plano argumentativo, en tanto determinar la filiación a favor de personas distintas de quien dio a luz significa apartarse del principio romano *mater semper certa est*: máxima del derecho que supone una presunción jurídica en donde la maternidad sería un hecho biológico, *prima facie*, inequívoco, dado por el embarazo (Saarloos, 2010).

Específicamente, el marco regulatorio argentino permite tratamientos para la procreación (como la fertilización in vitro, en adelante “FIV”) que son posibles *de facto* tanto para parejas heterosexuales, como también para parejas homosexuales femeninas<sup>6</sup> o mujeres solteras<sup>7</sup>. Ahora bien, en el caso de parejas homosexuales masculinas que quieran tener hijos con su información genética, la legislación deja un vacío capital, en cuanto el método por excelencia en estos casos es la GS. En efecto, esta técnica se revela como la única oportunidad que tiene una pareja conformada por dos sexos masculinos o un hombre soltero o una mujer infértil (el “Grupo Vulnerado”) de tener un hijo genéticamente propio.

En este sentido, hay dos derechos fundamentales que validan la existencia de la GS. El primero, refiere al *principio de igualdad* de las personas a conformar una familia, a su derecho reproductivo y su derecho a procrear. En segundo lugar, supone la protección del *interés superior del niño/a*, que envuelve el derecho fundamental de este a tener una nacionalidad, a conocer sus vínculos filiatorios, a ser inscriptos en consecuencia, entre otros.

A estos fines, intentaremos<sup>8</sup> demostrar (a) que la GS es un instituto normativamente permisible en la República Argentina; y que el artículo 562 del Código es inconstitucional, toda vez que avasalla derechos reconocidos constitucionalmente, particularmente aquellos de los niño/as y niñas y sus comitentes; y (b) que el reconocimiento extraterritorial de la filiación del niño/a nacido por estas técnicas, en el exterior, es la única vía que protege los derechos fundamentales de las partes involucradas en la GS y, más particularmente, el de los comitentes y de los niñas y niño/as.

En efecto, hemos de adelantar que el enfoque argumentativo tomado en esta tesis, supone entender que “si las normas jurídicas, en general, y las constitucionales, en

<sup>5</sup> Artículo 562 CCyCN

<sup>6</sup> En el presente trabajo utilizaremos la denominación “homosexuales femeninas/os” para referirnos a aquellas parejas conformadas por ambos miembros mujeres; y “homosexuales masculinas/os” para aquellas parejas cuyos miembros sean hombres.

<sup>7</sup> gracias a la inserción de la voluntad procreacional como fuente de filiación.

<sup>8</sup> En el presente trabajo utilizaremos, mayormente, la referencia a la primera persona del plural –denominada comúnmente como el “yo académico”– a los efectos de expresar las opiniones de la autora.

especial, pueden superar el horizonte histórico en el que nacen, ello es porque el contenido que tienen en el momento de la sanción se distingue de las ideas rectoras que las impregnan”, ya que estas son lo suficientemente abarcadora para desligarlas de las situaciones particulares que les dieron origen (Juan Bautista Sejean C/ Ana Maria Zaks De Sejean, 1986, pág. 20)

Sentado lo anterior, creemos firmemente que permitir técnicas como la GS garantiza derechos fundamentales como la autonomía de las personas y la igualdad. Asimismo, creemos que pone sobre la mesa nuevos métodos de conformación familiar que antes eran imposibles e inimaginables para ciertos grupos de la sociedad. En este contexto, el trabajo intentará alinearse con la idea de que la sociedad debe estar de la mano de la modernidad y de los avances que la ciencia imparta, siempre y cuando sea una herramienta que respete los derechos constitucionales, ya mencionados, a la igualdad, la dignidad personal y el interés superior del niño/a.



Universidad de  
**San Andrés**

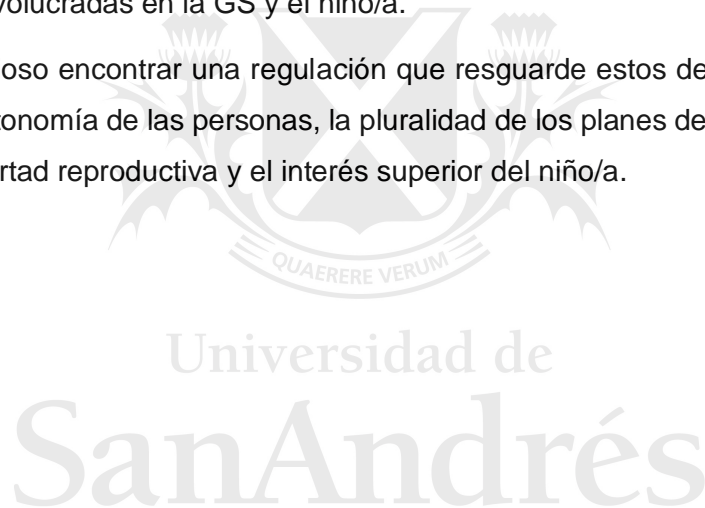


# Objetivo

El objetivo que se plantea el presente trabajo es determinar si el derecho argentino como se encuentra regulado hoy<sup>9</sup> permite o no – o en qué medida— institutos como la GS. Con este estudio buscaremos dar respuesta a una realidad que se impone cada vez más en el mundo, en donde Argentina no es la excepción (Barrios, Beatriz Mariana Y Otro C/ Gonzalez, Yanina Alicia S/Impugnacion De Filiacion, 2016).

En consonancia con lo expuesto, intentaremos demostrar (a) que la gestación por sustitución es un instituto normativamente permisible en la República Argentina; y que el artículo 562 del Código es inconstitucional, toda vez que avasalla derechos fundamentales; y (b) que el reconocimiento extraterritorial de la filiación del niño/a nacido por estas técnicas en el exterior es la única vía que protege los derechos fundamentales de las partes involucradas en la GS y el niño/a.

Creemos imperioso encontrar una regulación que resguarde estos derechos, teniendo en cuenta la autonomía de las personas, la pluralidad de los planes de vida, la dignidad personal, la libertad reproductiva y el interés superior del niño/a.



# Metodología

A los efectos de alcanzar nuestros objetivos, el presente trabajo se dividirá en dos grades secciones: (a) la gestación por sustitución propiamente dicha y (b) la gestación por sustitución internacional. El primer punto reflexionará sobre el concepto de la GS, vale decir, sus tipos, las distintas posturas que se suelen encontrar al respecto y los argumentos favorables y desfavorables a su regulación. Para ello, se analizarán artículos doctrinarios y normativa nacional y supranacional. Más específicamente, las siguientes disposiciones normativas y jurisprudenciales:

- 1) *Constitución Nacional de la República Argentina*
- 2) *Código Civil y Comercial de la Nación*
- 3) *Normativa Local*: Ley 26.061; Ley 26.862; Ley 5.261; Resolución 679-E/2017 del Ministerio de Salud (2017)
- 4) *Tratados Internacionales*: Convención Americana sobre Derechos Humanos, (incorporado por Ley 23.054 en 1984); Declaración Universal de los Derechos Humanos (incorporado por el artículo 75 inciso 22 en la Constitución Nacional en 1994); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (incorporado por el artículo 75 inciso 22 en la Constitución Nacional en 1994); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incorporado por el artículo 75 inciso 22 en la Constitución Nacional en 1994); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (incorporado en Ley 23.313 en 1986)
- 5) *Jurisprudencia de la Corte IDH*: “Artavia Murillo y otros (“Fertilización In Vitro”) vs. Costa Rica” (2012); “Fornerón e hija vs. Argentina” (2012); “Atala Riffo y niñas vs. Chile” (2012) y “Duque vs. Colombia” (2016)
- 6) *Jurisprudencia Nacional*: “B., M. A. c. F. C., C. R s/ Impugnación de la maternidad” (2010); “C., F. A. y otros c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad” (2015); “Barrios, Beatriz Mariana Y Otro C/ González, Yanina Alicia S/Impugnación De Filiación” (2016); “N. N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento” (2013); “F. M. L. y otra s/autorización judicial” (2014); “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias” (2015).
- 7) *Jurisprudencia internacional*: sentencia “Baby M” (1986)

En segundo lugar, el presente trabajo analizará normativamente el derecho internacional privado en materia de GS, más particularmente, la GS Internacional y el reconocimiento extraterritorial de documento públicos y sentencias foráneas. Para su

comprensión, intentaremos determinar los problemas que se encuentran en esta materia (como, por ejemplo, competencia, jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento del menor y ejecución de las sentencias). A estos fines, analizaremos la normativa relativa al derecho internacional privado argentino y la doctrina y jurisprudencia nacional.

Seguidamente, analizaremos el instituto de la filiación internacional, como un problema del reconocimiento de la filiación legal sobre el niño/a y las consecuencias jurídicas que derivan de tal determinación. Respecto a este último punto, nos focalizaremos en las soluciones jurídicas establecidas en los casos Cayetana y Tobías. Más específicamente, las siguientes disposiciones normativas y jurisprudenciales:

- 1) *Constitución Nacional de la República Argentina*
- 2) *Código Civil y Comercial de la Nación*
- 3) *Normativa Local*: Ley 23.264; Ley 26.618 y Dictamen del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (2015)
- 4) *Jurisprudencia de la Corte IDH*: “Artavia Murillo y otros (“Fertilización In Vitro”) vs. Costa Rica” (2012) y “Atala Riffo y niñas vs. Chile” (2012)
- 5) *Jurisprudencia Nacional*: “Saint Girons Elsa F. y/o Gonzalez Cayetana Elsa s/ medida autosatisfactiva” (2012) y “D.C.G y G.A.M c/ GCBA s/ Amparo, Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario CABA” (2012)

Universidad de  
**San Andrés**

# Índice Temático

- I. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:
  - a. ¿Qué es la gestación por sustitución?
    - i. Tipos: tradicional y gestacional
    - ii. Nomenclatura: la denominación “gestación por sustitución” como una manera respetuosa de nombrar a la práctica
  - b. Posturas a favor y en contra
  - c. ¿Por qué debe regularse la GS?
    - i. Principio de autonomía, igualdad y no discriminación, voluntad procreacional e interés superior del niño/a
    - ii. Regulación parcial, total o prohibitiva: problemática de la no regulación
- II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL:
  - a. Derecho Internacional Privado y la GS
  - b. Filiación Internacional
  - c. GS Internacional
    - i. Problemas del Derecho Internacional Privado y la Gestación por Sustitución Internacional:
      - 1. Competencia jurisdiccional
      - 2. Determinación del derecho aplicable
      - 3. Reconocimiento del menor y ejecución de las sentencias
    - ii. Situación actual argentina
      - 1. Normativa actual del CCyCN
      - 2. Soluciones jurisprudenciales.
        - a. Caso Cayetana
        - b. Caso Tobías

# CAPITULO I: Concepto de la Gestación por Sustitución

## I. Introducción a la Gestación por Sustitución

Gracias a los últimos avances tecnológicos, científicos y legislativos nos encontramos en una época marcada por la ampliación e inclusión de los derechos humanos<sup>10</sup>. Los cambios a nivel legislativo están siendo atravesados por la idea rectora que todos los humanos, sin importar el género al que pertenezcamos, la orientación o identidad sexual que elijamos, somos iguales en derechos y obligaciones. Ello se advierte no solo en los cambios del nuevo CCyCN<sup>11</sup>, sino además en sanciones de leyes como el matrimonio igualitario<sup>12</sup>, de identidad de género<sup>13</sup>, y la discusión en el Congreso sobre la despenalización del aborto.

Lo precedentemente expuesto, ilustra la gran capacidad de modernización legislativa de la República Argentina comparativamente con el resto de la región en materia de derecho de familia<sup>14</sup>. No obstante, y pese a estos avances, aún hay temas como la GS y otras TRHA que no han sido discutidos seriamente en los espacios de debate legislativo.

A grandes rasgos, la GS ha sido definida como “una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada **gestante**, acuerda con otra, o con otra pareja, denominada **comitente(s)**<sup>15 16</sup>, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con éste o estos últimos” (Notricia, Cotado, & Curti, 2017, pág. 4). En este plano, la GS se considera un tratamiento en el

<sup>10</sup> Mercosur IPPDH. Ver: <https://www.ippdh.mercosur.int/es-un-periodo-de-avances-en-los-procesos-de-ampliacion-de-derechos-humanos-en-la-region/> (Última consulta el 13/05/2020)

<sup>11</sup> Gran parte de la reforma en el ámbito del derecho de familia intentó receptar la postura que se inclina hacia la constitucionalización y convencionalización del derecho de las familias y la influencia de los derechos humanos sobre él. Para ver más sobre el tema ver: Kemelmajer de Carlucci, (2014). Las nuevas realidades familiares en el Proyecto de Código civil y comercial argentino. In *Nuevos desafíos del Derecho de Familia* (págs. 93-124). Rubinzal-Culzoni. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf> (Última consulta el 13/05/2020)

<sup>12</sup> Ley 26.618.

<sup>13</sup> Ley 26.743.

<sup>14</sup> Ver <http://www.unidiversidad.com.ar/5-aniversario-de-la-aprobacion-de-la-ley-de-matrimonio-igualitario> (Última consulta el 13/05/2020)

<sup>14</sup> Ley 26.618.

<sup>15</sup> Se utilizará *comitente* o *comitentes* de forma indistinta, a menos que se manifieste expresamente lo contrario.

<sup>16</sup> Si bien hay distintas formas de denominar a cada una de las partes en este proceso, lo cierto es que, a los fines de este trabajo, nos referiremos en términos de *gestante* y *comitente(s)*

cual una mujer, con conocimiento *previo, libre e informado*, lleva un embarazo y se compromete, al momento del nacimiento, a entregarlo a la/s persona/s con quien convino dicha obligación (Saarloos, 2010).

Ha habido varias razones por las que el instituto de la GS no ha sido incorporado en la versión actual del CCyCN. Algunos asignan la razón al poder del *lobby*, particularmente de instituciones de tinte conservador y/o religiosos, quienes se habrían opuesto a este procedimiento por razones morales y éticas (Fernández, 2018; Carbajal, 2014). Otros consideran que se ha tratado de un instituto un tanto novedoso e innovador para el momento de la promulgación del Código. Por lo tanto, esta última postura considera que la sociedad argentina todavía no había realizado una discusión legislativa seria como para incorporarlo en el orden positivo<sup>17</sup>.

Sin embargo, sería ilusorio pensar que la GS se trata de una mera técnica fruto de los últimos 10 o 15 años. De hecho, ya en el año 1980 se hacía conocer el primer caso judicializado de GS, conocido notoriamente como caso *Baby M*<sup>18</sup> (McDonald, 1991; Lamm, 2013).

La plataforma fáctica del caso en referencia era un matrimonio heterosexual estadounidense, Stern y Elizabeth, donde la última padecía una enfermedad llamada esclerosis múltiple. Bajo esta aptitud, un embarazo podría haber provocado daños severos a ella misma y al feto. El matrimonio, frustrado de no poder tener hijos propios, decidió contratar con Mery Beth Whitehead para que geste el hijo de la pareja. El acuerdo implicaba que Whitehead llevase el embarazo del embrión previamente implantado, a través de inseminación artificial, con el material genético de Stern, y luego entregue al niño/a -conocido famosamente como *Baby M*- a la pareja, a cambio de USD 10.000 (dólares estadounidenses diez mil). Luego del nacimiento, la gestante se negó a entregar a la niña, y, en consecuencia, los Stern acudieron a la Justicia<sup>19</sup> para hacer valer su acuerdo de GS.

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey debía decidir sobre la obligatoriedad del contrato, los vínculos filiatorios y la custodia de la menor (Annas, 1988). Atento a lo reseñado, el Tribunal, a pesar de haber impugnado el contrato existente entre Whitehead y Stern,

<sup>17</sup>Ver <https://www.lanacion.com.ar/opinion/gestacion-por-sustitucion-un-debate-todavia-pendientesociedad-nid2289440>: "Se trata de un tema que genera resistencia, no veo la madurez suficiente en la sociedad para debatirlo, pero hay que hacerlo porque es una realidad que nos interpela, como en su momento lo fue el congelamiento de embriones" (Última consulta el 13/05/2020).

<sup>18</sup> Para ver un análisis feminista del Caso *Baby M*, ver Lieber. (1992). Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered? Indiana Law Journal, 68(1), 205-232.

<sup>19</sup> Término utilizado en la jerga, normalmente, para hacer referencia a los tribunales en sede judicial.

decidió conceder la custodia de la menor a la familia Stern bajo el argumento del *child's best interests*<sup>20</sup>, permitiendo a la Sra. Whitehead realizar visitas periódicas.

Este caso es relevante puesto que es una de las primeras sentencias conocidas en donde se introduce una nueva forma de parentalidad y de filiación antes no conocida y puso sobre la mesa una serie de discusiones que se confunden entre lo jurídico y lo ético (Fernández, 2018; Kemelmajer de Carlucci, 2014). Asimismo, pone el foco de la discusión no sólo en la voluntad procreacional de los progenitores, sino específicamente en el interés superior del niño/a a la hora de determinar una solución jurídica al conflicto de la determinación de la filiación.

Consecuentemente, dentro de las variantes que comprende la figura de la GS cabe resaltar dos cuestiones básicas. En primer lugar, la problemática de la conceptualización y, en segundo lugar, los tipos de GS: tradicional o gestacional.

## II. Terminología. La importancia de decir las cosas como son.

El lenguaje en su fase privada, se presenta como una representación mental dotada de significado<sup>21</sup> (Belinchón, Rivière, & Igoa, 1992). Cómo tal, el lenguaje puede ser utilizado para “variar el sentido de una expresión, trabajando a favor de quien tiene el poder, por lo cual estos cambios realmente obedecen a intereses particulares” (Echeverría, 2019, pág. 6)

Esta reflexión bien puede apuntar también a la denominación del procedimiento que se pretende determinar aquí, en tanto la GS no ha sido ajena a las distintas expresiones que procuran representarla. Comúnmente, se ha utilizado de forma masiva el término “maternidad subrogada”<sup>22</sup>. No obstante, también se han empleado, indistintamente, las siguientes expresiones: *alquiler de útero*, *madres suplentes*, *madres sustitutas*, *madres portadoras*, *donación temporaria de óvulo*, *gestación por cuenta ajena*, *gestación subrogada*, *maternidad sustituta*, *maternidad por otro*, *madres gestantes*, *madres de alquiler*, *maternidad portadora*, entre otros (H. M. y Otros s/ Medidas Precautorias, 2015).

<sup>20</sup> Receptado en la doctrina, normativa y jurisprudencia local como el *interés superior del niño/a*.

<sup>21</sup> En su fase pública, la palabra es un estímulo físico compuesto por sonidos percibidos auditivamente o trazos percibidos visualmente (Belinchón, Rivière, & Igoa, 1992)

<sup>22</sup> Incluso se puede apreciar en distintas legislaciones internacionales el uso de “subrogante” o “maternidad subrogada”. Por ejemplo, en el caso anglosajón *Baby M*, se hablaba de *subrogacy* y su legislación actual habla en los mismos términos. Sólo a modo ilustrativo, el código Civil de Tabasco, México distinguía entre *maternidad subrogada* y *maternidad gestante subrogada* dependiendo de si la gestante realice o no aportes genéticos.



Creemos de forma fehaciente que todas las denominaciones anteriormente mencionadas son, no solo jurídicamente incorrectas, sino fácticamente incompletas. De tal suerte, hablar de “subrogación”<sup>23</sup> implica referirse a *sustitución* de forma íntegra; *subrogar* significa explícitamente “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”<sup>24</sup>. Esto supone una incorrección fáctica en cuanto contempla sólo el caso en donde la gestante sustituye tanto en la gestación como la genética; vale decir, gesta y aporta material genético.

Similarmente ocurre con el uso de la frase “alquiler de vientres”, que no solo es una terminología altamente peyorativa, sino que excluye dos tipos de situaciones. Por un lado, cuando la gestante realiza un aporte de material genético. Por el otro, cuando la GS se realiza de forma gratuita. Ello se funda, en cuanto la lógica detrás del concepto de “alquiler” es dar *uso* de una cosa a otra persona por un tiempo determinado a *cambio de un precio*, con la obligación de esta de restituirla al momento que se finalice la obligación pactada.

Tampoco es precisa la mención a la palabra “maternidad”, por varias razones. Desde una perspectiva jurídica, la maternidad supone una serie de responsabilidades parentales especificadas en el Código y definidas como un “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.” (Artículo 638). Como tal, estas responsabilidades se centran más enfáticamente en los deberes del progenitor posteriores al parto<sup>25</sup>, que exceden las responsabilidades normalmente adquiridas por una mera gestante. Desde otra perspectiva, se advierte que, típicamente, una madre suele adquirir ciertos roles, como el de (1) donar el óvulo, (2) gestar al niño/a o niña, (3) cuidarlo y criarlo, y (4) ser su tutora legal (Villa Coro, 2012). Hemos de considerar que si cada uno de estos roles hacen a la definición de “maternidad” implicaría que, en algunos casos, ha de haber dos, tres, hasta cinco madres distintas (Fries, 2013). Por el contrario, entendemos que la maternidad no se vincula exclusivamente con gestar o donar, sino que está sujeta a un lazo emocional y afectivo emparentada con el amor filial, la voluntad procreacional y la responsabilidad parental (Gil Dominguez, 2014).

<sup>23</sup> O sus derivados: subrogante, subrogada, etcétera

<sup>24</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [04/01/2020].

<sup>25</sup> Por supuesto que se podía argumentar que cuando habla de “protección, desarrollo y formación” también habla de responsabilidades de tipos previas al parto, pero lo cierto es que es ineludible las responsabilidades *ex post*.



De hecho, la jurisprudencia da cuenta de la deconstrucción de la noción de "maternidad"; vale decir, de la separación entre la *voluntad* y la *biología* (Barrios, Beatriz Mariana Y Otro C/ Gonzalez, Yanina Alicia S/Impugnacion De Filiacion, 2016). De forma similar, se ha advertido que “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” (Fama, 2011<sup>26</sup>, en N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento, 2013, pág. 7).

En estos términos, consideramos que la terminología adecuada es la expresión “GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”, toda vez que engloba la realidad de la práctica, incluyendo prácticas onerosas como gratuitas, con aporte de material genético o sin, ceñida en su rol: gestar. Sobre todo, es una terminología respetuosa de una práctica que permite la parentalidad a un universo de personas claramente en desventaja en nuestras sociedades.

### III. Tipos de GS: Tradicional o Gestacional

La evolución de la figura y la amplitud de sus alternativas ha llevado a una distinción doctrinal (y práctica) entre dos tipos de GS: la *tradicional* y la *gestacional*<sup>27</sup>. En grandes rasgos, la primera implica que la gestante no solo consiente a llevar en adelante el embarazo, sino además a aportar el óvulo que es inseminado con el espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero (Berger, 2013). Por el contrario, la segunda, es decir, la versión gestacional, supone la implantación de un embrión ya inseminado en la mujer gestante, cuya implantación no conlleva la donación de su óvulo. La gran distinción entre ambos radica en el aporte genético, debido a que en la GS gestacional la mujer gestante no es “madre” biológica como ocurre en la tradicional.

<sup>26</sup> Famá, M. V. (2011). Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación. La Ley, 100, 1204.

<sup>27</sup> Para más información ver: (a) Lamm. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Revista para el Análisis del Derecho, 3-49; (b) Carbajal. (2014). Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una mirada extensiva a países de América Latina. Buenos Aires, Argentina: Universidad de San Andrés (Tesis de Grado). (c) Lamm. (2013). Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Cataluña, España: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. (d) Scotti. (2013). El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Pensar en derecho, 1, 267-289. (e) Scotti. (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Revista de la Facultad de Derecho, 38, 231-275.

Las principales problemáticas suelen surgir a partir de los tratamientos tradicionales, debido a que se trataría de una situación donde la madre biológica estaría entregando a su propio hijo, lo que correspondería, según la doctrina, realizarse bajo el manto de la adopción (Ibídem).

La distinción entre ambas es de gran relevancia, en tanto la GS tradicional es un tipo de TRHA que va más allá del mero rol de gestante, y supone el involucramiento de ella de forma genética, sin importar si el semen proviene del comitente hombre o de un donante<sup>28</sup> (Saarloos, 2010). Por su parte, la gestacional permite que tanto el espermatozoides como los óvulos sean brindados por los comitentes o donantes, en cuyo caso se requerirá, necesariamente, servirse de la FIV (Lamm, 2013).

Sin embargo, la diferencia no es meramente metodológica, sino que es relevante a los fines prácticos y jurídicos. La jurisprudencia a nivel internacional ha sido más propensa a mantener vínculos entre el niño/a y la gestante cuando se realiza la GS tradicional, que cuando se realiza por GS gestacional. Ello se funda en que en la última no hay aportes propios de óvulos por parte de la gestante y esto puede influenciar en las decisiones de los tribunales o de los legisladores (Ibídem).

#### **IV. Argumentaciones dispares en la discusión de la gestación por sustitución**

Las TRHA se presentan como un instrumento complejo de la modernidad cuya formulación genera numerosos planteamientos jurídicos y éticos (Lamm, 2012). En especial la GS es un procedimiento particularmente interesante, en cuanto hace resurgir los umbrales más íntimos de la moralidad de las personas. Es por ello, que incluso en movimientos relativamente homogéneos –como el feminismo– se encuentran percepciones divergentes sobre la GS (Echeverría, 2019). A modo ilustrativo, y sólo teniendo en miras la corriente feminista, vemos que existen tres visiones dispares en el análisis de GS: el *feminismo socialista*, el *feminismo radical* y el *feminismo liberal*<sup>29 30</sup>.

<sup>28</sup> En estas situaciones, no hay posibilidad de que la comitente mujer pueda tener vínculos genéticos con el niño/a o niña por nacer.

<sup>29</sup> En los últimos años, también han resurgido otras corrientes feministas como el *feminismo cultural* (de las Heras Aguilera, 2009). Esta corriente de pensamiento considera que hay distinciones de género entre la mujer y el hombre que hacen a la cultura de la mujer y que ello no se debe por qué perder. En este sentido, la GS, más particularmente la GS altruista, se mira con ojos positivos, en tanto demuestra una cualidad culturalmente femenina que es la disposición del cuerpo femenino al cuidado del niño/a (Lamm, 2013).

<sup>30</sup> Estas tres alternativas dentro del feminismo han sido conglomeradas por la doctrina como parte del *feminismo de la igualdad o domesticado*. Esta macro-corriente aboca sus esfuerzos a “ampliar el marco público de los derechos a las mujeres, convencidos de que puede entenderse que existe un sexo indiferenciado y universal” (de las Heras Aguilera, 2009, pág. 57)

El primero, como toda rama del marxismo-socialista<sup>31 32</sup>, centra su fundamentación en la explotación capitalista del sujeto vulnerable (en este caso, la gestante) en virtud de otro que actúa en beneficio exclusivamente propio (los comitentes) (Allen, 1990). La base argumentativa de este movimiento sostiene que la respuesta a la opresión femenina se debe a la relación entre el sistema patriarcal y el sistema capitalista<sup>33</sup> (de las Heras Aguilera, 2009). En esta dinámica, la GS se proyecta como la opresión de la mujer a través de su cosificación en detrimento de un tercero, quien somete a la mujer como si fuera una cosa a cambio de dinero (Smolin, 2016). Bajo este análisis, la GS conlleva como ineludible consecuencia la cosificación del cuerpo femenino. Ello importaría –según esta corriente– la esclavitud de la gestante, explotada con incentivos económicos, bajo la expectativa social de auto sacrificio (Lamm, 2013).

El segundo, es decir, el feminismo radical, adopta su denominación en razón de su objetivo: determinar la *raíz* de la dominación (Puleo, 2005). En efecto, el feminismo radical se ha abocado a la búsqueda de las relaciones de poder dentro de las estructuras familiares y la sexualidad (Echeverría, 2019). En oportunidad de ello, el feminismo radical comprende a la GS como una herramienta patriarcal, cuya dinámica supone un ejercicio de opresión del hombre por sobre la mujer, no solo sobre lo económico y lo público, sino ahora sobre su cuerpo. En este sentido, la GS se plantea como una oportunidad para que los hombres controlen de forma plena el cuerpo de las mujeres.

El tercero, es decir, el feminismo liberal<sup>34</sup>, es una corriente que no entiende la dinámica del género en términos de explotación u opresión, sino en términos de *desigualdad* (Echeverría, 2019; de los Heros Aguilar, 2009; de Miguel, 2007). Esta corriente apoya a la GS como una práctica que celebra la autonomía de la voluntad y la capacidad de decisión de las mujeres. Esta corriente se inspira en el espíritu liberal de la Constitución Nacional, particularmente, en su artículo 19. Concordantemente, se considera que el acuerdo de GS se realiza en post de la autonomía de la voluntad, la capacidad de elección y de auto determinación de las partes (Lamm, 2013).

Por añadidura, el feminismo liberal expone que las posturas descriptas precedentemente replican estándares machistas y paternalistas, cuyos postulados minimizan la capacidad de la mujer de decidir sobre su propio cuerpo, tanto como las

<sup>31</sup> También llamado *feminismo de clase*.

<sup>32</sup> En la versión contemporánea, se encuentra encabezado por autoras como Iris Marion Young, Zillah Eisenstein, Sandra Harding o Heidi Hartmann.

<sup>33</sup> Ambos sistemas, se presentan, según esta corriente, como esquemas de dominación.

<sup>34</sup> Durante los años 60 y 70 las feministas liberales fueron el foco de la lucha por la igualdad y por la libertad y autonomía de las mujeres, tomando como ejemplo Mary Wollstonecraft, las sufragistas y autores como John Stuart Mill (de las Heras Aguilera, 2009).

posturas *pro choice*<sup>35</sup> que menosprecian la voluntad de la mujer. Fundan que las posturas detractoras incitan una discriminación no amparada en los textos fundamentales, en tanto conlleva confirmar un postulado que el feminismo ha querido derribar desde sus comienzos: las mujeres no son lo suficientemente competentes como para actuar en forma racional o moral (Echeverría, 2019).

Por el contrario, esta postura –a la que adherimos– expresa que la clave se centra en la *elección*. Todo lo cual es coincidente pues si los contratos son la expresión de la voluntad de las partes, el acuerdo de GS, en especial, debe ser considerado normativamente permisible si este se realiza conforme los estándares de derecho: libertad, intención y discernimiento. Esta corriente entiende que las mujeres son sujetos *capaces* de cumplir sus contratos y *capaces* de efectuar elecciones racionales, libres y consientes.

Conforme a la exegesis que fundamenta lo antedicho, el feminismo liberal conceptúa que si una mujer tiene el derecho a controlar su cuerpo so pretexto de la libertad reproductiva –tanto que tiene derecho a elegir cuando no quiere seguir con un embarazo– también tiene el derecho, a contrario sensu, de tenerlo y actuar como gestante (Lamm, 2013). En otras palabras, si defendemos el derecho de la mujer a no quedar embarazada, ¿cómo podemos rechazarle el derecho a quedarlo?<sup>36</sup>

La dilucidación de la cuestión planteada nos lleva a esbozar un punto bastante simple: el tratamiento de las herramientas relacionadas con las TRHA, más particularmente la GS, es uno de los tantos temas jurídicos apasionantes que todavía logran mostrar las diferentes aristas que puede abordar esta temática. Asuntos como estos nos obligan a poner a flor de piel nuestros mayores esfuerzos argumentativos.

En tal tesitura, aunque la discusión sobre la GS tiene connotaciones profundas, las aspiraciones de este apartado son bien acotadas. En primer lugar, encuadraremos la discusión normativa y doctrinal de este instituto. Asimismo, enunciaremos, de manera escueta, las elecciones en la forma de regular en las distintas legislaciones, típicamente la regulación, total, parcial o prohibitiva. Realizado este análisis, procederemos a

<sup>35</sup> A nivel internacional, la terminología “pro choice” ha sido vinculada a los movimientos detractores de las prácticas abortivas por considerarlas contrarias a la moral, la naturaleza de mujer, la vida del feto, entre otras cuestiones. Posturas que llevan al extremo esta idea se centran en la incapacidad de la mujer -particularmente la mujer embarazada- de tomar decisiones sobre su cuerpo, en primer lugar, por que una vez que hay un feto, ya no habría control sobre el cuerpo propio y en segundo lugar, porque la mujer se vería bajo el control de hormonas típicas del proceso de embarazo que la nublarían de tomar decisiones racionales.

<sup>36</sup> De forma similar se defendió en los tribunales norteamericanos en el fallo *Reo vs. Wade* en donde se concedió el aborto a una mujer y considero inconstitucional la penalización del aborto en el estado de Texas, toda vez que atenta contra el derecho privado (*privacy*) de las personas, derecho defendido en la Constitución Nacional de los Estados Unidos de América.

enunciar algunos de los argumentos en contra de la técnica de la GS para luego exponer las razones favorables. Procuraremos demostrar que la GS es la técnica que refleja de mejor manera los derechos de todas las partes aquí aludidas, más específicamente el derecho a la igualdad y el interés superior del niño/a.

#### IV. A Zona Cero: Cuestiones Previas.

Es manifiesto que la República Argentina no tiene una legislación expresa sobre la GS, sin perjuicio que fue advertida la necesidad de involucrar una regulación en la reforma del CCyCN recientemente promulgado. En efecto, si bien fue parte del Anteproyecto de Reforma del Nuevo Código (“Anteproyecto” o “Anteproyecto CCyCN”), su incorporación fue rechazada de forma amplia consensuada en el debate legislativo. (Carbajal, 2014).

Resulta importante hacer un repaso sobre cuáles son los textos fundamentales que guían nuestro orden positivo. A grandes rasgos, podemos comenzar la conceptualización de los derechos humanos, definiéndolos como una concordancia a nivel mundial sobre una serie de derechos que suponen un piso mínimo de atribuciones, típicamente enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (“DUDH”). La idea que se recoge de la DUDH es una sucesión de derechos con dos notas principales. Por un lado, son inherentes a las personas. Por el otro, son derechos que se afirman frente al poder público, vale decir, que “implican obligaciones a cargo del estado” (Nikken, 1994, pág. 39), en tanto “es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos. (Ibídem)

Algunos ejemplos de dichas protecciones enunciadas en la DUDH son el derecho a la libertad, a la igualdad, a la dignidad, a la no discriminación, a la vida, entre otras tantas potestades que conforman la Convención. Por supuesto, es regla del derecho también, que ninguna prerrogativa es absoluta y que pueden los estados, bajo el principio de menor lesividad, regularlos. Tanto es así, que es facultad de las naciones normar dichos derechos para que se hagan efectivos y sean cumplidos. También, como toda serie de normas fundamentales, son amplias en su concepto, lo que conlleva, de forma casi necesaria, a la interpretación de los estados sobre su alcance y efectos.

En virtud de lo expuesto, y circunscripto al marco de la GS, cada estado debe regular estos principios llamados *derechos humanos* (López Aranda, 2016). En efecto, el

derecho comparado evidencia que a la hora de esgrimirse sobre la GS los estados suelen decidir entre tres opciones: (a) prohibición, (b) silencio o (c) regulación<sup>37</sup>.

La primera cuestión, implica la existencia de una normativa expresa que veda absolutamente la práctica de la GS, con el objetivo de prevenir o prohibir su ejercicio (Lamm, 2013). Algunos estados que se inclinan por esta postura son Francia, Alemania, Suiza, Italia, Austria, Portugal, entre otros. Sin embargo, esta posición es considerada discriminatoria por tres razones principales<sup>38</sup> (Notricia, Cotado, & Curti, 2017).

En primer lugar, desde una perspectiva económica, se ha notado que la prohibición supone una gran desigualdad entre quienes pueden costear el tratamiento fuera de las barreras locales y quienes no. Ello encuentra su fundamento en cuanto la prohibición no desincentiva la práctica como tal, sino que suscita un problema, únicamente, aquellos que no tienen la posibilidad económica de pagarlo (Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015). Es que realizar el procedimiento de GS en el extranjero supone tener a disposición los fondos suficientes para radicarse por meses afuera de su país y permanecer fuera de sus trabajos. En definitiva, generaría un mercado dirigido únicamente a las clases con mayor poder adquisitivo que podrán adquirir dicha técnica en el exterior.

Desde otro lugar, una cosa es omitir expedirse sobre una solución sobre paternidad y maternidad a un grupo de personas que son incapaces de formar familia por medio de la filiación natural; y otra, totalmente distinta, es generar herramientas legales que vedan a estos grupos de convertirse en progenitores.

Este grupo –al que llamaremos el "Grupo Vulnerado"– comprende a aquellas personas que por alguna razón u otra son incapaces de tener hijos genéticamente propios. Típicamente, este grupo engloba todas aquellas personas que padecen alguna condición médica (ya sea mujeres infértiles, como aquellas que por condiciones preexistentes no pueden engendrar un hijo), o porque su condición biológica no se los permita (como por ejemplo un hombre soltero, o una pareja homosexual masculina), sin ser esta lista taxativa.

En último lugar, desde la perspectiva de género, hemos de considerar que la GS es la única opción que tiene una pareja homosexual masculina o familias monoparentales compuesta por un hombre, de tener hijos genéticamente propios <sup>39</sup>. Su prohibición

<sup>37</sup> Dentro de la regulación hay sujetos que hacen distinción dentro de la postura permitida entre (a) si es altruista y con condiciones específicas, y (b) la condición amplia. (Lamm, 2013; López Aranda, 2016)

<sup>38</sup> Estos tres argumentos fueron recopilados de la obra de Notricia, Cotado, & Curti. (2017). La figura de la gestación por sustitución. Revista IUS, 11(39), 1-26.

<sup>39</sup> En tanto las mujeres fértiles pueden legalmente acceder a otras TRHA como las FIV.



expresa, supondría un avasallamiento indebido a sus libertades reproductivas, su derecho fundamental a formar una familia y al derecho a la igualdad.

La segunda postura, es decir, el silencio, implica la abstención en regular la GS en absoluto. Este tipo de posición es tomada por estados como Argentina, Tailandia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania, Santa Marino y Bosnia-Herzegovina. Para algunos autores, el silencio suele ser una postura un tanto peligrosa en esta situación, dado que la determinación de la identidad del menor queda al arbitrio de las interpretaciones discordantes y discrecionales de las resoluciones judiciales (Notricia, Cotado, & Curti, 2017).

Por último, la tercera posición que pueden tomar los estados es la regulación de la GS. En esta postura, si bien hay países donde la GS se encuentra limitada en mayor o menor medida, lo cierto es que la reglamentación supone la admisión de la GS, con ciertas salvedades. Por ejemplo, los estados con normativas más flexibles son, en los Estados Unidos, los estados de California, Arkansas, Illinois, como así también países como Rusia o Ucrania (Fries, 2013). Por su parte, hay estados que presentan regulaciones más estrictas, en tanto regulan la práctica condicionada por el factor altruista y otros condicionantes. Ellos son, por ejemplo, el Reino Unido, Australia, Canadá, Grecia, Brasil, Israel y Sudáfrica (Ibídem; Lamm, 2013)<sup>40</sup>

Adelantamos que creemos que la regulación y positivización de dicha técnica es la mejor solución que puede adoptar un estado frente al procedimiento de la GS, toda vez que brinda respuestas y remedios a una técnica de reproducción sumamente reiterada a nivel mundial y cada vez más frecuente a nivel regional (Notricia, Cotado, & Curti, 2017). Creemos firmemente que la regulación es la herramienta más adecuada para dirimir conflictos pues permite generar un marco normativo cuyas variables pueden ser controladas.

Concordantemente, la seguridad jurídica que se gana con la regulación resulta en la protección a todas las partes intervinientes: gestante, comitentes y niño/a. Esto quiere decir, en simples términos, que lo que dicen las partes importa, toda vez que ellas se rigen por un contrato negociado por ellas. Quiere decir, además, que se genera un marco de protección a la gestante, a los comitentes y al niño/a. Por último, y aún más importante es que la determinación de la identidad del niño/a no queda librada a la discrecionalidad –o simplemente buena intención– del operador jurídico de turno.

<sup>40</sup> Por ejemplo, en el Reino Unido, se permite la GS siempre y cuando esta se realice de forma gratuita y no haya dinero de por medio (más allá de los gastos razonables para la gestante)

Sentado lo anterior, creemos que es necesario aclarar ciertas cuestiones que logran enmarcar la discusión que desarrollaremos en los puntos que siguen.

#### ***IV. A. a. La inmoralidad como límite a la libertad reproductiva***

Para avanzar en lo reseñado precedentemente, el siguiente apartado pretende acercar de manera muy sintética, el argumento que considera a la GS como contrario a cualquier estándar ético-moral. En atención a lo sucitado, intentaremos derribar dichas posturas y concluir que la discusión de la permisibilidad de la GS debe estar exenta de argumentaciones ético-morales.

En primer lugar, cabe repetir las palabras de Joseph G. Schenken, quien, aludiendo al ámbito europeo, reflexionó que “en una sociedad pluralista [...] no puede esperarse que un solo conjunto de principios sea completamente aceptable para todos” (1997, pág. 173). En este sentido, cabe mencionar tres notorios reparos éticos comúnmente realizados frente a la GS.

El primero, supone que la GS es éticamente reprochable pues conlleva la explotación de la mujer, cuya autonomía y libertad se verían seriamente cuestionadas por ciertos incentivos económicos y sociales (Ortega Lozano, et al., 2018). El segundo, entiende que es éticamente reprochable el acto del desprendimiento forzoso de la gestante con el niño/a, en tanto desconoce los procesos psicológicos y/o afectivos de la mujer embarazada (Van Niekerk y Van Zyl, 1995). El tercero y último, considera éticamente reprochable la mercantilización de la naturaleza jurídica del contrato de GS, en tanto tendría por objeto la comercialización ser humano (Alzola, 2012).

La lógica detrás de esta última postura promulga que si el derecho argentino pena las actividades donde las mujeres venden sus servicios físicos (como la prostitución) por qué no hemos de penar cuando las mujeres ponen al servicio su cuerpo para gestar el/la niño/a de otras personas. De la misma forma, si se veda la compraventa de órganos, por qué no hemos de vedar la entrega de un/a niño/a como una mercancía (Ibídem).

Frente a estas conjeturas hemos de expedirnos de forma sintética. Frente al primer reparo relacionado con la explotación por incentivos económicos, hemos de considerar que la prohibición de la GS bajo estos términos instaaura un paternalismo excesivo que recorta y subestima las libertades de las mujeres (Ortega Lozano, et al., 2018). En efecto, compartimos una postura que subraya la autonomía moral y las ideas de John Stuart Mill. Dicho autor en 1859 desarrolló una prerrogativa que se convirtió en el principio rector de muchas legislaciones a nivel internacional, y que inspiró a autores



como Jefferson y Madison, padres de la Constitución Nacional de los Estados Unidos, fuente fundamental de nuestra Constitución Nacional. Este principio, al que llamó de *harm principle*, supuso una idea muy simple, aunque disruptiva, que esgrimía que cada individuo era libre de actuar en concordancia con su propia voluntad, en tanto tales acciones no perjudicasen al prójimo. La lógica detrás de aquella idea enunciada por Mill era la convicción vehemente que las personas son sujetos lo suficientemente racionales como para tomar las decisiones que ellos decidan sobre su propia vida. Conclusivamente, y vinculado con la GS, “la mujer es dueña de su cuerpo y en el ejercicio de su autonomía puede disponer sus capacidades como quiera” (López et al., 2017, pág. 25).

Frente al segundo reparo vinculado con la violación psicológica de la gestante generado por el acuerdo de GS, hemos de mencionar los argumentos desarrollados por Arneson (1992). El mencionado autor consideró que el contrato de GS es igual a cualquier otro, en tanto todo acuerdo determina las conductas futuras de las partes en alguna u otra medida. Por lo tanto, suscribir un acuerdo, per se, no niega los sentimientos que puedan ocurrir durante la vida del contrato, sino las acciones a través de la imposición de consecuencias *ex ante*. Ergo, controlar las conductas futuras de las partes respecto a una cuestión en particular es, sin lugar a duda, el propósito del derecho de los contratos, sin que ello implique una alienación de las personas. Por añadidura, Arneson expresa que convenir garantías mutuas de las actuaciones futuras de las partes, no es otra cosa que el aseguramiento fiel de lo **pactado** por las ellas. Bajo esta lupa, el acuerdo de GS puede ser éticamente reprochable por otras cuestiones, pero no por suprimir las ambivalencias de conductas de las partes durante el desarrollo de la vida contractual, en cuanto *esta* característica es común a los contratos en general (Van Niekerk y Van Zyl, 1995).

Por último, respecto de la postura que considera que el acuerdo de GS debe tener el mismo tratamiento que la prostitución y la donación de órganos, cabe preguntarnos si es correcta la analogía mencionada. En efecto, similitudes entre estas pueden encontrarse con facilidad. Sin embargo, una correcta analogía solo funciona cuando aquellas similitudes se asemejan en lo relevante con el acuerdo de GS.

En el caso de la donación de órganos, hay una diferencia sustancial; dar una parte del cuerpo difícilmente pueda compararse con gestar un feto (Ibídem). Solo a modo de ejemplo, el cuerpo de la gestante suele quedar normalmente íntegro y en plenitud –“sin así desconocer que gestar una vida no está exento de riesgos”– (Ortega Lozano, et al., 2018, pág. 65) cuestión que no ocurre con la donación de órganos. Ahora, respecto de

la prostitución<sup>41</sup> hemos de señalar que las similitudes que se suelen remarcar son meramente superficiales y poco importantes a la hora de analizar ambas figuras (Ibídem).

Por un lado, podemos cuestionar que todas las gestantes crean un verdadero vínculo con el feto. De hecho, la jurisprudencia nacional e internacional, en su gran mayoría, no consta este factor, sino lo contrario<sup>42</sup>. En efecto, “no estamos realmente seguros de qué emociones implica el embarazo “normalmente”. [...] [De hecho,] muchas mujeres no logran establecer un vínculo con sus fetos (algunas los abortan), y algunas incluso no logran establecer un vínculo con sus bebés después del parto”<sup>43</sup> (Van Niekerk y Van Zyl, 1995, pág. 347). Por otro lado, incluso si aceptamos que ambas prácticas son similares, cabe preguntarnos si efectivamente deben ser prohibidas. En principio, como bien dice Lieber (1992), si la subrogación siguiese el camino normativo de la prostitución (“ilegalidad”), existe un temor fundado de que la GS pasase a la clandestinidad con el agravante que las partes aquí aludidas se encontrarían en una situación de vulnerabilidad. Asimismo, en la actualidad no se puede desconocer que este tipo de acuerdos se llevan a cabo con o sin la participación estatal.

Concordantemente, las objeciones so pretexto de la moralidad y ética (o falta de ellas) no son lo suficientemente relevantes como para prohibir la GS. De hecho, no son siquiera lo suficientemente relevantes como para limitarla, en tanto la moralidad hace a la intimidad de los pensamientos libres de las personas, que siempre podrán ser expresados de forma voluntaria (Lamm, 2013). Atento a lo aquí recitado, creemos que cuestiones como la moralidad –o la inmoralidad– son temas que incumben a los privados en sus vidas íntimas, y nunca deberían entorpecer las libertades personales de los sujetos.

Conclusivamente, nos limitaremos a efectuar argumentos que dejen de lado todo tipo de argumento moralista, y nos centraremos –o por lo menos intentaremos– en elaborar razonamientos vinculados a la práctica, doctrina, jurisprudencia y disposiciones normativas.

<sup>41</sup> Países como Austria, Alemania y Suiza mantienen regulaciones permisivas de la prostitución so pretexto de la voluntad, dignidad, libertad, igualdad, autonomía e independencia del o de la trabajadora sexual. Consideran que son estos principios los que limitan la injerencia del estado en estas esferas, y que es facultad de cada persona decidir como dispone su cuerpo.

<sup>42</sup> Ver Capítulo I, Apartado VI y Capítulo II, Apartado III

<sup>43</sup> Traducción propia: “*we are not really sure which emotions pregnancy “normally” involves [...] [In fact, ] many woman fail to bond with their fetuses (some abort them), and some even fail to bond with their babies after they deliver them*”

#### **IV. A. b. Adopción vs TRHA**

Otro de los grandes reparos que ha existido a la hora de argumentar en contra de las prácticas de las TRHA, en particular la GS, ha sido la existencia de la figura de la adopción. En efecto, los detractores de las TRHA han considerado que si un grupo de personas – el “Grupo Vulnerado<sup>44</sup>” – desea, efectivamente, “tener un hijo”, pues entonces bien podrían realizarlo por medio de la filiación por adopción, sin necesidad de pasar por el tedioso proceso de regular la GS. Incluso, muchos de estos grupos opositores han ido más allá en “reconocer que tal vez tengamos una obligación moral de adoptar en lugar de procrear niño/as de forma natural o haciendo uso de las TRHA” (Alzola, 2012, pág. 11).

Respecto a esta posición cabe sintetizar algunas aclaraciones. En principio, hemos de adelantar que nuestra hipótesis considera que la figura de la adopción no soluciona la necesidad de regular la GS como un instituto normativamente permisible, en cuanto no satisface –por lo menos no para todo el universo de personas– el derecho humano a formar una familia.

La dilucidación de la cuestión planteada nos lleva a esbozar un punto conclusivo: la dicotomía *adopción vs TRHA* representa una visión panglossiana de la realidad familiar y jurídica. Ello encuentra su cabal fundamento sobre el entendimiento que situar como contrarios a la adopción vs. la TRHA, implicaría comprender a los tipos filiatorios como meros métodos para “adquirir” hijos. En efecto, esta lógica confunde el derecho a “tener un hijo”, con el derecho a “conformar una familia” o el derecho a procrear (Herrera, 2017). El primero es contrario a los derechos humanos, pues desconoce a los niño/as como sujetos de derechos y los sitúa, en cambio, como objeto de derechos ajenos. El segundo, comprende no solo el deseo de ser progenitores, sino también de tener un proyecto en común en la conformación de una familia. En esencia, pensar en términos de *adquirir hijos* de la misma forma que se adquieren cosas, atenta contra el interés superior del niño/a (*Ibidem*) y todo lo que recepta la CDN.

En esta línea, cabe transcribir a Minyersky, quien resaltó que “no existe un derecho al niño/a, ya que reconocer el mismo sería violar todos los principios de la doctrina de protección integral que nos señala al/a la niño/a como sujeto de derecho, una persona plena con iguales derechos, como tal, que los adultos” (Minyersky, 2009, en Herrera, 2017, pág. 76). Por el contrario, existe un *derecho a procrear* y un *derecho a formar una*

<sup>44</sup> Ver Apartado I – Introducción: abarca a todas aquellas personas que son incapaces de tener hijos genéticamente propios, tales como las parejas homosexuales masculinas, hombre o mujer infértil solteros, pareja heterosexual cuyo miembro femenino sea infértil, entre otros.

*familia* –considerando “familia” concordantemente con el Código CCyCN y los tratados de derechos humanos.

Por último, creemos que se debe desestimar dicha dualidad en tanto presume erróneamente que las personas que eligen las TRHA, elegirían indefectiblemente la filiación por adopción si la primera no existiera. Sin embargo, esta circunstancia no es cierta en el universo de casos, puesto que las barreras de ingreso de la filiación por adopción, en comparación con las TRHA, pueden, a menudo, ser más severas, y ser una razón por la que desestimar esta vía (Alzola, 2012). Asimismo, muchas personas pueden optar ser progenitores únicamente por las TRHA, prefiriendo no serlo si no es por esta técnica, en tanto temen que la falta de vínculo genético pueda afectar su relación con el menor.

En definitiva, hemos de entender que la filiación natural, la adopción y las TRHA son todos métodos distintos que satisfacen, individual y/o conjuntamente, el derecho a procrear y el derecho a formar estructuras familiares. La elección entre una u otra de estas formas filiatorias dependerá de las situaciones y elecciones particulares de cada familia. Su regulación es concordante con el ánimo del nuevo Código de comprender al derecho de familia en el sentido amplio –como el derecho a las familias– desvinculándose de cualquier estereotipo y comprendiendo que “la familia” no es sólo una composición *tipo*, sino que puede darse en ciento de variantes diferentes.

En este contexto, el derecho debe ser parte activa del desarrollo científico y tecnológico para poder continuar ampliando las formas familiares. En efecto, el impedimento normativo de las TRHA, más particular de la GS, vulneraría el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y la elección del propio plan de vida. En esta línea, la Corte IDH sostuvo que:

“el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. 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 [...] - [Por lo tanto,] 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” (Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica., 2012, párrafo 150)

En tal tesitura, el derecho al acceso al más alto y efectivo progreso científico y la oportunidad de crear una familia se desprende del derecho a acceder a los mejores servicios de salud en las TRHA (Herrera, 2017). En esta línea, gozar de los beneficios del progreso de la ciencia y tecnología supone un ejercicio óptimo del derecho a la libertad (Ibídem) y “la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica., 2012, párrafo 142 *in fine*).

#### IV. B. Discusiones detrás de la búsqueda de la regulación

Si bien las aristas que presenta el tema son diversas y su minucioso desarrollo excede los límites de este trabajo, aquí procuraremos enunciar algunas argumentaciones contrarias a la regulación de la GS, como puntapié para argumentar a favor de dicha técnica.

##### **IV.B. a Desmitificación de algunos argumentos erróneos**

Una posición minoritaria de la doctrina<sup>45</sup> rechaza la práctica de la GS por varios motivos, no menos válidos, vinculados con la ilegalidad del contrato de GS, la protección de la gestante y el interés del menor por nacer.

El primer argumento, de tinte estrictamente jurídico, plantea que tanto la capacidad generativa, como el niño/a<sup>46</sup> son objeto *res extra commercium* y contrarios al orden público por tres cuestiones. En primer lugar, ambos asuntos son incompatibles con el respeto a la dignidad humana y al valor de la persona como tal. En segundo lugar, porque las cuestiones de derecho de familia quedan sustraídas de la autonomía de la voluntad de las partes, por considerarse de orden público e indisponible por ellas. Por último, específicamente respecto del menoscabo del niño/a, consideran que la GS provoca un perjuicio al menor por el quiebre del vínculo materno filial que se establece durante la gestación. En definitiva, temen que la GS pueda convertir a los hijos en un objeto comercial, que atienda más a los intereses de los futuros progenitores que al de los hijos (Carbajal, 2014).

<sup>45</sup> Ver: Basset. (2016). Maternidad surrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrato a los derechos humanos? *La Ley*, 100

<sup>46</sup> Las denominaciones “ niño/a” o “niña” serán utilizados de forma indistinta, excepto que de la redacción o de su estipulación expresa, surja lo contrario.

Por el contrario, una parte nada desdeñable de la doctrina argentina<sup>47</sup> que apoya la GS, reconoce el peso de los argumentos dados precedentemente, aunque considera que estas consecuencias –la explotación y la incertidumbre en la identidad del menor– son producto de la falta de regulación y no del procedimiento en sí.

De tal suerte, esta postura, liderada por Lamm y Kemelmajer de Carlucci, considera que el contrato de GS es un acuerdo libre e informado entre la gestante y los comitentes. Más aún, “el argumento de la cosificación o comercio arrebató a la mujer el derecho a la privacidad y autodeterminación y la trata injustamente respecto de las agencias de adopción y clínicas de fertilidad, desde que, si aceptan pagos a éstas, pero no a las mujeres que están dispuestas a cambiar sus vidas por nueve meses” (Lamm, 2012, pág. 273).

De igual modo, esta parte de la doctrina plantea que argumentos como los de la explotación de la mujer suponen prohibir los acuerdos que resaltan el poder de la autodeterminación de las mujeres y refuerzan el estereotipo patriarcal de la incapacidad de la mujer en brindar un consentimiento racional (Notricia, 2018).

Por último, se destaca que la GS no viola el interés superior del niño/a toda vez que este nace en una familia que lo esperó y que, de no ser por esta práctica, nunca hubiese existido (Lamm, 2013). Explica, que la GS habilita nuevas formas de familia que nunca hubiesen podido formarse: maternidad o paternidad en caso de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, maternidad y/o paternidad de los miembros de una pareja homosexual (N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento, 2013).

#### ***IV. B. b Análisis desde la perspectiva de la mujer: el Turismo Reproductivo.***

Cómo vimos anteriormente, el análisis de la protección de la mujer gestante es una argumentación dispar que pertenece a dos caras de una misma moneda<sup>48</sup>. Gran parte del temor hacia la GS se vincula, lógicamente, con el llamado *turismo reproductivo*<sup>49</sup>. Este es definido como “el desplazamiento de posibles receptores o usuarios de TRHA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla” (Lamm, 2013, pág. 194).

<sup>47</sup> Dentro de esta corriente se encuentran autores de renombre como Kemelmajer de Carlucci, Eleonora Lamm, Fama, Notricia, Gil Dominguez, Herrera, Dreyzin de Klor, entre otros

<sup>48</sup> Ver Capítulo I, Apartado IV.

<sup>49</sup> También llamado “*Cross-border reproductive care*” (“CBRC”)



En este sentido, ha de notarse que la gran disparidad en la forma de regular la GS ocasiona, casi inevitablemente, la internacionalización de las TRHA (Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015). En efecto, el turismo reproductivo o *procreative tourism* suele ocurrir con nacionales o residentes de estados con legalizaciones un tanto estrictas respecto de dicha técnica, que deciden encargar la gestación de un niño/a a mujeres de estados más liberales (Fries, 2013). La lógica detrás de esta dinámica es evitar las trabas que el estado de origen suele imponerles a quienes desean practicar su paternidad por este medio.

Las razones por las que ciertas personas deciden trasladarse temporalmente a otros lugares son, típicamente, para evadir la ley, en cuanto lo eligen parejas o personas cuyos estados de origen no permiten o limitan a un grupo esta práctica (Lamm, 2013). A menudo, el turismo reproductivo se presenta como una problemática que concierne a ambos extremos de la doctrina, puesto que envuelve consecuencias notoriamente disvaliosas.

Sólo a modo ilustrativo, el turismo reproductivo resalta grandes distinciones de clase, en tanto genera un mercado cuyo acceso es solo es una opción para quienes pueden costearlo (Notricia, Cotado, & Curti, 2017). En esta línea, el turismo reproductivo puede resaltar la utilización de las mujeres pobres por las ricas en cuanto permite a una elite económica pagar a mujeres de bajo poder adquisitivo como reproductoras de sus hijos, usualmente mujeres de países periféricos (Lamm, 2013). De esta forma, los detractores consideran que la técnica, a través del turismo reproductivo, restringe la autonomía y libertad de las mujeres, que no son conscientes libremente de las decisiones que toman, en cuanto se encuentran económica o socialmente influenciadas a hacerlo.

Sin embargo, gran parte de la doctrina nacional e internacional ha rechazado este tipo de razonamiento en cuanto es valorada como paternalista y subestima la capacidad de las mujeres de tomar decisiones.

Con el afán de evitar las reiteraciones sobre las discusiones que se efectuaron en los apartados anteriores, cabe esbozar una mera realidad: se prohíba o se silencie, la realidad se impone; es una práctica sumamente reiterada, que también ocurre en la República Argentina. Consecuentemente, creemos que la disyuntiva no está en la GS *per se*, sino en la falta de una regulación seria que logre amparar los derechos de todas las partes involucradas.

Como consta en el marco local, la única consecuencia de no regular o de prohibir una práctica es la creación de un mercado paralelo, cuyas tarifas no se encuentran reguladas, cuyos estándares de seguridad e higiene son nulos y donde el

aprovechamiento a las partes vulnerables de la relación es muy probable. Este es el resultado de la clandestinidad.

En definitiva, fenómenos como el turismo reproductivo son una preocupación totalmente válida, pero que no es típico de la GS en sí, sino de la falta de regulación en general que sitúa a las partes aquí aludidas en una posición de vulnerabilidad. De hecho, en los países cuyas regulaciones son consideradas fuertes<sup>50</sup>, se presentan gestantes que suelen situarse en niveles socioeconómicos estables. Por el contrario, países con regulaciones laxas o casi nulas<sup>51</sup> dejan en evidencia los escenarios de abusos e injusticias a los que son sometidas las gestantes (Lamm, 2013).

En simples términos, si se regula jurídicamente la GS, se pueden establecer y delimitar procedimientos permitidos, los estándares de seguridad e higiene, los controles de los institutos que proveen los servicios, la garantía de una medicina de calidad para las gestantes, entre otras cuestiones. Lo importante en materia de regulación es lograr establecer un marco normativo cuyo estándar de acceso sea igualitario y evite situaciones de vulneración de derechos fundamentales de las partes involucradas.

#### ***IV. B. c Análisis desde la perspectiva del interés superior del niño/a***

La promulgación del CCyCN logró la cristalización del concepto conocido como “*interés superior del niño/a*”<sup>52</sup>, ya utilizado por la doctrina y jurisprudencia nacional cuya significancia remite a la satisfacción de una serie de derechos que protegen a la persona menor de edad (Bruñol, 1998). De hecho, la sanción de la CDN supuso la transición de dicho principio de un plano de protección facultativo a uno preceptivo para los estados (Simonetta, 2013). Asimismo, la CDN, en sus comienzos, fue el Convenio que primero conceptualizó el principio del “interior superior del niño/a”. Ello en tanto la CDN ampara derechos que definen al interés superior del niño/a , tales como el principio a la no discriminación de los niño/as o de sus progenitores (Artículo 2), garantía de protección y cuidado para su bienestar por parte de los estados (Artículo 3.2), el derecho a ser inscripto inmediatamente luego de su nacimiento, a adquirir un nombre, nacionalidad y a conocer a sus progenitores (Artículo 7.1), derecho a preservar su identidad y relaciones familiares (Artículo 8.1), derecho a no ser separado de sus progenitores, a menos que haya una causa justificada, dictaminada por un juez competente (Artículo

<sup>50</sup> como los Estados Unidos de América.

<sup>51</sup> como India.

<sup>52</sup> Conocido en la jurisprudencia anglosajona como “*best child’s interest*”.



9.1), derecho a expresar sus ideas libremente (Artículo 12.1) y a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte (Artículo 12.2), entre otros.

En este sentido, el interés superior del niño/a no es otra cosa que la “*consideración primordial en todas las decisiones que le conciernen a los niños*” (Simonetta, 2013, pág. 67). Vale decir, que ante cualquier situación jurídica donde un menor sea parte, debe resolverse a favor del bienestar de este. En esta línea, gran parte de la doctrina<sup>53</sup> y –me atrevo a decir– casi la totalidad de la jurisprudencia argentina<sup>54</sup>, ha considerado que la regulación de la GS es la que mejor beneficia el estándar del *interés superior del niño/a*. Ello encuentra su cabal significado toda vez que satisface de la mejor manera los principios y derechos enunciados en la CDN y otros instrumentos de raigambre constitucional (Lamm, 2013; C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad, 2015).

En este contexto, quienes manifiestan que la GS genera un perjuicio al menor por el quiebre del vínculo materno filial<sup>55</sup>, enuncian sus argumentos sin ningún tipo de base empírica. No hay un estudio serio que evidencie efectos adversos sobre los niño/as por el mero hecho de haber nacido por TRHA (Lamm, 2013). Por el contrario, la directora del departamento de psicología de la Universidad de Cambridge, Susan Golombok (2004), realizó un estudio que se desarrolló en distintas etapas de crecimiento de niño/as nacidos por TRHA, donde comparó familias cuyos hijos nacieron por GS y familias cuyos niño/as nacieron de forma tradicional o natural. Este estudio demostró, no solo que no se evidencian consecuencias adversas relacionadas a la GS, sino, contrariamente, demostró que las familias que habían recurrido a las TRHA presentaban vínculos más estrechos y cálidos que las familias cuyos hijos nacieron de forma natural. La posible explicación que propone Golombok es que los niño/as que nacen como resultado de las TRHA son menores muy deseados por sus progenitores de forma comprometida y amorosa (Lamm, 2013).

Del mismo modo, ¿cómo puede considerarse la GS perjudicial al niño/a, si su único objetivo es el nacimiento de este al que aparentemente se vulnera? La dignidad del un niño/a no puede ser afectada por el hecho de haber sido querido o educado por quien no lo dio a luz. Esto sigue una lógica simple: si no fuera por la GS se le hubiese negado

<sup>53</sup> Por ejemplo, Herrera, Lamm, Kemelmajer de Carlucci.

<sup>54</sup> Ver Apartado VI. También ver: “*García Bonini, Fernando Diego y otros c/ GCBA s/ amparo*” (Expediente N° 44.003), “*Marreins, Agustín Cristián y otros c/ GCBA s/ amparo*” (Expediente N° 46.288/0), “*Potenza, Mariano Carlos y otros c/ GCBA s/ amparo*” (Expediente N° A-71315-2013-0); “*Bakota Ferrando, Marcos Alfredo y otro c/ GCBA s/ amparo*” (Expediente N° A 12698-2014/0) y “*Demgerd II*” (Expediente N° A 38806-2015/0).

<sup>55</sup> Estos autores consideran que el niño/a podría tener serias dificultades de aceptación social e inconvenientes con las figuras maternas

la posibilidad de tener una vida digna de ser vivida, de modo que no puede ser afectada por el hecho de haber sido concebido (Lamm, 2013).

En resumidas cuentas, y como desarrollaremos en el Capítulo siguiente, consideramos que el interés superior del niño/a es y debe ser la justificación principal para analizar la GS. De hecho, a nivel jurisprudencial, este ha sido y es actualmente el parámetro más determinante a la hora de resolver un caso de filiación por GS<sup>56</sup>. Es por ello por lo que la jurisprudencia actual coincide que la determinación de la filiación de un niño/a receptado bajo la luz del parámetro de *mater siempre certa est* –enunciado en el CCyCN<sup>57</sup>– es contrario al estándar constitucional del interés superior del niño/a, toda vez que una buena regulación de GS logra identificar y dar cuenta de la verdadera identidad del niño/a, entendiendo que los verdaderos progenitores pueden ser distintos a la persona que da a luz.

#### ***IV. B. d Análisis desde la perspectiva de los progenitores***

Desde la perspectiva de los comitentes hay varios puntos en cuestión que vale la pena dilucidar. Un primer punto es el debate dicotómico entre el llamado “*adultocentrismo*”, vale decir, la voluntad de los adultos de convertirse en progenitores, y el *interés superior del niño/a*. Esta aparente dicotomía sostenida y desarrollada por Úrsula Basset (2016) sitúa como contrarios el deseo de ser progenitores con la protección de los intereses del menor. Basset fundamenta dicha afirmación valorando que la GS sólo resalta la voluntad procreacional que surge de un contrato<sup>58</sup> y no la protección del derecho de familia sobre el interés superior del niño/a.

En virtud de esta dicotomía, Marisa Herrera (2017) ha contrariado dicha postura fundando que bajo ningún concepto puede verse perjudicial el mero deseo de los adultos de convertirse en progenitores. Dicha afirmación encuentra su cabal significado en que, en la mayoría de los casos, ya sea por filiación natural, por adopción o por TRHA, la paternidad suele ser elegida. Incluso, en casos de filiación por adopción hay decisiones importantes que se toman respecto de los menores, por ejemplo, si los adultos quieren o puede adoptar a niño/as con discapacidad o menores con edades avanzadas, o grupo de hermanos, o niño/as extranjeros, entre otras cuestiones centrales (Ibídem). Como

<sup>56</sup> Ver Capítulo I, Apartado VI y Capítulo II, Apartado III

<sup>57</sup> Como veremos más adelante.

<sup>58</sup> El hecho contractual a lo largo de su texto es aborrecido toda vez que considera que es contrario al derecho de familia y contrario a la normativa del Artículo 562 y lo considera como un contrato de adhesión.

bien explica Herrera, el mecanismo detrás de las TRHA se activa por medio de la voluntad y el deseo de ser progenitores (2017).

En definitiva, esta mirada dicotómica no esconde otra cosa que el rechazo del avance a la ciencia y a la formación de familia que sobrepasan las maneras tradicionales de relaciones familiares, pues no es de olvidar que la GS es la única práctica que permite a parejas homosexuales masculinas de tener hijos genéticamente propios. En tal tesitura,

“(…) oponerse a las TRHA bajo el manto de una supuesta decisión «adultocéntrica» que sería –de manera falaz– contraria de por sí al interés superior del niño implica, en el fondo, resistir el reconocimiento y consecuente aceptación de que nos encontramos ante un derecho de las familias, en plural con todo lo que ello significa. De base o como punto de partida, admitir que los cimientos sobre los cuales se ha construido el derecho de familia en singular se encuentran –en buena hora– en crisis” (Herrera, 2017, pág. 78)

Una segunda forma de analizar la GS desde la mirada de los comitentes es a partir del derecho a la familia o el derecho a procrear. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH” o “Corte Interamericana”) afirmó que:

“(…) el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar, aunque las circunstancias sean extremas” (Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica., 2012, párrafo 145)

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General Nº 19 (“OG 19”) sostuvo:

“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias”. (Comité de Derechos Humanos, 1990, párrafo 5)

Por añadidura, como ya se ha mencionado brevemente *ut supra*<sup>59</sup>, el derecho a formar una familia se encuentra necesariamente vinculado con el derecho al aprovechamiento del desarrollo científico (Artículo 75 inc. 19, primer párrafo). De hecho, la Corte IDH en su *leading case* “Artavia Murillo y otros (“FIV”) vs. Costa Rica” (2012) estableció que la prohibición absoluta de acceder a las TRHA viola severamente los derechos humanos

<sup>59</sup> Ver Capítulo I, Apartado IV. A. b.

en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”), entre otros instrumentos supranacionales de tal envergadura. Como tal, el derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, reforzado en el Artículo XIII de la CADH y en el Artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

El desconocimiento de estos derechos y/o su prohibición desproporcional *de iure o de facto* implica restringir la autonomía reproductiva de las personas de forma innecesaria toda vez que se limita la capacidad de ejercer los derechos reproductivos que le corresponden a cada persona (Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica., 2012)

Una tercera mirada propone analizar el procedimiento de GS como una herramienta que logra acaparar una desigualdad fundamental para el Grupo Vulnerado. De hecho, esta mirada considera que la prohibición de GS es inconstitucional en tanto atenta contra el principio de no discriminación, la voluntad procreacional y el derecho a la familia. Todos aquellos, son derechos fundamentales y humanos cuya garantía para muchas personas, por ejemplo, homosexuales, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA a través de la GS (Gil Dominguez, 2014). En esta línea, el CCyCN funciona como garante de derechos constitucionales, en cuanto, estipula en su Artículo 558 la igualdad de: (a) condiciones de todas las personas que habitan el suelo argentino y (b) los efectos de la voluntad procreacional expresada por la biología, la adopción o por el acceso a las TRHA (Ibídem).

En la misma línea, la legislación supranacional y local de derechos humanos ha coincidido, no solo que hay un derecho a la protección de la familia, sino que ese derecho es fundamental y humano. Por ejemplo, el Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su inciso primero plantea: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. El mismo artículo, en el inciso cuarto sienta que: “los estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

En el mismo sentido, los incisos 1 y 2 del Artículo 17 la CADH (1984) insta, por un lado, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Por el otro lado, “reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones

requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación” (Ibídem)

Asimismo, la DHDU nota que “los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia” (2008, Artículo 16 inc. 1). El mismo artículo deja claro que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (inc. 3).

El Artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) funda que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” y además “[s]e deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna **por razón de filiación** o cualquier otra condición” (1986, Artículo 10 inc. 1)

Los puntos en común que tienen todos estos artículos son varios, pero nos focalizaremos, principalmente, en tres conclusiones arribadas. En primer lugar, todas estas convenciones coinciden y reafirman la existencia de un derecho a constituir una familia –considerada de forma amplia–. En la misma línea, afirman que dicho derecho es natural y fundamental. En segundo lugar, aseguran que el derecho a formar una familia no se denota como un derecho exclusivo de un grupo en particular, sino que es un derecho amplio que alberga tanto a parejas homosexuales, heterosexuales, como también así a cualquier persona que por la razón que fuera no pueda concebir un hijo genéticamente propio. En tercer y último lugar, establece que es imperativo que exista una protección a este derecho amplio de constituir una familia en cuanto es un derecho fundamental e inalienable y porque, de lo contrario, afectaría al principio constitucional de igualdad y no discriminación.

En efecto, nuestra CN plasma estas ideas en su Artículo 14 bis cuando afirma que “el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable” y que establecerá “la protección integral de la familia; [y] la defensa del bien de familia”. Esto remarca la garantía del pluralismo y la tolerancia que celebra el texto fundamental, basado en la convivencia de múltiples planes de vida (Famá, Gil Domínguez y Herrera, 2010).



Por último, y en relación con lo reseñado anteriormente, se considera que la GS se conforma como una herramienta compatible con el derecho de no discriminación por orientación sexual, que surge del Artículo 75 inc. 22 de la CN. Este artículo, según expresa Gil Domínguez (2012), determina una serie de categorías interdictorias, cuyas diferencias descriptivas (por ejemplo, género u orientación sexual) no pueden ser utilizadas para generar diferencias que limiten los derechos de las personas. De hecho, si se utilizara alguna de estas categorías a los efectos de ceñir sus derechos, pues entonces bien deberán ser presumidas de invalidez *ius tantum*.

La sustancia del principio de no discriminación fue desarrollada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 17 y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la OG N° 21. Dentro de las categorías interdictorias determinadas por la Corte Interamericana— también llamadas *categorías sospechosas*— se encuentra la orientación sexual de las personas, tal como surge de la jurisprudencia supranacional de la Corte IDH en los fallos *Atala Riffo y niñas vs. Chile*<sup>60</sup> y *Duque vs. Colombia*<sup>61</sup>

En definitiva, la conjunción de lo dispuesto en los Artículo 2, 7 y 8 de la Ley 26.862, como así también con la obligación del Ministerio de Salud de la Nación de “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso igualitario de todos los beneficiarios”<sup>62</sup>, implica, de forma ineludible, la conclusión de que la GS se encuentra

## Universidad de

<sup>60</sup> Corte IDH “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24 de febrero de 2012. Ficha Técnica IDH: “El caso se refiere a la responsabilidad internacional del estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.” Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=196&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=196&lang=es) (Última consulta el 12/04/2020).

<sup>61</sup> Corte IDH “Duque vs. Colombia”, 26 de febrero de 2016. Ficha Técnica Corte IDH: “El caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. Asimismo, la presunta víctima habría sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual en razón de que, aunque el fin invocado consistente en la protección de la familia era legítimo en abstracto, la alegada diferencia de trato no podría considerarse idónea porque el concepto de familia referido por el estado sería “limitado y estereotipado”, excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo. Adicionalmente, el estado no habría proveído a la presunta víctima de un recurso efectivo frente a la supuesta violación y que, por el contrario, las autoridades judiciales que conocieron el caso habrían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Finalmente, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraría el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, ser portador de VIH y su condición económica, la presunta víctima también se habría visto afectada en su derecho a la integridad personal.” Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=444&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=444&lang=es) (Última consulta el 12/04/2020)

<sup>62</sup> Artículo 6 (a), Ley 26.862, sancionada el 5 de junio de 2013.

englobada en el *derecho a la voluntad procreacional* y, por lo tanto, normativamente permitida en el orden positivo local (Gil Dominguez, 2013).

## V. Marco normativo de la GS en el territorio argentino

Los avances científicos y tecnológicos de los últimos años han puesto en jaque muchos de los conceptos que teníamos rígidos. En especial las TRHA aparecen como una oportunidad para aquellos que tenían dificultades reales de formar familia. En este ámbito es que surge la curiosidad de si la paternidad, como concepto jurídico, debe mantenerse en conexión con el vínculo genético o con la llamada *voluntad procreacional* (Fries, 2013). Esta problemática surge toda vez que la posibilidad de desmembrar el rol gestacional, del aporte genético es un concepto relativamente actual. Anteriormente, y la mayoría de los derechos de familia del mundo así lo han reconocido, se presumía que quien daba a luz a un niño/a o niña era a quien el derecho le asignaba la responsabilidad parental ligada con aquel acto.

En miras de lo precitado, hemos de considerar los elementos relevantes que hacen a la paternidad o maternidad: ¿será el vínculo genético?, ¿la relación afectiva?, ¿la intención? ¿o una combinación de las anteriores? (Fries, 2013).

Esta problemática ocurre en mayor medida cuando hablamos de GS, en tanto es una figura jurídica altamente compleja que pone en jaque varios principios y estándares vinculados con la prerrogativa jurídica de capital peso a nivel histórico (Olivera, 2016). Particularmente dentro del análisis jurídico, dicha técnica pone en tela de juicio la máxima en el derecho romano: *mater semper certa est*. Este adagio atávico es una presunción romana que conjetura, prima facie, que la mujer que da a luz es la madre de la persona nacida o por nacer. En definitiva, la valoración práctica de dicho principio supone la atribución de la maternidad por el hecho del parto (NN o s/ Inscripción de Nacimiento, 2015; Andre, Milon y Richemont, 2008).

En oportunidad de los avances tecnológicos en materia reproductiva, el ordenamiento jurídico argentino, por intermedio del nuevo CCyCN, ha receptado, como ya mencionamos, tres variantes de emplazamiento filial: la filiación natural, la adoptiva y la voluntad procreacional.

La primera se refiere a la determinación de la maternidad en la filiación por naturaleza cuya fundamentación se encuentra en los principios "*partus sequitur ventrem*" (el parto sigue al vientre) y "*mater semper certa est*" (la madre siempre es cierta) (Barrios, Beatriz Mariana Y Otro C/ Gonzalez, Yanina Alicia S/Impugnacion De Filiacion, 2016). Estos adagios romanos, como ya mencionamos, importan inferir que el hecho objetivo del

parto adjudica *ipso iure* la maternidad. Esta primera vía de filiación se focaliza en el elemento biológico<sup>63</sup> (Ibídem).

Ahora bien, respecto de la tercera vía<sup>64</sup>, su sostén jurídico-argumentativo gira en torno a la voluntad de los comitentes de convertirse en progenitores, situando en un lugar secundario el dato genético (Ibídem; NN o s/ Inscripción de Nacimiento, 2015)

Sin embargo, luego de la sentencia del primer caso conocido notoriamente como el Caso Baby M<sup>65</sup> en 1980, la práctica de la GS y los avances en la genética han ido en escalada, no solo a nivel internacional, sino también en el plano local. Ello fue advertido con motivo de una serie de casos jurisprudenciales<sup>66</sup>, la incorporación de la regulación de las TRHA y la anexión de la GS en el Anteproyecto de del CCyCN (Scotti, 2015), luego desechado por el propio debate legislativo (Carbajal, 2014).

Cabe resaltar que en Anteproyecto elevado al cuerpo legislativo en marzo de 2012 establecía en el Artículo 562 lo siguiente:

*“ARTÍCULO 562.- Gestación 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 solo 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.*

<sup>63</sup> Artículo 565 CCyCN.

<sup>64</sup> Evitamos pronunciarnos respecto de la segunda vía –la adopción–, en tanto su desarrollo excede los objetivos del presente trabajo. Para ver su tratamiento con las TRHA ver Capítulo I, Apartado IV.A.b.

<sup>65</sup> Ver Capítulo I, Apartado I.

<sup>66</sup> Ver Capítulo I, Apartado VI.



*Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”<sup>67</sup>.*

Por su parte, los Fundamentos del Anteproyecto (los “Fundamentos”) describe la situación legislativa a nivel comparado; explica las tres situaciones ya mencionadas respecto de las posiciones de los estados frente a la GS<sup>68</sup>. Asimismo, explica de forma detallada por qué el Anteproyecto decide regular la GS, razón por la cuál brinda una serie de argumentaciones que desarrollaremos de forma sintética, a continuación:

- a) *Principio de Realidad*. La regulación de GS surge como una forma de resolver una situación que ocurre en la realidad, o en los términos de los Fundamentos la *fuerza de la realidad*. Resaltan los Fundamentos que, dado que la GS es una práctica lícita en muchos países, los ciudadanos de mayor poder adquisitivo con la voluntad de adquirir estas técnicas viajan a estos lugares con esos fines (esta situación de facto ya fue descripta como *turismo reproductivo*). En definitiva, se presenta como una legislación de tinte coyuntural.
- b) *Principio de Igualdad*. Asimismo, explica que con la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario ha resultado necesaria la regulación de este tipo específico de filiación, dado que las parejas conformadas por personas del mismo sexo tienen, por el principio de igualdad, derecho a recurrir a las mismas formas de filiación que tienen las parejas heterosexuales, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de TRHA<sup>69</sup>.
- c) *Seguridad Jurídica*. El Anteproyecto parte de la base que la regulación es la única forma de brindar seguridad jurídica tanto a los comitentes, a la gestante y al niño/a por nacer o nacido. Solo un cuerpo de normas claras y previamente fijadas pueden evitar el surgimiento de conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos por un vacío legal.

Bajo este sostén argumentativo, el Anteproyecto de CCyCN regulaba la GS con las siguientes pautas:

<sup>67</sup> Ver: (a) Scotti (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Revista de la Facultad de Derecho, (38), 231-275.; y (b) Amado & Andía (2017). Análisis del desarrollo jurídico y jurisprudencial de la práctica de la gestación por sustitución: Una propuesta superadora. Universidad de San Andrés. Departamento de Derecho.

<sup>68</sup> Abstención, prohibición o regulación.

<sup>69</sup> Cabe refrescar que la GS es la única práctica que permite a parejas homosexuales masculinos a tener hijos genéticamente propios.

1. Autorización judicial previa.
2. Capacidad plena de la gestante.
3. Consentimiento previo, libre e informado de todas las partes intervinientes.
4. La gestante no debe aportar material genético propio, pero si de uno de los comitentes.
5. GS altruista (con el pago de los gastos razonables de llevar a cabo el embarazo).
6. La gestante no se haya sometido a GS por más de dos veces.
7. La gestante debe haber tenido por lo menos un hijo propio previo al tratamiento.

Según los Fundamentos, estas pautas permiten construir una presunción suficientemente razonable del consentimiento previo, libre e informado de la mujer que presta su cuerpo de forma voluntaria y, además, ubica esta práctica como una suerte de *última ratio*.

Sin embargo, cabe mencionar que dicha regulación ha sido sustraída del texto aprobado por el Congreso de la Nación y, por lo tanto, el CCyCN aprobado por la Ley 26.994 que entró en vigor el 1 de agosto de 2015 elimina tal procedimiento estableciendo el siguiente artículo:

ARTÍCULO. 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.”

Este artículo estipula que los niño/as nacidos por TRHA son hijos de quien los dio a luz y del hombre o mujer que dio consentimiento para que se realice dicha técnica, con independencia de quién aporó el material genético o los gametos. Esta norma toma el principio de *mater semper certa est* presentándose, prima facie, como una barrera normativa respecto de la GS (Gil Dominguez, 2013).

Esta posición tomada por el CCyCN, en definitiva, no resuelve ninguno de los argumentos expuestos por los Fundamentos. Tal es así que, con esta regulación, los comitentes seguirán recurriendo a los subterfugios legales cuando hayan optado por esta práctica ante la imposibilidad de tener hijos de forma natural (Scotti, 2012), el Grupo Vulnerado todavía no tendrá la posibilidad de tener un hijo genéticamente propio, los niños/as continúan teniendo indefinición de su vínculo filiatorio y los tribunales seguirán formulando sus resoluciones judiciales en un marco de convicciones y no de leyes.

Esta omisión de regulación legal intencionada, sin embargo, no implica necesariamente su prohibición. En efecto, la primera norma del sistema de derechos fundamentales surge del principio de reconocimiento constitucional y convencional argentino<sup>70</sup>, que complementa la regla de *pro liberatis*. Este principio de legalidad insta que todo aquello que no esté prohibido de forma expresa, está permitido (Gil Dominguez, 2013). En efecto, el principio de legalidad surge del Artículo 19 de la Carta Magna al sostener que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"

Ergo, en materia de TRHA y voluntad procreacional, el acceso a la GS, al no estar expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico, se considera que está permitido, y el estado, por ende, tiene la obligación de garantizar su no obstaculización. Como se determinó en el fallo H. M. y Otros s/ Medidas Precautorias:

"(...) se entiende que, la gestación por sustitución cuenta con recepción implícita en el CCyC, ya que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, (...) 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 Artículo 562, este supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución" (2015, pág. 5)

En conclusión, creemos en la **inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyCN** por ser esta incompatible con el ejercicio de:

Universidad de  
**San Andrés**

<sup>70</sup> establecido en el Artículo 75 inc. 22 de la CN: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño/a; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional."

- los artículos 1<sup>71</sup>, 2<sup>72</sup>, 558<sup>73</sup> y 562<sup>74</sup> del CCyCN y el derecho a conformar una familia (art 14 “bis” CN<sup>75</sup> y normativa internacional concordantes de jerarquía constitucional<sup>76</sup>),
- el interés superior del niño/a, receptado por la CDN.
- derecho a procrear y a la voluntad procreacional (Artículo 75 inciso 22 CN),
- el derecho a la no discriminación en el acceso integral a la TRHA (artículos 43<sup>77</sup> y 75 inciso 22 CN, OG N° 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y

<sup>71</sup> ARTICULO 1°- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho

<sup>72</sup> ARTICULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento

<sup>73</sup> ARTICULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

<sup>74</sup> 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

<sup>75</sup> ARTÍCULO 14 “bis”: “(...) El estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

<sup>76</sup> Ver apartado “Argumentos a favor y en contra” – “Análisis desde la perspectiva de los progenitores”

<sup>77</sup> ARTÍCULO 43.- “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (...)”

- Culturales<sup>78</sup>, artículos 402<sup>79</sup>, 558<sup>80</sup> y 561<sup>81</sup> del CCyCN, Artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires<sup>82</sup> y Ley 5.261<sup>83</sup>)
- la jurisprudencia de la CSJN en los casos “*B., M. A. c. F. C., C. R s/ Impugnación de la maternidad*”; “*C., F. A. y otros c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad*”; “*Barrios, Beatriz Mariana Y Otro C/ González, Yanina Alicia S/Impugnación De Filiación*”; “*N. N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento*”; “*F. M. L. y otra s/autorización judicial*”; “*H. M. y otro/a s/ medidas precautorias*”
  - la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos “*Artavia Murillo y otros (“Fertilización In Vitro”) vs. Costa Rica*” (2012); “*Fornerón e hija vs. Argentina*” (2012); “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” (2012) y “*Duque vs. Colombia*” (2016)
  - el interés superior del niño/a respecto del derecho a la identidad, de esclarecer su vínculo filiatorio y de la protección de las relaciones familiares entre progenitores y niño/as (artículos 2, 3, 7, 8, 9 y 10 de la CDN sobre los derechos del niño/a<sup>84</sup> y artículos 1, 2, 3, 11, 12 y 13 de la ley 26.061<sup>85</sup>);

<sup>78</sup> <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/01/observaci%C3%B3n-general-21.pdf>

<sup>79</sup> ARTICULO 402.- Interpretación y aplicación de las normas. 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

<sup>80</sup> ARTICULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

<sup>81</sup> ARTICULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

<sup>82</sup> ARTICULO 11.- Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley.

Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.

<sup>83</sup> Ley de la Ciudad de Buenos Aires contra la discriminación N 5261 <http://www2.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley5261.html>

<sup>84</sup> Disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (Última consulta el 22/05/2020)

<sup>85</sup> Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> (Última consulta el 22/05/2020)

- lo dispuesto por la Resolución 38/12 del Subsecretario de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>86</sup> y la Ley 5261 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## **VI. Análisis jurisprudencial en la República Argentina**

La ausencia de normativa en materia de GS, la progresiva complejidad del ordenamiento jurídico, los crecientes efectos sociales del contexto globalizado y la incesante transformación tecnológica mantienen las disyuntivas de la indeterminación o incertidumbre del ordenamiento jurídico entre las preocupaciones más relevantes de los operadores jurídicos (Peñalver, 2007). La ausencia de legislación en el plano nacional ha desencadenado numerosos planteos judiciales, en donde los operadores jurídicos se ven obligados a emitir un pronunciamiento para dirimirlo (Amado & Andia, 2017).

Entre los planteos judiciales en el plano local, hemos de encontrar tres discusiones que normalmente dilucidados en sede judicial (Notricia, 2017):

- 1) Casos donde el niño/a ya nació, en donde se suelen presentar cuatro estrategias:
  - a. El planteo de la impugnación de la maternidad.
  - b. La solicitud de la inscripción registral a favor de los comitentes<sup>87</sup>.
  - c. La solicitud de la medida autosatisfactiva.
  - d. La acción declarativa de certeza.
- 2) Casos donde el nacimiento no ha acaecido, y se pide la autorización judicial previa a la implantación del embrión
- 3) Casos donde el nacimiento no ha acaecido, y se pide la autorización judicial previa al parto con el embarazo en curso.

A menudo, en los casos donde la estrategia buscada es la 1.A., lo que se procura es impugnar la maternidad de la gestante, presentando como prueba un análisis genético que demuestre la falta de vínculo genético con la gestante. Una vez que esta es desplazada de su lugar de “madre” legal, los comitentes suelen solicitar el emplazamiento filial como progenitores (Notricia, 2017).

Este fue el caso de una de las primeras sentencias en el 2010, ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Gualaguaychú caratulado “B., M. A. c. F. C., C. R s/

<sup>86</sup>[http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos\\_a.php?id=7&id2=481&id3=4635&idanexo=967](http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_a.php?id=7&id2=481&id3=4635&idanexo=967)

<sup>87</sup> Normalmente en un mismo proceso se solicita la desafectación de la gestante como progenitora legal del menor y el emplazamiento filial con los comitentes.



Impugnación de la maternidad”. Los hechos que sucintan del presente fallo son exactos a las situaciones reseñadas anteriormente: una mujer que invoca ser la madre biológica por haber aportado el óvulo e interpone una acción de impugnación de quien era considerada madre legal del niño/a. En primera instancia, la acción fue rechazada *in limine* por considerarse que la madre biológica no tenía legitimación activa en los términos del Artículo 262 del Código anterior. Sin embargo, la Cámara revocó la sentencia del *a quo* bajo consideración que la actora poseía dicha legitimación en tanto el Artículo 262 faculta a “todo tercero que invoque un interés legítimo” para impugnar la maternidad.

De forma similar, se resolvió en el caso “C., F. A. y otros c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, en donde una pareja (F.A.C. y M.M.C.), imposibilitados de tener hijos de forma natural, y ante la incapacidad económica de acceder a la GS en el extranjero, decidieron, juntamente con M.L.R.S. (la gestante) utilizar el tratamiento FIV sobre esta última con el embrión de los comitentes. En el caso en cuestión, la gestante era una conocida que tenía vínculos cercanos a la pareja y decidió de forma previa, libre e informada, llevar el embarazo de la pareja con el embrión de ambos. Tal fue su voluntad, que en el proceso judicial en donde estaban en juego su desplazamiento de ella como madre legal, la gestante se allanó y manifestó de forma expresa su “desinteresada colaboración e intención de ayudar al matrimonio C [comitente] a ser progenitores, 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” (2015, Considerando III, párrafo tercero).

Conclusivamente, el Tribunal dio lugar a la demanda de la pareja, bajo los argumentos de la voluntad procreacional, el consentimiento espontáneo y libre de la gestante, el interés superior del niño/a y otros derechos amparados constitucionalmente.

En la misma línea, en el caso “Barrios, Beatriz Mariana Y Otro C/ González, Yanina Alicia S/Impugnación De Filiación” (2016) el Juzgado en lo Civil N° 8 se vio obligado a resolver el emplazamiento filial de un niño/a nacido por GS (previo a la promulgación del CCyCN), gestado por una amiga de la pareja comitente, quienes donaron los óvulos. En oportunidad de estos factores, el Tribunal hizo lugar a la acción de impugnación de maternidad y filiación interpuesta por los actores. Como se consta del texto resolutorio, el juez interviniente interpretó que, si bien la GS como figura fue suprimida del Proyecto de CCyCN, el mencionado instituto no fue expresamente prohibido (Ibídem). Atento a lo expuesto, el magistrado, conforme al principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (Artículo 19 CN), entendió que la GS cuenta con una recepción implícita en el nuevo ordenamiento (Ibídem).



Respecto a la estrategia suscitada en el Punto 1. C –vale decir, solicitar la inscripción del menor nacido a través de una acción declarativa o medida autosatisfactiva– analizaremos algunos de los procesos más conocidos<sup>88</sup>.

El primero, fue caratulado bajo los autos “N. N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”<sup>89</sup> El caso surge de una pareja heterosexual, en donde la mujer, luego de dos embarazos perdidos, sufrió la extirpación de su útero, lo que arrojó como consecuencia nulas posibilidades de un nuevo embarazo. De esta manera, una amiga de la pareja se ofreció a “prestar su vientre” para implantar el embrión de la pareja mediante la técnica FIV. Al nacer la niña, los progenitores solicitaron la inscripción de nacimiento como hija de la pareja, cuya conformidad fue manifestada por la gestante.

La sentencia del fallo a cargo de la Jueza María Becigalupo de Girard, fue favorable a la pareja. Este fallo es memorable en materia de GS, puesto que fue el primer fallo que admite legalmente la GS como un procedimiento válido en la República Argentina. En efecto, el dictamen resolutorio se enfocó, primordialmente, en los efectos de la “voluntad procreacional”. Explicó, que dicho factor envuelve la intención y el deseo de crear vida y tener un hijo. Del mismo modo, la jueza declaró que la voluntad procreacional “es la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el deseo de la madre [o padre] del nacido” (pág. 8). En este sentido, a causa de la voluntad procreacional surge la “responsabilidad procreacional”, que es, al fin y al cabo, asumir las responsabilidades de crianza y educación del niño/a (Ibídem).

Por último, destacó que la GS no viola el interés superior del niño/a, en tanto este nace en una familia que lo esperó y que, de no ser por esta práctica, nunca hubiese existido. Concluye, que la GS habilita nuevas formas de familia que nunca hubiesen podido formarse: maternidad o paternidad en caso de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, maternidad y/o paternidad de los miembros de una pareja homosexual.

En el segundo fallo, caratulado “N.N.O. s/ Inscripción de nacimiento” se desarrolló de forma similar a algunos de los casos ya comentados: una mujer amiga de un matrimonio imposibilitados de ser progenitores biológicos, acudieron al procedimiento de la GS por medio de un “acuerdo de *voluntad subrogada*”. Si bien el texto resolutorio sostuvo los

<sup>88</sup> También ver Juzgado No 1 de Familia de Mendoza, del 15/12/2015, en autos “C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento y Juzgado No 1 de Familia de la Ciudad de Mendoza, del 29/07/2015, en autos “A. V. O., A. C. G. y J. J. F.”

<sup>89</sup> Juzgado Nacional en lo Civil No 86, del 18/06/2013

fundamentos enunciados precedentemente, incorporó dos argumentos que no se encontraban en los casos anteriores<sup>90</sup>.

El primero, refiere a la crisis del principio de la atribución de la maternidad por medio del parto. Al respecto, sostuvo que la GS:

“rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano "mater semper certa est", consagrando que la madre es siempre cierta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto.- En otras palabras, el incólume principio "mater semper certa est" hace crisis, y en estos tiempos deja de ser incuestionablemente un hecho cierto” (2015, Considerando 29)

El segundo punto, se abocó al *interés superior del niño/a*, protegido por las disposiciones del artículo 17 punto 5 de la CADH y el Artículo 2 de la CDN. En este sentido, el tribunal expresó que:

“el "derecho a la identidad" es un derecho personalísimo y se encuentra regulado dentro de los no enumerados a que se refiere el artículo 33 de nuestra Carta Magna y el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño/a, como así también en la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niño/as y adolescentes, que establece en su artículo 11 que los niño/as tienen derecho a conocer a sus progenitores biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus progenitores”<sup>91</sup>

Ahora bien, respecto a la estrategia enunciada en el Punto 2 –es decir, el proceso judicial previo a la implantación del embrión en la gestante– se encuentra el caso “F. M. L. y otra s/autorización judicial”. La plataforma fáctica del caso en referencia importa los siguientes supuestos: se presentó una pareja imposibilitados de tener hijos de forma biológica/natural, en tanto la mujer comitente padecía de una afección que obstaculizaba la gestación normal de un bebé, y luego de severas condiciones de salud, su útero fue extirpado. En la búsqueda de ayuda, la pareja dio con el conocimiento de una mujer que se ofreció a colaborar con ellos en forma desinteresada, prestando su útero a fin de que la pareja pudiera concretar el deseo de formar una familia. Atento a lo aquí reseñado, los comitentes decidieron solicitar autorización judicial para realizar la transferencia de embriones congelados en un vientre gestante y que se permita inscribir al niño/a concebido, si la transferencia es exitosa, en el Registro de Estado Civil y

<sup>90</sup> O por lo menos no con el tratamiento que se desarrolla en el caso en cuestión.

<sup>91</sup> Ver <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-civil-nro-83-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-nno-inscripcion-nacimiento-fa15020008-2015-06-25/123456789-800-0205-1ots-eupmocsollaf>

Capacidad de las Personas. La jueza a cargo, Valeria Vittori, falló a favor de la pareja comitente, cuyo argumento se centró, entre otras cuestiones, en el texto resolutorio de la Corte IDH “Artavia Murillo y otras vs Costa Rica”, y en el Artículo 19 de la CN.

Atento a lo suscitado por las partes, consideró que la Corte IDH ha sido expresa que la prohibición absoluta de TRHA implica una medida que no pasa el *test* de proporcionalidad, puesto que no tiene en consideración la discriminación indirecta que provoca dicho impedimento a personas que padecen de discapacidad, como lo es la mujer solicitante. Explicó, que la OMS ha definido la infertilidad como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas" (Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica., 2012, párrafo 288). Frente a ello, el texto resolutorio nota que:

“(…) la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. En consecuencia, del Artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.” (pág. 8)

En consideración al segundo argumento, la Jueza explicó que el Artículo 19 de la CN es una prerrogativa que respeta y protege la intimidad de las personas y ampara las decisiones que conforman la vida privada de ellas; se funda el orden simbólico que autentica y habilita el proyecto de vida personal y familiar. Coincidió con la doctrina mayoritaria, que sostiene que de dicho Artículo 19 se desprende el principio de autonomía de la voluntad de las personas, razón por la cual, debe autorizarse la solicitud de la pareja en aprobar la transferencia del embrión en la gestante y luego inscribir al niño/a o niña resultante del embarazo a nombre de los comitentes.

Por último, respecto a la estrategia suscitada en el Punto 3, en referencia a la autorización judicial previa al alumbramiento con el embarazo en curso, podemos encontrar la sentencia tramitada ante el Juzgado de Familia No 3 de Lomas de Zamora, bajo los autos caratulados “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias”. En el presente caso se trató de una pareja heterosexual imposibilitada de procrear (M. R. H. y C.J.N. A.) en virtud de una enfermedad congénita de la mujer que le impidió gestar. En este contexto, una mujer gestante, M. C. H., hermana de la solicitante, casada con L.C. O. y con tres hijos matrimoniales menores de edad,

expresó su voluntad procreacional con su marido de ser gestantes del hijo de M. R. H. y C.J.N. A., mediante el consentimiento previo, informado y libre.

En tal tesitura, el operador jurídico encargado de resolver sobre los hechos narrados autorizó el procedimiento de GS. Los argumentos esbozados en dicha sentencia implicaron un desarrollo minucioso de la normativa nacional y supra legal, juntamente con la doctrina y jurisprudencia pertinente, en especial el caso “Artavia Murillo y otras (FIV)” vs. Costa Rica” de la Corte IDH. Asimismo, dio cuenta que la GS, como técnica, ha sido eliminada del Anteproyecto CCyCN, pero no prohibida, y que atento al principio de legalidad del Artículo 19 CN, todo aquello que no está expresamente prohibido por una ley, está permitido.

\* \* \*

En conclusión, podemos analizar como la jurisprudencia ha sido permisiva de la práctica suscitando argumentos a favor de que la determinación de la filiación en cabeza de los comitentes (Notricia, 2017). Como consta de los casos reseñados, los argumentos mayormente utilizados se desarrollan alrededor del derecho a la identidad del niño/a nacido, la voluntad procreacional como causa fuente del emplazamiento y el interés superior del niño/a (Ibídem). Asimismo, se observa que los magistrados tienden a inclinarse sobre la argumentación jurídica en línea con la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el principio de legalidad receptado en nuestra Carta Magna.

Universidad de  
San Andrés

# CAPITULO II: Gestación por Sustitución y el Derecho Internacional Privado

Mientras la discusión legislativa nacional sobre la regulación de la GS es inminente, en la actualidad, existe una considerable diversidad jurídica respecto a la reproducción médicamente asistida en todo el mundo (Fries, 2013). Esto plantea grandes dificultades en los operadores jurídicos quienes deben dictaminar sobre el emplazamiento filial de menores que nacen por este procedimiento en el extranjero. Como tal, los magistrados se encuentran en la difícil tarea de expedirse sobre el reconocimiento de los certificados oficiales extranjeros y las decisiones judiciales que reconocen la parentalidad por estos medios (Carvaca & González, 2015).

En honor a la brevedad, el presente capítulo prescinde de analizar exhaustivamente la situación jurídica en las distintas jurisdicciones<sup>92</sup>. Por el contrario, la sección en referencia se propone exponer los problemas que los magistrados locales a menudo se enfrentan con relación al reconocimiento de los documentos y decisiones extranjeras sobre la cuestión de la filiación en materia de GS. Sin embargo, hemos de notar que la problemática de la determinación de la filiación internacional es común en el plano internacional toda vez que hay tantas regulaciones como estados: mientras algunos estados toman posiciones sumamente prohibitivas y punitivas, otras se inclinan por enfoques más liberales; y otras directamente omiten pronunciarse al respecto (Lamm, 2013; Carvaca & González, 2015)<sup>93</sup>.

Asimismo, intentaremos ilustrar las consecuencias de la falta de reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes (Fries, 2013). Finalmente, desarrollaremos los casos emblemáticos de la jurisprudencia argentina en materia de la gestación por sustitución internacional o transfronteriza (“GS Internacional”).

<sup>92</sup> Para ello, ver Lamm. (2013). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

<sup>93</sup> Por ejemplo, dentro de los países cuyas legislaciones permiten la GS, hay normativas más laxas, como las de California, u otras como las del Reino Unido, que no permiten per se la filiación directa de los progenitores con el niño/a nacido a través de la voluntad procreacional (“*intended parents*”) sino por medio de una “transferencia de paternidad” a favor de los comitentes al momento del nacimiento (Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015)

## **I. Nociones Generales del Derecho Internacional Privado**

### I.A El Derecho Internacional Privado en el siglo XXI

El derecho como un todo es la expresión de la cultura y la sociedad que la legisla (Scotti, 2013). En tal caso, tanto el derecho de familia como el derecho internacional privado (“Dipr”) son las ramas del derecho que mejor vislumbran esta afirmación.

En efecto, nuestro Código parte de la noción básica que si bien “la familia puede tener origen en un hecho biológico [lo cierto es que] los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad (Kemelmajer de Carlucci, 2014, pág. 1). Por ello, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación o matrimonio, “no está atado a la naturaleza [sino que] depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.” (Ibídem, pág. 1).

El Derecho Internacional Privado (“Dipr”) no está exento de esta cualidad. De hecho, el Dipr es el encargado de mediar entre los valores y principios de distintas culturas recogidos, en el plano occidental, por las constituciones nacionales, así como en tratados internacionales de derechos humanos (Scotti, 2013). En este contexto, el Dipr se sostiene como una pieza clave del diálogo interjurisdiccional, guiado por los derechos humanos, a fin de procurar soluciones justas a conflictos de leyes, jurisdicciones y calificaciones.

En este plano, el Dipr debe hacerse cargo de una serie de situaciones jurídicas típicas de una sociedad globalizada e intercultural, inimaginable en otros tiempos, entre ellos la *filiación internacional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida* (Scotti, 2013).

## **II. Filiación Internacional**

### II. A El Régimen de Filiación Internacional

En 2001, a los efectos de determinar los potenciales tópicos de la Conferencia de la Haya, surgieron algunas cuestiones relativas al Dipr respecto de las condiciones jurídicas de los niño/as, más particularmente, de la filiación internacional determinada por técnicas medicamente asistidas. En el 2011, la Oficina Permanente (*Permanent Bureau*) del Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia de la Haya presentó una nota preliminar sobre las condiciones jurídicas de los niño/as, más específicamente sobre el reconocimiento de las relaciones entre progenitores e hijos (filiación). Entre sus conclusiones, el Consejo reconoció la complejidad de la situación de la filiación internacional en tanto involucra el interés superior del niño/a, su protección,



el Dibr y la creciente demanda por los acuerdos de GS transfronterizos (Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, 2011; en adelante “Nota Preliminar”).

Dentro de los puntos rojos, se remarcó sobre los problemas relativos al emplazamiento y/o reconocimiento de la filiación legal del menor de edad y las consecuencias jurídicas que se derivan de la determinación filial en los casos de GS Internacional. Vale decir, cuestiones relacionadas con:

- la resolución sobre la nacionalidad del menor;
- la situación de inmigración;
- las situaciones de asignación de la responsabilidad parental;
- los deberes de alimentos, entre otros.

Lo expuesto ilustra sobre la común puesta en conflicto de dos derechos de familias contrapuestos. Por un lado, un estado de residencia de los comitentes con un derecho de familia más conservador. Por el otro, un estado de residencia de la gestante con un derecho de familia más laxo. Su resultado, es la colisión entre dos sistemas de derecho de familia antagónicos, materializado en la falta de reconocimiento de la filiación de los niño/as con los pretendidos progenitores (Fries, 2013). El conflicto supone una cuestión problemática puesto que los dos sistemas jurídicos involucrados designan a personas diferentes como “padre” o “madre” legal del niño/a (Saarloos, 2010). Ergo ¿Qué ley es aplicable?

A los fines introductorios, coincidimos con parte de la doctrina que entiende a la filiación internacional como “el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que presenta elementos extranjeros” (Scotti, 2013, pág. 273). De tal suerte, “los efectos de la filiación así obtenida con arreglo al ordenamiento jurídico foráneo que permite la gestación por sustitución plantearán generalmente un problema de reconocimiento en nuestro país, que debe analizarse a la luz de las disposiciones del Derecho Internacional Privado” (Scotti, 2015, pág. 213).

En este sentido, la filiación acreditada en el extranjero supone un verdadero desafío en estados cuyas regulaciones evitan cualquier tipo de normativa específica<sup>94</sup>. En efecto, la disyuntiva se centra en la precisión de la filiación: mientras los menores nacidos por estas prácticas en el extranjero son considerados “hijos” de los comitentes, el derecho de familia de estados típicamente de tradición civilista<sup>95</sup>, donde los comitentes suelen

<sup>94</sup> como la legislación argentina.

<sup>95</sup> Por ejemplo, España y Argentina.



ser nacionales, promulgan la regla de “filiación a favor de la gestante”<sup>96</sup> (Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015).

Esta reflexión bien puede apuntar a problemas de mayor calado a los ojos del Dipr. En primer lugar, hemos de considerar que la filiación foránea roza con el concepto de *orden público internacional* (“OPI”)<sup>97</sup>. En este plano, se entiende al OPI, en resumidas cuentas, como “una de las herramientas de las que se vale un estado para preservar y asegurar en su territorio la vigencia de ciertos principios sociales, culturales, morales y jurídicos que hacen al espíritu de su sistema” (Iud, 2013, pág. 1).

En segundo lugar, hemos de considerar que el CCyCN incorpora una nueva complejidad al concepto de filiación puesto que, como ya analizamos anteriormente, su nueva regulación rompe con el sistema binario de filiación natural o adoptiva, para incorporar una tercera forma de filiación, cuya causa fuente es la *voluntad procreacional*: las TRHA (Lamm, 2013). Sin dudas que de este viraje el Dipr no ha sido ajeno, sino por el contrario, protagonista, en tanto las TRHA aumentan la posibilidad de encontrar en las disputas un elemento extranjerizante (Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015).

Respecto al primer punto, en materia de filiación internacional la relevancia jurídica del concepto de OPI es mayúsculo debido a que el reconocimiento del emplazamiento filial suele verse aceptado o rechazado bajo su luz. Normalmente, esto ocurre ante la solicitud de la registración e inscripción de la filiación en los organismos públicos, o su reconocimiento en sede judicial.

En oportunidad de ello, la jurisprudencia ha notado que en materia de GS la tensión argumentativa suele efectuarse entre la supremacía del OPI o el interés superior del niño/a, receptado en los principios de la CDN. En particular, consideran que la CDN obliga a los estados firmantes, entre ellos Argentina, a asegurar la inscripción del niño/a inmediatamente después de su nacimiento (Artículo 7). En este sentido, la jurisprudencia ha notado que una correcta legislación que ampare este derecho no debería obstaculizar o limitar la jurisdicción de sus funcionarios estatales para inscribir a un niño/a nacido allí, en tanto sería suficiente con el hecho de haber nacido en aquel estado (*ius solis*).

<sup>96</sup> En Argentina, a diferencia de países como España, tenemos la filiación emanada de la voluntad procreacional, que surge como una vía de escape a este principio. Sin embargo, si bien se decidió regular las TRHA en el CCyCN, se dejó afuera la práctica en específico, y es por ello que requiere un tratamiento argumentativo-jurídico en particular.

<sup>97</sup> típicamente regulado a través de los textos fundamentales de cada estado, y en el caso argentino, por medio de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en el Artículo 75, inc. 22

Sin embargo, varios estados ofrecen, además, la posibilidad de que sus nacionales (y a veces residentes) inscriban ante ellos a un niño/a nacido en el extranjero (*ius sanguinis*)<sup>98</sup>. En la práctica, esta inscripción suele ser ejecutada por agentes diplomáticos y/o consulares, y luego tramitada por autoridades nacionales competentes<sup>99</sup> (Gonzalez Napolitano, 2015)

Respecto al reconocimiento de partidas de nacimiento o documentos públicos, los estados suelen tomar varias posturas. Algunos consideran que la partida de nacimiento emitida en el extranjero es una mera declaración de hecho, considerándola como una prueba más dentro del proceso (*de facto*), y no como una conclusión de derecho (*de iure*) (Nota Preliminar, 2011; Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015). Este enfoque genera el riesgo de que los tribunales consideren una filiación distinta a la que se nombra en la partida de nacimiento.

Otros estados, por ejemplo Holanda<sup>100</sup>, suelen utilizar el “método de reconocimiento” en donde un estado civil (en este caso, la filiación) será reconocido cuando se generen ciertas circunstancias fácticas tales como: (a) el documento elaborado por una autoridad competente en el estado extranjero; (b) que el hecho o acto jurídico (partida de nacimiento) que genera la filiación legal se haya establecido en el extranjero; (c) que el hecho o acto jurídico que estableció la filiación legal se haya realizado en el extranjero (Saarloos, 2010). Sin embargo, según esta postura, el reconocimiento de partidas extranjeras debe ser rechazada *in limine*, normalmente, si se dan alguno de los siguientes supuestos: (a) que no se hayan realizado las comprobaciones adecuadas para determinar la filiación en el exterior; (b) que el documento contradiga una decisión de los tribunales nacionales; (c) que contradiga el OPI de aquel estado (Nota Preliminar, 2011).

<sup>98</sup> Para más información ver: González Napolitano, S. (2015). Lecciones de derecho internacional público. Capítulo 42. *Errius*, Buenos Aires: “Se afirma de ordinario que la primacía del *jus solis* caracteriza la disciplina legal de la nacionalidad en los países de inmigración. Pero en verdad encuentra sus raíces más fuertes en Gran Bretaña, desde donde se proyectó a los Estados Unidos y a los demás países del *common-law*. (...) La atribución de la nacionalidad *jus sanguinis*, por su parte, es el criterio dominante en Europa continental sin excepción. En general, se admite que aun los naturalizados puedan transmitir *jure sanguinis* su nacionalidad adquirida de sus descendientes (no es así en Argentina); y la tendencia actual se orienta en el sentido de atribuir la nacionalidad por el hecho de que cualquiera de los progenitores posea la nacionalidad de un estado sin discriminación de sexo” (pág. 899).

<sup>99</sup> Según las facultades conferidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, Artículo 5: “Las funciones consulares consistirán en: (...) (f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del estado receptor”.

<sup>100</sup> Ver Wet conflictenrecht afstamming [Parentage (Conflict of Laws) Act]. Para más información ver: Saarloos. (2010). *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage. Océ Business Services*.

Todo este desarrollo funciona a los efectos de ilustrar el verdadero desafío en el que se encuentran los operadores jurídicos a la hora de aplicar el Dipr en materia de determinación de la filiación internacional.

## II. B Gestación por Sustitución Internacional

A diferencia de su variante local, la GS Internacional reconoce en él la existencia de uno o más elementos foráneos dentro de la relación jurídica. Ello puede darse ya sea porque los comitentes son de un estado y la gestante de otro; o porque el contrato se realiza bajo la normativa de otro estado, por el lugar de nacimiento del niño/a, etcétera.

Atento a ello, los ordenamientos internos, pueden reconocer los *efectos territoriales* (cuando una filiación ostensible en un estado es reconocida por el resto) o los *efectos meramente territoriales* (cuando sólo se tiene efectos en el país que declaró la filiación, pero no se es oponible al resto de los estados). La elección entre una u otra es, como todo, una decisión de política legislativa.

De tal suerte, el fenómeno de la GS internacional surge como consecuencia de la movilidad internacional y, por qué no, del acceso a la tecnología<sup>101</sup>, que permite a muchas personas que exteriorizan su voluntad procreacional, a ser progenitores mediante técnicas de reproducción medicamente asistida en el exterior.

Sin embargo, la decisión de llevar a cabo la GS en un estado foráneo conlleva una serie de problemáticas: algunas ya las analizamos anteriormente (como el turismo reproductivo<sup>102</sup>) y otras que analizaremos a continuación.

## *II. C. a Problemas de la Gestación por Sustitución Internacional*

En honor a la claridad, estableceremos algunas siglas para simplificar la comprensión de los casos<sup>103</sup>:

- C(s) = Comitente o Comitentes
- G = Gestante

<sup>101</sup> Por ejemplo, internet.

<sup>102</sup> Ver apartado IV.B.b

<sup>103</sup> Los casos que se desarrollarán a continuación se inspiran en los casos hipotéticos dados en Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (2011), Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf> (Última consulta el 6/04/2020)

- Estado A = Estado donde el acuerdo de GS se llevó a cabo, donde G es residente (usualmente donde G es nacional) y donde nace el niño/a
- Estado B = Estado donde C(s) son residentes (y usualmente nacionales) y el país donde los C(s) desean volver con el niño/a nacido en el país A.

Si bien las aristas que presentan este tema son profundas, nos limitaremos a desarrollar dos categorías de problemas que se pueden encontrar en materia de GS internacional: los *problemas prácticos-jurídicos* y los *problemas estrictamente jurídicos*<sup>104</sup>. Los primeros, entrañan aquellos problemas que las partes aludidas a menudo se enfrentan ante situaciones de GS Internacional. El segundo, envuelve aquellos temas que los abogados u otros operadores jurídicos suelen discutir ante el surgimiento de una situación jurídica con los elementos recientemente mencionados.

#### Problemas Prácticos Jurídicos:

Dentro de los problemas prácticos-jurídicos hay tres situaciones que vale mencionar.

El primer problema, al que llamaremos el *problema de la vuelta*<sup>105</sup>, supone la imposibilidad del niño/a de salir del Estado A para viajar al Estado B toda vez que los C(s) no logran conseguir un pasaporte o documento identificadorio del niño/a para que se logre trasladar al Estado B<sup>106</sup>. La situación suele ser la siguiente:

- Una pareja (los Cs), residentes y nacionales del Estado B, utilizan Internet para encontrar un centro de GS en el Estado A, un Estado que reconoce y hace cumplir los acuerdos de GS. Por correo electrónico, celebran el acuerdo con una mujer casada (G) y su marido, que residen y son nacionales del Estado A. El acuerdo de GS se celebra con sujeción a la legislación del Estado A. En el contrato se establece que los C(s) proporcionarán su propio óvulo y esperma (gametos). Asimismo, el contrato estipula que los C(s) serán los progenitores legales del niño/a nacido/a como resultado de dicho acuerdo y que G y su esposo renunciarán a todos los derechos y responsabilidades con respecto al niño/a.

<sup>104</sup> Ambas denominaciones son propias

<sup>105</sup> Denominación propia.

<sup>106</sup> Casos que han presentado escenarios fácticos similares son (1) Baby Manji Yamada v. Union of India (2008), disponible en <https://indiankanoon.org/doc/854968/> (2) Jan Balanz vs. Union of India (2009) disponible en : <https://www.arcgis.com/apps/Cascade/index.html?appid=43c616cb5fa54d009061b12d7d6c3c42> y <https://www.indiatoday.in/india/story/surrogate-babies-born-in-india-are-indians-60734-2009-11-13> ; (3) Re K (Minors) (Foreign Surrogacy) EWHC 1180 (2010), disponible en : <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed66427> (Todos recuperados el 6 de abril de 2020)

- El acuerdo es de carácter oneroso (es decir, con una compensación económica más allá de los gastos razonables de G).
- El niño/a nace en el Estado A y se transfiere al cuidado de los C(s). En función de los requisitos del Estado A, los C(s) pueden solicitar la consignación de sus nombres inmediatamente en el certificado de nacimiento del Estado A o (más comúnmente) solicitarán una orden de un tribunal del Estado A que confirme que son los progenitores legales del niño/a y que el certificado de nacimiento puede ser modificado para reflejar este hecho.
- La ley del Estado A considera que el niño/a es hijo de los C(s) y sus normas locales son tales que el niño/a no adquirirá la nacionalidad del Estado A (típicamente, porque suelen tener una normativa *ius sanguinis*; y, por ende, como G no es considerada madre, el niño/a no adquiere la nacionalidad del Estado A)
- Los C(s) solicitan al consulado local del Estado B un pasaporte que les permita viajar "a casa" con su nuevo hijo.
- El consulado del Estado B rechaza la solicitud de pasaporte basándose en que la ley del Estado B considera que G y su marido son los progenitores legales del niño/a. En este entender, el niño/a no tiene derecho a la ciudadanía del Estado B

La consecuencia práctica de esta situación es que el niño/a suele quedar varado en el Estado A, sin posibilidad de salir de aquel, pero tampoco de permanecer por demasiado tiempo en el Estado A, por los controles inmigratorios. De la misma forma, los progenitores también suelen viajar al Estado A con visas con tiempos determinados, dado que su permanencia en el Estado A también está supeditada a las visas emitidas por aquel. En definitiva, el niño/a mantiene una condición de *apátrida* y con parentesco incierto (Lamm, 2013).

A menudo, casos como el anterior han recibido una gran cobertura de los medios de comunicación<sup>107</sup>. En algunos casos se han negociado soluciones diplomáticas entre los estados, incluidas soluciones de adopción internacional, por el Estado A, de un visado de tránsito único y "fuera de las normas" para permitir que el niño/a viaje al Estado B (Fries, 2013). Sin embargo, la negociación suele llevar un tiempo considerable y eso

<sup>107</sup> Ver caso Tobías. También ver: <https://www.infobae.com/sociedad/2020/03/04/son-papa-y-papa-y-la-ley-no-los-reconoce-hace-un-ano-que-esperan-que-la-corte-defina-su-caso/> (Última consulta el 13/03/2020) ; <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/inscriben-al-primer-hijo-de-dos-papas-en-el-registro-civil-porteno-nid1494934> (Última consulta el 13/03/2020)

conlleva, no solo los problemas migratorios reseñados *ut supra*, sino también por complicaciones económicas.

En otros casos, el Estado B ha ajustado sus procedimientos de inmigración para permitir que un niño/a entre a su estado "de forma excepcional" pero sólo una vez que se hayan cumplido ciertas condiciones. Entre estas condiciones se encuentra que el oficial de inmigración esté convencido de que es probable que los C(s) puedan obtener una orden judicial en el Estado B que confirme su filiación legal a su regreso a la jurisdicción (Nota Preliminar, 2011)<sup>108</sup>. Sin embargo, esto ha ocasionado dificultades a la hora de solicitar al tribunal la confirmación previa del Estado B de que es probable que se conceda al niño/a una orden que reconozca a los C(s) como los progenitores legales del niño/a (Ibídem)<sup>109</sup>. En otros casos, se han iniciado procedimientos judiciales en el Estado B (mientras los C(s) y el niño/a permanecen en el Estado A) para impugnar la denegación de la concesión del pasaporte al niño/a<sup>110</sup>.

En Argentina, el primer caso que se dio a conocer con estas características fue el caso Tobías, seguido por el de Cayetana<sup>111</sup>. En ambas sentencias se concedió la nacionalidad argentina bajo el manto del interés superior del niño/a, los derechos del niño/a a ser inscripto de forma inmediata y a tener una nacionalidad.

El segundo problema lo llamaremos el *problema del reconocimiento de sentencias*<sup>112</sup>, que implica el no reconocimiento de la filiación legal del niño/a con los C(s) por el Estado B, so pretexto del OPI<sup>113</sup>. En esta situación, la plataforma fáctica suele ser la siguiente:

- Los hechos son exactamente los mismos que el anterior, excepto que, tras el nacimiento del niño/a, éste puede viajar al Estado B con los C(s) en tanto le proporcionan la nacionalidad en el Estado A.
- Sin embargo, es en el Estado B donde comienzan las dificultades para el niño/a. Los C(s) tratan de confirmar la filiación del menor en el Estado B y, por lo tanto, entablan procedimientos judiciales para el reconocimiento de la sentencia extranjera del Estado A que les otorgue la filiación legal.

<sup>108</sup> Ver Baby Manji Yamada v. Union of India (2008), ver <https://indiankanoon.org/doc/854968/> (Última consulta el 6/0/2020)

<sup>109</sup> Ver Baby Manji Yamada v. Union of India (2008).

<sup>110</sup> Ver Re K (Minors) (Foreign Surrogacy) EWHC 1180 (2010), ver : <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed66427> (Recuperado el 6 de abril de 2020)

<sup>111</sup> Ver Capítulo II, Apartado III relativos a estos casos.

<sup>112</sup> Denominación propia.

<sup>113</sup> Ver Kyo No 47 (2007) en [https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/2006\\_\(kyo\)\\_no\\_47](https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/2006_(kyo)_no_47) (Recuperado el 6 de abril de 2020)



- El tribunal del Estado B se niega a reconocer la sentencia extranjera por motivos de OPI.

Las consecuencias de esta postura es que el niño/a reside en un estado que no reconoce a sus principales cuidadores como sus representantes y tutores legales, con todos los inconvenientes legales que de ello se derivan. Entre estas dificultades se encuentra el limbo jurídico de una persona que, por su minoría de edad no puede tomar decisiones jurídicas propias, ni tampoco sus pretensos progenitores.

Una variación del escenario anterior podría darse cuando el Estado B es un Estado en el que se permite la gestación subrogada altruista, pero su alternativa comercial se considera fuera de las prerrogativas legales y contraria al OPI<sup>114</sup>. Frente a ello, los C(s) sólo podrán obtener una orden en el Estado B que los reconozca como progenitores legales si pueden demostrar que no han pagado más que gastos razonables a G en el Estado A<sup>115</sup>. De lo contrario, el tribunal del Estado B podría negarse a conceder a los C(s) la filiación legal, en cuyo caso, se daría con la situación del caso 1 (Nota Preliminar, 2011)

Para equilibrar las consecuencias disvaliosas de dicha resolución, comúnmente se ha permitido una suerte de "adopción especial"<sup>116</sup> del niño/a por parte de los C(s) (Ibídem).

El tercer problema que solemos encontrar en la práctica es aquel que llamamos *problema de custodia*<sup>117</sup>, cuyo enfoque se centra en determinar la custodia del niño/a en caso de separación de los comitentes<sup>118</sup>. Particularmente este caso presenta los siguientes supuestos fácticos:

<sup>114</sup> Por ejemplo, el Reino Unido.

<sup>115</sup> Este bien puede ser el caso de GS internacional con nacionales del Reino Unido, toda vez que permite la GS altruista. Para ello, ver el caso Re X & Y (Foreign Subrogacy) (2009): <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706> y <https://swarb.co.uk/in-re-x-and-y-foreign-surrogacy-fd-9-dec-2008/>. Para ver su análisis en el marco europeo, ver: Saarloos. (2010). *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage*. Océ Business Services, pág. 166

<sup>116</sup> Ver Kyo No 47 (2007) en [https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/2006\\_\(kyo\)\\_no\\_47](https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/2006_(kyo)_no_47)(Recuperado el 6 de abril de 2020)

<sup>117</sup> Denominación propia.

<sup>118</sup> Casos que han presentados escenarios fácticos similares han sido: (1) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (num. 193/2010) que dio con la "Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución" de la Dirección General de los Registros y el Notariado. Para ver la sentencia judicial, ver: <https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-primera-instancia-inscripci%C3%B3n-maternidad-subrogada.pdf>(Recuperado el 6 de abril de 2020). Para información de la resolución, ver: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf> (Recuperado el 6 de abril de 2020)



- Los hechos son idénticos a los del ejemplo 2) supra, salvo que esta vez los C(s) son una pareja homosexual masculina, cuyo gameto se complementa con el esperma de uno solo de la pareja.
- Al regresar al Estado B, solicitan el reconocimiento del certificado de nacimiento concedido en el Estado A (en lugar de cualquier sentencia en la que se base el certificado de nacimiento). El Estado B no reconocerá el certificado de nacimiento otorgado en el Estado A que reconoce a los C(s) como progenitores legales por motivos de OPI y desconoce la voluntad procreacional de ambos.
- Luego de un tiempo, los C(c) se divorcian y luchan por la custodia del niño/a. En el proceso judicial que enmarca esta situación, el C que aportó el esperma adjunta como prueba un análisis genético que demuestra que es él solo el progenitor del menor y que su pareja no tiene derecho a su custodia.

Estos casos han enfrentado dificultades similares y varios estados se han negado a reconocer el certificado de nacimiento extranjero por motivos de OPI (Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015). Asimismo, el no reconocimiento de la relación progenitor-hijo puede tener una serie de consecuencias capitales para los derechos y el bienestar del niño/a, en particular en lo que respecta al derecho del niño/a a adquirir una nacionalidad, el derecho del niño/a a una identidad y las obligaciones de los estados de velar sobre sus derechos para procurar que los niño/as no posean la condición de apátridas (Gil Dominguez, 2012).

En varios estados se han encontrado recursos ex post facto, con miras a reducir los efectos perjudiciales de este limbo jurídico para los niño/as <sup>119</sup>(Nota Preliminar, 2011). Estos recursos son vericuetos que los funcionarios públicos a menudo han encontrado para hacer frente a situaciones que son, en efecto, un *fait accompli*: el niño/a ya ha nacido y, por lo general, la gestante no desea ocuparse del niño/a y los futuros progenitores sí lo hacen<sup>120</sup> (Ibídem)

<sup>119</sup> Ver el caso de Bélgica: <https://conflictoflaws.net/2010/belgian-judgment-on-surrogate-motherhood/> (Recuperado el 6 de abril de 2020)

<sup>120</sup> Para más información ver *Rapport d'information de Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales*, Sénat, No 421 (2007-2008) – 25 June 2008. “*Les fondements de cette prohibition sont toutefois contestés et de nombreux couples stériles n'hésitent pas à recourir à la maternité pour autrui à l'étranger, dans les pays où elle est légale ou tolérée, mais ils ne peuvent ensuite faire établir la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention. Or, en octobre 2007, la cour d'appel de Paris a validé la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance américains de jumelles nées d'une gestation pour autrui en Californie. Cet arrêt et la perspective de la révision des lois de bioéthique en 2009 ont conduit la commission des affaires sociales et la commission des lois du Sénat à former un groupe de travail sur ces questions difficiles.*” – Traducción propia: “Sin embargo, el fundamento de esta prohibición es discutido y muchas parejas estériles no dudan en recurrir a la gestación subrogada en el extranjero, en países donde

Atento a lo aquí reseñado, hemos de valorar que las dificultades que suelen enfrentar los pretendidos progenitores y el niño/a que nace por estas técnicas son varias y de gran complejidad. Desde una primera aproximación, sea cualquiera de las tres situaciones mencionadas anteriormente, el niño/a y sus progenitores se encuentran, a menudo, con la posibilidad de quedarse por un extenso período de tiempo en el país de la gestante (muchas veces, países en vías de desarrollo) (Fries, 2013). Posteriormente, si logran viajar al país de los comitentes, el niño/a posiblemente se encuentre con la incertidumbre jurídica de su identidad y de quién tiene asignada la paternidad legal sobre él/ella. Esto puede traducirse en controversias sobre la custodia y alimentos del niño/a.

A estos efectos, es menester resaltar que los pretendidos progenitores necesitarán el derecho a ejercer la custodia del niño/a poco después de la inmigración del niño/a a su país de origen, a los efectos de desempeñar su responsabilidad parental, la que depende, en gran medida, de la condición de los progenitores (Ibídem).

En este contexto, la inscripción registral del niño/a a favor de sus progenitores es fundamental para un correcto ejercicio de sus derechos. En efecto, como bien dice Gil Domínguez (2013), la máxima satisfacción integral y simultánea del derecho a la identidad del niño/a y de la protección de las relaciones familiares entre progenitores y niño/as se manifiesta a través de múltiples normas establecidas por la CND y la Ley 26.061, a saber:

1. La garantía de no discriminación de los progenitores del niño/a (Artículo 2)
2. El derecho del niño/a a adquirir una nacionalidad, a conocer a sus progenitores y ser cuidado por ellos (Artículo 7)
3. El derecho del niño/a al nombre, a su nacionalidad y a las relaciones familiares (Artículo 8)
4. El derecho del niño/a no ser separado de sus progenitores (Artículo 9)
5. El derecho del niño/a y de sus progenitores para entrar o salir de un estado parte a efectos de posibilidad la reunión familiar (Artículo 10)

es legal o tolerada, pero no pueden entonces establecer la filiación del niño/a a la progenitora de su intención. Sin embargo, en octubre de 2007, el Tribunal de Apelaciones de París validó la transcripción de las actas de nacimiento estadounidenses de gemelos nacidos en California como resultado de una maternidad sustituta en los registros del estado civil francés. Este fallo y la perspectiva de la revisión de las leyes de bioética en 2009 llevaron a las Comisiones de Asuntos Sociales y de Leyes del Senado a formar un grupo de trabajo sobre estas difíciles cuestiones. <https://www.senat.fr/notice-rapport/2007/r07-421-notice.html> (Recuperado el 6 de abril de 2020)

6. EL derecho a la identidad de los niño/as y a preservar sus relaciones familiares (Artículo11 de la Ley 26.061)
7. El derecho del niño/a a la documentación (Artículo13 de la ley 26.061)

#### Problemas Estrictamente Jurídicos:

Ahora bien, respecto de los *problemas estrictamente jurídicos*, vemos que hay tres cuestiones a resolver, y que se ilustraron correctamente en los casos analizados anteriormente. Ellos son los problemas de

- a) jurisdicción competente;
- b) determinación del derecho aplicable;
- c) reconocimiento y ejecución de las sentencias.

Respecto al punto (a), los fundamentos relativos a la jurisdicción en cuanto a la filiación legal dictados por autoridades judiciales y/o administrativas suelen variar según los estados (Bladilo, 2015). Algunos mantienen en silencio su normativa respecto a la jurisdicción competente en caso de filiación internacional, lo que obliga a los operadores jurídicos a realizar un razonamiento por intermedio de las normas básicas de jurisdicción enunciada para los asuntos civiles (Nota Preliminar, 2011).

Sin perjuicio de esta normativa específica, podemos todavía encontrarnos con los clásicos conflictos de jurisdicción positivos y negativos. Los primeros, refieren al supuesto en donde dos autoridades judiciales de distintos estados se consideran competentes. En este caso, creemos pertinente determinar la jurisdicción donde sea posible realizar la coacción de las personas y de los casos; vale decir, donde se pueda ejecutar la sentencia. Los segundos, es decir, los conflictos de jurisdicción negativa son aquellos donde ninguna autoridad estatal se considera competente. En estos casos, creemos que corresponde, a los fines de evitar la denegación de justicia, aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>121</sup> o, en los casos donde se permita,

<sup>121</sup> Por ejemplo, Artículo8 de la CADH, Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional de conformidad al Artículo75 inc. 22 CN, funda que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Por su parte, el Artículo 25 estipula que “el derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Para más información ver: CIDH, Abramovich & Kletzel (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares*

el *foro de necesidad o fórum necessitatis* (Quaranta Costerg, 2017). Ellos son definidos como “un remedio basado en el derecho de acceso a la justicia que permite otorgar jurisdicción internacional a los jueces que, en principio, carecen de tal potestad para conocer y sentenciar en el supuesto concreto, con la finalidad de evitar supuestos de denegación de justicia a nivel internacional” (All, 2006, pág. 17). El Artículo 2602 de nuestro CCyCN reconoce particularmente este foro cuando estipula que:

“Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.”

En cuanto al punto (b), la *determinación del derecho aplicable* se ha notado que históricamente los países de tradición anglosajona suelen tener una postura distinta a la de los países civilistas en este aspecto (Bladilo, 2015). Por ejemplo, en materia de establecimiento e impugnación de la filiación, los países anglosajones son más propensos a utilizar la *lex fori*, vale decir, la ley del juez que conoce el asunto, mientras que los países civilistas vacilan entre la *lex fori* y la *lex causae* (la ley extranjera) (Scotti, 2013). Dicha función encuentra su cabal significado en que, como es sabido, la normativa relativa a jurisdicción judicial y derecho aplicable es determinada unilateralmente por los estados, dado su poder soberano (Bladilo, 2015).

Conclusivamente, los estados de tradición civilista, como Argentina, suelen tener mecánicas de “un paso”, es decir, en donde la aplicación de la *lex fori* es determinada por ley. De esta forma, el juez se limita a mirar el texto normativo y lo aplica en consecuencia.

Por el contrario, estados típicamente del *common law*, suelen aplicar una técnica de “dos pasos”, pues no solo miran la normativa al respecto, sino además analizan la conveniencia de que un tribunal extranjero o nacional se expida sobre el caso en concreto (*fórum non convenis*). Frente a este análisis, el operador jurídico mirará la forma de producir la prueba, la imparcialidad de la justicia, y otro tipo de cuestiones a la hora de aplicar o no la *lex fori*.

*fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 24 de marzo de 2020 en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accessodescindice.sp.htm>

En los estados de tradición civilista, donde hay una aplicación estricta de la ley, las legislaciones pueden tomar varios criterios de determinación del texto normativo, como pueden ser la ley de residencia habitual del niño/a o los progenitores, la ley de nacionalidad de la gestante, de los progenitores o del niño/a, u otro tipo de circunstancias.

Por último, respecto del punto (c) relativo al reconocimiento y ejecución de las sentencias, también ha habido distintas concepciones entre los estados. En muchos países, el reconocimiento o no de una decisión extranjera en términos de filiación está decidida conforme el ministerio de la ley (Scotti, 2015). En definitiva, los estados a menudo determinan de forma taxativa cuándo una sentencia foránea que decide sobre la existencia de una filiación es ostensible en aquel país donde se pretende reconocer o no. A menudo, las razones por las cuales se suelen rechazar el reconocimiento de tales decisiones extranjeras suelen ser por “1) la falta de competencia del tribunal extranjero según sus propias normas de competencia, 2) la violación del orden público del estado en el que se solicita el reconocimiento, 3) la existencia de un fraude y 4) la existencia de una decisión anterior que contradiga la decisión que se va a reconocer” (Nota Preliminar, 2011, pág. 18) <sup>122</sup>.

#### *II. D. Orden Público Internacional. ¿Es un impedimento?*

Dentro de las variantes que comprende el reconocimiento de la filiación emplazada en el extranjero hemos de analizar de forma detallada el análisis del OPI argentino.

Frente a ello, la doctrina en esta materia ha advertido dos corrientes. La primera<sup>123</sup> repara sobre la necesidad de distinguir entre el reconocimiento de una decisión judicial emitida en el extranjero y el reconocimiento de la validez de documentos públicos. La distinción es considerada relevante, toda vez que se someterían a análisis de reconocimiento distintos y, consecuentemente, podrían derivar en soluciones disparejas (Bladilo, 2015). La segunda corriente<sup>124</sup>, considera que dicha distinción no surge necesaria, en tanto las decisiones judiciales o documentos públicos suponen, indistintamente, el reconocimiento de un “hecho calificado jurídicamente” con

<sup>122</sup> De forma similar, también ver Calvo Carvaca, & Carrascosa González. (2015). Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Transnacional, 7(2), 45-113.

<sup>123</sup> Ver Scotti. (2013). *El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*. Pensar en derecho, 1, 267-289.

<sup>124</sup> Ver Calvo Carvaca, & Carrascosa González. (2015). Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Transnacional, 7(2), 45-113.

consecuencias legales-jurídicas de envergadura (Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015).

La primera postura funda que, si se está frente a un reconocimiento de un documento público emitido por un estado que permite la GS, como una partida de nacimiento, a menudo, se está frente a un mero análisis en sede administrativa sobre la validez de aquellos documentos y su posible registración en los correspondientes Registros Civiles (Scotti, 2013).

Por el contrario, si se está frente a un reconocimiento de una sentencia extranjera que reconoce la filiación por GS, se debería realizar un análisis *exequatur* de dicha decisión, lo que implica, necesariamente, un análisis de competencia y de **OPI**. Esta última cuestión es de gran peligrosidad en estados que evitan cualquier tipo de normativa en específico, respecto a las consideraciones o elementos que configuran el “orden público”. Lo cierto es que, en estas circunstancias, un operador jurídico podría negar el reconocimiento de una sentencia foránea<sup>125</sup>, invocando el OPI nacional, bajo los argumentos enunciados en los apartados precedentes, a saber: indisponibilidad del cuerpo, contrato de objeto prohibido, protección a la dignidad de la persona, etcétera.

Por el contrario, la segunda postura sostiene que la distinción entre el reconocimiento de documentos públicos o una sentencia que determina el emplazamiento filial es una discusión con poco sentido, debido a que siempre estamos frente a un análisis bajo la lupa del OPI. En efecto, no se trata de una cuestión de derecho aplicable en ningún momento sino sobre los alcances de los efectos de una decisión foránea (ya sea decisión administrativa o judicial) en el país de nacionalidad/residencia de los pretendidos progenitores. En definitiva, la verdadera discusión intenta descifrar si una filiación reconocida legalmente en el extranjero debe o no ser receptada por los registros públicos nacionales (Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015).

Atento a lo expuesto, consideramos que, sin perjuicio de la postura que se tome, lo cierto es que el análisis del OPI es una cuestión capital a la hora de estudiar el reconocimiento extraterritorial de la filiación emplazada en el extranjero. Ante este elemento hemos de preguntarnos si el OPI puede, en efecto, ser un impedimento en los casos de GS internacional.

Autores como Scotti (2015), consideran que incluso en la primera posición no se debería restringir la viabilidad del emplazamiento filial. Ello encuentra su cabal fundamento en la noción que nuestro OPI argentino se encuentra teñido por los principios consagrados en la CN y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y enumerados

<sup>125</sup> Ver Apartado IV: Argumentos a favor y en contra



en el Artículo 75 inc. 22. En tal tesitura, a la hora de determinar el reconocimiento de la filiación cabe recordar los principios que encuadran el *interés superior del niño/a*, enunciados en la CDN<sup>126</sup> (Bladilo, 2015; Calvo Carvaca & Carrascosa González, 2015; Gil Domínguez, 2014).

De forma similar, aunque en una línea más disruptiva, autores como Fries (2013) valoran que las reglas de la filiación deberían ser reinterpretadas *de lege lata* para que en los casos de GS se considere de forma automática a los comitentes como “progenitores legales”. La lógica jurídica detrás se funda alrededor del derecho a la privacidad y la protección a la familia, teniendo como pilares los artículos 7, 8 y 9 CDN. Así, el OPI no debería utilizarse para evitar la aplicación de leyes extranjeras de filiación, sino liberalizarse en lo que respecta a los derechos de los niño/as aquí aludidos (Fries, 2013). Esto ocurre, a fortiori, en estados como Argentina, donde la protección a la familia y al interés superior del niño/a tienen un resguardo constitucional.

En el plano local, hemos de mencionar que la regulación pone especial foco en la interpretación del OPI en concordancia con el interés superior del niño/a, considerando que el emplazamiento filial debe ser reconocido en conexidad con el OPI y el interés superior del niño/a como un todo. El resultado de estas variantes no implica otra cosa que decidir sobre el emplazamiento del menor a favor de los comitentes. Sentenciar lo contrario, según la interpretación de la jurisprudencia nacional<sup>127</sup> y supranacional<sup>128</sup>, implicaría una clara violación con el interés superior del niño/a, como se verá a continuación.

## II. C. El Régimen de la Filiación Internacional en la República Argentina

En principio, nuestro CCyCN regula el concepto de la filiación en general en el Libro II, Título V, en los artículos 558 y siguientes. No obstante, cuando hablamos de filiación internacional debemos analizar el apartado de filiación que surge del Título IV de *Derecho Internacional Privado*, más específicamente el Artículo 2.634 donde se establece que:

“Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los

<sup>126</sup> Por ejemplo, el derecho del niño/a a tener una nacionalidad, una identidad, a ser inscripto inmediatamente, entre otras cuestiones que vimos en los apartados anteriores

<sup>127</sup> Ver Capítulo I, Apartado VII y Capítulo II, apartado III.

<sup>128</sup> Ver jurisprudencia de la Corte IDH: Atala Riffo y Niñas vs. Chile

principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño/a.

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/a”

Este artículo es artificio en materia de reconocimiento extraterritorial de la filiación, en cuanto impone como regla general el reconocimiento de la filiación por el derecho extranjero, y establece como límite a este reconocimiento los avances al OPI argentino y al interés superior del niño/a.

Este artículo es especialmente interesante puesto que, a diferencia con lo que ocurría en el Código anterior, se impone un deber de reconocimiento de la filiación extranjera, sin necesidad de someterla al análisis de *exequatur* (Scotti, 2013). Vale decir, evita la necesidad de recurrir al procedimiento general de reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras y exige el reconocimiento filial, siempre y cuando se adecue a los principios resguardados por la hermenéutica constitucional.

Esta norma es parte de una decisión soberana de exigir a los funcionarios jurídicos y administrativos en rehundir sobre el reconocimiento de la filiación según el derecho extranjero que proceda a otorgar la filiación del niño/a o a extender la partida o documento público en el caso específico. Como bien menciona Scotti, este reconocimiento es permitido:

“en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país, especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niño/as y niñas. Esta norma tiende a la estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto” (2015, pág. 239).

Sin embargo, ¿cuál es el beneficio de evitar el análisis *exequatur* si todavía se mantiene la salvedad del OPI argentino? ¿acaso no estamos frente al mismo peligro si un juez puede rechazar el reconocimiento de la filiación extranjera por esta vía?

Si bien es materia de discusión, nosotros entendemos que esta norma logra impedir un uso impropio del OPI con las TRHA, por las razones que se enunciarán a continuación:

1. En primer lugar, desde una lectura textualista, este artículo establece un claro *favor filiatoris* (Scotti, 2015) en beneficio del reconocimiento internacional y en especial, de la filiación internacional producto de las TRHA.

2. En segundo lugar, no es menor recordar que las TRHA tienen la protección de raigambre constitucional, particularmente por la ratificación de tratados internacionales que la amparan, como el CDN y demás normativa<sup>129</sup> analizada en el Capítulo I. En la misma línea, la XII Jornada Nacional de Derecho Civil, la Comisión de Derecho Internacional Privado<sup>130</sup> recordó en 1989 que según el espíritu de Ley 23.264, las TRHA, como la FIV, la inseminación artificial y la GS, no son *per se* contrarios a los principios del OPI argentino, y, por lo tanto, no deben ser analizados por el OPI de forma automática.
3. En tercer lugar, el propio Artículo 2.634 menciona, además, que el límite es el interés superior del niño/a. Este cofín tiene un doble filo: implica una restricción tanto para las personas que pretenden inscribir el emplazamiento filial, como para quienes pretenden rechazarla. En este contexto, la jurisprudencia ha sido exhausta en considerar que el rechazo de la filiación debe considerarse de manera restringida, en cuanto de no hacerlo significaría un grave avasallamiento al interés superior del niño/a y sus derechos fundamentales como tal<sup>131</sup>. En otras palabras, el OPI solo puede ser utilizado cuando no haya otro remedio que logre amparar el interés superior del niño/a. Un caso claro donde esto podría ocurrir es en supuestos manifiestos de ilicitud, por ejemplo, situaciones de apropiación de menores. De tal suerte, el Código recepta una postura en donde, excepto en estos casos de ilicitud manifiesta, corresponde determinar la filiación a favor de los comitentes.

Por último, cabe remitirnos a las conclusiones desarrolladas en el Capítulo I, en cuanto si consideramos que la regulación de la GS en el ámbito local es una práctica normativamente permitida y amparada constitucionalmente, no resulta lógico, entonces, que sea contrario al OPI argentino. Conclusivamente, dado que la GS es, según nuestro análisis y el de la jurisprudencia desarrollada *supra*, un instituto permitido normativamente en la República Argentina no podrá estar ceñido bajo la luz de mismo OPI argentino.

Siendo que esta discusión ha sido un problema recurrente, particularmente para las parejas homosexuales masculinas<sup>132</sup>, en el 2012 la Subsecretaría de Justicia de la

<sup>129</sup> Por ejemplo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CADH, DHDU; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

<sup>130</sup> Ver <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-16-XII-Jornadas-1989.pdf>

<sup>131</sup> Ver Capítulo II, Apartado III.

<sup>132</sup> Recordamos que la GS es la única posibilidad que estas parejas tienen de tener un hijo genéticamente propio.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Resolución 38/12 instruyó a la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas que, en primer lugar:

“admita y proceda a la inscripción de niño/as/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618, evitando adicionar constancia lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niño/as/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as”<sup>133</sup>

En segundo lugar, el dictamen estipuló que se, “suprima de los formularios, inscripciones, partidas y demás documentos oficiales toda referencia que pueda resultar una distinción entre solicitantes de este o diverso sexo, generando procesos de identificación y discriminación contrarios al principio de igualdad”<sup>134</sup>.

En el mismo sentido, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto dictaminó en diciembre de 2015 que:

“Que, si bien la Ley nacional 26618, no modifica el régimen filiatorio previsto en el Código Civil, como tampoco el reconocimiento ni la presunción de paternidad, no menos cierto es que, la ley de matrimonio igualitario previsiona colocar en igualdad jurídica a los contrayentes respecto de la filiación matrimonial instaurando en nuestro plexo normativo un nuevo paradigma, acorde a nuestro derecho constitucional de familia e incorporando la diversidad familiar a nuestra legislación en base a un principio de equiparación de las personas ante la ley en su posibilidad de desarrollar su plan de vida y familiar ”<sup>135</sup>

### **III. Jurisprudencia Nacional. Lo que los jueces quieren decir.**

Respecto de la recepción jurisprudencial del asunto en referencia, hemos de advertir que la jurisprudencia ha aceptado mayormente de manera favorable las filiaciones resultantes de GS Internacional. En esta línea, mientras se da cuenta de las confusas y complejas situaciones a las que suele someter la GS internacional, lo cierto es que la jurisprudencia argentina ha intentado comprenderlas, sin perjuicio que ello implique sentar precedentes<sup>136</sup>.

<sup>133</sup>

[http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos\\_a.php?id=9&id2=193&id3=4635&idanexo=967](http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_a.php?id=9&id2=193&id3=4635&idanexo=967)

Ver:

<sup>134</sup>

[http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos\\_a.php?id=9&id2=193&id3=4635&idanexo=967](http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_a.php?id=9&id2=193&id3=4635&idanexo=967)

Ver:

<sup>135</sup> Dictamen del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a través de la Dirección de Asistencia Técnica. Carpe N° 2110/2012, Nota 15573/2015, 14/12/2015 suscripta por el Embajador Horacio A. Basabe.

<sup>136</sup> Normalmente suelen retraer la perpetuidad de su decisión subrayando la excepcionalidad de su decisión.

En este sentido, ha habido dos casos jurisprudenciales notorios que se enfocan en la determinación de la filiación internacional: “D. C. G. y G. A. M. c/ GCBA s/amparo”, conocido como el “Caso Tobías” y “S.G.E.F. y G.C.E.s/medida autosatisfactiva”, también conocido como el “Caso Cayetana”. En líneas generales, los argumentos que los magistrados suelen esgrimir a la hora de determinar la filiación se centran en varias cuestiones, que desarrollaremos a continuación:

1) **Derecho a la nacionalidad:** El primer caso en hablar del derecho a la nacionalidad en materia de GS Internacional fue el caso “D. C. G. y G. A. M. c/ GCBA s/amparo”. En dicho texto resolutorio, los magistrados entendieron que el derecho a la nacionalidad es una prerrogativa receptada en una serie de Tratados Internacionales. Entre ellos se encuentra la CADH, cuyo Artículo 20 plantea que, en caso de no tener la nacionalidad por otras vías, toda persona tiene derecho a la nacionalidad del país donde nació, y nadie puede, de forma arbitraria, privarlo de este derecho.

Para avanzar en la misma línea, la ya nombrada CDN insta que el niño/a tiene derecho a ser inscripto inmediatamente luego de su nacimiento y, en ese acto, a adquirir la nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus progenitores y ser cuidado por ellos (Artículo 7). El derecho a la nacionalidad también surge del Artículo 20. Inc. 2 del Pacto San José de Costa Rica, cuando establece que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”.

La Corte IDH se ha expedido sobre este derecho en el caso “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” (2005), quien consideró que la nacionalidad es un derecho fundamental de las personas, toda vez que ella, “como vínculo jurídico (...) liga al niño/a con un Estado, permite que adquiera y ejerza los derechos propios de pertenecer a una comunidad política. En este sentido, debe ser entendido como un prerequisite para el ejercicio de otros Derechos Humanos”. (Olivera, 2016, pág. 193).

Como ya fue analizado, el derecho a la nacionalidad es un asunto de especial relevancia en países que aceptan la GS como una práctica válida, pero que mantienen un sistema de *ius sanguinis*. En definitiva, reconoce la inexistencia de vínculo filiatorio entre la gestante y el niño/a, razón por la que no otorga la nacionalidad de la gestante al niño/a nacido<sup>137</sup>. Lo expuesto ilustra como en estados con gran predominancia de turismo reproductivo, como India o Ucrania<sup>138</sup>, el derecho a la nacionalidad es un tema de

<sup>137</sup> en cuanto no es hijo de ella sino de los comitentes.

<sup>138</sup> Gran parte de las gestaciones por sustituciones suelen ocurrir en estados como India, Ucrania, California o Centro América, donde los costos del tratamiento suelen variar entre los US\$ 15.000 y los US\$ 100.000. De hecho, sólo en India, el volumen del negocio logró alcanzar los €50 millones en el 2012 (Fries, 2013)

especial atención, toda vez que el niño/a podría adoptar la calificación de apátrida (Olivera, 2016).

Esta cuestión bien puede apuntar en la actualidad a problemas de mayor calado. En principio, el infortunio de la calificación de “apátrida” supone la falta de personalidad jurídica reconocida, ya que ningún estado reconoce un vínculo jurídico-político con el niño/a (Ibídem). Esto significa que quien posee dicho calificativo es vulnerable frente a la inobservancia de sus derechos por los estados (Ibídem).

2) **Derecho a la identidad.** El derecho a la identidad está íntimamente ligado con el apartado anterior, en tanto comprende una serie de derechos o reconocimientos que hacen al ser humano como un sujeto de derechos y capaz de contraer obligaciones. En esta línea, el derecho a la identidad comprende una serie de prerrogativas, como el derecho a la nacionalidad, al nombre, a las relaciones familiares, etcétera. (Olivera, 2016; Gil Domínguez, 2013). De forma similar, en el fallo “D. N. S. E. Y Otros c/ GCBA s/ amparo”, la Cámara otorgó la nacionalidad argentina a una niña nacida por GS en Mumbai, India, bajo la consideración que el tratamiento tardío del caso en cuestión supondría una vulneración irrazonable del interés superior del niño/a, más específicamente, a su derecho a la identidad y nacionalidad. Este derecho se ve amparado, de forma extensa en el artículo 8.1 de la CDN ya nombrada<sup>139</sup>. Repetidamente la jurisprudencia ha sido uniforme en que la falta de reconocimiento de la nacionalidad del niño/a, y su posible condición de apátrida, vulneraría su derecho a la identidad y demás prerrogativas constitucionales (Artículo 75, inc. 22 CN<sup>140</sup>).

3) **Derecho a la igualdad y no discriminación.** Este derecho tiene un doble sentido. Por una parte, refiere a una aplicación de los derechos mencionados a *todos* los niño/as por igual, ya sean que nazcan por TRHA o por filiación natural (Olivera, 2016). Por otra parte, plantea un derecho de igualdad y no discriminación hacia los progenitores de aquellos niño/as. Así, el caso “B.F., M.A. y otros c/GCBA s/amparo” (2015) y “D. C. G. y G. A. M. c/ GCBA s/amparo”, ha coincidido el derecho a la igualdad que supone una

<sup>139</sup> Ver “W. J. N y otro c/ GCBA s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” del Tribunal Superior de Justicia de la C.A.B.A. Si bien no se expide sobre la cuestión de fondo sino que se limita a resolver una temática procesal relacionada con la atribución de competencia, notan la necesidad de la pronta inscripción del menor. Atento a ello, estipulan que:

“considero que esta cuestión relativa a la identidad de los menores debe tener una rápida solución, obviamente luego de meritar y realizar las medidas probatorias tendientes a corroborar la situación familiar, correspondencia genética, voluntad procreacional de los actores y consentimiento de la madre sustituta. Lo importante es que los niños puedan obtener el reconocimiento estatal a su verdadera filiación con certeza pero sin demoras evitables, pues la inscripción petitionada resulta fundamental para realizar con normalidad una gran cantidad de actos de la vida cotidiana” (2017, pág. 8)

<sup>140</sup> Ver Gil Domínguez. (2012). Sobre la libertad, las creencias y la vida digna. La Ley: Revista Jurídica Argentina(2012 C), 482-488.



especial atención cuando se trata de parejas homosexuales. El derecho a la no discriminación por orientación sexual, el acceso integral a las TRHA y la GS son contenidos cuya protección se encuentra enunciada en el artículo 75 inc. 22 CN.

Por añadidura, es necesario resaltar que la combinación de los artículos 2º, 7º y 8º de la Ley 26.862 de acceso integral a las TRHA adicionado a que el Ministerio de Salud de la Nación tiene como obligación legal “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso igualitario de todos los beneficiarios”<sup>141</sup>. Dicha composición concluye ineludiblemente que la GS Internacional se encuentra subsumida como parte inescindible del principio de la voluntad procreacional (Gil Domínguez, 2013).

Atento a lo expuesto, el

“(…) principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (Corte IDH, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, 2012).

**3) Protección de la Familia.** El concepto de familia, como bien fue desarrollado anteriormente, no es un concepto cerrado o un modelo estático (Bladilo, 2015). Por el contrario, la Corte IDH en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, (2012) sostuvo que “familia”, debe interpretarse en un sentido amplio abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano en tanto no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niño/as. Por el contrario, señala que la realidad social demuestra que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que estos progenitores puedan brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niño/as y niñas (Ibídem, párrafo 98).

En el mismo sentido, el caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” la Corte IDH fundó que la idoneidad de los progenitores de garantizar el interés superior de sus hijos no puede estar basado a partir de presunciones y estereotipos sobre qué implica una “familia”.

De hecho, en el dictamen resolutorio del caso “*D. C. G. y G. A. M. c/ GCBA s/amparo*” ha considerado que el derecho a constituir una familia posee una protección de carácter

<sup>141</sup> Resolución 679-E/2017, Ministerio de Salud (08/06/2017). Ver en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-679-2017-275598/texto>

constitucional, toda vez que se asienta en la verdad de los lazos filiatorios determinantes del linaje (Bladilo, 2015). En esta línea, ante la situación de niño/as y niñas nacidos por GS respecto de una familia compuesta, por ejemplo, por dos hombres, la verdad, la identidad, la dignidad del grupo familiar se garantiza mediante la inscripción registral igualitaria de la copaternidad (Gil Domínguez, 2012)

4) **Interés Superior del Niño/a:** Dada la exhausta referencia a dicho principio a lo largo de este trabajo, nos limitaremos a especificar de forma escueta su desarrollo en la jurisprudencia. En resumidas cuentas, los magistrados intervinientes han sostenido que la negativa a otorgar la filiación en los casos de GS Internacional conduciría a resultados altamente disvaliosos. Su fundamento se ha centrado en que los niño/as que nacen de dicha técnica no solo no tendrían progenitores legales, sino que, en algunos casos desembocaría en el infortunio de la calificación de apátrida. Asimismo, se consta que a menudo, la gestante suele rechazar su condición de progenitora legal (a diferencia de lo suscitado en el Caso Baby M<sup>142</sup>), aferrándose a su rol de meras gestantes, desconociendo absolutamente la voluntad procreacional.

En este marco, los tribunales han sido uniformes en considerar que la constatación como “progenitora legal” de la gestante perjudica inexorablemente el interés superior del niño/a. Consecuentemente, aluden que corresponde, por primacía valorativa del principio del interés superior del niño/a, optar por una respuesta jurídica que sea armónica con este principio. De forma similar se ha dicho en el caso “D. N. S. E. Y Otros c/ GCBA s/ amparo”. En especial, su texto resolutorio ha remarcado sobre la inmediata necesidad de inscripción del menor, en tanto su demora supondría, inexorablemente, una violación al interés superior del niño/a. Ello pues vulneraría el derecho de la niña a su identidad, nacionalidad y, por lo tanto, a su pronta inscripción.

Como bien menciona Lamm “la regulación es la solución que mejor satisface el interés superior del niño/a (...) dado que la experiencia muestra que, salvo supuestos de verdaderos ilícitos (por ej., apropiación), casi siempre es mejor para el niño/a tener vínculo legal con quien lo quiere, lo educa y lo protege” (2013, pág. 224)

\* \* \*

En resumidas cuentas, los magistrados han sido favorables en otorgar la filiación de niño/a a favor de los comitentes por sobre la gestante, teniendo en cuenta los puntos anteriormente reseñados.

<sup>142</sup> Ver Capítulo I, Apartado I.

En aquellos casos cuando se trata de parejas homosexuales masculinas o del resto del Grupo Vulnerado, los operadores jurídicos suelen sostenerse particularmente en la protección al derecho de familia y el principio de no discriminación. Consideran, que la GS es la única forma que este grupo puede tener hijos genéticamente propios, y denegar esta posibilidad implicaría avasallar de forma irrazonable el principio de igualdad, avalado por el contenido iusfundamental, y el principio de la libertad de elegir el propio plan de vida.

Asimismo, la jurisprudencia también se ha focalizado en la consideración a la voluntad procreacional como causa fuente de la filiación, en tanto han entendido que su protección es fundamental en el camino de la constitucionalización del derecho privado y el espíritu del nuevo ordenamiento jurídico, a partir de la promulgación del CCyCN en el 2015.

Por último, los magistrados, de forma unánime, han fundado que la filiación en estos términos excede la mera discusión registral, pues han reconocido que existe una cuestión que subyace al resto de la discusión: el *interés superior del niño/a*. A tales efectos, los jueces han notado que la pronta registración del menor es menester puesto que el peligro en la demora en esta materia supondría vulneraciones desmedidas al niño/a aludido.

A estos efectos, especificaremos sobre dos sentencias que se constituyeron como *leading cases* en esta materia en el ámbito nacional, como lo fueron el *Caso Tobías* y el *Caso Cayetana*.

## II. A Caso Tobías: el primer caso

El primer caso que se registra sobre el reconocimiento de la filiación internacional en Argentina es el famoso caso Tobías que tramitó ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 Secretaría N° 9. Dicho texto resolutorio supuso una sentencia histórica que impactó la jurisprudencia nacional en esta materia. Asimismo, dio lugar a la mencionada Resolución 38-SSJU-2012 que reconoció expresamente los derechos registrales de copaternidad y comaternidad en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. La resolución se sostuvo en el derecho a la igualdad de condiciones en los términos del Artículo 42 de la Ley 26.618<sup>143</sup>, el derecho a la no discriminación por

<sup>143</sup> ARTÍCULO 42. — Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

orientación sexual, el interés superior del niño/a, y todo ello, sobre la base de la voluntad procreacional. Los elementos fácticos del caso son los siguientes:

Una pareja homosexual masculina de nacionalidad argentina y residentes de dicho estado, casados tras la sanción de la ley 26.216<sup>144</sup>, decidieron ser progenitores a través de GS, por lo que preceptuaron recurrir a dicho procedimiento en India (Olivera, 2016). La mención al país es un elemento relevante, en tanto es un estado que permite la práctica de GS, pero que no extiende la nacionalidad india, dado que mantiene un estándar es *ius sanguinis*. En defecto, emite la partida de nacimiento del niño/a en donde consigna el nombre del comitente que aportó el esperma, e incluye la leyenda “madre subrogante”, sin reconocer la nacionalidad (Cajigal Canepa, 2017). En estas circunstancias, si no se le hubiese reconocido la nacionalidad argentina, el niño/a tendría la calificación de apátrida, y poseería el problema desarrollado en el caso 1 de los supuestos hipotéticos analizados en el Apartado II. C. a. En otras palabras, no tendría un pasaporte para volver al estado donde sus progenitores son residentes.

Bajo este *display* de los hechos, los comitentes decidieron realizar una acción de amparo con el objetivo que el Ministerio de Relaciones Exteriores entregara la documentación correspondiente del niño/a y le reconociera la copaternidad con base en la voluntad procreacional y la identidad genética (Notricia, Cotado, & Curti, 2017).

El 26 de junio de 2011, el Jefe de la Sección Consular de la Embajada Argentina en India comunicó al matrimonio que en virtud de la regulación de la Dirección General de Asuntos Jurídicos no era posible proceder a la inscripción de una partida de nacimiento en la que no figurase el nombre de la “progenitora” del niño/a, toda vez que el Artículo 36, inc. c) de la Ley 26.413 (vigente en aquel momento) exigía para la inscripción de la partida de nacimiento a consignación del nombre de la madre y del padre del niño/a, excepto cuando el niño/a sea fruto de una relación extramatrimonial, en cuyo caso podía no hacerse mención al padre (Cajigal Canepa, 2017).

Asimismo, dicho comunicado disponía que la Sección Consular solo ejerce funciones delegadas del Registro Civil, y que en cuyo caso, se debía solicitar una autorización expresa de dicho organismo para que autorice la inscripción de la partida con el reconocimiento de la coparentalidad.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá 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 sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo

<sup>144</sup> Ley de Matrimonio Civil, publicada en el Boletín Oficial el 22 de junio de 2010 (hoy derogada)

A raíz de ello, el matrimonio decidió solicitar una declaración de certeza administrativa, que fue contestada el 6 de marzo de 2012 por el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires informando que el Ministerio de Relaciones Exteriores tenía facultades propias para inscribir en los respectivos consulados nacimientos, defunciones y matrimonios cuando alguno o ambos de los progenitores sean de nacionalidad argentina. En consecuencia, se señala en la contestación que no le corresponde al Registro Civil emitir ningún tipo de autorización al Ministerio de Relaciones Exteriores, y que este Ministerio tiene, según la Resolución 038-SSJUS/2012, la facultad de inscribir el niño/a en cuestión como hijo de ambos progenitores (Cajigal Canepa, 2017)

El caso en análisis dio pie a la causa judicial caratulada “D. C. G. y G. A. M. c/ GCBA s/amparo”, el cual dio lugar a la demanda el 2 de marzo de 2012 autorizando al Registro Civil a inscribir el nacimiento del niño/a cuando lo formule la Embajada Argentina en India.

Sobre la base de dicho acuerdo es que la magistrada actuante, una vez acaecido el nacimiento de Tobías, ordenó a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires la inscripción de la partida de nacimiento garantizando la copaternidad registral igualitaria. (Gil Domínguez, 2012).

Así, el 31 de julio de 2012, a tres semanas de su nacimiento, fue inscripto Tobías, el primer hijo de dos progenitores hombres en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires.

### III. B Caso Cayetana

Otro caso que tuvo gran repercusión mediática fue el caso llamado “Caso Cayetana”, hija de Elsa Florentino Saint Girons, argentina, oriunda de la localidad de San Lorenzo, Provincia de Santa Fe, y Juan Antonio González González, de nacionalidad española; ambos residentes en España, estado que veda expresamente la GS (Olivera, 2016).

En este caso, Elsa y Juan decidieron convertirse en progenitores a través de la GS en India, con la misma dificultad que en el caso anterior, respecto de la nacionalidad. En el mismo sentido, dado que los progenitores genéticos eran Elsa y Juan, y no un nacional indio, dicho estado no le otorgó la nacionalidad a la niña. Aquello implicó que Cayetana tendría la condición, al igual que Tobías, de apátrida, sin la posibilidad de salir del país o tener documentación referida a su identidad (Lamm, 2012).

En un primer momento, dado que ambos comitentes eran residentes españoles y Juan nacional, decidieron solicitar a la Embajada de España en India la inscripción de Cayetana como nacional española. No obstante, la solicitud fue rechazada, toda vez

que este estado se negó a inscribir a Elsa como progenitora, por dos razones fundamentalmente: en primer lugar, la regulación española considera que la madre de Cayetana es la gestante y no Elsa; en segundo lugar, España tiene, notoriamente, una regulación prohibitiva de la GS, y por lo tanto la partida por reconocimiento no es viable según su regulación en cuanto viola el OPI español (Scotti, 2013).

Debido a estas circunstancias, decidieron solicitar la inscripción de su niña en la Sección Consular de la Embajada Argentina en Nueva Delhi. En un primer momento, la solicitud fue rechazada, en cuanto los funcionarios argentinos entendieron que la progenitora, Elsa, debía ser residente del país para extender la nacionalidad (Scotti, 2013; Olivera, 2016). Ante la negativa, la pareja decidió realizar una medida autosatisfactiva ante el Tribunal de Familia de San Lorenzo, que reconoció la nacionalidad argentina de la niña y que ordenó a la Cancillería que disponga a la Embajada de Argentina en India la inscripción de la niña como argentina. Por añadidura, el juez santafesino argumentó que de no hacerlo, supondría un avasallamiento de los derechos a la identidad y nacionalidad de la niña, ambos derechos protegidos constitucionalmente (Lamm, 2013). Por sobre todo, consideró que sentenciar lo contrario, resultaría en una violación irrazonable al interés superior de Cayetana por los argumentos mencionados supra.



# Conclusión

*“Los constituyentes legaron a la Nación futura, patrones normativos aptos para acompañarla en su evolución, capaces de contemplar la dinámica de la realidad, reacia a ser captada en fórmulas inmutables” (Juan Bautista Sejean C/ Ana Maria Zaks De Sejean, 1986, pág. 23)*

Existe una laguna entre la realidad que experimentan las personas que pretenden ejercer su derecho a conformar una familia de acuerdo con el desarrollo de su plan de vida y la normativa existente. Esa laguna, en el caso argentino, está dada por la decisión del Estado en no regular la GS. Esta falencia nos demuestra la necesidad de buscar soluciones que garanticen el desarrollo de esos planes de vida de acuerdo con la autonomía de las personas.

En este sentido, este trabajo se propuso demostrar dos cuestiones en específico. Por un lado, la inconstitucionalidad del Artículo 568 del CCyCN. Ello en tanto la no regulación o prohibición de la GS desconoce, en primer lugar, los derechos de los pretensos padres a la igualdad, al debido acceso a la tecnología, a sus derechos reproductivos, y al derecho a formar una familia. En segundo lugar, supone una vulneración al interés superior del niño/a, quien ve inconclusa la determinación de su identidad.

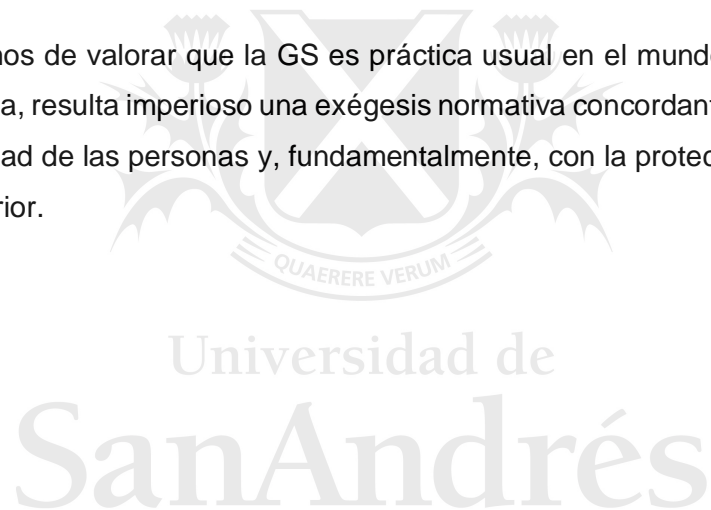
Por el otro lado, creemos que el desconocimiento de sentencias o documentos foráneos que resuelven el emplazamiento filial determinado por TRHA supone una vulneración irrazonable a los derechos mencionados precedentemente respecto de los adultos, pero más particularmente, el derecho a la nacionalidad, a la identidad y a la igualdad del niño/a nacido por estas técnicas. Por sobre todo, supone una vulneración al interés superior del niño/a.

Por supuesto, no desconocemos los argumentos que pronuncian los detractores de la GS, en particular aquellas que procuran la protección de la mujer gestante y del niño/a. Sin embargo, estamos convencidos que, la protección de la mujer y del niño/a se lograrán a través de una regulación del instituto que reconozca la autonomía de la mujer y garantice sus derechos en este proceso, así como, proteja el interés superior del niño/a asegurando su derecho a la identidad, a una nacionalidad y a crecer en una familia.

A esta altura de la reflexión, hemos de advertir que la positivización es la forma más acabada de adquirir seguridad jurídica y evitar “*legeferendismos*”<sup>145</sup> de parte de los operadores jurídicos que determinan el futuro de una familia. Sin embargo, en la espera de aquel momento, se deberá buscar de forma simultánea un contexto en el cual se pueda hacer frente a esta realidad, por lo menos en el ámbito administrativo. Es que estas soluciones administrativas deben facilitar la solución de los problemas a los que se someten estas familias, en tanto estas soluciones deben garantizar mecanismos que no lleven al desaliento o frustración de los participantes aludidos.

En esta línea, comprendemos que es imperiosa una regulación que recepte todas las variables posibles: desde su admisibilidad como una opción viable en el país, como así también reglas claras que compelen a los operadores jurídicos y administrativos a reconocer los nacimientos y documentos públicos emitidos fuera de las fronteras locales.

Por último, hemos de valorar que la GS es práctica usual en el mundo y en Argentina. En consecuencia, resulta imperioso una exégesis normativa concordante con la libertad, dignidad, igualdad de las personas y, fundamentalmente, con la protección del niño/a y su interés superior.



<sup>145</sup> en términos de Calvo Carvaca y Carrascoza Gonzalez.

# Bibliografía

## **Bibliografía**

### **Bibliografía en General**

- Amado y Andia. (2017). "Análisis del desarrollo jurídico y jurisprudencial de la práctica de la gestación por sustitución. Una propuesta superadora". Tesis de Grado. Victoria: Universidad de San Andrés. Departamento de Derecho.
- Andre, Milon y Richemont. (2008). "Rapport d'information No 421 au nom de la commission des Affaires sociales (1) et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (2) par le groupe de travail (3) sur la matern". Paris: Sénat.
- Basset. (2016). "Maternidad surrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrato a los derechos humanos?". La Ley, 100.
- Belinchón, Rivière y Igoa. (1992). "Psicología del lenguaje. Investigación y teoría", 4.
- Berger. (2013). "Maternidad Subrogada: fallo argentino a favor. Revista de Derecho de Familia y de las Personas", 86-104.
- Bladilo. (2015). "La fuerza de la realidad: gestación por sustitución, ¿regular, silenciar o prohibir? Los problemas de la extraterritorialidad en materia de filiación derivada de la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución". Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración(2).
- Boggiano. (2003). "Curso de derecho internacional privado: derecho de las relaciones privadas internacionales". Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Carbajal. (2014). "Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una mirada extensiva a países de América Latina". Buenos Aires, Argentina: Universidad de San Andres (Tesis de Grado)
- Comite de Derechos Humanos. (1990). "Observación General N° 1 La Familia (artículo 23)". Office of the High Commissioner of Human Rights.

- Dworkin. (1983). "Right-wing women: The politics of domesticated females". The Women's Press.
- Fries. (2013). "Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention? Family Law and Culture in Europe". *Developments, Challenges and Opportunities*, 199-217.
- Gil Domínguez. (2012). "Sobre la libertad, las creencias y la vida digna". *La Ley: Revista Jurídica Argentina* (2012 C), 482-488.
- Gil Domínguez. (2013). "La ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida, sus proyecciones constitucionales y convencionales". *Revista de Derecho de Familia y las personas*.
- Gil Domínguez. (2014). "La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico". Buenos Aires: Ediar.
- Golombok, MacCallum, Murray, Lycett, & Jadva. (2004). "Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life". *Fertility and Sterility*, 80(3), 50:63.
- González Napolitano. (2015). "Lecciones de Derecho Internacional Público" Buenos Aires: Erreius.
- Kemelmajer de Carlucci. (2014). "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentina de 2014". *Revista Jurídica La Ley*, 8, 5.
- Lamm, Herrera y Kemelmajer de Carlucci. (2012). "Regulación de la gestación por sustitución". Artículo, 09. Buenos Aires: La Ley.
- Lamm. (2013). "Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". Barcelona, Cataluña, España: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Mill, J. S. (1966). "On liberty. En J. Mill, A selection of his works" (págs. 1 - 147). Londres: Palgrave.
- Notricia. (2018). "Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución". *Anales De La Facultad De Ciencias Juridicas Y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata*, 48.

- Puleo. (2005). "Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical". I. Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización, 2(2), 35-68.
- Quaranta Costerg. (2017). "Identificación de problemas sobre jurisdicción internacional. Soluciones". El Derecho. El Diario de Doctrina y Jurisprudencia (14.219).
- Saarloos. (2010). "European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage". Océ Business Services.
- Scotti. (2013). "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas". Pensar en derecho, 1, 267-289.
- Scotti. (2015). "La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina". Revista de la Facultad de Derecho, 38, 231-275.

### **Bibliografía Web**

- Abramovich y Kletzel. (2007). "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> (Última consulta el 17/04/2020)
- Arneson. (1992). "Commodification and commercial surrogacy". Philosophy & Public Affairs, 132-164. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/2265230> (Última consulta el 25/04/2020)
- All. (2006). "Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna". DeCITA (Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades) (4), 422-444. Disponible en <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/all-las-normas-de-jurisdiccic3b3n-internacional-en-el-sistema-argentino.pdf> (Última consulta el 17/04/2020)
- Allen. (1990). "Surrogacy, slavery, and the ownership of life." Harvard Journal of Law & Public Policy, 13(1), 139-149. Disponible en

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hjlp13&div=29&id=&page=> (Última consulta el 17/04/2020)

Álvarez Plaza, Olavarría y Parisi. (2017). "Repensando el feminismo: el debate de la gestación subrogada en México, España e Italia". DADA Rivista di Antropologia post-globale, (2), 7-42. Disponible en [https://eprints.ucm.es/47823/1/Repensando\\_el\\_feminismo\\_el\\_debate\\_de\\_la.pdf](https://eprints.ucm.es/47823/1/Repensando_el_feminismo_el_debate_de_la.pdf) (Última consulta el 26/04/2020)

Alzola. (2012). "Mercados reproductivos, justicia y filiación: la maternidad subrogada en la reforma del Código Civil". In Seminario sobre la Reforma del Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Argentina;. Universidad Torcuato Di Tella. Escuela de Derecho. Disponible en <http://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10663> (Última consulta el 25/04/2020)

Annas. (1988). "At Law: Death without Dignity for Commercial Surrogacy: The Case of Baby M. The Hastings Center Report", 18(2), 21-24. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/3562404?seq=1> (Última consulta el 17/04/2020)

Bruñol. (1998). "El interés superior del niño/a en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño/a. justicia y Derechos del Niño/a" (125). Disponible en [http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)

Cajigal Canepa. (2017). "La gestión por sustitución internacional. A cinco años del "Caso Tobias"". Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, 1(7). Disponible en <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/1982/1935> (Última consulta el 17/04/2020)

Calvo Carvaca, & Carrascosa González. (2015). "Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Cuadernos de Derecho Transnacional, 7(2), 45-113. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780> (Última consulta el 17/04/2020)

de las Heras Aguilera. (2009). "Una aproximación a las teorías feministas. Universitas": Revista de filosofía, derecho y política, 45-82. Disponible en [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8876/aproximacion\\_heras\\_RU\\_2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8876/aproximacion_heras_RU_2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Última consulta el 17/04/2020)



- de Miguel. (2007). "El feminismo a través de la historia I." Feminismo premoderno. Mujeres en Red. El periódico feminista. Disponible en [https://generoysexualidades.webnode.com/\\_files/200000005-5f06560009/article\\_a1309.pdf](https://generoysexualidades.webnode.com/_files/200000005-5f06560009/article_a1309.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)
- Echeverría. (2019). "Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa". Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales, 12(18). Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7247550> (Última consulta el 17/04/2020)
- Fernández. (2018). "Una nueva forma de violencia contra la mujer: los lobbies de la maternidad subrogada". Congreso Virtual sobre Historia de las Mujeres (págs. 601-620). Archivo Histórico Diocesano de Jaén. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6859725> (Última consulta el 17/04/2020)
- Gil Domínguez. (2012). "No discriminación, copaternidad y comaternidad en la Ciudad de Buenos Aires". Disponible en <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2012/02/no-discriminacion-copaternalidad-y.html> (Última consulta el 17/04/2020)
- Herrera. (2017). "¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida". Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid(35), 73-113. Disponible en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/73196> (Última consulta el 17/04/2020)
- Iud. (2013). "Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia". Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 5(8), Disponible en <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/los-matices-del-orden-publico-internacional-en-las-relaciones-de-familia-carolina-iud.pdf> (Última consulta el 17/04/2020)
- Lamm. (2012). "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Revista para el Análisis del Derecho", 3-49. Disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)
- Lieber. (1992). "Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?" Indiana Law Journal, 68(1), 205-232. Disponible en <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana68&div=15&id=&page=> (Última consulta el 17/04/2020)

- López Aranda. (2016). "Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?"  
Obtenido de Repositorio Digital de la Universidad de Cantabria:  
<http://hdl.handle.net/10902/8933> (Última consulta el 17/04/2020)
- López, de Montalvo Jaaskelainen, Alonso Bedate, Bellver Capella, Cadena Serrano, de los Reyes López, ... y Romeo Casabona. (2018). "Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada" Comité de España. Bilbao, España. Disponible en <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf> (Última consulta el 26/04/2020)
- Nikken. (1994). "El concepto de derechos humanos". Instituto Interamericano de Derechos Humanos (ed.), Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, Tomo I, 15-37. Disponible en [http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso\\_AVA/Curso\\_AVA\\_8-02/Entorno\\_de\\_Conocimiento\\_8-02/Bibliografia\\_Unidad\\_2/Concepto\\_de\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso_AVA/Curso_AVA_8-02/Entorno_de_Conocimiento_8-02/Bibliografia_Unidad_2/Concepto_de_Derechos_Humanos.pdf) (Última conceulta el 21/04/2020)
- Notricia. (2017). "La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional". Disponible en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional> (Última consulta el 17/04/2020)
- Notricia, Cotado, & Curti. (2017). "La figura de la gestación por sustitución". Revista IUS, 11(39), 11(39), 1-26. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008) (Última consulta el 17/04/2020)
- McDonald, C. (1991). "Changing the Facts of Life: The Case of Baby M". SubStance, 20(1), 31-48. Disponible en [www.jstor.org/stable/3684881](http://www.jstor.org/stable/3684881) (Última consulta el 17/04/2020)
- Olivera. (2016). "Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución y su contradicción con el silencio legislativo. Una perspectiva desde los derechos humanos". Lecciones y Ensayos(96), 189-209. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/reconocimiento-de-la-filiacion-derivada-de-la-gestacion-por-sustitucion-y-su-contradiccion-con-el-silencio-legislativo.pdf> (Última consulta el 17/04/2020)

- Ortega Lozano, Álvarez Díaz, Herreros Ruiz Valepeñas y Sánchez González. (2018). "Gestación subrogada: aspectos éticos" en Rosada Triviño Caballero: Cuestiones abiertas sobre la gestación por sustitución. ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, 28, 63-74. Disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:O0AuS7McnocJ:https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/download/412000248/605/+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar> (Última consulta el 25/04/2020)
- Permanent Bureau. (2011). "Private International Law Issues Surrounding The Status Of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements". Hague Conference on Private International Law. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf> (Última consulta el 17/04/2020)
- Peñalver. (2007). "La lucha por la seguridad jurídica. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía". (1), 1657-1673. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1606/documento/art05.pdf?id=2163> (Última consulta el 17/04/2020)
- Sánchez Lorenzo. (2010). "Estado democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado". Revista de Estudios Jurídicos. Segunda época, 10, Disponible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/537> (Última consulta el 17/04/2020)
- Schenker. (1997). "Assisted reproduction practice in Europe: legal and ethical aspects. Human". 3(2), 173-184. Disponible en <https://academic.oup.com/humupd/article/3/2/173/840060> (Última consulta el 25/04/2020)
- Simonetta. (2013) "El interés superior del niño/a y su protección como sujeto de derechos: la (re)construcción del principio". (Tesis de Grado). Universidad de San Andrés, Buenos Aires. Disponible en <http://hdl.handle.net/10908/2470> (Última consulta el 2/05/2020)
- Smolin. (2016). "Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children". Pepperdine Law Review, 43(2), 265-344. Disponible en [http://pepperdinelawreview.com/wp-content/uploads/2016/02/Smolin\\_Final-no-ICR.pdf](http://pepperdinelawreview.com/wp-content/uploads/2016/02/Smolin_Final-no-ICR.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)

Van Niekerk y Van Zyl. (1995). The ethics of surrogacy: women's reproductive labour. Journal of medical ethics, 21(6), 345-349. Disponible en <https://jme.bmj.com/content/21/6/345.short> (Última consulta el 25/04/2020).

Villa Coro. (2012). "Madre no hay más que cinco". de Huffington Post Sitio web: [https://www.huffingtonpost.es/antonio-vila-coro/madre-no-hay-mas-que-cinc\\_b\\_1967162.html](https://www.huffingtonpost.es/antonio-vila-coro/madre-no-hay-mas-que-cinc_b_1967162.html) (Última consulta el 17/04/2020)

## Legislación

### Legislación de la República Argentina

Anteproyecto y Proyecto del Código Civil y Comercial. Disponible en: [http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO\\_CODIGO\\_CIVIL.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)

Código Civil Argentino. Ley N° 340 (B.O de 29 de septiembre de 1869). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> (Última consulta el 17/04/2020)

Código Civil y Comercial Argentino. Ley N° 26.994 (B.O de 7 de octubre de 2014). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> (Última consulta el 17/04/2020)

Constitución Nacional Argentina. (Sancionada en 1953. Reformada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (Última consulta el 17/04/2020)

Ley 23.264. (1985) Disponible en <https://www.buenosaires.gob.ar/registro-civil/normativa/ley-no-23264> (Última consulta el 17/04/2020)

Ley 26.061. (2005) Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> (Última consulta el 17/04/2020)

Ley 26.618. (2010). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm> (Última consulta el 17/04/2020)

Ley 26.862. (2013) Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm> (Última consulta el 17/04/2020)

Ley 5.261. (2015). Disponible en <http://www2.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley5261.html> (Última consulta el 17/04/2020)

Resolución 679-E/2017 del Ministerio de Salud. (2017). Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-679-2017-275598/texto> (Última consulta el 17/04/2020)

### **Tratados Internacionales**

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (incorporado por Ley 23.054 en 1984). Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos\\_publicaciones\\_colecciondebolsillo\\_10\\_convencion\\_americana\\_ddhh.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (incorporado por el artículo 75 inciso 22 en la Constitución Nacional en 1994). Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (Última consulta el 17/04/2020)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (incorporado por el artículo 75 inciso 22 en la Constitución Nacional en 1994). Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> (Última consulta el 17/04/2020)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incorporado por el artículo 75 inciso 22 en la Constitución Nacional en 1994). Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (Última consulta el 17/04/2020)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (incorporado en Ley 23.313 en 1986). Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (Última consulta el 17/04/2020)

## **Jurisprudencia**

### **Jurisprudencia de la República Argentina**

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1986). “Juan Bautista Sejean C/ Ana Maria Zaks De Sejean, 1986” Disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-juan-bautista-sejean-ana-maria-zaks-sejean-inconstitucionalidad-art-64-ley-2393-fa86000789-1986-11-27/123456789-987-0006-8ots-eupmocsollaf> (Última consulta el 10/05/2020)

Juzgado 1° Instancia en lo Civil N° 86. (2013) “N. N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”. Disponible en [http://www.saij.gob.ar/jurisprudencia/FA13020016-SUC0409787-n\\_inscripcion-nacional-2013.htm](http://www.saij.gob.ar/jurisprudencia/FA13020016-SUC0409787-n_inscripcion-nacional-2013.htm) (Última consulta el 17/04/2020)

Juzgado 1° Instancia en lo Civil N° 86. (2016). “Barrios, Beatriz Mariana Y Otro C/ González, Yanina Alicia S/Impugnación De Filiación”. Disponible en <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/071/478/000071478.pdf> (Última consulta el 17/04/2020)

Juzgado 1° Instancia en lo Civil N°102. (2015) “C., F. A. y otros c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad” Disponible en <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-civil-nro-102-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-otro-impugnacion-maternidad-fa15020011-2015-05-18/123456789-110-0205-1ots-eupmocsollaf> (Última consulta el 17/04/2020)

Juzgado Nacional 1°Instancia en lo Civil N° 83 C.A.B.A (2015) “N.N.O. s/ Inscripción de nacimiento”. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-civil-nro-83-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-nno-inscripcion-nacimiento-fa15020008-2015-06-25/123456789-800-0205-1ots-eupmocsollaf> (Última consulta el 14/05/2020)

Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario CABA. (2012). “D.C.G y G.A.M c/ GCBA s/ Amparo”.

Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora. (2015).“H. M. y otro/a s/ medidas precautorias”. Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/lite-jurisprudencia-detalle.asp?id=39124&base=14&h=u> (Última consulta el 17/04/2020)

Juzgado de Familia de Gualeguay. (2013). “B., M. A. c. F. C., C. R s/ Impugnación de la maternidad”. Disponible en



<http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/52-sentencia-gualeguay-2013> (Última consulta el 17/04/2020)

### **Jurisprudencia de la Corte IDH**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). “Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica”. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). “Fornerón e hija vs. Argentina”. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf) (Última consulta el 17/04/2020)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). “Duque vs. Colombia”. Disponible en <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2016/12/R151-Jurisprudencia-CIDH-Caso-Duque-vc-Colombia.pdf> (Última consulta el 17/04/2020)

### **Jurisprudencia Internacional**

Superior Court of New Jersey. (1986). “Baby M.”. Disponible en <https://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-baby-m/> (Última consulta el 17/04/2020)

---