

# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN\*

## GESTATION BY SURROGACY

*Mónica Assandri\*\* Laura Calderón\*\*\**

**Resumen:** En el marco del derecho de familia vigente, se examina sobre la base de un análisis comparativo de la jurisprudencia nacional, derecho y jurisprudencia extranjera, si reglamentar en nuestro país “la gestación por sustitución” brinda mayor seguridad, igualdad y protección jurídica a las personas que recurren a estas técnicas o se sigue dejando librado a la discrecionalidad judicial el reconocimiento de este derecho fundamental “a intentar ser progenitores en virtud de una de las técnicas de reproducción humana asistida”, para concluir, asumiendo la necesidad de su regulación a los fines de brindar protección y justa composición de intereses de todos los involucrados.

**Palabras-clave:** Gestación por sustitución - Regulación - Igualdad real - Protección jurídica.

**Abstract:** Within the framework of current family law, it is examined on the basis of a comparative analysis of national jurisprudence, foreign law and jurisprudence, whether regulating in our country “surrogacy” provides greater security, equality and legal protection to people who resort to these techniques or the recognition of this fundamental right “to try to be parents by virtue of one of the assisted human reproduction techniques” is still left to judicial discretion, to conclude, assuming the need to regulate it for the purposes of provide protection and a fair composition of interests of all those involved.

**Keywords:** Gestation by surrogacy - Regulation - Real equality - Legal protection.

**Sumario:** I. Planteamiento y formulación del problema de investigación. II. Relevamiento y comparación criterios jurisprudenciales nacionales. III. Derecho comparado. IV. Situación legislativa argentina. V. Conclusiones.

---

\* Trabajo recibido el 10 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 9 de septiembre del mismo año. Corresponde a un trabajo de investigación presentado en la asignatura Derecho Comparado correspondiente a la carrera Maestría en Derecho Civil Patrimonial. Secretaria de Posgrado de la Facultad de Derecho de Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNC).

\*\* Abogada. Especialista en Derecho de Familia por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora por concurso de: Privado I (Parte General Civil y Comercial), Privado VI (Familia y Sucesiones), I.E.C.A. (Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía) de la FD-UNC. Profesora en la Universidad Siglo 21 en la Carrera de Posgrado Especialización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Investigadora categorizada de la SECyT UNC. Mail: moassandri@hotmail.com

\*\*\* Profesora Derecho Privado III de la Facultad de Derecho de UNC. Profesora experta en Derecho Privado II, III Y IV de la Universidad Siglo 21. Investigadora categorizada de la SECyT UNC.

## I. Planteamiento y formulación del problema de investigación

El planteo del tema surge ante la abstención del Código Civil y Comercial de la Nación en regular “la gestación por sustitución”, advirtiendo ante el silencio legislativo, la necesidad de relevar y comparar, en primer lugar, los distintos criterios jurisprudenciales utilizados por nuestros jueces para resolver esta problemática ante la falta de regulación<sup>1</sup>, para luego en segundo término, analizar y comparar el derecho y resoluciones judiciales de los países extranjeros<sup>2</sup>, lo que nos permitirá finalmente evaluar si es razonable y eficaz legislar en nuestro país “la gestación por sustitución” y resolver la necesidad social y el vacío que hoy en día tiene nuestro derecho o, en su defecto, si seguimos dejando en manos de los jueces el reconocimiento de este derecho fundamental. Definimos, la gestación por sustitución como “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”<sup>3</sup>. Para ello se recurre a las denominadas técnicas de reproducción humana asistida<sup>4</sup> (TRHA) entendidas como “los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (artículo 2 de la ley 26862).

Destacamos que la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la Gestación por Sustitución (GS)<sup>5</sup>, expresando que Gestante subrogada es la mujer que lleva

---

(1) SAAVEDRA VELAZCO, Renzo A. *El método y el rol de la comparación jurídica. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica*, Advocatus, S.I., n.025, pp. 193-244. Lima, 2011. “(...) En relación a la tarea comparativa, el autor destacado consigna que “tendremos productos nacionales” con baja calidad (o poco “valorados” dentro del mercado) o “productos extranjeros” que se perciben como valiosos y de calidad (normas, figuras doctrinales o fórmulas jurisprudenciales).

(2) RODIÉRE, René. *Introduction au Droit Comparé*, Précis Daloz, Toulouse, France, 1979, p. 47; PIÑA, María del Carmen. “Utilidad y valor del método comparado”, *Cuaderno de Derecho Comparado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T II, 2019, p. 111.

(3) LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *Observatori de Bioètica i Dre*, Barcelona, 2012, pp. 24-27. “(...) La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre)”, pp. 25-26.

(4) Técnica de reproducción humana asistida, en adelante, TRHA.

(5) Concretamente dice que Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.

adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.

En conclusión, la investigación se subsume en el siguiente enunciado: determinar sobre la base de un análisis comparativo de la jurisprudencia nacional, derecho y jurisprudencia extranjera si reglamentar “la gestación por sustitución” brinda mayor seguridad, igualdad y protección jurídica a las personas que recurren a estas técnicas o seguimos dejando librado a la discrecionalidad judicial el reconocimiento de este derecho fundamental “a intentar ser progenitores en virtud de una de las técnicas de reproducción humana asistida”<sup>6</sup>.

## II. Relevamiento y comparación criterios jurisprudenciales nacionales

En nuestro país no se encuentra legislada “la gestación por sustitución”<sup>7</sup>, en consecuencia, relevaremos las interpretaciones que los jueces argentinos hacen respecto de esta técnica y compleja situación, es importante poner de relieve que la gestación por sustitución es una práctica que se realiza; que es la única forma de viabilizar el proyecto de paternidad-maternidad en determinados casos; que en nuestro país al estar reconocido el derecho de personas del mismo sexo a contraer matrimonio, se otorga plena legalidad al derecho a formar una familia y acceder a la paternidad-maternidad<sup>8</sup>.

El problema presenta diferentes aristas, ya sea que el embrión provenga del material genético de quienes otorgaron su voluntad procreacional o de terceros, pero en todos estos casos el objetivo principal es cambiar el vínculo que nace del parto y establecer la filiación exclusivamente por la voluntad procreacional independientemente del embarazo<sup>9</sup>.

---

(6) SAMUEL Geoffrey (2014). *Introducción al Método y Teoría del Derecho Comparado* [An Introduction to Comparative Law Theory and Method.], Hart Publishing, Oxford and Portland. La traducción del original al castellano (o español) fue realizada por la autora, razón por la cual dicha traducción no se considera una cita textual, sino una paráfrasis y es el motivo por el cual el párrafo traducido no se entrecomilló. En María del Carmen Piña: “Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado”, cita textual de Samuel: “(...) Discute los problemas y promesas, fortalezas y debilidades de la comparación jurídica, además de exhibir la importancia de formular una adecuada pregunta de investigación para evitar algunos peligros en el acto comparativo”, p. 3.

(7) Código Civil y Comercial de la Nación Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente) Elena Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012, p. 570.

(8) MIGNON, María Belen. “Gestación por sustitución: vigilar y castigar o regular acercando el derecho a la realidad en pos del interés superior del niño”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia*, Directoras Grosman, Cecilia, Lloveras Nora, Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa, 2015-III- Junio 2015, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 289.

(9) En definitiva, las TRHA involucran una disociación del elemento genético, el elemento biológico y el elemento volitivo en distintas personas, siendo este último el decisivo en la determi-

Por lo general, los planteos que llegan ante los estrados pueden ser: posteriores al nacimiento -es decir, con el hecho ya consumado- solicitándose que se ordene la inscripción del recién nacido a favor de los comitentes, o bien preceden al nacimiento y/o a la TRHA en sí, solicitando autorización para la transferencia embrionaria y la inscripción del nacido con vida a favor de los comitentes, los que son resueltos por la justicia a la luz de diferentes criterios, los cuales desarrollaremos a continuación, destacando que todas las resoluciones contemplan los derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías, los intereses de los niños y niñas nacidos de la gestación por sustitución y su derecho a ser emplazados como hijos/as de quienes poseen la voluntad procreacional.

Para ello vamos a analizar y comparar los diferentes precedentes jurisprudenciales que se han dictado en nuestros Tribunales, atendiendo a dos criterios, los que consideran que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida permitida y los que sostienen que la gestación por sustitución no está prevista en el CCC.

### ***1. Criterios jurisprudenciales que consideran que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida compleja permitida por el CCC***

En primer lugar, estas resoluciones afirman que “la gestación por sustitución” debe ser considerada como una de las diferentes prácticas de fertilización asistida, tanto desde un punto de vista legal, como desde una perspectiva médica. Desde lo legal implica la existencia de una “voluntad procreacional<sup>100</sup>”, elemento estructural

---

nación de la filiación. Se impone una realidad socioafectiva, determinada por el aporte del elemento volitivo, por sobre una realidad puramente genética.

(10) GIL DOMINGUEZ, Andrés. *La Voluntad Procreacional como derecho y orden simbólico*, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 12. “La voluntad procreacional” en los términos del art. 562 del CCC, como ese “deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas”.

Por su parte la jurisprudencia ha definido la voluntad procreacional como “(...) el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza. por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo”, Causa: NNODG M B M S/Inscripción de nacimiento - Juzgado Nacional de 1o Instancia en lo Civil no 86 de fecha 18/06/13.

*Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 • 25/06/2015 • N.N. O s/ inscripción de nacimiento • DFyP 2015 (octubre), 218 con nota de Aníbal Filippini DFyP 2016 (febrero), 223; •AR/JUR/24326/2015.*

El Código Civil y Comercial (ley n°26449), recientemente sancionado prevé conforme surge del artículo 558 del mismo que la “filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción”, en función de ello corresponde ponderar este nuevo ordenamiento legal a fin de resolver el pedido de inscripción de nacimiento de una niña mediante la técnica procreacional de maternidad subrogada.

de la filiación derivada de este tipo de prácticas, de acuerdo a lo que dispone el artículo 562 del CCC. Por su parte, desde lo médico, sólo es posible de realizar con la asistencia de los profesionales especializados en estas prácticas, ya que se descarta una gestación por la vía de relación sexual<sup>11</sup>.

---

*Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 • 18/05/2015 • C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad. • LA LEY 25/06/2015, 5 LA LEY 2015-C, 522 RCCC 2015 (julio), 91 DFyP 2015 (noviembre), 208 con nota de Sabrina M. Berger, Jorge Nicolás Lafferrière y Ludmila Viar • AR/JUR/12711/2015.*

La acción de impugnación de maternidad deducida por los padres biológicos de una niña contra la madre gestante, quien aceptó de forma libre y espontánea que el óvulo fecundado con el material genético de aquéllos fuera implantado en su cuerpo, debe admitirse y, en consecuencia, desplazarse del estado de madre a esta última y emplazar a la genética, en tanto la circunstancia de que la niña haya sido deseada por aquellos, quienes asumieron y ejercieron la responsabilidad parental desde su nacimiento, hace a su interés superior, el que se complementa con su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad.

(11) *Juzgado de familia de 2.ª Nom. de Córdoba, "R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION" (expte. n°3447358), 22/11/2017. Juez: Gabriel Tavip: "También se encuentra comprendido el derecho a la salud, en este caso con el derecho a la salud reproductiva, ya que sólo recurriendo a esta técnica L. S. y H. M. podrán hacer viable este derecho (...). Finalmente se encuentra en pugna su derecho a la igualdad y a la no discriminación, ya que se les debe posibilitar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida en similares condiciones que a otras personas, que también tienen limitaciones para lograr un embarazo".*

*Juzgado de Familia de 6 Nom de Córdoba "F., C. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION" 13/8/2019 "(...) considero concluyente aseverar que aun cuando pueda entenderse que no obstante sus especiales características no se puede excluir a la GS como una especie de TRHA, en cualquiera de las dos posiciones en que nos ubiquemos, se coincide en sostener igualmente la necesidad de una regulación independiente y especial que otorgue garantías y tutele todos los delicados y dignos intereses en juego... En suma, en esta tercera fuente filial reconocida por el art. 558 (primer párrafo) del CCC la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el 'querer ser' progenitor. "En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza y se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal (...)" (cfr. C., G. J. s/Informació Sumaria • Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza • 15/12/2015 • C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento • Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 39 • AR/JUR/58729/2015.*

La acción declarativa de certeza opuesta a fin de determinar la filiación de tres niños recién nacidos concebidos mediante una técnica de reproducción asistida resulta el camino adecuado para petionar, pues se trata de varias personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presentan ante la justicia para que se determine la verdadera filiación cuando se utilizó la subrogación de un vientre, máxime cuando en el nuevo Código Civil y Comercial -t.o. Ley 26994-, la figura jurídica de la gestación por sustitución o maternidad subrogada está prevista, requiriendo entonces los peticionantes de una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la de los recién nacidos. BuenosAires,13/08/2015. MCJuz.Civ.N°. Poder Judicial de la Nación en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=631&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/FJuzgado de Familia N° 1 de Mendoza> • 15/12/2015 • C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento • Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 39 • AR/JUR/58729/2015.

*Juzgado de Familia de Gualeguay • 19/11/2013 • B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario • LL Litoral 2014 (abril), 324 • AR/JUR/89976/2013.*

Un niño debe ser inscripto como hijo de quienes donaron el material genético para su gestación por una tercera mujer -maternidad subrogada-, pues se comprobó el vínculo biológico y la voluntad

En este sentido, uno de los argumentos que se repite en las diversas resoluciones en materia de gestación por sustitución es que en virtud del principio de legalidad consagrado por nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional, todo aquello que no está prohibido, está permitido. La falta de regulación explícita de la gestación por sustitución viene a dar lugar a una situación que puede caracterizarse como de “alegalidad” entendida como la cualidad que presenta aquello que no está regulado ni prohibido, está implícitamente permitida. En consecuencia, su reconocimiento resultaría coherente con la regulación de la voluntad procreacional en el CCC (arts. 558, 561 y 562), la ley 26529 de derechos del paciente (artículos. 1, 2, 3, 5 y 6) y con la falta de una expresa prohibición o sanción<sup>12</sup>.

---

procreacional de aquellos respecto del menor, a la vez que no existen conflictos al respecto entre las partes intervinientes.

(12) *Juzgado de familia. n°7 Viedma - 07/07/2017 “RESERVADO S/AUTORIZACIÓN JUDICIAL”* Jueza María L Dumpé. Cita digital iusju017762e Con nota a fallo: Lloveras Nora, De Lorenzi Mariana “Gestación por sustitución: obstáculos, amor y alas”, *ErreNews - Civil - Novedades - N°92 - 15/8/2017*. <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20170718120329719.html>

*Juzgado de Familia de 4 Nom de Córdoba. “A., P. A. Y OTRO - MEDIDAS URGENTES”* 21/5/2018 Juez: Dra. Morcillo. “Consecuente con ello la declaración de inconstitucionalidad no resulta necesaria puesto que el CCC admite una interpretación amplia que brinde solución al supuesto en estudio. Sin embargo, no se puede dejar de señalar que respecto de este tipo de TRHA existe una clara inconstitucionalidad por omisión de legislar que obliga a la jurisdicción a intervenir para solucionar el vacío legal”.

*Juzgado de 1 Inst. en lo Civil, Comercial, Familia 2 Nom. Villa María Córdoba “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES”* 8/6/18. Juez: Flores, Fernando Martín. “La falta de regulación no impide su concreción, ya que en virtud del principio de legalidad dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido. Los ejemplos que se utilizan para fundamentar una tesis diferente llegan, en muchos casos, hasta el absurdo, tal como referir que no está prohibido contraer matrimonio con un animal y no por eso está permitido (Sambrizzi, ob.cit.). En otras palabras, esta carencia de legislación no debe interpretarse como la existencia de una ‘prohibición’ efectiva sobre la práctica ya ‘que ello importaría una interpretación restrictiva y literal del sistema jurídico, tachando de ‘prohibidas’ o ‘ilegales’ las circunstancias no receptadas expresamente por aquel”.

*Juzgado de Familia de 6 Nom de Córdoba “F., C. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION”* 13/8/2019 “En suma, el tema no ha dejado de ser objeto de constantes intentos por llegar a su regulación, por lo que claramente no se propicia una postura *abstencionista* ni mucho menos *prohibitiva* en nuestro país, sino una *regulatoria*, pero ello no permite sino concluir que por ahora estamos ante un vacío legislativo o Tras este examen, resulta claro que existe una laguna legislativa. La quita de la figura implica que el legislador, la silenció adoptando una postura *abstencionista* pero no de prohibición. En este marco, válido es concluir en la alegalidad de la figura en cuestión. En efecto, la GS es por ahora ‘alegal’. Pero estamos -al decir de la doctrina- ante un *abstencionismo legal* demandante de un *intervencionismo judicial*”.

*Juzgado de Familia Nro. 8 de La Plata* 27/04/2020 • D., J. E. y otro/a s/ autorización judicial • RCCC 2020 (agosto), 67 SJA 09/09/2020, 82 JA 2020-III AR/JUR/15367/2020.

La gestación por sustitución, al no encontrarse prohibida, debe ser receptada favorablemente por la Justicia en la medida que no lesione derechos de terceras personas; máxime cuando la práctica elegida es consecuencia de la historia atravesada por la familia accionante y la ardua búsqueda de alcanzar la paternidad/maternidad, siendo este el único camino posible para lograr gestar un hijo con material genético de ambos progenitores, conforme la historia clínica acompañada.

*Juzgado de Familia n° 6, San Isidro* 02/03/2018 • S., M. J. s/ autorización judicial • La Ley Online • AR/JUR/1449/2018. La gestación por sustitución debe ser autorizada en el caso en que un

En paralelo otro fundamento a destacar es el derecho a constituir una familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos)<sup>13</sup>.

Asimismo “el interés superior del niño” principio rector y guía consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros en particular de los niños, en que estos necesitan la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento que debe ser inscripto, conocer a sus

---

matrimonio estaría impedido de gestar por cuestiones de la salud de ambos, pues la falta de regulación específica de esta práctica no significa que se encuentre prohibida, en tanto esa técnica y su viabilidad jurídica deben correlacionarse por un lado con la específica incorporación del instituto de la voluntad procreacional inserta en el Cód. Civ. y Com. y con las leyes 26529 y 26485, y por el otro con la protección legal que cabe darles a los niños nacidos de los tratamientos de reproducción humana asistida.

*Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario* 05/12/2017 • H., M. E. y otros s/ Venias y dispensas • La Ley Online • AR/JUR/105404/2017. La solicitud de autorización judicial para la realización de transferencia de embriones mediante la gestación por sustitución –en el caso, a través de la hermana de la actora– es admisible pues si bien no existe previsión legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico tampoco hay norma que prohíba la gestación por otro, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización, por lo que se trata de una TRHA permitida ya que en razón del principio de legalidad –art. 19 Const. Nacional– todo lo que no está prohibido está permitido.

*Juzgado de Familia n° 9, Bariloche* • 29/12/2015 Dato reservado • AR/JUR/78613/2015

La transferencia embrionaria en un vientre sustituto debe autorizarse, pues se trata de un procedimiento que no se encuentra expresamente prohibido y existe voluntad procreacional por parte de los solicitantes, quienes tendrán vínculo genético con el menor que nacerá y ejercerán la responsabilidad parental; a lo que puede agregarse que la gestante dio su consentimiento en forma libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia.

(13) Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Nuestra Constitución Nacional expresamente establece que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (artículo 42). Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1969), en su artículo 17, al expresar que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se 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 establecido en esta Convención”. En igual sentido fue recepcionada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966), en su artículo 23.

*Juzgado de familia de 2.ª Nom. de Córdoba*, “R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” (expte. n° 3447358). 22/11/2017. Juez: Gabriel Tavip: “En primer lugar el derecho a formar una familia, que en el caso particular se configura brindándoles la posibilidad de recurrir a esta especial técnica de reproducción humana asistida para hacerlo viable, siempre que no vulnere el derecho de terceros”.

*Juzgado de Familia Nro. 2 de Mendoza* 06/09/2017 • M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas • La Ley Online • AR/JUR/60950/2017

En ausencia de regulación, la técnica de la gestación por sustitución debe analizarse desde una perspectiva integradora del Derecho, teniendo en el derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia, puesto que este, así como la protección de la familia constituyen uno de los derechos esenciales garantizados por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

padres y ser cuidado por ellos y que el impedimento gestacional de la pareja que ha expresado ampliamente su voluntad procreacional recurriendo a una TRHA, no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia”<sup>14</sup>.

En estos casos garantizar el interés superior de la/s niña/s o el/los niño/s que nacerá implica tutelar efectivamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que se incluirá como una más de la familia<sup>15</sup>.

---

(14) *Juzgado de familia. n° 7 Viedma 07/07/2017* “RESERVADOS/AUTORIZACIÓN JUDICIAL” Jueza María L Dumpé. Cita digital iusju017762e.

*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I 28/08/2020* • S., M.D. y otros c. A., S. S. s/ Filiación La Ley Online • AR/JUR/35471/2020. “Toda vez que no está en discusión la voluntad procreacional y que se encuentra acreditado la falta de filiación biológica de la niña con quien ha sido su gestante, sería absurdo obligar el emplazamiento de una persona como madre de un niño con quien no tiene vinculación biológica alguna solo por el hecho físico del haber dado a luz cuando manifiesta expresamente que pretende ese desplazamiento, como negarle a ese niño el derecho de quedar emplazado como hijo de la persona que ha manifestado desde su comienzo la voluntad procreacional de convertirse en su madre”.

*Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 81 14/06/2017* • S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación, LA LEY 27/07/2017, 6 LA LEY 2017-D, 390 RCCC 2017 (agosto), 116 DFyP 2018 (marzo), 250 AR/JUR/37036/2017

La acción de impugnación de maternidad y emplazamiento paterno es procedente por aplicación del principio rector del interés superior del niño; la respuesta jurídica más justa es reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser sus padres en virtud de la manifestación de la voluntad procreacional -art. 558 Cód. Civ. y Com.- exteriorizada mediante el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se han sometido al uso de técnicas de reproducción humana asistidas, en la forma y con los requisitos prescritos en los arts. 560 y 561 del ordenamiento Civil vigente; una solución contraria mantendría un vínculo jurídico con la mujer gestante quien, claramente, no fue ni tiene intención de ejercer el rol materno.

*Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86* • 18/06/2013 • N.N. o D. G., M. B. M. s/ inscripción de nacimiento • LA LEY 01/07/2013, 2 LA LEY 2013-D, 195 DFyP 2013 (octubre), 39 DFyP 2013 (noviembre), 87 con nota de Sabrina M. Berger; Andrés Gitter LA LEY 11/11/2013, 4 LA LEY 2013-F, 182 AR/JUR/23081/2013

Un menor nacido mediante la técnica de fertilización in vitro con subrogación uterina debe ser inscripto como hijo de quienes aportaron el material genético para su concepción, pues debe valorarse fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad de éstos de convertirse en padres del nacido y la correspondencia biológica que existe entre ellos, en tanto ello es lo que más responde al interés superior del niño.

(15) LLOVERAS, Nora, DE LORENZI, Mariana. “Gestación por sustitución: obstáculos, amor y alas” Nota a fallo ErreNews - Civil - Novedades - N° 92 - 15/8/2017. <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20170718120329719.html>

*Juzgado de la inst. en lo Civil, Comercial y Familia 2 Nom. Villa María Córdoba* “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES” 8/6/18. Juez: Flores, Fernando Martín. “Entiendo que la inscripción como hijo/a de quienes quieren ser sus progenitores conforme el elemento volitivo expresado responde al interés superior del niño, premisa insoslayable bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia”.

*Juzgado de Familia N° 4 de Morón 05/03/2020* • A. P. Y. y otro/a c. A. M. G. y otro/a s/ Acciones de impugnación de filiación • AR/JUR/17521/2020

Es importante destacar que surge de estas sentencias el derecho fundamental que tiene todo/a niño/a a una inmediata inscripción de su nacimiento conforme a la voluntad procreacional. Considerando la identificación como “el primer derecho” de todo ser humano, que garantiza la existencia oficial del individuo, impidiendo su invisibilidad y desprotección estatal<sup>16</sup>.

En este contexto otros principios que fundan estas resoluciones son la “autonomía de la voluntad” es decir la decisión de las personas adultas libres, rodeadas de adecuada información y sin ningún vicio de la voluntad a decidir, en el tema que nos ocupa sobre su “derecho a la salud sexual y reproductiva”<sup>17</sup>. En lo

---

Corresponde proteger los derechos del niño nacido mediante gestación por sustitución, concebido por la voluntad procreacional de quienes promueven la impugnación de la maternidad, por no ser la accionada la madre del hijo que pasa por suyo, y en consecuencia, modificar del acta de nacimiento, para de esta forma poder, concretar en el plano jurídico, los lazos y vínculos que, en la realidad, y desde la faz afectiva, vienen asumiendo, y cumpliendo dicho rol, en la relación familiar que se viene construyendo desde el nacimiento.

(16) *Juzgado de familia. nº 7 Viedma 07/07/2017* “RESERVADOS/AUTORIZACIÓN JUDICIAL” Jueza María L Dumpé. Cita digital iusju017762e.

*Juzgado de Familia de 4 Nom de Córdoba. “A., P. A. Y OTRO – MEDIDAS URGENTES” 21/5/2018* Jueza: Morcillo. ErreNews - Civil - Novedades - Nº 132 - 5/6/2018. <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20180604110357684.html>Cita digital: IUSJU027106E

“Por último no puede dejar de valorarse el interés superior de N. que se encuentra en crisis en la situación actual, al carecer de identificación filiatoria que lo constituya social y legalmente como parte de la familia de los peticionantes, pero lo que es más grave en la violación de sus derechos es la calidad de “indocumentado” que reviste en la coyuntura y que es deber ineludible del Estado solucionar por el procedimiento más sencillo y rápido y de manera inmediata, que es el fin de esta acción ante la laguna legal que la situación vigente plantea. En conclusión, la inmediata inscripción del niño con la filiación que le corresponde hace cesar la violación de sus derechos a la identidad, a la identificación, a la documentación y a la integración familiar y por ello es lo que mejor consulta su interés superior”.

*Juzgado de Familia de 4 Nom de Córdoba “F., C. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION” 13/8/2019* “Por todo lo analizado debe autorizarse la práctica de GS requerida debiendo las partes suscribir ante el Centro de Fertilización Humana Asistida el consentimiento de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 560 d y 561 el CCC y en consecuencia, debe ordenarse que en caso que se produzca el nacimiento como resultado de la práctica médica en cuestión el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas inscriba al/la niño/a así nacido como hijo de los señores F y L sin vínculo legal con la señora R V. Contemplando el derecho a la identidad que también presenta un resguardo normativo (art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), corresponde garantizarle al niño/a eventualmente nacido mediante la GS que se autoriza, el acceso a conocer sus orígenes, de modo que se insta a los accionantes para que hagan conocer a su hijo/a su realidad gestacional, cuando tenga la edad y grado de madurez suficiente para comprender su historia vital. En tal dirección, se ha percibido la importancia que el tópico posee para los accionantes. En efecto, el CATEMU ha concluido que “La revelación del origen se valora como un derecho a la identidad, contando con disposiciones para llevar adelante esta tarea con el hijo nacido de este procedimiento”.

(17) Derecho a la salud sexual y reproductiva. El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) expresa que el derecho a la salud sexual y reproductiva se basa en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre nacimientos, como a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. El derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en

que respecta a la gestante “la capacidad y el derecho para disponer de su propio cuerpo, lo que en definitiva significa el respeto por su determinación<sup>18</sup>.”

Por último, se destaca en los fallos el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida en similares condiciones que otras personas, que también tienen limitaciones para lograr un embarazo<sup>19</sup>.

---

particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General no 14 - 2000). Los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos que consagra nuestra Constitución Nacional. El Estado argentino tiene la obligación internacional (art. 31, CN; art. 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y art. 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–).

*Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario 02/12/2014 • XXX s/ maternidad por sustitución • DFyP 2015 (diciembre), 237 con nota de Andrés Gil Domínguez • AR/JUR/90178/2014*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido y la consolidado el respeto de la autonomía personal, del derecho a la salud reproductiva, de la aceptación del proyecto de vida familiar, como el reconocimiento expreso e irrefutable de formar una familia relacionado con el derecho a la maternidad y la abolición de cualquier acto o decisión que menoscabe o discrimine a personas que por su condición de vulnerabilidad, ya sea por razón de su estado físico por cuestión de género o por circunstancias económicas encuentren limitados o cercenados sus derechos fundamentales.

(18) *Juzgado de Inst. en lo Civil, Comercial y Familia 2 Nom. Villa María Córdoba “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES” 8/6/18. Juez: Flores, Fernando Martín. Erreius ErreNews - Civil - Novedades - Nº 138 - 17/7/2018 <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20180712114658025.html> Cita digital: IUSJU028754E “Esta voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todo aquel que pretenda ser padre o madre a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada es irrevocable (art. 561 y 562 del CCC). A esta altura del análisis puede afirmarse que, en la actualidad, y en virtud de lo normado por la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los art. 558 y 562 del CCC la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional (...). La gestante refiere actuar de manera absolutamente altruista y cuenta con el apoyo de su círculo familiar. Ejerce su derecho constitucional a “disponer de su propio cuerpo”, en miras de la satisfacción de un deseo filial ajeno. No hay en la señora R. voluntad procreacional”.*

*Juzgado de Familia de 6 Nom de Córdoba “F., C. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” 13/8/2019. “No se verifica conducta o comportamiento alguno reprochable en G quien en pleno uso de la libertad de su cuerpo y con el acompañamiento de su familia, accede a cumplir un rol en la práctica en cuestión. Ir más allá implicaría una valoración ética que trasciende el marco del presente. Ante el derecho de la gestante a decidir sobre su propio cuerpo, lo que no puede dejar de hacerse es verificar que la decisión tomada haya sido arribada con absoluta libertad, y ello se evidencia en autos”.*

(19) *Juzgado de Inst. en lo Civil, Comercial, Familia 2 Nom. Villa María Córdoba “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES” 8/6/18. Juez: Flores, Fernando Martín. “Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas pueda disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional”.*

*Juzgado de Familia de 5 Nom de Córdoba “V A B Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” 25/4/2019 Juez: Mónica Parrello: “Es responsabilidad de esta Magistrada, en el marco de este pronun-*

## 2. Criterio jurisprudencial que considera que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida compleja no prevista en el CCC.

En primer lugar, cabe señalar que, a diferencia de las anteriores resoluciones relevadas, a continuación analizaremos fallos que han declarado inconstitucional y anticonvencional al artículo 562 CCC, para colocar a la gestante en el lugar de madre en tanto dispone que “*los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz*”. De manera tal que estas resoluciones no consideran a la comitente como madre mediante la gestación por sustitución.

Dentro de los fundamentos, se advierten que la gestación por sustitución no está prevista en la legislación fonal, es necesario acudir al carril jurisdiccional, para que se declare inconstitucional el plexo normativo que impide subsumir en la condición de progenitores a quienes no sólo han manifestado su voluntad de serlo, sino también, en la mayoría de los casos han aportado su material genético. Subsunción ésta que, actualmente, conforme la norma opugnada -art. 562 del C.C. y C.N-, no resulta posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz el niño<sup>20</sup>.

---

ciamiento, remover cualquier obstáculo que impida que a esta pareja cumplir con el único y principal objetivo por el que recurrieron a la justicia, el de ser padres. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de *tutela judicial efectiva*, en total observancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos, y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente nuestra CIDH”.

*Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora* 30/11/2016 • B. J. D. y otros s/ materia a categorizar • DFyP 2017 (mayo), 118 con nota de Carolina L. Chmielak LA LEY 26/05/2017, 5 con nota de Soledad Briozzo LA LEY 2017-C, 264 con nota de Soledad Briozzo • AR/JUR/85614/2016

Una mujer que, por ausencia de útero, sólo puede llevar adelante la gestación por sustitución y su marido titularizan, en igualdad de condiciones con las demás personas, el derecho fundamental y humano de recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que, en su caso, esa es la única forma de garantizar la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la libertad personal, a la igualdad y a no ser discriminada con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia.

(20) *Juzgado de Familia de 5 Nom de Córdoba* “V A B Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION” 25/4/2019 Juez: Mónica Parrello: En consecuencia, la norma del art. 562 del CC y CN aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. XXX mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el art. 562 del CC y CN resulta inconstitucional en el caso de autos, ya que avanza sobre derechos subjetivos de la Sra. XXXXX. Además, tal declaración no avanza sobre otros estándares jurídicos. Sin remover el obstáculo legal de la disposición del artículo 562 del CC y CN la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna por ser la persona que dio a luz. Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la persona que prestó

el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización. Esta Magistrada está llamada a declarar en consecuencia su inconstitucionalidad. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ratificó un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de un efecto jurídico. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer el ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención de Derechos Humanos (...) en otras palabras los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana” (cfr. “Almonacid Arrellano y otros vs. Chile” Fecha de sentencia 26/09/2006 párr. 124). Sin desconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como la última *ratio* del orden jurídico (Fallos: 249:51, 264:364; 330:2981, entre muchos otros), las circunstancias excepcionales de esta causa, ameritan que el articulado del Código Civil y Comercial –en especial el artículo 562 en cuestión- sea analizado a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22. Y es que, el Código Civil y Comercial se encuentra subordinado a la Constitución y a los Tratados Internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

*Juzgado de Familia de 1° Nom de Córdoba* “A. M. T. y otro s/homologación”06/08/2018. Juez: Luis Edgard Belitzky. ErreNews - Civil - Novedades - N° 149 - 2/10/2018 <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20180921102403118.html> Cita digital: IUSJU031477E “En el caso de autos no existe la “falta de previsión normativa” invocada puesto que claramente el Código Civil y Comercial de la Nación -en lo que aquí interesa- dispone que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre” (artículo 652 CCC) y, en ese orden normativo, sigue la línea conceptual de la filiación por naturaleza, que junto a la que aquí nos convoca y de la adopción, son las tres únicas vertientes o causa eficiente que se reconoce a la filiación. Así, y por vía de negación, la situación de autos lejos de no encontrarse regulada, sí lo está, y no la autoriza del modo en que se pretende, puesto que la maternidad siempre será atribuida a quien da a luz al “hijo”. La solución del Código Civil y Comercial, en definitiva, es sencilla. La filiación materna en el caso de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, se atribuye a la mujer que dio a la luz, y del hombre o de la mujer que prestó el consentimiento previo, y con esa solución cerró la puerta a cualquier debate en torno a la cuestión. En consecuencia, la norma del artículo 562 del CCC aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. A. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el artículo 562 del CCC resulta inconstitucional en el caso de autos, ya que avanza sobre derechos subjetivos de la Sra. A., y además tal declaración no avanza sobre otros estándares jurídicos.

Sin remover el obstáculo legal de la disposición del artículo 562 del CCC la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna por ser la persona que dio a luz. Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la

En este sentido, dentro de las facultades conferidas al poder judicial queda la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, máxima sanción que merece una ley, y que requiere de suma prudencia de parte de los Jueces, lo contrario significaría una auto atribución de facultades incompatibles con un sistema republicano.

La declaración de inconstitucionalidad, en este presupuesto se evidencia en la invocación de una serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, derecho a la salud, a la dignidad, a la igualdad, al proyecto de vida de formar una familia, que la normativa tachada conculca en forma “actual”, “real” y concreta” poniendo de relieve un agravio serio y de entidad que habilita el control de constitucionalidad propiciado.

Agregan, que ante el vacío legal existente se debe solicitar el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente de filiación, consistente en la intención de querer engendrar un hijo acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

Finalmente, sostienen que, además, el artículo 562 del CCC no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad, porque el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad

---

persona que prestó el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización. En consecuencia y en razón que he declarado la inconstitucionalidad de la norma citada.

*Juzgado de Familia Nro 1 de Pergamino 22/04/2019 • C., C. A. y otros s/ materia a categorizar • RDF 2019-VI, 39 Con nota de Verónica Marco • AR/JUR/15655/2019* El art. 562 del Cód. Civ. y Com. que dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijas/os de quien dio a luz es inconstitucional, ya que conculca el ejercicio de derechos humanos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales, como el derecho a formar una familia, a la vida privada y a la intimidad; máxime cuando en tales modos de conseguir un embarazo es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación.

*Juzgado de Familia Nro 1 de Pergamino 22/04/2019 • C., C. A. y otros s/ materia a categorizar • RDF 2019-VI, 39 Con nota de Verónica Marco • AR/JUR/15655/2019.* El art. 562 del Cód. Civ. y Com. que dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijas/os de quien dio a luz es inconstitucional, ya que conculca el ejercicio de derechos humanos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales, como el derecho a formar una familia, a la vida privada y a la intimidad; máxime cuando en tales modos de conseguir un embarazo es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación.

*Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora 30/12/2015 • H. M. y otro s/ medidas precautorias - art. 232 del CPCC • LA LEY 02/05/2016, 6 con nota de Úrsula C. Basset LA LEY 2016-C, 89 con nota de Úrsula C. Basset DF y P 2016 (mayo), 179 con nota de Eduardo A. Sambrizzi RCC y C 2016 (mayo), 147 DF y P 2016 (junio), 131 con nota de Úrsula C. Basset RCC y C 2016 (junio), 59 con nota de Mercedes Ales Uría DF y P 2017 (febrero), 202 con nota de Mercedes Ales Uría • AR/JUR/78614/2015.* El art. 562 del Cód. Civil y Comercial que establece que los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quienes los dio a luz, es inconstitucional y anticonvencional por no reconocer la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante -tal es el caso de la maternidad por sustitución-.

gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional. La injusticia que deviene por aplicación del art. 562 CCC es patente: será tenida por madre -por el hecho del parto- quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no serán padres quienes, si quieren serlo, desde siempre y, además, son sus reales progenitores<sup>21</sup>.

### 3. *Primeras conclusiones respecto de los criterios jurisprudenciales*

Del estudio, relevamiento y comparación de los casos de jurisprudencia encontrados, advertimos que las partes no solo se debaten en un mar de dudas en orden a la forma de determinar la filiación cuando el nacimiento tiene lugar por técnica de gestación por sustitución, sino que no saben ni como, ni cuando instrumentar el consentimiento informado para la realización de la TRHA, ni ante qué tribunal recurrir, ni que acción deben intentar para lograr la filiación. Esta inseguridad jurídica en materia filiatoria exige una regulación de la Gestación por Subrogación que despeje dudas sobre la filiación de los niños que nacen de ellas.

Destacamos que las sentencias analizadas han sido todas resueltas favorablemente y las mismas reconocen a la gestación por sustitución como una *técnica de reproducción humana asistida compleja*.

---

(21) *Juzgado de Familia de 5ª Nom de Córdoba* "V. A. B. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION" 25/4/2019 Juez: Mónica Parrello "En consecuencia, se deja preventivamente establecido que el/a/s nacido/a/s de la TRHA -gestación por sustitución- será/n hijo/a/s de los Sres. XXXXX y XXXXX, disponiéndose que así se registre en toda documentación vinculada a la identidad del/a/o/s nacido/a/s desde el mismo instante de su nacimiento".

*Juzg. Civ. Com. y Fam. Bell Ville. 3ª Nom de Córdoba*, "D., R. d. V. y otros s/solicita homologación" 06/12/2018 Juez: Bruera Eduardo Pedro. ErreNews - Civil - Novedades - N° 163 - 22/1/2019. <https://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20190118115056173.html>

"En atención a todo lo expresado, no cabe lugar a la menor duda que el art. 562 del CCC adopta una postura desfavorable respecto a la gestación por sustitución al darle la espalda al elemento volitivo, desconociendo la maternidad en la progenitora intencional y como contrapartida reconociéndosela a la mujer gestante. Así pues, se advierte que en este caso se vulneran de manera flagrante los derechos fundamentales consagrados supralegalmente. No desconozco que este tipo de resoluciones -que implican la declaración de inconstitucionalidad de una ley- son la "última ratio" (razón última) del sistema jurídico, no obstante lo cual, ello se impone ante el caso sub-examine, puesto que impide que R ejerza su legítimo derecho a ser madre por una THRA y por tanto corresponde despejar el valladar contenido en el art. 562 del CCC, declarando su inconstitucionalidad en auto. De no adoptarse este camino, quitando el impedimento legal de la disposición del art. 562 del CCC, la autorización que esta resolución alumbra resultaría inviable e intrínsecamente contradictoria. Se transformaría en una encerrona que la propia autorización procura despejar, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, debe reconocer a esta última como su madre, invalidando la razón que le dio carta libre a la práctica como la voluntad procreacional de R. Resuelvo: Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCC, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz".

### III. Derecho comparado

La actual falta de regulación de la gestación por sustitución nos enfrenta al desafío de encontrar posibles soluciones en el Derecho Comparado, considerando diversas fuentes del derecho como las políticas, jurídicas, filosóficas-religiosas<sup>22</sup>.

Un somero análisis del mismo nos permite concluir que existen países en los cuales la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida como sucede en Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia e Italia. En otros casos, sencillamente existe una abstención a su regulación o de su normativa no surge con claridad su legalidad, este es el caso de Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Rumania y San Marino. En algunos países la gestación por sustitución se encuentra expresamente regulada y permitida por ley como sucede con Australia, Albania, Grecia, Países Bajos, India, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y algunos estados de Estados Unidos.

En este último supuesto podemos mencionar a aquellos países en los que la ley permite la gestación por sustitución, aún en los casos en los que medie un contrato con contraprestación económica, lo cual ha sido objeto de las mayores objeciones en las legislaciones que lo prohíben expresamente. Se pueden destacar en este caso a Rusia, Ucrania, Georgia o India. En el resto de los casos la regulación condiciona la validez de cualquier pacto respecto a la maternidad subrogada a que la misma se realice por motivos estrictamente altruistas, de amistad o parentesco entre quienes manifiestan la voluntad procreacional y la gestante<sup>23</sup>.

Nuestro análisis se enfocará, en primera instancia, en la realidad legislativa y jurisprudencial de algunos de los países cuya tradición jurídica se identifica, al igual que la argentina, con el sistema del Civil Law, Derecho Continental o Romano-Germánico, por las similitudes en relación a las tradiciones, necesidades sociales y las prácticas extrajudiciales observadas en casos similares a los surgidos en nuestro país, pero principalmente porque han sido y lo son en el reciente Código Civil y Comercial de la Nación fuente directa de muchas de sus disposiciones. Pero además nos remitiremos a la regulación e implicancias en algunos de los países en los que su recepción se realizó con ciertas restricciones en atención a que existe una coincidencia entre la normativa de estos países con los últimos proyectos de ley que pretenden regular la gestación por sustitución en Argentina<sup>24</sup>.

---

(22) SAAVEDRA VELAZCO, Renzo A. *El método y el rol de la comparación jurídica. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica*, Advocatus, S.L., n. 025, pp. 193-244, Lima, 2011. PIÑA, María del Carmen Piña. "Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado", cit. p. 13.

(23) LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2012, p. 11, [www. indret.com](http://www.indret.com)

(24) SAAVEDRA VELAZCO Renzo A., *El método y el rol de la comparación jurídica (...)*, cit. pp. 193-244, Lima, 2011; PIÑA, María del Carmen Piña: "Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado", cit., p. 11.

## 1. Países en los que la gestación por sustitución está prohibida

### España

En la década del 70 ante la irrupción de novedosos tratamientos de fertilidad que traían soluciones a las parejas aquejadas por problemas de esterilidad, se planteó la necesidad de un abordaje de las diferentes aristas que plantean las técnicas de reproducción asistida. Fue así que, a iniciativa de un grupo de parlamentarios, se creó la Comisión Especial sobre Fertilización Extracorpórea, la cual luego pasó a denominarse “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas”. Esta Comisión tuvo como misión primordial realizar un estudio sobre los problemas que subyacen ante la utilización de estas técnicas de manera de crear un marco legal para una futura regulación normativa. La misma fue presidida por el Diputado español socialista Marcelo Palacios.

Esta Comisión presentó en el mes de marzo de 1986 un informe muy completo, conocido como “Informe Palacios”, que abordó múltiples cuestiones relacionadas con la reproducción asistida y concluyó con una relación de ciento cincuenta y cinco recomendaciones<sup>25</sup>.

Las mismas se centraron en la utilización de técnicas de fertilización asistida para los casos en los que la pareja haya recurrido a terapias que en definitiva no hayan resultado eficaces a los fines de provocar la gestación. Sólo preveía el empleo de estas técnicas a matrimonios y parejas heterosexuales estables las cuales debían comprometerse respecto de los futuros hijos a asumir las mismas obligaciones inherentes a las parejas unidas en matrimonio. Se contempló una posible autorización a mujeres solas, las cuales debían reunir ciertas condiciones económicas, psicológicas y de estabilidad que procuraran al futuro hijo un sano ambiente de bienestar y dignidad.

Si bien el informe recomendó la expresa prohibición de la utilización de estos tratamientos en parejas homosexuales, nada establecía respecto a hombres en forma individual.

El mencionado informe inspiró a los legisladores españoles quienes con fecha 22 de noviembre de 1988 sancionaron la Ley 35/1988, una de las pioneras en la regulación de las técnicas de reproducción asistida. Específicamente con respecto a la figura de la gestación por sustitución, el artículo 10.1 de la Ley establecía que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un

---

(25) VILAR GONZÁLEZ, Silvia. *Gestación por sustitución en España un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EE.UU.) y Portugal*, Tesis doctoral, Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 2017.

*tercero*”, respetando con ello la recomendación que al respecto contenía el Informe Palacios, pero sin llegar a establecer ningún tipo de sanción, más allá de la nulidad.

Ahora bien, debido a que con el transcurso del tiempo los conceptos de maternidad biológica de la intencional fueron tomando autonomía como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, el artículo 10 plasmó por primera vez en la legislación española el principio *mater semper certa*, el que implica que la maternidad se determina por el parto, presuponiendo que la gestante es a su vez la madre genética. A su vez admitía una posterior acción de determinación de la paternidad para el padre biológico.

Esta ley fue reglamentada por Real Decreto 412/1996 por el cual se instaba al Gobierno a regular en el plazo de un año “*la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana*”. Sin embargo, al día de hoy, más de treinta años después de que la Ley 35 de 1988 estableciera de modo imperativo su creación y organización, la realidad es que todavía no existe un Registro de donantes de gametos en España. Ello, pese a la importancia que podría llegar a tener dicho Registro en aquellos supuestos en que, la posibilidad de obtener información acerca del origen biológico de una persona, podría facilitar el acceso al tratamiento adecuado para hacer frente a una enfermedad cromosómica o sanguínea basada en su herencia genética.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, por la que se modifica la Ley 35/1988 en su art. 10 establece “(...) *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”.

El hecho de que se sancione con la nulidad de pleno derecho a todo tipo de contrato, independientemente de que concurra o no un beneficio lucrativo a favor de la gestante, no deja lugar a dudas que el sentido de la norma ha sido otorgar una nulidad de pleno derecho a cualquier acuerdo en este sentido.

Más allá de las restricciones impuestas a la celebración de estos convenios, en la regulación española podemos encontrar una incongruencia normativa, ya que es posible inscribir en el Registro Civil Español tanto el nacimiento, como la filiación a favor de los padres intencionales de los niños nacidos en el extranjero e, incluso, de la reglamentación Registral se infiere que éstos puedan llegar a obtener las prestaciones por paternidad o maternidad del ámbito laboral, una vez inscrito el nacimiento<sup>26</sup>.

---

(26) Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011.

La posibilidad de inscribir la filiación en el Registro Civil Español será admisible mediante el expediente en el que junto con la solicitud de inscripción se aporte una resolución judicial del tribunal extranjero competente que recoja los datos personales de las partes, verificando que no se quebrante el interés superior del menor y en el que la gestante ha consentido consciente y libremente, renunciando a la filiación. Esta resolución judicial puede ser objeto de control por parte del Encargado del Registro Civil a los efectos de comprobar si se cumplen o no los requisitos expuestos. Se trata de un control principalmente formal, que no entra a valorar el origen y fondo de la situación, que no es otra que el uso de la gestación subrogada<sup>27</sup>.

Ello no hace más que favorecer el llamado “turismo procreacional”, posibilidad que, además, trasunta en una evidente desigualdad ya que restringe el acceso a la paternidad a quienes tengan la capacidad económica suficiente para solventar los gastos que ello requiera.

No obstante, la vigencia de la Ley 14/2006, varias iniciativas y recomendaciones propician la efectiva regulación de una situación que se devela como una realidad incontrastable.

La nulidad de pleno derecho establecida en la legislación española en torno a la figura que nos ocupa, no disuade de su práctica ni logra evitar que las mismas se realicen en el extranjero. Asimismo, existen varias sentencias dictadas por la Sala en lo Social del Tribunal Supremo en el año 2016, que concluyen que la gestación por sustitución queda protegida por el sistema de Seguridad Social, reconociendo expresamente el derecho de los trabajadores a gozar de las prestaciones y derechos derivados de la paternidad, independientemente del origen de la filiación.

### *Francia*

En Francia la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida por la Ley n° 94653, de 29 de julio de 1994, sobre el Respeto al Cuerpo Humano<sup>28</sup>, la cual modificó, entre otros, los artículos 16-1 y 16-7 del Código Civil francés.

El artículo 16-1 establece que ni el cuerpo humano, ni sus elementos o productos podrán ser objeto de un derecho patrimonial y el 16-7 sanciona expresamente con la nulidad de pleno derecho todo acuerdo relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro.

---

(27) CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carme, *La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español*, <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol>

(28) Loi n° 94-653, du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain. Version consolidée au 19 août 2016.

Pero la normativa francesa va más allá, castiga con un año de cárcel y multa de quince mil euros a quienes celebren un acuerdo efectuado entre una persona o una pareja que deseen acoger a un niño y una mujer que lo geste para ellos<sup>29</sup>. Cuando estos hechos se cometan habitualmente o con fines de lucro, las penas se duplican. En el mismo sentido el artículo 227-13 sanciona con tres años de prisión y cuarenta y cinco mil euros de multa, la sustitución voluntaria, simulación u ocultación que cause una violación del estado civil de un niño.

Ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución, se ha visto replicada la misma realidad española, en tanto algunas parejas francesas deben recurrir a países extranjeros donde esta práctica está permitida para hacer realidad su deseo de ser padres. Sin embargo, existe una diferencia respecto al régimen español que cuenta con un sistema reglamentado de registración, ya que en Francia las parejas que recurrieron a este procedimiento en el extranjero se encuentran con serias objeciones al momento de inscribir al niño en los Registros del Estado Civil correspondientes a los efectos de reconocimiento de la filiación de sus hijos nacidos a partir de dicha técnica. Incluso, la jurisprudencia francesa ha denegado en la mayoría de los supuestos la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros al considerar que dicha práctica supone fraude de ley y vulneración del orden público francés,

Ello llevó a la doctrina francesa a expresarse respecto a la necesidad de regular la gestación por sustitución en atención al interés superior del niño y su derecho a la identidad personal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2014 condenó a Francia por no transcribir estos actos en los Registros correspondientes.

Uno de los casos resueltos por el Máximo Tribunal Europeo fue el conocido como el caso “Mennesson”. Se trató de una pareja francesa que celebró un convenio de gestación por sustitución en California por el cual una persona llevaría adelante el embarazo de los óvulos extraídos a una donante y el esperma de uno de los miembros de la pareja con voluntad procreacional. A partir de este convenio nacieron dos niños el 25 de octubre de 2000 consignándose como padres al matrimonio Mennesson en las respectivas partidas de nacimiento.

Dichas partidas fueron transcriptas en 2002 por el Consulado General de Francia en Los Ángeles, pero después en casación se anuló la transcripción. Este fue el comienzo de un periplo judicial del matrimonio que culminó con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenando a Francia a inscribir a los niños también a nombre de la Sra. Mennesson<sup>30</sup>.

En el caso “Labasse” el procedimiento de gestación subrogada se había realizado en Rusia y del certificado de nacimiento se hizo constar al respectivo comitente

(29) Art 227-12 del Código Penal francés.

(30) CARNAVAL, Alicia A. *JURISPRUDENCIA FRANCESA*, PUBLICADO EN: RDF 95, P. 206.

francés como padre del menor, y a la gestante rusa que dio a luz como la madre. En ambos fallos, la Corte de Casación establece que, en base a la legislación francesa, no se puede denegar la inscripción de un certificado de nacimiento en el Registro del estado civil consular, salvo que se aprecie que es irregular, está falsificado o que los hechos transcritos en los mismos no se corresponden con la realidad. Como no era el caso, pese a que los nacimientos deriven de sendos convenios de gestación por sustitución, se ordenó la inscripción de los mismos a los padres de intención.

Vemos entonces que en el caso de la regulación francesa, no sólo se prohíben e invalidan los convenios celebrados para la realización de procedimientos de fertilización asistida con miras a la gestación por sustitución, colocando a los futuros padres en la ya mencionada necesidad de recurrir a países en los cuales dichos convenios tienen validez, sino que ofrece serias dificultades al momento de pretender la inscripción en el Registro Civil francés de los niños nacidos por estas vías, a nombre de ambos progenitores de intención. Sin dudas casos como el mencionado “Mennesson” cuya duración se prolongó por casi 15 años trasuntan en un grave avasallamiento al derecho primordial a la identidad de los niños de raigambre constitucional.

Más allá de ello, se advierte que, a partir de las sentencias de 2014, se ha producido un cambio en la tendencia jurisprudencial francesa que tiene a flexibilizar los procesos de reconocimiento filiatorios autorizando la inscripción a nombre de los progenitores de intención.

### *Italia*

En Italia la norma que regula los procedimientos sobre Técnicas de Reproducción Asistida es la N° 40 del 19 de febrero de 2014. En este país están prohibidos todo tipo de acuerdos de gestación por sustitución, ya sean gestacionales como tradicionales, comerciales como altruistas. Dicha Ley italiana sigue manteniendo la prohibición de la fecundación heteróloga en su artículo 4.3, por lo que no se podrá acudir en Italia a la donación de gametos por parte de donantes ajenos a la pareja. Pero en lo que a nuestro tema se refiere, establece que cualquier persona que produzca, intermedie o anuncie la venta de gametos o embriones o la gestación por sustitución, será castigado con pena de prisión de entre tres meses y dos años, así como multas de entre seiscientos mil hasta un millón de euros.

De la interpretación de dicho artículo se desprende que, no sólo los profesionales que intervienen en el acuerdo, sino también los padres intencionales como la gestante, podrán ser sancionados con esta multa.

Esta Ley especial debe interpretarse en el contexto del Código Civil Italiano el cual en su art. 269 otorga la presunción de maternidad a la mujer que ha dado a luz, y en el art. 231 la presunción de paternidad al marido de los hijos concebidos durante

el matrimonio. Estas reglas son aplicables para los casos en los que se recurre, ante la prohibición nacional, a la gestación por sustitución en los países que lo autorizan.

Asimismo, por Ley del 4 de mayo de 1983, los padres intencionales podrían recurrir al procedimiento de adopción, la cual requiere que los adoptantes estén casados. Tan sólo se permite la posibilidad de adoptar a personas individuales: a) si el cónyuge se ha separado o enviudado durante el proceso de adopción; b) si el cónyuge desea adoptar al hijo de su consorte; o c) si el adoptante está relacionado familiarmente con el adoptado.

Las restricciones italianas han sido severamente criticadas partiendo del supuesto de que las técnicas propuestas solo se aplicarán para casos de infertilidad, y siempre que no existan otras alternativas posibles para conseguir la finalidad perseguida, esto es, la procreación. Se limita así la posibilidad de acudir a estas técnicas por otros motivos tales como la prevención de enfermedades. Se entiende que se estaría realizando una distinción injustificada, que atentaría contra los arts. 3 y 32 de la Constitución Italiana pero además también vulneraría la libertad de autodeterminación y la libertad de procreación que derivan de los arts. 2, 13, 30 y 31 de la misma norma<sup>31</sup>.

Estrechamente vinculada con la prohibición anterior, encontramos la prevista por el art. 5 de la Ley N° 40. Dicho precepto restringe el uso de las técnicas a parejas heterosexuales (casadas o que convivan) y mayores de edad, quedando así excluidas tanto las parejas homosexuales como así también la posibilidad de fecundación a personas individuales.

Ante la completa prohibición de la gestación por sustitución y el vacío legal en relación con las consecuencias de los acuerdos de gestación llevados a cabo por ciudadanos italianos en el extranjero, existe jurisprudencia relacionada mayoritariamente con el reconocimiento en Italia de dicho tipo de acuerdos transfronterizos.

En el mismo sentido de lo mencionado en relación a Francia, El TEDH también se expidió en relación a convenios de gestación subrogada en el caso *Paradiso y Campanelli*<sup>32</sup>, pero a diferencia de lo que sucedía en los casos *Labassee* y *Menesson* contra Francia, se acreditó que el niño carecía de vinculación genética con ninguno de ellos. En el caso los solicitantes acudieron a una clínica en Moscú, para la realización del procedimiento de fertilización in vitro y posterior implante en el útero de la mujer gestante. Realizado el procedimiento con éxito, el niño nació en febrero de 2011 otorgando la gestante la autorización para la inscripción del niño

---

(31) MOLERO MARTÍN-SALAS, María del Pilar. "La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 315-344. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.10>.

(32) *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application no. 25358/12), 27 January 2015. European Court of Human Rights (Second Section).

a nombre de los peticionantes. Conforme la legislación rusa el niño fue registrado como hijo del matrimonio Paradiso-Campanelli.

Sin embargo cuando los “padres” pretendieron la inscripción del certificado ruso de nacimiento de su “hijo” en el Registro Civil italiano, las autoridades administrativas y judiciales se negaron a practicar la inscripción solicitada, argumentando que el certificado era falso, pues no había vínculo de filiación alguno entre los demandantes, ya que el niño había sido concebido mediante gestación subrogada, la cual (al igual que reproducción artificial heteróloga) está prohibida por el Derecho Italiano. Como consecuencia de ello, el niño fue puesto a cargo de los servicios sociales y colocado en una *maison d’accueil*, un lugar desconocido para los requirentes sin ninguna posibilidad de contacto con ellos, durante aproximadamente quince meses. En enero de 2013, fue reubicado con una familia en vista de su adopción. Entretanto, quedó sin identidad.

Asimismo, el tribunal italiano solicitó una prueba de ADN cuyo resultado estableció que no existía vínculo biológico entre el niño y los peticionarios, contrariamente a lo declarado al momento de la registración en Rusia, prohibiéndoles el contacto con el niño.

El TEDH condenó En Sentencia de 27 de enero de 2015 a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el art. 8 del Convenio de Roma. El Tribunal observó que las autoridades italianas decidieron retirar al niño para poner fin a una situación de ilegalidad. Sin embargo, la referencia al orden público no puede ser considerada como un cheque en blanco que justifica toda medida, el Estado siempre debe tener en cuenta el interés superior del niño, independientemente del vínculo parental, genético, u otro.

Esta sentencia ha sido revocada por la “Gran Sala” por Resolución del 24 de enero de 2017, entendiendo que no existió vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Entendió que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto enjuiciado existiese una verdadera “vida familiar”, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de 6 meses, si bien la Señora Campanelli había además convivido con el niño dos meses más en Rusia. La Gran Sala considera que las medidas adoptadas en relación con el niño -alejamiento, ubicación en una casa sin contacto con los solicitantes, puesta bajo tutela- pueden configurar una injerencia en la vida privada de los demandantes.

No obstante, pese a apreciar la existencia del perjuicio ocasionado a los comitentes, no ordenó al Estado italiano a devolverles al niño por considerar que deben estimarse los lazos emocionales que indudablemente debe haber desarrollado con la familia adoptiva con la que llevaba conviviendo desde el año 2013.

Este caso resulta ilustrativo a los fines de comprender acabadamente las consecuencias reales de la ausencia de regulación en temas que hacen al derecho a la identidad personal, el derecho a acceder a una vida familiar plena, considerando que una de las posibilidades que permite la gestación por sustitución es que los gametos no pertenezcan a los padres de intención, los cuales por causales de diferente índole pueden haber recurrido a bancos que pueden haberlos provisto.

## **2. Países en los que la gestación por sustitución se encuentra autorizada con ciertas restricciones**

### *Reino Unido*

En el Reino Unido la gestación por sustitución se encuentra permitida y regulada desde 1985, a través de “The Surrogacy Arrangements Act”, aunque con ciertas peculiaridades. Si bien los padres de intención podrán celebrar un acuerdo con la gestante, los términos del mismo no son vinculantes para ellos, es decir, no genera acción para exigirse el cumplimiento de lo acordado. Ello puede implicar que la gestante se niegue a entregar al niño a los padres de intención o que estos puedan negarse a recibirlo. Además, debemos destacar que se exige que dicho convenio no implique una compensación económica para la gestante.

La legislación británica, al igual que las que referimos en los países pertenecientes a la tradición romano-germánica, recepta el principio *mater semper certa*, en consecuencia, inicialmente se considerará como madre del niño recién nacido a la gestante debiendo los padres de intención iniciar una acción de filiación por la que obtengan una “parental order” a partir de la cual además se atribuirá la nacionalidad británica a favor del niño.

Pero advertimos que el art. 54 de la regulación mencionada impone el deber realizar la solicitud una vez transcurridas seis semanas desde el nacimiento del niño y antes de los seis meses posteriores al alumbramiento, plazo que tiene la consideración de preclusivo. Esto se ha interpretado como un período de reflexión a favor de la gestante, quien conserva la facultad de conservar al recién nacido, como lo anticipáramos.

Ahora bien, en el Reino Unido esta facultad se encuentra seriamente restringida en atención a los legitimados para celebrar estos acuerdos y obtener previo proceso judicial la filiación del niño nacido a través de este procedimiento. Ello se debe a que sólo podrán celebrar estos acuerdos quienes sean marido y mujer, pareja civil o pareja de hecho que conviva como familia de modo duradero. Si bien ello permite el acceso a las órdenes parentales, ya no sólo a los matrimonios y parejas heterosexuales, sino también a las personas del mismo sexo siempre que se encuentren inscritas en el Registro de Uniones Civiles, las personas individuales seguirán sin poder acceder a las órdenes parentales conforme al tenor literal del artículo.

En este sentido la jurisprudencia se ha expresado en dispar sentido. A modo de ejemplo en el caso *Re Z (a child)*<sup>33</sup>, la Sección de Familia de la Corte Suprema británica denegó la concesión de la correspondiente orden a favor de un padre intencional que solicitó la filiación de sus gemelos nacidos en California. Sin embargo, en el caso “*Re A & A v. P, P & B*”, se concedió una orden parental a favor de una mujer que había iniciado junto con su esposo un proceso de solicitud de una orden parental, pese al fallecimiento de su cónyuge durante el procedimiento.

Esta regulación sesgada ha llevado al Tribunal Supremo Británico a expedirse a favor de una reforma de la legislación vigente lo cual se encuentra en estudio por la Secretaría de Estado de Salud.

Asimismo, al menos uno de los padres de intención deberá haber aportado sus gametos, deberán ser ambos mayores de edad en el momento de la solicitud, y residir en Gran Bretaña, las Islas del Canal o la Isla de Man. De manera que si los padres de intención no hubieran aportado sus gametos o se tratase de un solicitante individual la opción a la que pueden recurrir es la adopción.

Concluimos que, en el caso del Reino Unido, y aun existiendo una regulación legal con ciertas restricciones, la complejidad de las condiciones exigidas para acceder a la gestación por sustitución, impulsan a quienes deseen ser padres a recurrir a aquellos países donde la normativa es más laxa y los acuerdos permitidos. Se replica la misma situación que en aquellos estados en los que existe una prohibición concreta en ese sentido.

### *Israel*

No obstante ser el estado de Israel un país conservador por motivos de índole religioso, la gestación por sustitución se encuentra permitida. Se ha dicho que quizá por motivos demográficos Israel necesita incrementar su población, podría ser este, uno de los fundamentos por los que se reguló la gestación por sustitución<sup>34</sup>.

El leading case en la materia lo constituyó el caso *Ruth Nahamani*, quien junto al por entonces su esposo iniciaron un proceso de fecundación in vitro en Estados Unidos, por encontrarse prohibida en ese entonces en Israel. Obtenidos los embriones el matrimonio se separa y el marido de Ruth comienza una nueva vida con otra pareja de la cual tuvo un hijo. Ante la solicitud de Ruth de utilización de los embriones y la negativa del marido, la contienda judicial concluyó en la decisión del Máximo Tribunal Israelí de autorizar la utilización de los embriones con dos

---

(33) In the matter of *Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: parental order)* [2015] EWFC73.

(34) CIEZA MORA, Jairo. “Las TERAS. Una aproximación bioética y la necesidad de su regulación”, Universidad de Lima, Perú, <https://works.bepress.com/jairo-ciezamora/2/>

fundamentos principales, el mayor valor de tener hijos frente a no tenerlos y el derecho a la vida de los embriones.

El 17 de marzo de 1996, el Knesset (Parlamento) israelí aprobó el Acta 5756, sobre Acuerdos de Llevanza de Fetos, también conocida como “Ley sobre Acuerdos de Gestación por Sustitución”, que convirtió a Israel en el primer país del mundo con legislación oficial que introduce las directrices reguladoras de dicho tipo de contratos. En este país la gestación por sustitución requiere de una autorización previa para lo cual los solicitantes deberán reunir ciertas condiciones:

- los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre.
- la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación.
- los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermia del padre comitente.
- la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente.
- la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera.
- la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado<sup>35</sup>.

La Ley no prohíbe que se realicen pagos a la gestante, pero los mismos son sometidos al control del Comité debiendo depositarse en una cuenta bancaria controlada por un administrador, ello implica que el proceso podrá tener el carácter de altruista o de comercial.

Se prevé también a favor de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del proceso, así como el abono de los gastos razonables en que pudiera incurrir.

Antes de transcurridos siete días tras del nacimiento, los padres intencionales deberán iniciar un proceso judicial encaminado a la obtención de una “orden parental” firme que es la que les atribuirá *ex-post* la filiación del nacido a partir de la gestación subrogada, produciendo efectos constitutivos del derecho y no solo declarativos. Si no inician el proceso dentro de dicho plazo, corresponderá al agente de bienestar social iniciarlo de oficio.

La Ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de subrogación realizados en Israel. La posición adoptada tanto por el Ministerio de Justicia, representado por el Procurador General y los tribunales, ha sido que la ley israelí no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. En consecuencia,

---

(35) LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución*, cit., p. 13.

la subrogación transnacional ha sido utilizada eficazmente por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos bajo la Ley 5746.

### *Rusia*

En Rusia está permitida la gestación por sustitución, incluida su modalidad comercial. No obstante, la legislación está fragmentada y no siempre es consistente, existiendo en algunos casos imprecisiones y contradicciones en relación con la gestación subrogada.

En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia y la Ley Federal de Salud. Para ser gestantes es necesario que las mujeres hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática<sup>36</sup>. Si bien en principio los solicitantes siempre debían ser un matrimonio, no obstante, en todos los casos presentados ante la justicia que se conocen, los Juzgados han obligado a los órganos del Registro Civil a inscribir a los niños nacidos mediante gestación por sustitución a favor de personas solas, o de parejas no casadas y esto ha sido admitido por la nueva Ley Federal de Salud (“Federal Law on the Basis of Protection of Citizens’ Health”, núm. 323-FZ), aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993.

### ***3. Primeras conclusiones respecto a los países que regulan la gestación por sustitución con o sin restricciones***

Del somero análisis de estos tres casos podemos concluir que, aún en los sistemas más permisivos en relación a la gestación por sustitución se imponen ciertas características comunes:

- Que los gestantes de intención sean un matrimonio o una pareja conviviente con cierta estabilidad. Aunque estas legislaciones han flexibilizado sus condiciones en los últimos años admitiendo el acceso a este procedimiento a mujeres u hombres solos.
- Aun en aquellos casos en los que se autoriza el pago de una remuneración a la gestante es posible advertir que existe un estricto control de las sumas abonadas de manera de evitar el uso desmedido de estas técnicas de reproducción las que resulten abusivas para la salud y la dignidad de la gestante.
  - La atribución de la filiación a los padres de intención sólo se realiza ex post facto, de acuerdo a procedimientos de índole jurisdiccional, de manera que la atribución de la paternidad no es automática. Debe exceptuarse el caso

---

(36) VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2016, p. 89.

de Rusia en la cual los padres de intención podrán solicitar la inscripción presentándose en el Registro Civil correspondiente con el certificado médico que acredita el nacimiento y las constancias del acuerdo celebrado.

- De manera que en la mayoría de los casos se presume que el niño es hijo de quien lo dio a luz.
- Que los gametos aportados correspondan por lo menos a uno de los gestantes.

#### IV. La situación legislativa en Argentina

En los últimos 20 años se ha producido en la legislación nacional una progresiva apertura a la admisión y regulación de situaciones vinculadas al derecho de familia que produjeron un cambio meridiano en la concepción de la familia en sí y los vínculos personales. Una prueba de ello la constituye la sanción de la Ley N° 26618 conocida como la ley de matrimonio igualitario: *“El Código parte de una noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a “la naturaleza”; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.”*<sup>37</sup>.

Estos fueron los principios que inspiraron, además, al anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación el cual en el artículo 562 preveía: *“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 sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”*. De una rápida lectura de la norma proyectada se advierte que en gran medida se establecían las condiciones comunes a la mayoría de las legislaciones detalladas en el Derecho Comparado, principalmente la naturaleza altruista del acuerdo, que alguno de los comitentes aporte sus gametos y que la gestante haya concebido aunque sea una vez un hijo propio.

---

(37) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *Revista Jurídica La Ley*, 8 de octubre de 2014.

Esta norma implicaba la consolidación de los derechos reconocidos por leyes como la mencionada de Matrimonio Igualitario y los derechos constitucionales de “igualdad, no discriminación y dignidad”, así como la “constitucionalización del Derecho Privado”.

Ahora bien, dicha disposición fue eliminada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. El dictamen de la Comisión Bicameral sostuvo que: “... La gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma” (Honorable Congreso de la Nación). Como anticipáramos, este vacío legal impide se puedan hacer efectivos los principales derechos que el mismo CCC ha plasmado en su articulado y abona el terreno para que los interesados deban recurrir a países donde la gestación por sustitución se encuentra reglamentada, situación recurrente como viéramos en aquellos que no la regulan o lo hacen deficientemente.

La exclusión del texto del CCCN de la gestación por sustitución fue motivo de controversias doctrinarias al punto que durante las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, la Comisión N° 6 concluyó “Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”<sup>38</sup>. La falta de regulación explícita de la gestación por sustitución viene a dar lugar a una situación que puede caracterizarse como de “alegalidad”, pues, siguiendo al Diccionario de la Real Academia Española, es la cualidad que presenta aquello que no está regulado ni prohibido. Dicho con otras palabras, está implícitamente permitida<sup>39</sup>.

En suma, nuestro legislador ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución en el país, sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la comitente, sino de la gestante, en sentido diverso a lo contemplado en las legislaciones que admiten la figura en sentido amplio<sup>40</sup>.

Hemos anticipado que esta indefinición, al igual que en muchos de los países donde el procedimiento está prohibido, coloca a quienes desean recurrir a la gestación por sustitución ante la necesidad de recurrir a aquellos países donde está permitida. Ya hemos analizado los innumerables inconvenientes que ello genera al momento de la solicitud de inscripción en el Registro correspondiente de los países de origen donde la práctica está prohibida o no regulada.

---

(38) <https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>

(39) LLOVERAS, Nora - DE LORENZI, Mariana. *Gestación por Sustitución: Obstáculos, Amor y Alas*, op. cit.

(40) SCOTTI, Luciana B. *Un giro en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de gestación por sustitución*, Erreius, Buenos Aires, abril 2017, p. 219.

En nuestro país, y de acuerdo a lo establecido en el art. 2634 del CCC se impone el reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido en el extranjero siempre que no contradiga el orden público nacional y especialmente en atención a la decisión que respete el interés superior del niño. Estos principios rectores deben compatibilizarse con los que se desprenden del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor desde el 2/9/1990 establece que: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Sin embargo, cierta doctrina calificada de nuestro país considera que ha sido acertada la exclusión de la gestación por sustitución de la regulación privatista, entendiendo que abriría las puertas a la comercialización ilimitada de la mujer, privilegiando los intereses de los adultos en detrimento del de los niños<sup>41</sup>. Ello se traduce, según estas posiciones, en una cosificación de la mujer, lo cual además puede ocasionar serios trastornos para la gestante tanto físicos como síquicos.

A estas posturas se opone la de quienes reconocen la necesidad de una regulación de la gestación por sustitución afirmando que hablar de cosificación de la mujer es propio de una concepción paternalista la cual subestima la capacidad de autodeterminación de la mujer en tanto el convenio es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes. Además, la necesidad de regulación haría efectivos los principios de igualdad y no discriminación, en tanto las parejas del mismo sexo podrían acceder libremente a la gestación por sustitución.

Asimismo, para esta opinión reducir las posibilidades de ser padres a la adopción implica someter a los interesados al ya conocido y tortuoso procedimiento de adopción, no siempre con una resolución favorable. Finalmente sostienen que, tampoco se viola en interés superior del niño, en tanto nacería y crecería en una familia que lo ha deseado y que no habría existido de no haber mediado la gestación por sustitución<sup>42</sup>.

### **1. EL Proyecto de reforma al CCC en materia de gestación por sustitución**

El día 15 de Julio de 2020 se presentó en el Congreso un nuevo Proyecto de Reforma al CCCN en relación al tema que abordamos. Este Proyecto se ha fundamentado en gran medida en el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y explotación sexual de niñas y niños, en el que se expresa: “Gran parte de estos abusos tienen lugar en contextos no regulados, a menudo en casos en que aspirantes a progenitor de países occidentales emplean intermediarios con ánimo de lucro para contratar a madres de alquiler vulnerables de países en desarrollo”.

---

(41) BASSET, Úrsula C. “Incidencia en el Derecho de familia del Código con media sanción”, LL 2013 F, p. 1.

(42) LAMM, Eleonora. *Realidad y Derecho*, op. cit

La Reforma proyectada incorpora los arts. 562 bis y ter al CCCN en los que se destaca lo siguiente:

*Artículo 4°. Incorpórese el art. 562 bis al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: Determinación de la filiación en la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución. La gestación por sustitución constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona denominada gestante, sin ánimo de lucro, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja, pretense/s progenitores, con quien/es la gestante posee lazos afectivos. Este procedimiento debe ser autorizado por autoridad judicial de conformidad con las pautas que se establecen en el artículo siguiente, de lo contrario, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.*

*Artículo 5°. Incorpórese el art. 562 ter al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: Para la autorización judicial de gestación por sustitución se debe cumplir con los siguientes requisitos:*

*a) La persona gestante y el o los pretendidos progenitores: tener plena capacidad civil; acreditar aptitud física; tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial.*

*b) La persona gestante: no aportar sus gametos; no haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces para lo cual debe crearse un registro en el ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862; haber dado a luz y tener un (1) hijo propio.*

*c) El o los pretendidos progenitores: imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución y el deber a su cargo de una compensación económica en beneficio de la gestante para la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la cobertura prevista en la ley 26862. Esta compensación económica debe ser establecida por la Autoridad de Aplicación de la ley 26862.*

Del análisis de la reforma proyectada se advierte que se han recopilado aspectos de varias de las regulaciones mencionadas tendientes a proveer seguridad jurídica para los participantes y garantizar su igualdad y dignidad. El primer requisito, y trascendental para acceder al procedimiento es el de autorización judicial previa, procedimiento al cual comparecerá todas las partes interesadas. Vemos que además se reiteran requisitos plasmados en el derecho comparado como:

- El interés altruista de la gestante la cual debe tener un vínculo afectivo con los padres de intención. Esto excluye cualquier compensación económica que no esté referida a gastos propios de la gestación y el nacimiento; y la

indemnización de daños que pueda sufrir la gestante a consecuencia del embarazo o el parto.

- La imposibilidad de gestar por parte de los solicitantes ya sea por razones médicas o de género.
- Que la gestante no aporte sus gametos y solo se someta al procedimiento dos veces. Además, debe haber dado a luz a un hijo propio.

## V. Conclusión

Podemos decir entonces que el método utilizado, nos permitió en primer lugar recopilar y comparar el derecho extranjero, jurisprudencia argentina y extranjera y los proyectos de reforma del CCCN. En segundo término, la comparación jurídica tuvo gran utilidad para la comprensión y la mejora del derecho nacional<sup>43</sup>.

De los fallos analizados, se colige que las prácticas de gestación por sustitución se realizan en el mundo, los que nos lleva a confirmar la necesidad de su regulación a los fines de brindar protección y justa composición de intereses de todos los involucrados.

A manera de cierre consideramos que legislar en nuestro país esta realidad que se ha instalado en el derecho de las familias, se traduce en conquistas en términos de derechos que ayudan a combatir los prejuicios, las discriminaciones y desigualdades protegiendo a todos los actores y especialmente a los más vulnerables, los niños, debiendo prescribir el inmediato emplazamiento filial acorde a la regla de “la voluntad procreacional” y “el interés superior del niño”.

---

(43) PIÑA, María del Carmen. “Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado”, cit., p. 10.