

¿QUIÉN DIJO QUE TODO ESTÁ PERDIDO?... REFLEXIONES EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Autor: Natalia Hernández*

Resumen:

“Estimamos que la supresión de la gestación por sustitución del Código Civil y Comercial de la Nación, constituye la pérdida de una valiosa oportunidad para ofrecer aquello que la población merece y resulta indispensable en todo estado constitucional y convencional de derecho, nos estamos refiriendo a la Seguridad Jurídica.

La voluntad procreacional, como los derechos con ella vinculados son derechos fundamentales y humanos, que no se constituyen por su mera recepción expresa en una disposición legal de orden nacional, ésta sólo se limita a garantizarla de forma primaria y nos brinda un marco legal para el ejercicio de nuestros derechos. Más, no debemos desesperarnos, existe un camino, aunque un poco más arduo, lento e incierto que es acudir a la jurisdicción constitucional.”

1. Las distintas formas de vivir en familia en el Código Civil y Comercial de la Nación¹.

El espíritu de nuestro CCC se encuentra atravesado por los lineamientos derivados del fenómeno de constitucionalización del derecho de las familias, cuyo origen data de la reforma de 1994 y por la cual se incorporan diversos instrumentos internacionales, dotándolos de jerarquía constitucional (Art 75 Inc 22).

Apoyado en el principio de pluralidad familiar, abandona la noción tradicional de familia como una institución matrimonial, heterosexual, con roles definidos. La mayor tolerancia y aceptación social sumado al incipiente protagonismo de la autonomía de la voluntad -históricamente en pugna con el orden público-, fue desplazando la protección de la familia como entidad, para centrar la protección de cada uno de sus miembros que la componen en su particularidad.

En este contexto es posible visibilizar un amplio y novedoso abanico de formas familiares; las parejas que se divorcian, las uniones convivenciales, las familias ensambladas, monoparentales, la importancia de los referentes afectivos significativos y, especialmente tras la sanción de la Ley de Identidad de Género N° 26.743 y la Ley N° 26.618 de Matrimonio Civil, la posibilidad para las personas del mismo sexo de contraer matrimonio.

Felizmente se han receptado las directrices emanadas de la interpretación jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos² en el caso “Atala Riffo y niñas vs.

* Abogada (Universidad Nacional de Rosario UNR), Adscripta de Civil V “Derecho de las Familias” (UNR).

Esta ponencia cuenta con el aval de la Prof. Asociada Dra. Krasnow, Adriana N. (UNR)

¹ En adelante CCC

² En adelante Corte IDH

Chile³: “...la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar...” Este planteo es recuperado y reforzado en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”⁴: “...no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma...”

Por último, destacamos los avances de la tecnología y de las ciencias médicas. Éstas han posibilitado concretar el derecho de fundar una familia a personas con dificultades o imposibilidades procreacionales, a través el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida⁵.

2. La Gestación por Sustitución como procedimiento armónico con la visión de pluralidad familiar.

2.1 Encuadre de la Gestación por Sustitución⁶.

Limitaremos nuestro análisis a un supuesto especial, dentro de las múltiples opciones que nos ofrecen las TRHA, siendo éste quizás el de mayor complejidad en virtud de las diversas aristas -médicas, jurídicas, éticas, religiosas, etc.- que protagonizan su debate. Nos referimos a la GpS, término acuñado por el Proyecto de Reforma del CCC⁷ y que mayor justicia le hace a la figura, evitando equívocos propios de terminologías de corte peyorativo tales como: maternidad subrogada, alquiler de vientres, etc.

La GpS puede definirse, de manera amplia, como “un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnica de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos.”⁸

Si bien el Proyecto no definía la GpS, los requisitos legales exigidos -sin perjuicio de los que agregase una ley especial- permitían su caracterización:

a) El procedimiento deberá tener en miras el “interés superior del niño”⁹ que pueda nacer. Imponiendo al magistrado la obligación de evaluar la idoneidad de los comitentes a los efectos de otorgar su autorización, pudiendo denegarla cuando dicha práctica sea contraria al mismo.

Si bien puede devenir abstracto interpretar cuál será el “superior interés”, ya que éste aún no existe, las especialistas¹⁰ aportan claridad sosteniendo que para determinarlo debe razonarse lo siguiente: “el niño no estaría en el mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro

³ Corte IDH “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Sentencia de 24/02/2012 Párr. 175

⁴ Corte IDH “Fornerón e hija vs. Argentina”, Sentencia de 27/04/2013 Párr. 98

⁵ En adelante TRHA

⁶ En adelante GpS

⁷ En adelante Proyecto.

⁸ Sentencia N° 826 de la Sección 10□ de la Audiencia Provincial de Valencia de 23/11/11. Id. Cendoj: 46250370102011100707

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), Art. 3 y Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Art. 3.

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E. y Herrera, M. “Regulación de la gestación por sustitución” LL T 2012- E, Sec. Doct. p 968

método, recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc)”.

b) Se exige el consentimiento previo, informado y libre por parte de todos los intervinientes con la debida preparación.

c) Respecto de la gestante: debe tratarse de una mujer plenamente capaz; que goce de buen estado de salud psicofísico; que no haya aportado sus gametos –para evitar compartir carga genética y disminuir así la posibilidad de arrepentimiento futuro-; haber dado a luz al menos un hijo propio –sólo puede consentir válidamente quien ha atravesado por tal experiencia-; no haberse sometido a este proceso más de dos veces - en miras a salvaguardar la vida y la salud de la gestante, impidiendo la profesionalización de dicha actividad-; y que no haya recibido retribución¹¹ alguna.

d) Respecto de el/los comitentes: resaltamos el criterio integrador seguido por el legislador que posibilita ser progenitor intencional a cualquier persona que reúna los recaudos legales, sin distinguir estado civil u orientación sexual; exigiendo que al menos uno de ellos aporte sus gametos y que tuvieren imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término. De ello se desprende que la GpS debe ser la última ratio para tener un hijo genéticamente propio, reduciéndose a los supuestos de infertilidad médica o estructural, vedando dicha posibilidad a los casos de “subrogación social”.

2.2. La gestación por sustitución en el derecho comparado.

En torno a su regulación, observamos que las aguas se encuentran divididas en tres grandes vertientes:

a) Existen países donde la práctica está expresamente prohibida, estableciendo sanciones civiles y penales. En esta corriente: Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Portugal, Suecia, Suiza, etc.

b) Otros en los que el contrato se admite en sentido restringido, sujeto al cumplimiento de requisitos o condiciones legales y cuando sea altruista -v.g: Australia, Canadá, México DF, etc-. Entre éstos encontramos dos modalidades:

1) Aquellos que prevén un proceso de “pre-aprobación” del contrato de gestación por el cual las partes lo someten a la conformidad de una autoridad, que constatará el cumplimiento de las condiciones legales, antes de la implantación en la gestante.

2) Los que disponen un procedimiento para la obtención de un pronunciamiento por el cual los comitentes obtengan la paternidad legal del recién nacido, existiendo un contrato de GpS previamente celebrado con la gestante.

c) Países en los que se admite en sentido amplio, incluso cuando tenga finalidad lucrativa, como es el caso de: Grecia, India, Irán, Israel, Reino Unido, Rusia, Ucrania.

Concluyendo puede sostenerse: *“El número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución crece continuamente...muchos Estados están cuestionando su regulación a los fines de darle lugar...Otras legislaciones que, en algunos aspectos, tenían carácter restrictivo se están flexibilizando”*¹²

¹¹ A los efectos de diferenciar la retribución de la compensación, recomendamos: Lamm, E. “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución” <http://bioderecho.org.mx/repositorio/0004.pdf>. En fecha: 17/08/2015.

¹² Kemelmajer de Carlucci A., Lamm, E. y Herrera M., Op. Cit. p. 960.

2.3 La Gestación por Sustitución en el derecho interno.

El Proyecto regulaba la GpS en el Libro Segundo, Título Quinto, Capítulo II, Art. 562¹³ previéndose un proceso judicial que se ajustaba a reglas propias y que constaba de dos etapas: a) homologación del consentimiento informado y b) autorización judicial para la transferencia embrionaria.¹⁴

La voluntad procreacional, como fuente filial¹⁵, será exteriorizada a través del consentimiento previo, informado y libre de todos los intervinientes, conforme a lo dispuesto por el CCC y la ley especial¹⁶, que deberá homologarse ante la autoridad judicial, quien a su vez y tras haber verificado el cumplimiento de todos los requisitos legales exigidos autorizará la práctica.

La filiación entre el/los comitentes y el recién nacido quedará establecida mediante la prueba del nacimiento, la identidad de el/los comitentes y el consentimiento debidamente homologado ante el juez, ello posibilitará su inscripción en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas.

Preveía ante el supuesto que las clínicas médicas procediesen a la implantación del embrión en la gestante, sin haberse obtenido previamente la autorización judicial, que la filiación quedase determinada conforme a las reglas de la filiación por naturaleza.

Por último, la presión ejercida por ciertos colectivos sociales, se ha traducido en la eliminación de dicha figura. Da cuenta de ello, el Dictamen¹⁷ presentado al Congreso de la Nación por la Comisión Bicameral, considerando que: *“encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo e 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”*.

2.4 Jurisprudencia

¹³ Art 562 “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”

¹⁴ Krasnow, A. “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación”, RDFyP, La Ley, Año V, N° 9, Octubre 2013, p.29

¹⁵ Art. 558 CCC.

¹⁶ Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. N° 26.529, actualizada por Ley N° 26.742. Decr. Regl. 1089/12.

¹⁷ <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf> pp. 50-1. En fecha 18/08/2015

En nuestro país, la fuerza de la realidad se robustece en forma creciente y continúa con los numerosos fallos que los magistrados han tenido que resolver.

Ante el vacío legal que regule los efectos de estas prácticas, y la incerteza jurídica que ello conlleva, por un lado se presentan casos en los que personas que cuentan con recursos económicos se trasladan a otro país donde la práctica está permitida (India, Ucrania), para concretar el deseo de tener un hijo genéticamente propio. Este fenómeno conocido como «turismo reproductivo» no constituye una solución, ya que no es posible el acceso integral dado sus excesivos costos, tornándose así en una práctica discriminatoria, y a su vez, no está exenta de serios problemas, tales como: la imposibilidad de el/los comitentes y del recién nacido de volver a su país por carecer de su documentación de viaje por serle denegada ante la representación consular de su Estado, quedando el niño con filiación incierta y en un verdadero status de apátrida, sumado que los comitentes no pueden permanecer en forma indeterminada en estos Estados por los controles migratorios. Otra situación se da cuando al arribar a su país éste no consiente la filiación reconocida en el Estado en que se llevó a cabo la práctica por considerarla que atenta contra el orden público, afectando así el derecho del niño a la identidad, nacionalidad, y filiación¹⁸.

Estas situaciones han obligado a los tribunales nacionales a expedirse en dos casos¹⁹, uno en la Ciudad de Buenos Aires y otro en la ciudad de San Lorenzo en donde se ordena la inscripción del nacimiento de los niños.

También se han presentado casos en los que la práctica se ha desarrollado en nuestro país y tienden a lograr el desplazamiento de la presunción legal de maternidad por el hecho del parto, y lograr el posterior emplazamiento en la comitente, en virtud del elemento volitivo. Así, el caso de Gualaguaychú (Entre Ríos)²⁰ consideró legitimada – en segunda instancia- a la comitente aportante de material genético, a los efectos de impugnar la maternidad de la mujer gestante.

El leading case²¹ tuvo lugar en el año 2013 ante el Juzg. Nac. de 1ra Inst Civ. N° 86 de Cap. Fed. Durante este año, se sucedieron otros pronunciamientos ante el Juzg. Nac. 1ra Inst Civ N° 102²² y en el N° 83²³, se trata de casos similares, parejas heterosexuales acuden al auxilio de una mujer con quien mantienen una relación de amistad de años y ante la imposibilidad manifiesta de la cónyuge de poder gestar un hijo biológico -pero conservando su capacidad de producir ovocitos- formando un embrión con material genético de ambos integrantes de la pareja el cual es implantando a la gestante, quien les entrega al recién nacido tras el nacimiento.

Los magistrados intervinientes fundan su sentencia teniendo en miras el elemento central para la determinación filial “el deseo de ahijar o voluntad procreacional de los intervinientes”, manifestado a través del consentimiento libre, informado y previo atendiendo a la protección de las relaciones familiares y a la consolidación de la familia; realizando los esfuerzos conducentes a evitar emplazamientos filiales forzados

¹⁸ Herrera, M. y Lamm, M. ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución. MJ-DOC-5971/AR MJD5971

¹⁹ Tribunal Cont. Adm y Trib (CABA) 22/03/12 “D.C.G. y G.A.M. v. GCBA s/ amparo”. Juzgado de 1ra Inst. de Distrito de Familia, San Lorenzo (SANTA FE) “S.G., E.F. y/o G., C.E s/ Medida autosatisfactiva” 02/06/12.

²⁰ Cám. de Apel. en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualaguaychú, 14/04/2010, LLLitoral, 2011-161.

²¹ JNCiv. Nro. 86, 2013/06/18. – N.N. o D.G.M.B.M. s/ Inscripción de nacimiento.

²² LA LEY 25/6/15. AR/JUR/12711/2015. “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad. MJ-DOC-6332-AR | MJD6332.

²³ JNCiv. Nro. 83, 2015/06/25. – N.N.O. s/ Inscripción de nacimiento. MJ-JU-M-93352-AR | MJJ93352 | MJJ93352

(presunción de maternidad de la gestante por el hecho del parto -art. 242 CC-). Por ello se procede a la autorización de la inscripción como hijo/a de los comitentes.

A su vez, destacamos que pese a su supresión, el art. 562 CCC ha constituido una valiosa guía para los magistrados en cuanto a sus exigencias legales, y que en todos los casos se ha atendido de manera primordial al interés superior del niño que pueda nacer, a los efectos de garantizarle el emplazamiento filial y su derecho a la identidad, todo ello reforzado en la obligación que imponen los jueces a los comitentes de hacer conocer su realidad gestacional cuando adquiera la edad y madurez suficiente para entender.

Recientemente se dictó un fallo²⁴ que, además de lo expuesto, ordena el pago a la gestante por el "servicio" prestado, considerando que resulta: *"incongruente que el centro de salud interviniente perciba su ganancia, los comitentes reciban al niño, los abogados reciban sus honorarios, pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación"*.

3. La Gestación por Sustitución ¿implícitamente reconocida en el CCC?

La GpS en nuestro país no es una práctica que se encuentre expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico, razón por la cual se aplica el principio que emana del art. 19 de nuestra CN por el cual "todo lo que no está prohibido está permitido".

Lamentamos profundamente la supresión de la regulación de la GpS del texto definitivo del CCC, considerando que si bien el legislador ha sido cauto en su regulación, y contemplando la necesidad del dictado de una legislación especial ello responde a una cuestión de técnica legislativa, como así mismo al hecho que la temática está vinculada a reformas permanentes en virtud de los vertiginosos cambios y avances científicos y tecnológicos.

Entendemos que se ha perdido una valiosa chance, dado que además de prever los requisitos legales, que pretendían amparar los derechos de todas las personas que intervienen en la práctica y salvaguardar el interés superior del niño que pueda nacer, lo fundamental es que traía luz en una cuestión trascendental como es el emplazamiento filial de los niños nacidos como consecuencia de dichas prácticas, encontrándose íntimamente ligado el derecho a la identidad, respecto del cual retomaremos.

Pero, ante este nuevo escenario, no es válido quedarnos de brazos cruzados... ¿Está realmente todo perdido?, nuestra respuesta es rotundamente negativa. En primer lugar porque el fenómeno de constitucionalización o humanización del derecho de las familias nos lo impide. Este vacío legal, exige soluciones que no merecen ser abordadas, como regla, desde un estrado judicial, quedando libradas a la discrecionalidad del magistrado en turno. Para ello bastará abrir nuestro CCC, el Título preliminar²⁵-cuya ubicación no responde a una cuestión azarosa- nos demuestra que estamos ante una cuestión de DERECHOS HUMANOS²⁶, entran en juego una multiplicidad de derechos

²⁴ Juzg. de Familia, Mendoza, 29/07/2015, "A.C.G. y J.J.F. p/ Medida autosatisfactiva" Id Infojus: NV12220

²⁵ "Art. 1: Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte; Art. 2: La Ley debe ser interpretada teniendo en cuenta... las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos...; Art. 3 El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

²⁶ Como dice Lamm, E. "DERECHOS HUMANOS", así, en mayúsculas. "Gestación por sustitución. Una deuda pendiente", en RC D775/2014.

humanos y fundamentales, partiendo del hecho que cada persona tiene derecho a la libertad, a la dignidad, a la autodeterminación, a la vida privada y familiar, tiene derecho a llevar adelante su propio plan de vida, como así mismo existe el derecho fundamental a la protección integral de familia, respecto del cual se desprende el derecho a fundar una familia, el derecho a la procreación como a la no procreación.

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N° 19, sostuvo:

“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias”

El CCC, como ley nacional no es creadora de derechos fundamentales ni humanos, sino una mera garantía primaria, una regulación expresa en el ámbito interno que tiende a facilitar el efectivo ejercicio de los derechos que emanan de los instrumentos internacionales de derechos humanos que Argentina ha ratificado y se ha comprometido internacionalmente.

En doctrina²⁷ se ha repetido de manera incansable que no existe un “derecho al hijo”, no obstante, el derecho humano y fundamental a la voluntad procreacional, nos habilita el acceso integral a todos los avances médicos y científicos, que nos facilite y favorezca la procreación, máxime cuando se esté ante casos de infertilidad médica o estructural (parejas de hombres, u hombres solos). Nuestro país ha alcanzado una conquista histórica tras la sanción de la ley N° 26.618, y ante esta nueva realidad, no puede perderse de vista que para determinadas personas, la GpS es la única alternativa para tener un hijo biológicamente propio. El Art. 42 les concede los mismos derechos que a los matrimonios heterosexuales. En cumplimiento de las obligaciones constitucionales y convencionales, y siguiendo las directrices del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*²⁸, se sanciona en el año 2014, la Ley N° 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida, procurando de esta manera el Estado crear las condiciones que posibiliten a las personas, sin ningún tipo de discriminación el poder concretar su plan familiar.

Incluso ciertos sectores de la doctrina sostienen²⁹: *“La combinación de los arts. 2º, 7º y 8º sumado a que el Ministerio de Salud de la Nación tiene como obligación legal “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso igualitario de todos los beneficiarios”, trae como ineludible consecuencia que la maternidad subrogada ha quedado implícitamente³⁰ incorporada en el ordenamiento jurídico argentino”*.

4. Identidad y Gestación por Sustitución:

El derecho a la Identidad es un derecho humano y fundamental, que se caracteriza por su correlación con otros derechos fundamentales que la integran, tales como: el derecho

²⁷ Gil Domínguez A. La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales. RDFyP Año V, N° 7, Agosto 2013 p.24 y ss. Famá, Ma. V “Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las Técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas” Rev. DFyP, La Ley, Año V, N° 7, Agosto 2013, p. 104.

²⁸ Corte IDH “Artavia Murillo y otros” (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28/11/2012.

²⁹ Gil Domínguez A. Ob Cit. p.25.

³⁰ El destacado nos pertenece.

al nombre, a gozar de un emplazamiento filial, a su inscripción inmediata tras su nacimiento, a conocer sus orígenes, a contar con su documentación, a la nacionalidad, etc. Al derivar del derecho a la dignidad personal, su ejercicio no debe obstaculizarse y es en razón de ello que se impone al Estado llevar a cabo todas las medidas tendientes a su efectivización. Máxime cuando su menoscabo repercute en el ejercicio de otros derechos humanos.

Fernández Sessarego³¹ la define como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad... es todo aquello que hace que cada cual sea □uno mismo□ y no □otro□. A su vez el derecho a la identidad personal se integra, por dos dimensiones, por un lado la “faz estática” responde a una dimensión restrictiva de “identificación del sujeto”: nombre propio, su emplazamiento en un estado filial, identidad genética, lugar y fecha de nacimiento, su imagen, etc. Por el otro, la “faz dinámica” involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto comprende su historia personal, su biografía existencias, su estructura social y cultural.

Si bien este derecho se encuentra consagrado en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos, el universo infantil cuenta con un plus de protección. Es por ello que se encuentra contemplado en la CDN en su Art. 7 “*derecho a conocer a sus progenitores y a ser cuidado por ellos*” y en el Art. 8 “*derecho a la preservación de su identidad y las relaciones familiares*”, se complementa en el orden interno por los Arts. 11 y 12 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061.

Estimamos, siguiendo los lineamientos de los fallos nacionales, que resulta indispensable que la legislación específica, coloque en cabeza de los comitentes la obligación de hacer conocer al niño nacido como consecuencia de estas prácticas, su realidad genética, partiendo del supuesto que se trate de un embrión formado por material de ambos comitentes o si se ha acudido a material genético de tercero dador, deberá registrarse por lo previsto en los art. 563 y 564 CCC, como así mismo deberán dar a conocer su historia gestacional. Debiendo preverse la posibilidad –ante el incumplimiento de los comitentes- que el niño/a al contar con edad y grado de madurez suficiente pueda acceder al expediente por el cual se homologó el consentimiento de los intervinientes y se logró la autorización judicial, tal como sucede en la adopción, ello obedece a la igualdad de efectos respecto de los descendientes sin distinción de la fuente filial (art. 580 CCC).

Cierre

- 1) Los numerosos precedentes tanto nacionales como internacionales, la mayor flexibilización en su regulación en el derecho comparado, como asimismo los proyectos de leyes nacionales y provinciales, demuestran la fuerza de la realidad.
- 2) Es necesario llevar a cabo un debate multidisciplinar, serio, comprometido y tolerante que posibilite sentar las bases a los efectos de regular esta práctica, dado que el vacío legal no implica el cese de la misma, sino que arroga mayores peligros derivados de la violación de los derechos de los sujetos más

³¹ Fernández Sessarego, C “Derecho a la Identidad Personal”, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p. 15 y ss.

vulnerables. Lo que se da en el ámbito de la clandestinidad está sujeto a mayores abusos y peligros.

- 3) Su regulación lejos de institucionalizar la práctica, traerá seguridad jurídica porque permitirá establecer requisitos, límites y regular sus efectos.
- 4) Estimamos que su regulación por medio de una ley especial deviene imperiosa, en virtud de los múltiples derechos humanos y fundamentales que se encuentran en juego, los que derivan de instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional y convencional, motivo por el cual podría afirmarse que nuestro país, al no regular los mecanismo que doten de seguridad a quienes necesiten como última ratio acceder a dichas prácticas, incumple los compromisos internacionales asumidos y la manda constitucional prevista en el art. 75 inc. 23 (medidas en favor de la plena realización de los derechos), lo que podría dar lugar a planteos de inconstitucionalidad por omisión.
- 5) Es indispensable que la legislación prevea que la determinación de la filiación obedece a la voluntad procreacional, que los comitentes queden emplazados como progenitores desde el momento mismo en que el juez autoriza la práctica, es decir, no hay un traspaso al momento del nacimiento ya que esta es la solución que más se ajusta al interés superior del niño e impacta directamente en su identidad. Evitando dejar el destino de una familia librado al arbitrio del juez de turno, a lo que se suman los pronunciamientos contradictorios y los “tiempos de la justicia”, lo cual lejos de ayudar a los justiciables, lo perjudica.
- 6) Debe pensarse seriamente el perjuicio que se genera tanto a las personas que desean tener un hijo biológicamente propio, y padecen un impedimento médico como estructural, parejas de hombres y hombres solos, máxime tras la sanción de la ley de Matrimonio Civil N° 26.618, si bien “...ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarla al uso de las técnicas de reproducción humana asistida...”³²
- 7) Resulta inconcebible categorizar a las personas, según tengan o no aptitud para concebir, ofreciéndose como única alternativa a éstas la adopción, esta solo debe ser una alternativa más.
- 8) Se torna dificultosa la comprensión que se encuentre aceptada la donación de material genético de tercera dadora, mientras que resulte tan resistido el ceder la capacidad gestacional a quién no tiene otra alternativa para procrear un hijo biológico.
- 9) Por último, “...si se objeta la práctica de la gestación por sustitución por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría casi avances ni cambios en ningún área y todo seguiría igual a través de los siglos...”³³ (v.g. divorcio, matrimonio igualitario etc.), la ciencia avanza mucho más velozmente que el acompañamiento que necesariamente debe hacer el derecho modificando las legislaciones y regulando nuevas realidades.

³² Fundamentos.

³³ Lamm, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Edicions Universitat Barcelona, 2013. p. 249.