

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

El colapso del dogma *Mater semper certa est* frente a la voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial.

Tema 1: Persona Humana. Capacidad Jurídica. Principios Generales.
Capacidad de Ejercicio y de Derecho. Restricciones a la Capacidad Jurídica.
Sistemas de Apoyo al Ejercicio de la Capacidad Jurídica. Sentencia. Efectos.
Registración. Menor de Edad y Adolescente. Tutela y Curatela.

Coordinador Nacional: Néstor Lamber.

Autor: Horacio Teitelbaum.

e-mail: preguntashoracio@hotmail.com

Teléfono: 15 5421-5423

ÍNDICE SUMARIO

Ponencia.

Introducción.

Desarrollo.

- 1- Panorama Legal y Perfil de la Gestación por Sustitución.
- 2- Evolución Histórica.
- 3- La Voluntad Procreacional y El Consentimiento Protocolizado.
- 4- Convenio. Naturaleza Jurídica. Artículos 17 y 56. Consentimiento Médico Artículo 59. Voluntad Procreacional Artículo 562.
- 5- Contenido de la Expresión de la Voluntad Procreacional y Acuerdo de Gestación por Sustitución. Consideraciones Especiales.
- 6- Jurisprudencia y Estrategias Procesales.
- 7- Tensiones. Argumentos Detractores. Asociaciones Ilícitas. Intermediación. Tráfico de Menores.
- 8- Objeción de Conciencia.
- 9- Políticas Reproductivas.

Epílogo.

Abreviaturas.

Bibliografía.

PONENCIA

- 1- PANORAMA LEGAL. La gestación por sustitución (GS) es posible en nuestro sistema jurídico atento el principio constitucional de legalidad, (lo que no está prohibido, está permitido artículo 19 CN). El vacío legal, la fuerza de la realidad y el contexto normativo, avalan su práctica y juridicidad. El derecho a constituir una familia es parte de los derechos humanos.
- 2- TERCERA FUENTE LEGAL DE FILIACIÓN: LAS TRHA. La protocolización a la que alude el artículo 561 del CCCN responde a la tercera fuente de filiación por técnicas de reproducción humana asistida, en la práctica su contenido se refiere a los riesgos médicos y al tratamiento en sí, de las mismas.
- 3- Al haber quedado trunco, a último momento, el art. 562 del proyecto del CCCN que previa el acuerdo de gestación por sustitución, y ser suplantando en su contenido, por la voluntad procreacional, queda abierta la puerta para la intervención notarial en la exteriorización del consentimiento de la voluntad procreacional (VP).
- 4- Por la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, la redacción del acuerdo se plasma en un convenio libremente acordado de proyecto familiar y GS.
- 5- VOLUNTAD PROCREACIONAL. El postulado sobre la maternidad cierta quien ha dado a luz, sucumbe ante la explícita voluntad procreacional. El rol del escribano en la confección de la escritura que recepta la VP por un lado y el acuerdo por otro con la regulación del proceso de GS es la transición hasta la sanción de ley específica, una respuesta a una necesidad social. De modo que, filtra y recepta las manifestaciones de los comitentes y la gestante. Al amparo de la fe pública, el juez a posteriori procederá a homologar el convenio.
- 6- Es claramente divisible la manifestación de la VP y el acuerdo de la GS dentro del documento público notarial a fin de evitar que por decisiones judiciales adversas se nulifique toda la escritura pública. Según el

principio de integración la expresión legal de la VP se mantiene conforme aplicación del artículo 389 del CCCN.

- 7- JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Nuestro país cuenta con la suficiente jurisprudencia en la materia (varios fallos y todos favorables), proyectos de ley, doctrina (no uniforme pero sí mayoritaria) y doctrina comparada que receptan la GS.
- 8- Procesalmente es dable petitionar la filiación por homologación del convenio de GS, medidas declarativas de certeza antes del nacimiento, o luego de éste por medidas autosatisfactivas, inscripción de nacimientos basados en la VP y el acuerdo de GS, recursos de amparo e impugnación de la maternidad de la gestante del proceso de GS.

“Igual que el legislador convierte la apariencia jurídica en realidad con la varita mágica de la buena fe, también podría convertir los anhelos sociales en realidad jurídica y ello con la varita mágica de la comprensión”.

(Vela Sánchez, A)

INTRODUCCIÓN

Ríos de tinta han corrido sobre esta controvertida y polémica temática. Por lo cual, en un afán por tratar de evitar reiteraciones, daremos por supuestos algunos aspectos teóricos, y nuestro punto de partida será que la gestación por sustitución (GS) reviste una realidad insoslayable que se abre camino muy a pesar de sus detractores y las tensiones que genera.

Una simple definición indica que se trata de una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), en la cual una mujer – gestante- conviene con otra persona o pareja – comitente o comitentes- en llevar adelante un embarazo de un embrión concebido in Vitro, el que se entrega una vez nacido a quienes expresaron su intención de ser padres y con el fin de que el o los nacidos tengan solo, y exclusivamente, vínculo jurídico con estos últimos.

El derecho a constituir una familia y el lícito anhelo de ser padres, colisiona con hipótesis de conflictos frente a las cuales el desafío radica en elaborar soluciones que aporten, con imaginación y coraje, a la chispa de esperanza en un asunto de alta sensibilidad. Afrontar en un contexto cambiante, de constante evolución social, respuestas apropiadas y rápidas nos inclina a instalar el debate para aportar a nuestra profesión una arista humana e innovadora, sin temores y reconociendo las diferencias en función de ser progresivamente un tanto mas tolerantes.

Centraremos, el análisis en las pautas que consideramos primordiales en la elaboración del convenio por documento notarial para plasmar los derechos y obligaciones de los actores involucrados.

Estimamos oportuno, pasar revista, de manera sintética, a ciertos factores y conceptos que apoyan la redacción y asesoramiento legal del acuerdo privado

que fusiona la voluntad procreacional con los postulados legales moldeados por la autonomía y libertad de los requirentes.

Destacamos que este recurso es posible en el mientras tanto, puesto que es deseable que una normativa específica se dicte para reglamentar los vacíos legales, que en forma de abstención pero con integraciones paralelas, veremos que admiten la aplicación de la manifestación de la VP y el acuerdo de GS.

DESARROLLO

1- PANORAMA LEGAL Y PERFIL DE LA GS.

En primer lugar, vale aclarar que el proyecto de reforma al CCCN en su primera versión del 2012 contemplaba la gestación por sustitución en el artículo 562¹. Al eliminarse, quedó sin embargo la estructura que oficiaba su implementación, con lo cual actualmente lejos de prohibirse se ha optado por una abstención legal y se filtra su aplicación gracias a la integración de otras normas afines. Por lo que, en definitiva, queda todo sujeto a la discrecionalidad judicial.

Partimos de una creación novedosa para nuestra codificación, que es la incorporación de una tercera fuente de filiación generada por los avances

¹ Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial 191-2011.

Artículo 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 solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

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

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

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

científicos y que consiste en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA arts. 558 a 593 CCCN). Dicha incorporación se acompaña con preceptos de raigambre de instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional). Recordamos que en nuestra Carta Magna quedan consagrados, el principio de legalidad artículo 19; por el cual, lo que no está prohibido está permitido, el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) protección integral de la familia artículo 14 bis (CN), el principio de no discriminación y del derecho a la igualdad (CADH art. 24), el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud que incluye la salud sexual y reproductiva, el derecho a disfrutar del progreso científico y el derecho a la autodeterminación entre otros.

Por otra parte, y en sintonía contextual, podemos mencionar la ley de matrimonio igualitario 26.618, ley de identidad de género 26.743, creación del INADI, ley 26882 y decreto 956-13 sobre acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida y sobre coberturas de obras sociales en tratamientos de fertilización, y las convenciones sobre derechos internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes, todo lo cual robustece la puesta en práctica de la GS.

Asimismo, es coadyuvante el nuevo paradigma familiar que se resignifica en función de la dinámica social y cultural, y que acepta cada vez con más inclusión a diversos tipos de familia. Las uniones de hecho, familias ensambladas, monoparentales, heterosexuales, homosexuales o transexuales, conviven bajo un mismo anhelo que es el de fundar una familia. Por último, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Tribunal regional jerárquico para nuestro país) se ha ocupado de marcar la tendencia a la apertura más amplia en casos como *Forneron e hija Vs Argentina*, *Atala Riffo y niñas vs Chile*, y el sonado *Artavia Murillo vs Costa Rica*².

En lo específico, se ha presentado un proyecto de ley de GS por la senadora Laura Montero, que consta de veintitrés artículos y recepta gran parte de las

² La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. Mariana Rodríguez Iturburu. Reproducción 2015., 30.143-160. Corte IDH "Forneron e hija vs Argentina 27 de Abril de 2012. Corte IDH "Atala Riffo y niñas vs Chile "24 de Febrero 2012. "Artavia Murrillo y otros (Fertilización In Vitro) vs Costa Rica. Corte IDH 29—7-11.

fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales a nivel internacional y nacional³.

2- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

La irrupción de las TFHA presenta un quiebre histórico al posibilitar la procreación sin sexo. No obstante, se conocen en épocas pasadas ejemplos de maternidad subrogada. Tal vez, se trate en realidad de formas de compensar la infertilidad –estigmatizada antropológicamente como una mala voluntad del destino- o concretar una planificación familiar en búsqueda de la preservación del linaje.

En este sentido, la solución a la esterilidad en reemplazo de la procreación natural, en algunos grupos de África hace que se recurra a la hermana fértil para tener descendencia, o en Mali África Oriental se acepta la práctica de la poligamia por problemas de la mujer y se permite al hombre tener más de una esposa.

Históricamente, vemos que la familia hebrea patriarcal, admitía recurrir a la adopción ante la imposibilidad de engendrar hijos y la esterilidad era causa justificada de divorcio, aceptándose también la poligamia y los harenes reales para asegurar la continuación de las generaciones⁴. Sara, la esposa infértil de Abraham, le ofreció a su esposo a su esclava Agar y fruto de este acuerdo nació Ismael, origen de todos los Árabes, Ismaelitas o Agarenos. Un tiempo mas tarde, Sara milagrosamente dio a luz con Abraham a Isaac, uno de los eslabones generacionales del pueblo Hebreo. Posteriormente Bilha, sierva de

³ Proyecto de Ley sobre Gestación por sustitución. Laura Montero. Proyecto de Ley de Regulacion de la Técnica de Gestacion Solidaria. Federacion Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans. FALGBT.

⁴ Viejo Testamento: Génesis 16-1 y 16-16.

“Sara mujer de Abraham, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar. Ya ves que Yaveh me ha hecho estéril, llegate, pues a mi esclava, quizás yo obtenga hijos de ella. Tomo Sara, mujer de Abraham, a la egipcia Agar, su esclava y se la dio por mujer a su marido, Abraham. Se llegó él a Agar, que concibió.

Agar dio a luz un hijo de Abraham, y este llamo Ismael al hijo que le había dado Agar. Tenía Abraham 86 años cuando Agar le dio a Ismael.”

Génesis 30.

Luego Sara dio a luz a Isaac, hijo primogénito de Abraham. Al ver que no podía dar hijos a Jacob, Raquel tuvo envidia de su hermana, y dijo a su marido: “Dame hijos, porque si no me muero”... Ella agrego, “Aquí tienes a mi esclava Bilha. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas. Por medio de ella, también yo voy a tener hijos” (Tuvo a Dan y Neftali, y finalmente Dios se acordó de Raquel y dio a luz dos hijos José y Benjamín).

La tercera madre subrogada de la Biblia fue Zilpa, esclava de la primera esposa de Jacob Lea (Jacob uno de los patriarcas hebreos hijo Isaac y Rebeca cuyo hermano mellizo era Esau) que dio a Jacob cinco hijos Gad, Aser, Isacar, Zabulon y Dina. También tuvo hijos propios, Rubén, Simeon, Levi, y Juda.

Raquel, segunda esposa de Jacob nieto de Abraham le dio dos hijos Dan y Neftali y Zilpa esclava de Lea segunda esposa de Jacob le dio otros hijos. Los hijos eran considerados para los parámetros de estos períodos como hijos de profetas y sus esposas legítimas.

Otro renombrado ejemplo de GS de aquellos tiempos, es el previsto en el CÓDIGO DEL REY HAMMURABI, creado en el 1728 A.C. en Babilonia (consagraba la ley del Talión y el principio de presunción de inocencia), y en sus artículos 144 a 147⁵ prescribe que la mujer infértil que quiere tener hijos debe dar a su marido una esclava, sin que pueda este buscarse una concubina a menos que no pueda concebirse un hijo varón. Además, las gestantes que tuvieran hijos, tenían ciertas garantías y no se las podía vender por dinero.

Abundan los casos en el Antiguo Egipto en que se recurría a las esclavas y a relaciones incestuosas para paliar la falta de herederos de los faraones⁶. También parece haber sido un recurso difundido en las antiguas Grecia y Roma⁷. Leyendas Indias incluyen mitos al respecto⁸, y lo propio se evidencia en la permisión de las concubinas en China, Corea, Japón y la Europa Medieval donde el tratamiento que se les confiere a los hijos de tales uniones, eran de herederos auténticos de sus padres.

A partir de 1920 comienza a utilizarse la inseminación artificial. En 1975 se publica en California, Estados Unidos, el primer anuncio solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente. El primer nacimiento in Vitro de la humanidad es el de Louise Brown, en 1978 en Inglaterra. Ya en 1986 se difunde el conflicto por el nacimiento de Baby M en Estados Unidos⁹, entre la

⁵ Código de Hammurabi 1780 A.C. artículos 144 A 147.

144. Si uno tomo una esposa de a una sacerdotisa y esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa mas, no se le permitirá y el hombre no podrá tener una mujer más. 145. Si uno tomo una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomara esta otra mujer, y la llevara a su casa, pero no será igual que la esposa estéril. 146. Si uno tomo una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esa esclava es elevada a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavos. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata.

⁶ Egipto. Amenhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI A.C, no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis.

⁷ En las antiguas Grecia y Roma, Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril Estratonica que seleccionó entre las prisioneras a Electra y crió a los hijos de esa unión como los propios "con amor y una generosidad admirable".

⁸ Leyendas Indias que datan del 599 A.C. debido a una transferencia embrionaria nació el 24 tithancar y último Buda Jainista, Mahavira en sancristo Gran Héroe, que es gestado por una mujer que no es su madre para mantener el designio de los dioses de pertenecer a la casta que estaba destinado.

⁹ El 27-3-86 se produjo el nacimiento de Baby M, la madre portadora –Mary Whitehead - quien también era la que concedió su ovulo, se negó a entregarla al matrimonio Stern. Un informe psiquiátrico determino que el consentimiento otorgado al momento de suscribir el contrato por un monto de diez mil dólares, no

madre portante y el comitente matrimonio del cual el marido había aportado su material genético y cuyo compromiso de entregar al nacido fue objeto de un contrato por la suma de 10.000 dólares. El juez de New Jersey avaló este contrato y entregó a la niña al matrimonio, pero luego el tribunal supremo declaró la nulidad del mismo, aunque mantuvo la tenencia en aras del interés superior de la menor y reconoció a la gestante como madre biológica, confiriéndole derecho de visitas.

En la actualidad, la GS se encuentra prohibida expresamente en Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria, España y se consideran nulos los convenios sobre ella.

Es admitida con fines altruistas y con limitaciones, en Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia (Australian Capital Territory ACT, Queensland, New South Wales, South Australia Victoria y Western Australia), Sudáfrica y Nueva Zelanda.

Es aceptada ampliamente en Georgia, India (últimamente se restringió a parejas de distintos sexo), Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos.

En el resto de los países no se ha incluido su tratamiento expreso, aunque se practica en razón de un vacío legal o un marco normativo complementario derivado de un esquema y tendencia, favorable para la GS.

3- LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y EL CONSENTIMIENTO PROTOCOLIZADO.

Focalizando el análisis en el nuevo CCCN, el artículo 560 prescribe que el centro de salud interviniente en las TRHA, debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a estos tratamientos. En el Capítulo 3 del libro 2 sobre parte general personas humanas dentro de los derechos personalísimos, se alude en el artículo 59, al consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud. Este consentimiento

había sido dado con pleno conocimiento de la situación. El juez de New Jersey entregó la custodia al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. La madre portadora apeló y el tribunal supremo del estado declaró la nulidad del contrato, mantuvo la tenencia a favor de los Stern ya que le proporcionaba un hogar con mejores condiciones económicas. Luego de varios años, la corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

radica en una declaración de voluntad expresada por el paciente a posteriori de recibir información clara, precisa y adecuada. A su vez, la ley 26529 sobre derechos del paciente en su artículo 5 y concordantes, también exige el mismo procedimiento.

Cuando el artículo 561 CCCN establece la forma y requisitos del consentimiento, dispone que el contenido emane de las disposiciones especiales e impone su protocolización ante escribano público o certificación sanitaria del lugar. En el libro 4 sobre disposiciones para después de la muerte, en el artículo 2279 sobre capacidad para suceder, se innova en cuanto a los derechos de los nacidos luego del fallecimiento del causante mediante TFHA con los requisitos de artículo 561.

En este punto nos preguntamos, cuál fue la finalidad de exigir la protocolización (tal vez la de conservar en un archivo público determinada información), y si la misma consiste en una simple transcripción de los consentimientos técnicos firmados en los centros de fertilización asistida¹⁰, o si se requiere una orden judicial que así lo disponga atento la acepción más pura del término notarial¹¹. Además, los registros de estado civil y capacidad de las personas según el artículo 562 deben receiptar este consentimiento, el cual se ve asociado a la voluntad procreacional. No obstante, estimamos que el concepto de voluntad procreacional tiene vuelo propio y se inspira en otra causa fuente, la intención de ser padres que es muy distinta del gélido y obligatorio consentimiento médico que se presta en el centro de salud por quienes realizan el tratamiento.

En rigor, la voluntad procreacional es la llave de bóveda de todo el sistema de las TRHA. Es ciento por ciento deseo, anhelo, sueños, esperanza y se encuentra a años luz de distancia del a veces indescifrable consentimiento médico cuyos términos profesionales en general, superan la capacidad de comprensión de los pacientes.

¹⁰ Algunos Registros de Estado Civil y Capacidad de las personas, aceptan en lugar de la protocolización, una copia autenticada de los consentimientos firmados en los centros de fertilización.

¹¹ La protocolización pura emana de una orden judicial, aunque por el nuevo CCCN, al haber desaparecido la protocolización judicial de los instrumentos otorgados en el extranjero y la ordenada por el juez de los instrumentos privados (Código de Vélez 984, 1211 y 3129), el art. 2339 CCCN lo menciona para los testamentos ológrafos, y el 302 a requerimiento de parte interesada. La protocolización citada en el art. 562 parece referirse a una transcripción a solicitud de quienes tienen interés legítimo, y no a una exigencia judicial que lo ordene.

La cámara Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) se encuentra modelando los consentimientos para una adaptación a los nuevos tiempos que se imponen contemplando la figura de mujeres gestantes, ovodonaciones y parejas de igual o distinto sexo o personas solas. Resulta impensado que los centros de fertilización asistida recepten una completa declaración de voluntad procreacional con los detalles acerca de derechos y obligaciones de la gestante y los comitentes. En consecuencia, la redacción de un documento complementario que plasme esta regulación privada, encuentra su forma mas adecuada en un convenio celebrado por escritura pública como pasaremos a desarrollar¹².

4- CONVENIO NATURALEZA JURÍDICA. ARTS. 17 Y 56.
CONSENTIMIENTO MÉDICO ART. 59. VOLUNTAD PROCREACIONAL ART.
562.

Como lo ha destacado la doctrina, en las TRHA la filiación se determina ya no por el elemento genético o biológico, sino por la típica fuente de creación del vínculo paterno filial que es el elemento volitivo. De ahí que, en la parentalidad voluntaria su veta se centra en un plan familiar de desear engendrar un hijo, criarlo, asumir la responsabilidad familiar y adquirir los derechos y obligaciones que de el se derivan.

La VP como acto jurídico con componentes socio afectivos fundacionales, puede ser manifestada en diversos modos, en función de las fuentes de filiación. La gran diferencia entre la fuente de filiación adoptiva y las de TRHA, radica en que en la primera hay completa asimetría entre lo biológico y la VP expresada luego del nacimiento. En la tercera fuente filial consagrada por ley en presencia de las TFHA puede tratarse de una simetría parcial o total asimetría en función de que los aportes de gametos masculinos y/o femeninos sean propios o donados y sean más tarde transferidos a una mujer portante del embrión concebido in Vitro. No obstante lo cual, la VP se manifiesta en un

¹² Los consentimientos que utilizan los centros de fertilización no contemplan más que datos técnicos y médicos y deslinde de responsabilidad por tratamientos informados y sus riesgos. Si bien responden a las exigencias de la ley de derechos del paciente y el nuevo art. 59 CCCN, las aristas de índole privada que complementan el proyecto de familia de quienes se someten a las TRHA se documentan optativamente en forma paralela o anterior o posterior antes de la concepción del embrión.

contexto absolutamente diferente del de la adopción, donde la documentación fiable y expresa de la misma, jugará un determinante rol para justificar el emplazamiento filial¹³.

El rasgo esencial que diferencia a la GS de la adopción, es en la esencia en que se justifica su existencia, en la adopción se pretende subsanar la desprotección de un menor de la mejor manera para éste, lo cual tiene en mira el interés del adoptado. En la GS, se beneficia a los progenitores que buscan tener hijos y por alguna razón no lo logran, el vínculo jurídico de la filiación nace pues ab initio.

Adelantamos¹⁴, también, que separar concretamente estas dos fuentes de filiación, resulta de insustituible valor para la construcción de la identidad y derecho a conocer los orígenes de los nacidos por esta técnica. Por el lado de los hijos de la gestante, que entiendan que su madre que gestó durante nueve meses, no ha abandonado a los recién nacidos a su suerte y, por el lado, de la descendencia de los progenitores que declararon su VP, que crezcan conociendo cómo fueron concebidos y NO se les cree confusión por asociarse su origen con una adopción.

En consecuencia y resignificando el concepto del artículo 561 y 562 al aludir a los hijos nacidos por las TFHA que son también hijos del hombre o mujer que ha prestado su CONSENTIMIENTO PREVIO INFORMADO Y LIBRE (igual requisito contenía el extirpado artículo 562 que preveía la gestación por sustitución y agregaba que el consentimiento debía homologarse por autoridad judicial), pensamos que este se refiere no solo a lo médico (artículo 59 CCCN consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud) sino además, al consentimiento en cuanto a conformidad y acuerdo de la VP exteriorizada anteriormente y reiterada cada vez que se intente una nueva técnica mientras no sea revocada.

La mínima formalidad es receptarlo por escrito y que sea protocolizado. Es aquí donde emerge la punta del iceberg y se desintegra el postulado de madre

¹³ Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incomodo y actual. Kemelmajer de Carlucci Aida, Herrera Marisa, Lamm Eleonora. La Ley 20-9-2010. La reproducción medicamente asistida. Merito, oportunidad y conveniencia de su regulación. La Ley 8-8-11. autoras citadas.

¹⁴ Artículos CCCN 563 y 564 Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. Contenido de la información.

siempre cierta es en los supuestos de las TRHA, y germina una nueva incumbencia notarial de gran contenido de solidaridad social.

No se trata de un contradocumento que contradice el consentimiento previo, informado y libre prestado en el centro de fertilización, tampoco de una revocación parcial del mismo. Es básicamente un complemento que viene a cubrir la falla operativa de los centros de salud que no reflejan en ciertas ocasiones el plan y proyecto familiar. Los formularios predispuestos de los centros pueden mencionar a las parejas que se someten a ciertos tratamientos, pero la realidad puede llegar a ser mas compleja y tan íntima que resulta innecesario revelarla, ya que constituye la esfera de los derechos personalísimos. Por ende, aquí se vislumbra la utilidad de receptar la VP y moldearla en función de ciertas pautas consensuadas por los actores de la GS, fundados en la autonomía de la voluntad, la buena fe, la libertad y la plena capacidad de las partes intervinientes.

Agudizando el prisma de investigación, vemos que los contratos en la definición del nuevo código conforme el artículo 979, aluden al acto jurídico por el cual se manifiesta el consentimiento y refiere a relaciones jurídicas patrimoniales. En el titulo preliminar del CCCN (artículo 17) se establece que los derechos sobre el propio cuerpo no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y debe respetarse alguno de estos valores. En congruencia, el artículo 56 en el capítulo de derechos y actos personalísimos, prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad (el embarazo por regla natural no la produce). Contempla también la excepción, para la ablación de órganos y, cuando sean requeridos, para el mejoramiento de la salud de las personas.

Conforme la Organización mundial de la salud (OMS) dentro de su definición de salud, se describe que la imposibilidad de procrear por cualquier motivo, afecta la salud psíquica siendo la restricción al acceso a las TFHA una violación a la misma. En este sentido, no hay que olvidar que cantidad de mujeres disfrutan el proceso del embarazo, el cual produce la anulación y exacerbación de ciertas hormonas y se sienten que las elevan a un estado de éxtasis idílico. Sin descontar tampoco, que si se actúa en forma altruista al colaborar la gestante a los deseos de los pretensos padres o madres, también

las coloca en un lugar de satisfacción por el acto solidario y benéfico que están ejecutando.

De todo lo expuesto, convalidamos nuestra opinión acerca de la naturaleza de la GS, que si bien directa o indirectamente tiene injerencia patrimonial (se modifican las legítimas hereditarias con los nacimientos) y se trata más bien de un CONVENIO ESPECIALÍSIMO FAMILIAR, un negocio jurídico lícito del derecho de familia¹⁵.

Postulamos asimismo, la posición de la intervención de un notario, de manera de documentar, previo al embarazo, la VP; más allá que luego y en base a una buena redacción y asesoramiento que surjan de la escritura, la homologación judicial se transforma en un mero y sumarísimo trámite que ordene la inscripción de los nacidos a nombre de los comitentes del proceso de la GS.

Valga como ejemplo, la presentación de la Comisión Promotora de la iniciativa Legislativa Popular para la regulación de la maternidad subrogada en España, la cual propone el contrato ante notario con carácter previo a cualquier tratamiento de fertilización asistida con determinados requisitos. Se establece que se anexara el justificante de la inscripción de la gestante en un Registro especial ante el cual también antes de la transferencia embrionaria se deberá presentar el contrato. Se establecen como previsiones mínimas: la compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación¹⁶, forma y modo de percepción, las TRHA que se emplearán, forma modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto, designación de tutor y detalles del seguro a favor de la gestante.

Otro interesante supuesto, es el del código familiar del estado de Sinaloa México, aprobado por decreto 742, en su capítulo V sobre reproducción humana asistida y la gestación por sustitución. Se regula en sus artículos 282 a 297 el proceso y formalización del contrato. En su artículo 287 exige que el instrumento de maternidad subrogada lo firmarán la madre y padre subrogados, la madre gestante, el intérprete si fuera necesario, el Notario, el

¹⁵ La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo. Antonio J. Vela Sanchez.

¹⁶ Proposición de Ley. Asociación por la gestación subrogada en España.

director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar , año, mes , día y hora en que hubiere sido otorgado.

En nuestro país, ya hemos expuesto que en función de la abstención legal y atento al contexto normativo favorable hasta la sanción de una ley especial, están mas que dadas las condiciones para que se formalicen estos convenios, teniendo en cuenta ciertos requisitos específicos, considerados fundamentales y que pasaremos a enunciar.

5- CONTENIDO DE LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y ACUERDO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. CONSIDERACIONES ESPECIALES.

Las ventajas que ofrece el documento público notarial lo posicionan como la herramienta más segura para receptar la manifestación de los actores del proceso de GS y allana la tarea de los magistrados que resuelven, en última instancia, en base a lo redactado. La plena fe que bautiza a todas las declaraciones vertidas ante el escribano, gozan de una irrefutable verdad impuesta por ley en cuanto a que fueron pronunciadas. El escribano se encuentra de por sí, habituado a elaborar su propio juicio acerca de la capacidad de los otorgantes y si detecta algún vicio en la voluntad como violencia psíquica, explotación o lesión, se abstendrá de intervenir. Por esencia, también su función de asesoramiento se incorpora como rasgo típico que nos diferencia de otros encomendados por ley a dar fe pública. Y por último, la certeza de la fecha, y lugar en que se formaliza el acto jurídico quedan, al igual que la documentación, preservadas y resguardadas de contingencias externas.

Primeramente, al no haber un criterio unánime en cuanto a la aceptación del acuerdo de GS, estimamos conveniente dividir la expresión clara, precisa y contundente de la VP, elemento volitivo único y particular en el contexto de las TRHA que dará lugar al emplazamiento filial de quien o quienes no aportaron su material genético. Mas allá que a continuación se redacte el acuerdo de GS con la mujer gestante, hoy el CCCN recepta el principio de integración en su artículo 389. Si puede ser fragmentado el contenido del acto jurídico la nulidad

de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. El juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente pueden considerarse perseguidos por las partes. Incluso el consentimiento de la gestante y su capacidad, al conferirlo, está protegido por imperio del artículo 388 última parte, de modo tal, que no puede invocarse la nulidad relativa por falta de capacidad a sabiendas cuando hay dolo, hoy entendido este último como la manifiesta indeferencia de los intereses ajenos (artículo 1724 parte final). Cuestión aparte es la relativa a un potencial vicio de lesión que puede irradiarse en ambas direcciones, gestante o comitentes por compensaciones desproporcionadas. (art. 332) Dicha posibilidad se descarta a priori en virtud del acuerdo de voluntades y la manifestación recíproca documentada de la evaluación pormenorizada de los motivos contemplados que movilizan a los actores de la GS para afrontar este proceso.

También entendemos prudente, ante la ausencia de legislación y jurisprudencia que hasta la fecha es orientada hacia una dirección unánime pero que puede variar, el relevamiento de responsabilidad y cláusula de indemnidad con relación al profesional interviniente (art. 1719-20-25-68).

Una mínima referencia al marco normativo que las partes declaran tener conocimiento, parece suavizar y desdramatizar las relaciones jurídicas a que se someten. Presenta además, jurídicamente a la GS atento su peculiaridad, novedad y la articulación de normas que la posibilitan, aunque el art. 8 del título preliminar supone el conocimiento del derecho.

El resumen de por qué se resuelve acceder a este proceso, narrado por la gestante y comitentes futuros progenitores, que da pie a la figura clave de la VP, también contribuye a tener un panorama que será valorado por la autoridad judicial. Paralelamente, se dejará plasmada qué tipo de fertilización se aplica aunque surja también del consentimiento médico. A renglón seguido es necesario aclarar el carácter oneroso del acuerdo que le confiere una característica conmutativa al convenio, por la que cada una de las partes se obliga, de forma que exista responsabilidad por incumplimiento (por ejemplo la gestante de interrumpir deliberadamente el embarazo o los comitentes de no abonar las compensaciones pactadas).

No somos ajenos a la discusión que existe sobre el verdadero altruismo¹⁷ o si se trata más bien de una compensación económica que tiende a cubrir gastos del proceso de GS y el lucro cesante. Sin embargo, la retribución pactada se da en los límites de no producir un enriquecimiento desmesurado de la gestante ni una explotación o lesión subjetiva de la misma, es más, de hecho, este frágil equilibrio será evaluado si la justicia lo estima pertinente.

Si la gestante es de estado civil casada o se encuentra en pareja de hecho será prudente recabar también el consentimiento del cónyuge o conviviente o pareja¹⁸ (TRHA art. 575 y 585 CCCN). Partimos de la libertad que cada uno tiene para contratar, por ende dada la especial tónica del acuerdo en el marco de las TRHA y la finalidad de enfrentar la infertilidad, aunque no se preste esta conformidad, opinamos que no se afectan los compromisos conyugales de fidelidad, convivencia y contribución en los gastos del hogar (art. 431 CCCN).

La entrega inmediata del nacido se pacta, salvo indicación médica y será objeto de arreglo un régimen de comunicación o la ausencia de éste, luego de dar a luz la gestante con respecto a los nacidos.

Dadas las características del acuerdo, el mismo se suscribe de forma irrevocable, de manera que si los progenitores no asumen la paternidad estarán incurso en el delito de abandono de personas, y si la gestante no quiere entregar al nacido o existe negativa de recibirlo por los comitentes, entra en funcionamiento el estado como garante y protector del derecho de los menores. También podrán los comitentes progenitores ante la reclamación de la filiación del nacido por la gestante, iniciar acciones legales de impugnación de la maternidad por falta de posesión de estado.

Es sugerible que los comitentes acepten expresamente que se harán cargo de su responsabilidad parental ante la posible discapacidad física o psíquica del nacido y que la gestante asume el riesgo y las consecuencias del embarazo y del parto.

¹⁷ La justicia Mendocina avala un alquiler de vientre. Diario Los Andes. Mendoza. El juez Carlos Neirotti del Primer Juzgado de Familia declaró "Hice lugar a todo, reconociendo que quienes manifestaron voluntad procreacional son los padres y considerando que no iba en contra de la moral y los derechos del niño. Incluso recomendé que, aunque no estuviera demostrado en este caso, debería estar remunerado el servicio de gestación. Porque más que un alquiler de vientre, es pagar la prestación. Actualmente no figura esto, pero si están previstos los gastos normales de la persona que queda embarazada, los honorarios que recibe la clínica por la práctica y los de los abogados. Incluso la pareja recibe el chico, entonces ¿Por qué la mujer gestante no recibiría nada? Aunque este previsto que no se lucre, no lo encuentro reñido con la moral."

¹⁸ Artículos 575 y 585 CCCN.

La contratación de un seguro de vida y obra social parecen ser una justa contemplación para el bienestar de la gestante.

Complementariamente y sin agotar la enumeración que casuísticamente puede ser muy amplia, se puede considerar la designación de un tutor a los nacidos por eventualidad de muerte de los futuros progenitores, supuestos de crisis familiar o ruptura de los comitentes (el juez determinara el derecho de comunicación conforme lo mas conveniente para los menores mas allá de quien haya aportado el material genético, lo cual no deberá producir preferencia alguna atento la naturaleza de la GS y la VP), el proporcionar leche humana a los nacidos sin contacto físico para evitar el apego durante un lapso estipulado, el pago de las compensaciones en caso de nacimientos prematuros o interrupción de embarazo, el mantenimiento del pago de la obra social luego del parto por un período, y otras.

6- JURISPRUDENCIA Y ESTRATEGIAS PROCESALES.

Encontramos en el plano internacional y nacional, precedentes que anticipan una tendencia favorable al entorno de la TRHA y la GS. Mencionamos que algunas decisiones produjeron impacto mediático y fueron dadas a conocer por la trascendencia que se supone implican.

Señalamos de todas formas que no todos los casos se judicializan y un gran número de ellos por decisión de los magistrados o de sus progenitores se invisibilizan bajo la figura de la adopción. Ya comentamos la gran diferencia y la confusión que puede producir en los nacidos y los hijos o familia de la gestante el considerar que un menor fue dado en adopción para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales no brindadas por su familia de origen, cuando en realidad, en las TRHA justamente el respeto por el derecho a la identidad tiene como fuente de origen una situación distinta.

En primer lugar, y atento a que la GS viene de la mano del acceso a los avances científicos de la fertilización artificial, la corte Interamericana de derechos humanos, en Artavia Murillo y otros contra Costa Rica el 28-11-12, consagró como parte de los derechos humanos, el derecho a la vida privada y familiar a la integridad personal en relación a la autonomía personal, la salud

sexual y reproductiva , el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación. La corte prescribe que el estado debe adoptar con la mayor celeridad posible, el uso de prácticas de FIV (fertilización in Vitro), regular su implementación, incluir programas en su atención de salud, cursos de educación y capacitación, y garantizar los derechos reproductivos y no discriminación.

Otro referente es el caso Forneron e hija Vs Argentina del 27-4-12, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre un concepto amplio de familia puesto que la convención Americana no tiene un concepto cerrado al respecto, sino que aun las familias monoparentales pueden brindar cuidado, sustento y amor a los menores mas allá de una figura materna o paterna. Todo lo cual, no obsta al bienestar necesario y desarrollo de niños y niñas. La corte amplió la idea que antecede en Atala Riffo y niñas, vs Chile, y sostiene que asumir en base a presunciones y estereotipos, la capacidad e idoneidad parental en la crianza de los menores, no es apropiada para asegurar el interés superior del niño.

En nuestro país, los fallos son todos favorables sobre GS¹⁹, en la gran mayoría de ellos, las gestantes son mujeres vinculadas al entorno intrafamiliar (abuelas, hermanas, cuñadas, primas) y los restantes casos de portadoras conocidas de las parejas comitentes. Los argumentos que se esgrimen consisten en invocar los ejes que venimos desarrollando, marco jurídico supranacional, voluntad procreacional, filiación por TRHA, derechos personalísimos a la identidad y conocer los orígenes, autonomía de la voluntad, derecho a fundar una familia, no discriminación, derecho a la dignidad, derecho de inscripción de nacimiento urgente y el interés superior de los nacidos.

Respecto a las estrategias procesales utilizadas para reclamar la filiación, se ha recurrido en forma previa al nacimiento o con la gestación en curso, a una acción declarativa de certeza, información sumaria o declarativa de filiación, y también al recurso de amparo. Todo lo cual, es posible en virtud del artículo 19 CCCN que postula la concepción como el comienzo de la existencia de la persona humana y los artículos 1710 - 1711 sobre deber de prevención del

¹⁹ Los últimos fallos resonantes al respecto son el de Lomas de Zamora Herrera Mónica y otro s/medidas precautorias del 30-12-15 en el cual se declara la inconstitucionalidad del artículo 562. Posteriormente en Rosario –Tribunal Colegiado N° 7- la jueza Vittori autorizo de manera previa al embarazo la implantación de embriones desarrollados en el útero de una mujer, para que dé a luz a los hijos de una pareja estéril, destacando la resolución de la CIDH que pone de resalto el derecho a fundar una familia.

daño, y acción preventiva. Ocurrido el nacimiento, se han articulado medidas autosatisfactivas urgentes²⁰ e impugnaciones de la maternidad.

También es razonable considerar los recursos de apelación ante sentencias desfavorables, recursos extraordinarios ante la corte y ante la Corte interamericana de DH con sede en Costa Rica, e incluso decisiones favorables pero recurridas por fiscales de cámara o por el propio defensor de menores. Este último valiente cuya legitimación se articula en forma principal cuando los derechos de los representados están comprometidos (art. 103 CCCN), se ocupa de la protección del interés superior de los recién nacidos. Un aspecto primordial es el derecho a la inscripción urgente de sus partidas de nacimiento y la obtención de sus documentos de identidad (artículos 7 y 8 CIDN) y el acceso a la salud y a las prestaciones médicas de las obras sociales. En suma, toda dilación injustificada que exceda la protección de los menores y se pierda en laberintos de cuestiones jurídicas abstractas que vulneren el concreto derecho de los menores, es por lo menos perjudicial y a lo más, debería el estado abstenerse de intervención o puesta de obstáculos dilatorios²¹.

Afortunadamente, celebramos la tendencia jurisprudencial positiva que avanza como un tsunami derribando prejuicios y estructuras intolerantes, aunque también insistimos que la falta de legislación produce cierta incertidumbre donde el ministerio público, defensores de menores, fiscales o jueces pueden oponerse y generar un derrotero recursivo desgastante, que sin embargo, en última instancia, culminará con la aprobación de una realidad imparable.

²⁰ La medida autosatisfactiva consiste en un requerimiento urgente petitionado para lograr en forma inmediata e impostergable por peligro en la demora, un despacho favorable. Se despacha in extremis, y enfrenta una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. No depende de la interposición simultánea o posterior de una pretensión principal. Debe tratarse de una situación de urgencia, infrecuentes, y de fuerte probabilidad que se cause un perjuicio grave o lo incrementa. Exige un pronunciamiento judicial concomitante, inmediato y actual.

²¹ Regulación de la Gestación por sustitución. Kemelmajer A, Herrera M, Lamm E. La Ley 10-9-12.

A propósito de la gestación social: "...en los supuestos de matrimonios o parejas compuestas por dos hombres o en los casos de hombres solos, atento a que por razones biológicas tienen incapacidad de concebir y gestar. En realidad, en estos casos, la gestación por sustitución representa la única opción de tener un hijo genéticamente propio, los principios de libertad, igualdad y no discriminación, especialmente después de la sanción de la ley 26618, conducen, pues a la autorización de la práctica."

7- TENSIONES. ARGUMENTOS. DETRACTORES. ASOCIACIONES ILÍCITAS. INTERMEDIACIÓN. TRÁFICO DE MENORES.

Pasaremos revista a algunos de los argumentos en contra, sin citar, no por menos importantes, los relativos a la religión.

- Los convenios de GS son nulos de nulidad absoluta, atentan contra la dignidad de la persona, son inmorales y de objeto ilícito, son contrarios a las buenas costumbres y recaen sobre cosas que no están en el comercio.

- La onerosidad del convenio es sinónimo de explotación de la parte mas débil, la gestante; además, el nacido tiene derecho a nacer en una familia en la que la madre sea la persona que lo gestó.

- Se produce una cosificación de la mujer portadora y se crea un clima proclive al mercado negro de alquiler de vientres, no se conocen las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y largo plazo pueden provocar estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas.

- Se incentiva un turismo reproductivo que es fértil para el tráfico de menores y asociaciones ilícitas intermediarias, que especulan y lucran con el desesperado deseo de ser padres.

Algunos de los postulados citados, confiamos haberlos neutralizado con fundamento jurídico en líneas anteriores. Agregamos, con respeto por las diferentes opiniones y discrepancias, que en este difícil y complejo tema se debe abrir un canal de debate para superar el abismo de la intolerancia. Por sobre todo, y no es un eufemismo, está el interés superior del niño, lo cual es incluso reconocido por los mas acérrimos detractores.

Los nacidos en este contexto, no existirían si no se hubiere soñado que era posible, aun con lo que implican los obstáculos legales, económicos, psicosociales, y facticos. La dignidad del nacido no esta vulnerada porque sea criado, mantenido y educado por quien no lo gestó. Cantidad de menores son abandonados no físicamente, pero sí afectivamente por sus padres biológicos y excelentemente formados por sus parientes, tíos, tías, padrinos, madrinas, vecinos, abuelos, etc.

Respecto a la cosificación de la mujer y la degradación del nacido, todavía no hay estudios que revelen daños colaterales. Más aun, si se confirma que la estabilidad emocional de los niños depende de la historia previa, la

personalidad de quienes lo crían, lo protegen y le brindan el afecto y amor que reciben para su desarrollo. Justamente por tal motivo, en todas las decisiones judiciales, el ministerio público del menor, comprueba con asistentes sociales las condiciones de los hogares en que se proyecta la vida familiar.

El argumento moral supera la extensión de este ensayo, por lo que nos limitamos a recordar que la libertad de las personas en cuanto a no producir daño demostrable, pone al estado en una posición abstencionista, posibilitando la autonomía de la voluntad.

La prohibición de la GS de legislarse generaría, paradójicamente, un mercado negro y clandestino, mafias intermediarias y un turismo reproductivo solo accesible para los más pudientes. Este panorama también es factible en la etapa del vacío legal de la GS, por tal razón es preferible reglamentar y legislar para controlar y evitar las practicas abusivas y maliciosas.

Por último, respecto de las mujeres gestantes que optan voluntariamente por colaborar en las conformaciones de familias, antes de suponer que son explotadas por situaciones vulnerables, se debería apartar este prejuicio por ser discriminatorio y subestimar la capacidad de decisión de las mujeres.

8- OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

Destacamos que los profesionales, médicos, letrados, notarios que se oponen axiomáticamente a la GS y a las TRHA encuentran justificación en la teoría de la OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. Dicho simplemente, consiste este derecho en no ser obligado a realizar acciones contra las convicciones de un individuo. La libertad de conciencia se opone a principios morales o religiosos y, en definitiva, se rechaza algo externo por una razón íntima personal.

Legalmente se evalúa si el sujeto se encuentra eximido del cumplimiento de las normas legales, por resultar este imperativo contrario a las propias convicciones.

¿Es lícito que un juez, un médico o un profesional del derecho se excuse de intervenir en un proceso de GS alegando objeción de conciencia?

La Constitución Nacional garantiza la libertad de culto y de conciencia y las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen a terceros (artículos 14 y

19), las cuales pertenecen al fuero íntimo de las personas. La corte suprema elaboró en base al caso Portillo de 1989 sobre el servicio militar obligatorio seis criterios: no subordinación a meras consideraciones de conveniencia, debe tratarse de convicciones éticas, debe ser sincera, merece tutela aunque sea minoritaria, no debe contradecir otro derecho y, en lo posible, debe conciliar el respeto de los deberes legales con las convicciones del objetor.

En el plano de prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, rigen otros parámetros. La objeción de conciencia puede generar un obstáculo o complicar decisiones personales, y resulta a veces indirectamente discriminatoria para ciertos grupos que padecen de la llamada, infertilidad estructural²².

Es por ende, incompatible con los principios constitucionales que acogen el derecho a la salud, a no ser discriminado por razones de sexo o clase social y atenta a que impongan a terceros creencias religiosas o éticas.

Varias provincias²³ reconocen las situaciones conflictivas y eximen a los objetores con la obligación de derivarlos en forma urgente.

En suma, los límites para los objetores que intervienen en las GS pueden resumirse en: los riesgos que las asociaciones o profesionales pueden producir en los requirentes, el impacto discriminatorio en función de la erosión de la confianza²⁴ (art. 1725); la objeción no puede encubrir un intento de disimular

²²Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva. Marcelo Alegre. Nro. 10 / Junio 2009. Despenalizacion.org.ar, por la despenalización del aborto.

La objeción de conciencia en el plano de la salud sexual y reproductiva afecta derechos personalísimos no solo de las mujeres sino de aquellos que acuden a las técnicas de fertilización y no son atendidos por discriminación. Varias Provincias han legislado en la regulación de la objeción en el marco de salud sexual y Procreación Responsable. La ley 25673 y la 26130 reconoce y regula el derecho a la objeción obligando a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata. La ley 26150 de educación sexual que crea el Programa Nacional de Educación sexual Integral en el Ministerio de Educación de la Nación, no prevé la objeción.

Provincia de Buenos Aires por ley 13066 prevé el respeto por los objetores y el Ministerio de Salud de esta provincia prescribe la declaración del objetor con suficiente antelación para permitir el reemplazo y garantizar las prestaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva.

En Mendoza, la ley 7456, de contracepción quirúrgica, en su art. 5 prescribe "Se respetara la objeción de conciencia de los profesionales y ante esta situación, los servicios de la red de asistencia estatal provincial proveerán los medios para la realización de todo el proceso de las prácticas médicas enunciadas...".

Neuquén y Salta reconocen en sus normativas la objeción de conciencia sin grandes detalles. Santa Fe por ley 11888, San Luis por decreto 129-03, Chaco por ley 5409-04, y CABA por ley 1044 del 2003 receptan la objeción de conciencia con distintos requisitos y modalidades.

²³ Idem nota 22.

²⁴ Artículo 1725 CCCN: "VALORACIÓN DE LA CONDUCTA. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

una concepción ética o religiosa, y la objeción debe ser genuina y sincera, y no por alivianar carga de trabajo o vulnerar derechos básicos de los actores de la GS.

En pocas palabras, debe existir un equilibrio entre el derecho a la objeción de conciencia y la conciencia de los requirentes, que es también digna de protección.

9- POLÍTICAS REPRODUCTIVAS.

En una obra “ Maternidad Subrogada y las políticas de reproducción “que estudia la situación en los Estados Unidos de Norteamericana, su autora Susan Markens, compara la evolución de las respuestas legislativas sobre la GS en dos zonas de su país California y New York. Estos estados representan la riqueza y también la diversidad cultural y social aunque tienen frente a la misma problemática social, distintos enfoques legales. Se concluye que una posible explicación radica en la influencia de los respectivos contextos legislativos y preexistentes culturas políticas. Es decir, que por medio de la comparación se pone en relieve que las tendencias institucionales se acomodan a factores internos y externos, tanto religiosos, migratorios y de políticas de tasas de natalidad y demográficas. La familia como valor tradicional, cuyo ideal es repetidamente el foco de ansiedad y conflicto social, es también puesta en jaque por tasas de infertilidad crecientes, leyes de abortos restrictivas según los estados y una constante difusión mediática fluctuante y ambigua respecto a la GS.

Apreciaciones similares pueden aplicar fácilmente a nuestro país, encontrándose en la actualidad distintos proyectos de ley entre los que se destaca el de la senadora Laura Montero. Los brillantes fundamentos que presenta resumen la evolución de la GS desde el prisma doctrinario y jurisprudencial tanto a nivel Internacional como a nivel Nacional. En sus completos veintitrés artículos divididos en títulos sobre: Disposiciones

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente.”

comunes, requisitos de las partes, de la autorización judicial, del equipo multidisciplinario, de la homologación del acuerdo, del registro de gestantes, de los efectos de la resolución judicial, del derecho a conocer, de los efectos de la falta de autorización judicial y las incorporaciones al código Penal, se aprecia un detallado marco normativo que ubica a la GS en un nivel integral y cuidado con respecto a todos los agentes intervinientes.

EPÍLOGO

ROL DEL NOTARIO Y NUEVOS DESAFÍOS.

Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, nuevos paradigmas y nuevos desafíos. La necesidad de adaptación y desmitificación de la GS sin negar la divulgación de sus avatares nos posiciona en un horizonte más despejado. Si aceptamos que una cuestión conflictiva socialmente, se va instalando progresivamente como una realidad ineludible, mejor que resistirla, es darle cabida y encauzarla en beneficio de evitar su clandestinidad. Hemos expuesto los límites y las razones por las que pensamos que el notariado está a la altura de ofrecer su valor agregado y colaborar en la creación de familias, y ser contralor en el proceso de la GS y la expresión de la VP.

Quien pueda colaborar en la concreción de anhelos y deseos de personas que buscan ser padres y no lo logran sin recurrir a estas técnicas y acuerdos, tiene argumentos jurídicos e ideas más que suficientes para cumplirlo. Cada cual tendrá sus principios y valores, solo nos preguntamos e invitamos a la reflexión de por qué se permite la donación de esperma y de óvulos, la adopción de personas solas, el matrimonio igualitario, el reconocimiento de la identidad autopercibida de género, y se observa con desconfianza recurrir a la gestación por sustitución por infertilidad, o la donación de la capacidad de gestar, como respuesta a la cristalización de proyectos de familia en el sentido más amplio del término.

Un niño deseado y amado tiene potencialmente mejores recursos emocionales para progresar en la vida y ser útil a la sociedad. La ilusión y

proyectos parentales para la constitución de una familia son parte de los derechos humanos.

En definitiva, nos preguntamos y aquí recreamos a Calderón de la Barca en su obra *La vida es sueño*.

*¿Qué es la vida? Un frenesí.
¿Qué es la vida? Una ilusión,
una sombra, una ficción,
y el mayor bien es pequeño:
que toda la vida es sueño,
y los sueños, sueños son.*

Abreviaturas utilizadas

GS: Gestación por sustitución.

VP: Voluntad procreacional.

CN: Constitución Nacional.

CCCN: Código Civil y Comercial de la Nación.

TFHA, TRHA: Técnicas de reproducción o fertilización humana asistida.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIDN: Convención Internacional de los Derechos del niño.

ART.: Artículo.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DH: Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ¿Esconder o enfrentar? otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución. Herrera Marisa, Lamm Eleonora. 19-9-12. Cita MJ Doc 5971- AR/ mjd 5971.
- Gestación por sustitución Abstención legal y ambigüedades contractivas. Trabajo presentado en las 39 Jornadas Notariales Bonaerenses Mar del Plata 2016. Horacio Teitelbaum.
- InDret revista para el análisis del derecho. Gestación por sustitución. Realidad y derecho. Eleonora Lamm.
- Jornadas Universidad de Palermo. Desafíos contemporáneos de las TRA. 8 y 9 -3-16. Conferencias y paneles. Marisa Herrera. Natalia de la Torre. Mariana Rodríguez Iturburu. Federico Notrica. Patricio Curti y otros.
- La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo. Antonio J. Vela Sánchez. Editorial Comares.
- La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. Mariana Rodríguez Iturburu.
- Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva. Marcelo Alegre. Nro. 10 junio 2009. Despenalizacion.org.ar por la despenalización del aborto.

- Regulación de la gestación por sustitución. Kemelmajer de Carlucci, Aida, Lamm Eleonora, Herrera Marisa. La Ley 10-9-12. La Ley 2012 E, 960.
 - Richard Dawkins. El Gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta. (versión en castellano de la nueva edición de la obra The selfish gene, publicada por Oxford University Press. 1993 Salvat editores S.A. Barcelona.
- Susan Markens. Surrogate motherhood and the politics of Reproduction. University of California Press. 2007.

Todos los números de artículos citados corresponden al Código Civil y Comercial de la Nación, salvo indicación en contrario.