



Gestación o genética

Autor: Daiana Florencia Ritu. Estudiante de cuarto año de la Carrera de Abogacía
Departamento Académico San Salvador. Universidad Católica de Santiago del Estero
dai.11.universe@gmail.com

Resumen

Se plantea un estudio de caso de maternidad por sustitución. En el mismo se pacta la gestación de un niño por otra mujer distinta de la que pertenece el óvulo, que es la que quiere ser madre. Y se da el caso de que posteriormente en la gestante, emerja también el deseo de ser madre. Es una de las tantas posibilidades que se dan gracias a las técnicas de reproducción asistida complejas que pone en jaque a los juristas al tener que; llegado el conflicto, determinar la filiación materna. Se contraponen muchos derechos a analizar y tres posturas: una toma la voluntad procreacional como faro guía, otra que aún admitiéndola cree que el lazo filial que no puede basarse en el nexo biológico, porque tanto lo tiene la mujer que aportó el óvulo como aquella que lo albergó en el útero y lo dio a luz. Cualquier opción no dejaría de ser arbitraria. Y la totalmente negativa que toma sólo el hecho del parto. Nos parece que por medio de la dialéctica, que es la búsqueda colectiva y dialogada entre los hombres que buscan la verdad o lo justo, aun sabiendo que sus logros nunca alcanzarán el carácter de definitivos se puede llegar a un consenso luego de deliberar acerca de las conductas jurídicas posibles y juzgar cual es la que se prefiere a lo que inevitablemente estará sujeto a una realidad temporal, que siempre cambiará.

Palabras clave

Maternidad por sustitución o subrogación – Voluntad procreacional - Derecho a la identidad



Pregnancy or genetics

Abstract

A case study of surrogacy arises. In the same gestation of a child by another woman pacta different from that owns the egg, which is what you want to be a mother. And it is the case that later in the mother, also emerges the desire to be a mother. It is one of the many possibilities that exist thanks to the techniques of assisted reproduction complex jeopardizes jurists having to; come the conflict, determine the maternal affiliation. Many rights are opposed to analyzing and three positions: one takes the procreational will as a guiding light, one that even admitting it believes the filial bond that can not be based on biological link, because so much is the woman who provided the egg as one that I albergo in the womb and gave birth to him. Either option would not be arbitrary. And the totally negative that takes only the fact of birth. We think that through the dialectic, which is collective and dialogical search among men who seek the truth or just, even knowing that his achievements will never reach the character of definitive can reach a consensus after deliberating about possible legal behavior and judge which is the preferred option for what will inevitably be subject to a temporary reality, which always change.

Key words

Surrogacy or subrogation - procreational Will - Right to identity

Introducción

A partir del análisis de un caso de maternidad por sustitución, en el presente artículo se debate acerca de como en la nueva legislación se omite mencionar una norma específica que resuelva el conflicto que se plantea en la gestación de un niño por otra mujer que ha prestado su óvulo. Si bien estaba mencionado en el anteproyecto como maternidad por sustitución y le dedicaba un artículo específico al tema, este fue suprimido. Aún así, se regula acerca de la filiación con criterios más amplios para determinar quienes son los padres del niño, ya que adopta no sólo la filiación por naturaleza y la que proviene de la adopción, sino que también agrega la que se produce por técnicas de reproducción asistida. Aunque limita expresamente a toda persona a tener solo dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación (ver art. 558).

La nueva legislación deniega acción de filiación a quien ha proporcionado gametos, si no pertenece a la pareja con la que se ha acordado antes que iban a ser los padres, y para ello



refiere un nuevo término de “*voluntad procreacional*”.

Es fundamental determinar el alcance de esta problemática y como influenciará a la hora de dar solución al tema propuesto porque ya se han planteado casos en el país y ya ha empezado indagar sobre la determinación de la maternidad.

Esta aceptación del consentimiento como irrevocable cuando cumple las formalidades y el alcance de la disposición del propio cuerpo entra en pugna pues si bien en el código nuevo se refiere expresamente al material genético cuando ha sido utilizado para la fecundación, se podrá entender por analogía que es irrevocable el consentimiento cuando se trata de la disposición del propio cuerpo que surge si una mujer consiente gestar un niño con quién no tiene parentesco alguno para luego entregarlo estando ya esta en proceso de gestación.

Aquí a la par de un problema jurídico se plantea un gran problema ético, si en realidad esto se puede consentir, o si el consentimiento esta viciado, porque al fin nadie puede predecir como será la gestación, o que sentirá la mujer que lo geste. Será posible obligarse en esta medida. Como lo demuestra el caso de maternidad por subrogación de EE.UU. “*Baby M.*” de 1988: la mujer que entrego al niño, volvió llorando a pedir que le devolvieran al que consideraba su hijo.

La situación se ha resuelto doctrinalmente fundamentalmente según los arts. 953, 242, 1137 del Código Civil. Por lo que se entiende que es un contrato de objeto ilícito y que la madre es aquella que da a luz y en este caso de deberá recurrir a una adopción posterior al nacimiento.

En el art. 279 C. C. y C. se hace referencia que los actos jurídicos no pueden ser contrarios a la moral, a las buenas costumbres, al orden público, y agrega, o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana.

Podría tachárselo de nulo al pacto por defecto en su objeto ya sea por inmoral o porque la prestación atenta contra la dignidad humana de la gestante y la del niño, al que ponemos en una encrucijada existencial en sus orígenes.

Pero como la sanción de la nulidad implica volver las cosas al estado anterior para desconocer la eficacia del acto. Esto no es posible, así que sería la pregunta: ¿es adecuada la sanción de desconocer la maternidad a quien tiene la compatibilidad genética para evitar que se realice esta contratación?.

En cuanto al derecho de disposición del propio cuerpo, prohíbe los actos el art. 56 C. C. y C. que resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Se podrá entender que gestar a un niño ajeno sea para el mejoramiento de la salud de la mujer que por cualquier circunstancia no puede gestarlo. ¿O será contrario a la moral y las buenas costumbres disponer del cuerpo con esos fines?.

Al referirse de la maternidad, se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del



nacido. En este caso la prueba de nacimiento dará como progenitora a la gestante y de la de identidad, si tomará en cuenta el ADN como determinante, se le deberá reconocer a la otra mujer esta calidad.

Aunque el artículo 562 C.C.C habla de *Voluntad procreacional*, dice que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida *son hijos de quien dio a luz* y por otra parte dice que en estos casos la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial (art. 575 C.C.C).

En la época en que la autonomía de la voluntad ha cobrado tal primacía es posible que afecte a la identidad del niño, a la institución de la familia. Puede resultar una incongruencia, con normas de rango constitucional.

Como la sociedad va modificándose y la legislación debe estar a la altura dando una solución al conflicto que se plantea entre el interés superior del niño acerca de su identidad y los derechos de ser madre y el de constituir una familia.

Así que partiendo desde estos conceptos se deberá darles contenido. Por la importancia de dar seguridad a las relaciones familiares para no afectar los derechos del niño y contrastar los intereses de ambas mujeres y del padre. Para poder obtener una solución en miras de una distribución equitativa de las facultades de cada persona teniendo en cuenta a sí misma y en lo que respecta a terceros.

A partir de estas consideraciones, el presente artículo tendrá como objetivo analizar la opinión de abogados que desarrollan tareas en la cátedra de familia del DASS-UCSE y de los abogados del sector de familia del Colegio de Abogados acerca del reconocimiento de la maternidad de un niño en el caso de existir un contrato de alquiler de vientre según el Nuevo Código Civil y Comercial en el Segundo semestre del año 2015.

Metodología de la investigación

La presente investigación se basará en un abordaje metodológico cualitativo, porque será la calidad de los datos los que brindaran las opiniones de los juristas y no su cantidad la que nos permitirá debatir el tema del trabajo. Tomaremos como referencia metodológica el paradigma interpretativo, el cual se funda en la comprensión de las estructuras por la perspectiva de los participantes.

Si bien en la interpretación de la ley se admite la imposibilidad de generalizar y predecir los posibles fenómenos sociales de la conducta humana. Al ser el fin de las normas el de prescribir la conducta valorándola por sobre otras, reclama que se de una solución a la filiación del niño cuando el fenómeno social que ha comenzado a manifestarse es la maternidad por sustitución.



En este paradigma se reconoce que estamos inmersos en la realidad por lo cual no la podemos juzgar como ajenos, desprendiéndonos de nuestra formación cultural pero reconoce que con la participación de los individuos que forman la sociedad se puede lograr conocimiento en base del entendimiento, de la comprensión simbólica de los significados que la persona le da a todo.

Es una investigación de tipo exploratoria y descriptiva ya que se aborda una situación concreta que no ha sido tratada en profundidad desde la nueva legislación. Es micro sociológica y de alcance transversal.

Como muestra se propone que para la realización del presente trabajo sean profesionales especializados en la materia de familia que desarrollan tareas de docencia el DASS-UCSE y los especializados en el tema en el Colegio de Abogados.

La técnica apropiada para la recolección de datos fue la entrevista individual que permitió que cada miembro de la muestra exprese sus opiniones sin ser influenciado y será cada pregunta el punto de partida para que cada uno emita su postura.

Hay que recordar que en la entrevista el instrumento de investigación es el investigador y hay un dialogo conversacional, se puede obtener información más precisa puesto que el entrevistador puede aclarar las dudas o a expresar adecuadamente su pensamiento lo que beneficiará la comprensión de cada pregunta. Los entrevistados pueden ampliar su respuesta dentro de cada pregunta a distintos aspectos y exteriorizando dentro de que contexto la responde. La entrevista alcanza una más profunda comprensión de las causalidades y la obtención de un testimonio de mayor calidad.

También se usará la fuente documental al ser de carácter no reactivo, por ser material previo a cualquier investigación los documentos revisten el carácter de únicos y ya han sido producidos antes de que el investigador se interese en ellos, sin su intervención o cualquier distorsión que puedan sufrir por su presencia. Los documentos dependiendo del tiempo en que fueron redactados guardan estrecha relación con esa dimensión histórica en la cual adquieren sentido y significado, de ahí presentan ciertas limitaciones en su uso. Pero la autenticidad, representatividad y la credibilidad de los documentos son sus grandes ventajas a tener en cuenta al momento de realizar la investigación.

Resultado y discusión

Los resultados permitieron determinar las siguientes categoría de análisis que se presentan a continuación.

Maternidad por sustitución: ¿Contrato de alquiler de vientre?

Lo que es conocido popularmente como contrato de alquiler de vientres, es un complejo y controversial acuerdo por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y



una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial, se logre un embarazo de esta última para que geste al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento. Pudiendo algunas legislaciones aceptarlo sólo si es gratuito y en otras se admite la retribución monetaria, con lo que se configura un contrato, ya con la nota de patrimonialidad característica (art. 957 C.C.C).

Sin analizar este aspecto, sólo nos referiremos a este presunto acuerdo con la mayor generalidad para tratarlo como acto jurídico (lícito o ilícito). Por existir un acto que en la definición da lugar a lo conocido como *“Maternidad por sustitución”*, cuando una mujer acepta que se le implante el embrión de otra pareja para lograr su desarrollo y darlo a luz, con el compromiso de entregarlo a sus padres biológicos (Rivera, 2004). Se ha preguntado si los profesionales consideran que puede existir este pacto o *“contrato”* y los efectos que creen que debe reconocérsele. Una de nuestras entrevistas, de postura contraria, nos decía al respecto:

“no puede ser contrato porque en el código civil se encuentra contemplado que este tipo de prácticas no pueden ser objeto de un contrato. Hay un vacío legislación sobre la naturaleza jurídica de este tipo de practica, que se le de el carácter de contrato sería desde el punto de vista verbal, pero no un contrato escrito porque no se puede exigir el cumplimiento.” (entrevista 1).

La opinión de no admitir su exigibilidad y de considerar que no puede ser objeto de contrato el caso planteado, nos induce a restar de todo valor lo acordado antes, como si no hubiera existido. Si descomponemos el acuerdo: la prestación sería gestar al embrión, el objeto la entrega del niño al culminar el embarazo y la causa-fin poder tener un hijo biológico para el o los comitentes y para la mujer que gesta la causa- fin puede ser el de dar la posibilidad a otra persona de tener un hijo (gratuito) o recibir un pago (oneroso).

“contrato de alquiler de vientre sería un contrato a mi entender de objeto ilícito por la finalidad con la que se estaría realizando este contrato que se prestaría para finalidad de lucro o algo relacionado con eso o sea con tratar de obtener un beneficio económico con ese tipo de contrato” (entrevista 2).

La nulidad del contrato es en virtud de su objeto, en cuanto a la indisponibilidad de la persona humana, de la maternidad, del estado civil del hijo, está fuera del comercio de los hombres, va contra la moral y las buenas costumbres, supone un fraude respecto a la normativa de adopción y una transacción no permitida.

Los servicios de incubación en un útero ajeno constituyen de iure conditio, un servicio que contraviene las leyes, la moral y las buenas costumbres. Repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las relaciones interpersonales (Martínez Pareda Rodríguez y Massigoge Benegiu, 1994).

“Sería ilícito para mi se prestaría a mi entender para cualquier tipo de estafa entre las partes con relación a terceros podría darse algo de la parte penal, amenazas o cualquier tipo de



delitos. Se estaría cometiendo un delito y en el medio estaría un menor o un derecho a la identidad o una familia”(entrevista 2).

El profesional entrevistado prevé los innumerables posibles conflictos, no sólo el de la filiación por lo que categóricamente considera su ilicitud. Ponemos en disponibilidad de las personas que naturalmente no lo son, los vínculos de filiación.

Otros entrevistados se mostraron con opinión favorable:

“Yo creo que es factible, que ese contrato va a tener efecto entre las partes contratantes solamente y que ese contrato se puede pactar que la madre que preste el vientre se va someter a controles médicos, no va a tomar, no va a fumar, observar las pautas que de pronto le van a fijar digamos las personas que están interesadas en que el nacimiento se produzca sano y bien. Para mí lo que se puede llegar a discutirse el precio que puede llegar a convenirse, para mí podría encuadrar en el artículo 17 sobre que puede tener una finalidad afectiva, finalidad social” (entrevista 3).

Cabe acotar que en el artículo 17 sobre “Derechos sobre el cuerpo humano”, se menciona que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

En este artículo se hace referencia a que no existe un valor comercial y de aplicarse a la prestación de gestar al niño no existiría un derecho sobre el cuerpo humano que pueda ser retribuido comercialmente. Sólo refiere a que se podrá disponer con: *finalidad afectiva, finalidad social*. Se puede inferir que esta normativa esta acorde con el suprimido artículo que trataba la maternidad por subrogación al presentarse el Anteproyecto de la Comisión Reformadora que debía ser gratuito.

“Este un acuerdo privado que produce efectos entre las partes pueden reclamarse los derechos y obligaciones derivadas de ese contrato. Si nosotros lo trasladamos al marco legal ahí puede ser discutible pero de pronto una persona, supongamos que se pacta un precio si no se le paga puede reclamar judicialmente el pago, ahora habrá que ver que valor le dará el juez, para mí no sería ilícito”(entrevista 3).

Aún queda pendiente el análisis de una ley especial o de la práctica jurisprudencial, de llegar a debatirse en sede judicial si una mujer que ha gestado y no se le ha dado una contraprestación acordada, si se le reconocerá este derecho.

En principio, como la entrevistada nota no se puede saber un criterio a dar un justiprecio a esta prestación. Porque implicaría valorar cuanto vale la mismísima gestación, el precio a la restricción de la disponibilidad del cuerpo de la mujer, como lo anticipa Wayar (2004), quien es de la opinión que para que los actos lícitos den lugar a obligaciones, se requiere que la prestación y el objeto tengan un valor patrimonial y que el interés del acreedor merezca la tutela del orden jurídico, aunque carezca de valor económico (interés no patrimonial).



Como ya analizamos la prestación es la gestación, el objeto la entrega del niño, el mismísimo niño, con lo que si tuviéramos que clasificar estaríamos ante una obligación de dar cosas ciertas. Que a mí entender “cosa” que se encuentre en el patrimonio del deudor, no se podría aplicar o sería inaceptable en nuestro derecho aún. Y es el argumento más fuerte para descartar a los contratos como fuente de esta “obligación”.

Es por eso que lo que sí se podría hablar de reclamar por equidad una compensación por los gastos de los controles médicos, la comida, medicamentos, etc. Ya que son monetariamente determinados, es por eso que el criterio de gratuidad se mantendría a pesar de que se den estos pagos.

Lo que parece ser contrario a la dignidad humana “*Y constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable a la mujer del mercado de trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización a todas luces condenable y punible, pero no por ello de larvada realización*” (Martínez Pareda Rodríguez y Massigoge Benegiu, 1994:34).

Fundamentos de la ilicitud

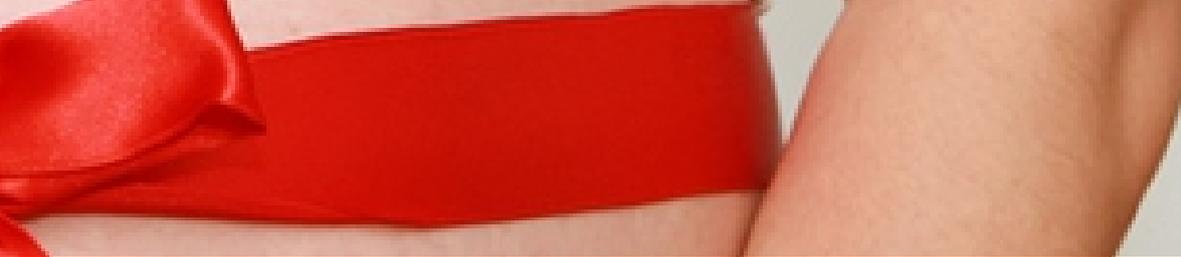
El contrato ilícito por razón del objeto comprende tres especies diferentes: el contrato ilegal o contrario a las normas imperativas; el contrato prohibido o contrario al orden público y el contrato inmoral o contrario a las buenas costumbres.

La primera especie queda descartada por no haber norma expresa prohibitiva. En cuanto a las dos últimas ocurre que no obstante ser conocido “*el criterio diferencial que remarca en las buenas costumbres su naturaleza extrajurídica o metajurídica, por provenir del mundo ético-social, y el orden público su carácter puramente jurídico, la distinción frente a supuestos concretos es ardua. Las definiciones de orden público abarcan o comprenden a las buenas costumbres, que Giorgi pensaba que se llegaría una diferencia sutilísima, viciada de muchas inexactitudes*” (Iturraspe Mosset, 2003:26). Por lo que sin hacer la antedicha distinción si es un contrato prohibido o inmoral, se hace pasible de las siguientes objeciones que abarcan a ambos (Rivera, 2004:41):

“1. Prescendencia del interés del niño:

En este tipo de acuerdo se tiene en cuenta el interés de los padres biológicos, pero no se considera el interés del niño, y nadie puede asegurar que el ser separado de la madre gestante con quien lo ha unido un nexo biosíquico durante nueve meses contribuya al interés del menor.

Por otra parte se privilegia el nexo genético, sin tener en cuenta que también son importantes los nexos creados durante el embarazo, ya que si bien los códigos genéticos son determinantes, también hacen a la futura personalidad del niño la salud física y psicológica



de la madre durante el embarazo, influyendo por ejemplo una buena alimentación, o los trastornos emocionales de la gestante.

2. Disocia voluntariamente la maternidad

Estas formas de reproducción plantean una doble maternidad, la de la madre gestante y de la madre biológica. Ha sido rechazada la gestación de sustitución por razones éticas al considerarse que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta, y que crea una distorsión deshumanizadora.

3. Es contraria al orden público

Por que genera inseguridades con respecto a la filiación. Ya que no se sabe si naturalmente hay que hacer prevalecer el lazo biológico o el vínculo de gestación. También porque dispone de derechos indisponibles e irrenunciables. Si bien puede admitirse como un derecho personalísimo el derecho de disponer del propio útero, lo que sí resulta indisponible e irrenunciable es la patria potestad; por ende, la madre gestante no puede renunciar por anticipado a sus derechos sobre el niño”

Fundamentos de la licitud

Para Roca Trías (Citado por Cifuentes, 1995) debe dejarse a la libre disposición de los individuos cuyos motivos no deben ser controlados ni limitados por la sociedad ni por el derecho. Se ponen límites a la libertad personal sin haber preceptos prohibitivos. Sería una tiranía degradadora de la persona, de su libertad corporal, intimidad y dignidad, que so pretexto de concepciones morales determinadas aunque sostenibles, la sociedad se entrometiera en lo más individual y autónomo que tiene. Podrá enseñarse la acción moral, no es admisible constreñir a realizar actos que se consideran morales ni impedir actos que sin atacar el orden y los intereses colectivos o de terceros, se estimen reñidos con la ética.

Esta opinión extraída es alusiva al derecho de intimidad y a la libertad de procreación. Y no al caso de maternidad por sustitución, es importante esto, porque la doctrina a la que tuve acceso, siempre se hablo de su ilicitud al igual que de la posibilidad de realizar fecundaciones heterólogas, lo que ahora sí se permite legalmente. Por lo que son las opiniones de los profesionales la mayor fuente:

“Creo que caen sobre la orbita del art.19 de la C.N..... porque el nuevo código establece la autodeterminación y es un código que establece la autonomía de la voluntad, en muchísimos casos. Si decimos que incluso la persona puede no querer alimentarse, no someterse a tratamientos médicos, hasta los adolescentes de 16 años pueden no querer sujetarse a un tratamiento médico por supuesto previa información de las consecuencias que le va a traer no someterse, cuanto más en estos casos” (entrevista 4).

Por su parte la postura favorable reconoce que no existe en nuestra Legislación o al menos desconocen una normativa específica. Y miran la posibilidad de que se brinde la oportunidad a todos los ciudadanos de poder acceder en igualdad de condiciones, a lo que



otros con mayores ingresos pueden, realizar estas prácticas en el extranjero. Y que el nuevo código parece cambiar de paradigma a uno donde la autodeterminación y la autonomía de la voluntad están en primer plano.

“Opino obviamente que ante la imposibilidad de la naturaleza o por intervención humana como una mala praxis médica estoy de acuerdo con el alquiler de vientre. Legislarlo o ponerlo en un conjunto de normas que regularice la situación esta, para mí es necesario. En legislación extranjero esta contemplado. Este derecho esta limitadas personas que pueden acceder a un viaje al extranjero”(entrevista 4).

Por lo que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, no perjudique a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”(art.19 C.N).*

“Tendría un objeto lícito, de tener un hijo propio cuando tienen limitadas esta posibilidad, que se tenga una familia de la cual se parte, se llega a ser feliz, y que no se cuarte esta posibilidad.” (entrevista 5).

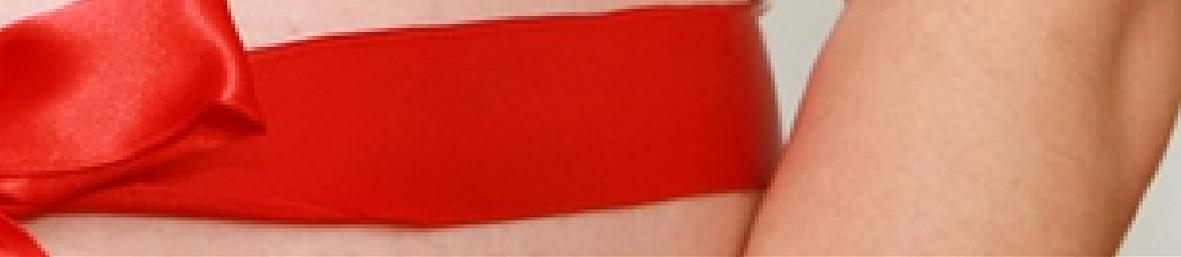
También al tratar de efectos nota:

“Los efectos jurídicos no quedarían limitados a la pareja que solicita, que tiene la voluntad procreacional necesariamente hay una tercera persona que va a crear un vínculo por tenerlo tanto tiempo. Independientemente que no sea sus óvulos, pareja de la persona que es padre, para mí tendría efectos en las tres personas, no solamente la pareja que tiene la voluntad procreacional sino también la tercera persona que presta el vientre para alquiler. Para mi tendrían que intervenir muchos actores sociales especialistas en la materia, psicólogos, filósofos, licenciados, asistencia social. Para que cada uno de su punto de vista a los fines que no queda nada fuera de la orbita digamos que se contemple todas las posibilidades, y se vean los efectos jurídicos colaterales que pueda tener la celebración de este contrato” (entrevista 5).

Este acuerdo sin dudas, tiene una particular naturaleza jurídica porque si bien, no genera las típicas obligaciones, porque considero que no se podrá realizar una ejecución forzada, carece de valor jurídico y que siempre se requerirá de un planteamiento judicial, que determinará la maternidad, lo que no estará limitado por lo antes pactado, sino por las circunstancias del caso. Aunque si parece generar muchos derechos, si bien consienten que los padres serán los que tuvieron la voluntad procreacional. Al respecto nuestro informante nos decía:

“Debería predominar la voluntad procreacional, porque es la voluntad de constituir la familia si se saca esa voluntad no habría ningún contrato, es lo que le da vida a este acuerdo de voluntades. Al aceptar el matrimonio igualitario, estamos admitiendo esta posibilidad.” (entrevista 5).

Tal como primer fallo de maternidad subrogada/ gestación por sustitución en Argentina, Justicia Nacional Junio 2013 la Juez **María del Carmen Bacigalupo**, a cargo del **Juzgado**



Nacional Civil del Juzgado N° 86 dijo que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera.

Si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que *"...el niño no estaría en este 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 método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo"*.

Mi crítica es que si consideramos a la voluntad procreacional sola no habría logrado nada. Lo que decidió la existencia del niño y no es menos relevante que si consideramos la causalidad como factor determinante, es la concurrencia de la voluntad de la mujer gestante. Por lo que son todos confluyeron en el resultado siendo partes esenciales. También el profesional aludido, acoge con visto favorable que se reconozca a la gestante un derecho de comunicación:

"Para mí si la persona, si no está legislado bien, y la persona pretende una adecuada comunicación para mí no debería negarse ese derecho por cuanto los nueve meses de gestación me parece que es algo único que vive la mujer, y si se produce un vínculo debe permitirse la adecuada comunicación con la madre gestante, esa es mi opinión particular."(entrevista 5).

Solución que ya se dio en 1988 en el caso *"Baby M"*. Es claramente palpable que el contenido humano de los vínculos que formamos, nos hacen admitir un derecho a comunicarse de la gestante.

Postura indefinida

Llambías identifica como sinónimos la moral y las buenas costumbres. Se han elaborado dos opiniones que es un concepto relativo dependiente a la *aceptación general que hagan de él los individuos* opinión de Salvat y la del autor antes citado que se habla de la *moral católica*. Borda adopta una solución intermedia en la que considera que el juez no debe adoptar un criterio muy riguroso para juzgar la moralidad de un acto; sólo cuando choca abiertamente con lo moral, debe declarar su invalidez. De lo contrario se estaría en el terreno resbaladizo y peligroso, pues, desgraciadamente, la perfección no es patrimonio del ser humano.

El juez debe apreciar el caso con el criterio de un hombre honorable (Borda, 2002). Hay profesionales que aún a pesar de haber demostrado en las demás preguntas una postura moral adversa a esta contratación, no han podido aclarar si es o no ilícito a su entender, por no querer generalizar su postura como la moral media la propia y están a la espera de la postura jurisprudencial.

"Para mí mas que un contrato licito o ilícito es inmoral contrario a la moral y buenas"



costumbres” (entrevista 6).

Si a su parecer es inmoral se configuraría un contrato inmoral, con lo que es ilícito. Aun están en la incertidumbre de lo que la jurisprudencia se expida al respecto, por lo que no arriesgan tachar tajantemente de ilícito el acuerdo.

“Creo que caen sobre la orbita del art.19 de la C.N. no son humanas ni antihumanas pero son realidades, son prácticas que se dan desde la antigüedad que cuando una mujer no podía concebir le pedía a otra que preste su vientre, así que no puedo decir humanas o antihumanas si son lícitas o ilícitas. Creo que son lícitas si no hay un rédito económico o si uno lo haría para tener una actitud con cierta persona pero sabemos que este tipo de practica se da en situaciones extremas en donde una persona o un matrimonio o una pareja pasan por ciertas situaciones de no poder procrear y entonces acuden a estas prácticas. No se si es licito o ilícito. Me inclino a lo humano y antihumano. Y creo que no es humano ni antihumano sino que son realidades” (entrevista 3).

Cree que en ciertos casos podría considerarse lícito, sin afirmarlo completamente, más pareciendo ser excepcional y supeditando a circunstancias concomitantes como la gratuidad, debido a que es un tema que ha quedado en esos tonos grises jurídicos, a consecuencia de que la legislación no dice al respecto nada expresamente.

La determinación de la filiación materna

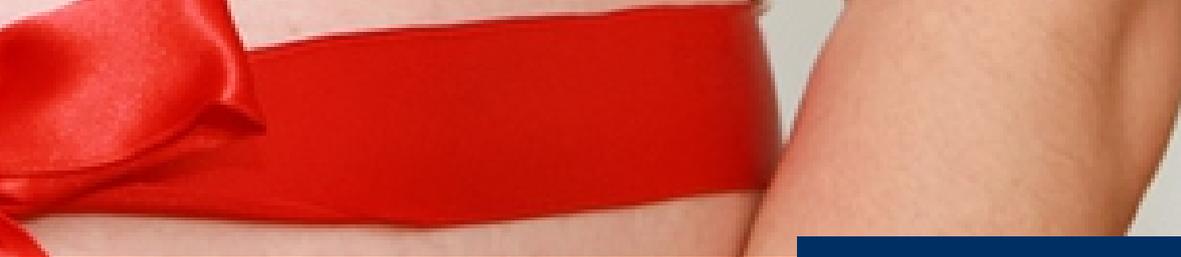
De acuerdo con el texto del art. 242 del Código Civil es madre la mujer que ha dado a luz, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada, aunque no sea la madre genética, ni hubiese querido tener al niño. Se quiso garantizar que la progenitora quede determinada con el parto sin necesidad de reconocimiento, para que no quede sin filiación establecida (Highton de Nolasco y Bueres, 2011).

Esta es la interpretación que los autores realizan del art. 242 C.C., se reproduce en el nuevo art. 565 del C.C.C. que expresa la maternidad se establece con la prueba de nacimiento y la identidad del nacido.

También se expone que el contrato de maternidad es nulo por tener un objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres (art. 953 del C.C.). En consecuencia, no tiene fuerza vinculante y no habría acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Consideramos que, sin perjuicio de buscar los mecanismos para desalentar esta clase de contrato, una vez nacida la criatura debe tenerse en cuenta la voluntad proacrecional, para determinar la maternidad, o sea, la quien ha querido tener al niño y asumir esa función materna. El lazo filial no puede basarse en el nexo biológico, porque tanto lo tiene la mujer que aporó el óvulo como aquella que lo albergo en el útero y lo dio a luz. Cualquier opción pecaría de arbitraria. (Highton de Nolasco y Bueres, 2011).

La crítica que le hace Mazzinghi (1999) a la valoración del elemento intencional resulta



excesiva y de alguna manera transforma al hijo, cuya maternidad ha de establecerse, en algo muy semejante, al objeto de un contrato, respecto al cual la decisión de las partes es decisiva. Cuando se trata de filiación, el “objeto” es una persona humana y su dignidad no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos. Y nos dice que considera que ninguna podría impugnar la filiación ya que implicará alegar la propia torpeza y volverse contra los propios actos. Por lo que el medio para la determinación de la maternidad, es el vínculo biológico que resulta del parto. Los romanos decían que el parto sigue al vientre y, por eso, que la maternidad es siempre cierta. Ello requiere acreditar ciertas circunstancias.

El parto de la mujer, que ella ha dado a luz al hijo que se le atribuye como su hijo. La identidad del nacido; el niño que la mujer dio a luz en el parto es el que, mas tarde se inscribe como su hijo. Por lo que la identificación se vuelca en una ficha donde se encuentra la impresión decadecimal de la madre y las impresiones palmares y plantares del niño (Bossert, Zannoni, 1998).

Voluntad Procreacional

“Debería predominar la voluntad procreacional, porque la voluntad es constituir la familia, si se saca esa voluntad no habría ningún contrato, es lo que le da vida a este acuerdo de voluntades. Al aceptar el matrimonio igualitario, estamos admitiendo esta posibilidad” (entrevista 4).

“Si se legaliza y la contempla sería sobre la filiación por técnicas de reproducción asistida que se determina por la voluntad procreacional. (entrevista 3).

Y en el mismo sentido nuestra entrevistada 5, agrega:

“el código actualmente establece que la persona humana comienza la existencia desde la concepción y no dice en el seno materno o sea que la concepción puede darse en el laboratorio, en una probeta y después materializarse en un vientre” (entrevista 5).

Ella considera que el niño nacido desde la concepción en la probeta se ha determinado su filiación por aquellos padres que son los que han querido a través de su voluntad procreacional, que él naciera.

Este razonamiento se sostiene en que es persona humana desde la unión de los gametos, ya que sólo de ese modo se puede hablar de filiación ante la existencia de una persona humana a quien corresponde ese derecho. Contrario a la posición de la Corte Interamericana, que lo considera desde que el embrión es implantado, ya que no habría soporte de su vida.

En una parte de la doctrina era que se debía declarar madre a la persona que da a luz, que este era el hecho que atribuía el estado de progenitora y que ésta no podría impugnar la maternidad, por no poder alegar su propia torpeza al pactar sobre intereses que por la



legislación estaban prohibidos. Y que a su voluntad quedaba dar al niño en adopción, volviendo posteriormente al parto a ratificar su voluntad de entrega. Y la otra la de la voluntad procreacional.

“Los efectos jurídicos no quedarían limitados a la pareja que solicita, que tiene la voluntad procreacional necesariamente hay una tercera persona que va a crear un vínculo por tenerlo tanto tiempo”.(entrevista 5).

“La determinación de la maternidad no va estar dada por la reglas generales, lógicas y naturales sino por reglas jurídicas establecidas caprichosamente por el legislador.”(entrevista 6).

Con lo que acepta el voluntarismo con el que la legislación específicamente se llegará a pronunciar, aunque omitió dar el criterio que él sostenía. Es evidente ante la inquietante pregunta foco de la investigación, los profesionales se inclinaron por la voluntad procreacional, por ser la que se contempla al regular la filiación por técnicas de reproducción asistida, y por ser la innovación el espíritu del Nuevo Código Civil y Comercial. Solo uno de nuestros entrevistados se inclinó por la mujer que da a luz, aunque hizo la salvedad que esto se supedita a que el menor se integre a ese entorno familiar, de no ser así, con la familia donde este inmerso. *“la identidad estaría dada por quien lo cría o donde esta inmerso el menor”.* Por lo que si la mujer que da a luz no quiere al niño, podría inscribirlo directamente a nombre de los comitentes.

Derecho a formar una Familia

En el artículo 16 de la Declaración de Derechos Humanos habla de que todos tienen derecho a formar una familia.

La pregunta de si existe o no un derecho a concebir. Tiene tres repuestas.

“- Niega la existencia de un derecho subjetivo a concebir, y argumenta que la fecundación es un hecho de la naturaleza y por lo tanto, excluido de la libertad del hombre; que no existe un derecho al niño, que el niño no puede ser considerado un medio para un fin, por más importante que éste sea.

Esta es la postura que comparte la Iglesia Católica

“Un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como objeto de propiedad: es más bien un don, el más grande.” (Gaudium et Spes)

- Acepta la existencia de un derecho subjetivo, de un derecho personalísimo a la procreación y a la no procreación. Sostiene que es el correlato a la libertad de no procreación y en definitiva consiste, cuando quiero, como quiero y con quien quiero.

- La intermedia, lo reconoce como un derecho subjetivo pero con ciertos límites. Para Medina: el derechos del niño y el patrimonio genético de la humanidad. Díaz Guijarro tiene tres elementos. 1) la voluntad de la unión sexual. 2) la voluntad procreacional. 3) la



responsabilidad procreacional". (Grisetti, Kamada y Goñi, 2002).

La postura intermedia es la que se brinda como mayor respuesta dada, en algunos atendiendo que se vea la posible comisión de un ilícito, se reconoce como un derecho subjetivo pero con ciertos límites.

Acepta un derecho subjetivo a formar una familia

"El concepto de familia a variado, se ha ampliado, se ha dejado el concepto tradicional. Hoy en día es familia: mujer, mujer e hijo; hombre, hombre e hijo; mujer y hombre hijo", (entrevista Dra. Assad)

"el derecho de Formar una familia se afecta el derecho si no se contempla en la legislación como se contempla en otras legislaciones como en EE. UU. si se afecta el derecho de formar una familia, si hay persona que tienen un impedimento de procrear y lo pueden hacer de una tercera persona, aprovechar ejercer ese derecho, materializarlo constituir una familia, no afectaría el derecho de terceros, no exista afectación de nadie"(entrevista Dr. Chauque). En mi opinión, no considero que exista derecho al hijo, y que de darse este caso el nexo de filiación también se transformaría, en paridad debería reconocérseles un derecho de contacto a las dos mujeres como madres porque a través de dos esfuerzos concurren a dar vida.

Derecho subjetivo a formar una familia con ciertos límites

Si favorecería el derecho a formar una familia, un abuso de derecho es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres habría que determinar si es moral o inmoral, yo no puedo juzgar. Habría que volver al art. 19 lo que no está expresamente prohibido está ni permitido. Teniendo en cuenta la nueva legislación está abierta la posibilidad legislación que contemple estas realidades. La jurisprudencia ya está empezando a hacer ruido porque son realidades que se están dando. La ley se va expresar prontamente al respecto. Como ejemplos claros la ley de matrimonio o de divorcio. Tenemos en la Argentina casos de la maternidad por subrogación que van a terminar en ley. Si hoy es moral o inmoral va a depender de cada uno, si me preguntas desde mi punto de vista, desde mi moral es inmoral. Porque si existe en nuestra legislación brinda otras instituciones que brindan la posibilidad no tienen hijos de ser padres como la adopción" (entrevista Dra. Marquez).

"No se favorece el tema de la familia porque la familia no es lo que el legislador quiere sino lo que la sociedad decide. El legislador no puede decidir que sea familia la voluntad procreacional de una persona para que haya familia siempre es necesario dos personas, sino se puede esta la posibilidad de la adopción."(entrevista Dr. Albesa)

El derecho a formar una familia, depende también del concepto de familia. El profesional analiza que es un concepto trascendente a los planteamientos jurídicos. Se trata de lo que

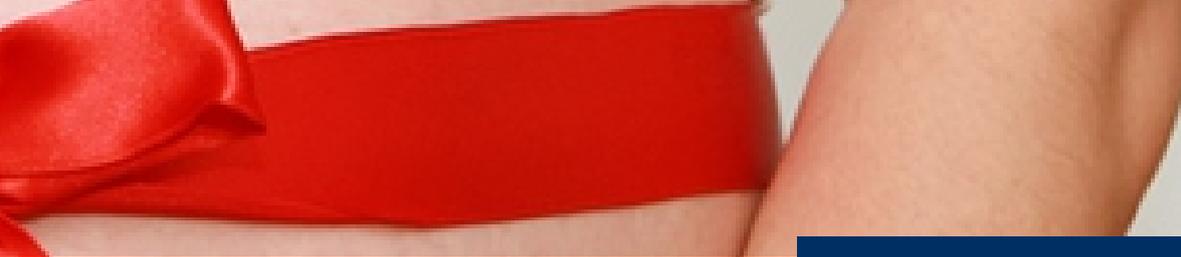


se considera derecho natural. Algo que es indisponible para los seres humanos a pesar de todo. Por lo que para él la familia se constituye por dos personas, a quienes se debe la generación de vida, a un hombre y a una mujer, los elementos esenciales que originan la vida. Y de no ser posible hay que recurrir a la adopción. Es razonable y desde un punto de vista moral apreciable que una persona ante dificultades muy grandes para concebir, recurra a la adopción como dos de los profesionales han propiciado como el medio que satisface el derecho a formar una familia y en el que no existen objeciones con el ordenamiento. En la vida de las personas siempre sumergidas en un azar de mayores o menores suertes, por mi parte considero que no es que la vida deba ser siempre lo que queremos, sino hacer lo mejor con lo que si tenemos. Y más si significa ayudar a otro ser a que tenga una familia.

Derecho a la identidad

“La Convención sobre los derechos del Niño, incorporadas a la constitución establece el derecho de los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres (art.9º) y a conocer su identidad (art. 8º). El Art. 7.1 de la Convención reconoce el derecho de los niños a conocer a sus padres. Y agrega la garantía en el art. 8; “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño de preservar su identidad, incluidos nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

En consecuencia deben prohibirse los procedimientos de asistencia o fecundación heteróloga, es decir la utilización de material genético que no pertenezca al matrimonio o unión estable. La reproducción asistida solo debe aplicarse a parejas estables o matrimonios, cuando otras medidas de menor complejidad se hubieren desechado por inadecuadas, ineficientes o clínicamente inconvenientes”. (Colautti, Carlos E.2004). Esta dificultad de afectar a la identidad del niño avizoraba el doctrinario al permitir que material que no sea propio se implantara para la reproducción y también sugería limitar el uso de las llamadas técnicas complejas de reproducción asistida, que son las que unen a los gametos fuera del sistema reproductivo femenino, a parejas estables. Ahora si se permite en el C.C.C. la fecundación heteróloga, la ley 26.862 y el decreto reglamentario N° 956/2013 la regula todo lo relativo a reproducción asistida. Aún cuando se permite conocer a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida información del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud. Y hasta revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial para preservar el derecho a la identidad. La objeción más grande antes que jurídica es natural. La familia unida con lazos genéticos faculta a sus miembros la posibilidad de conocerse y aún así se han producido casos de medios hermanos que hasta tuvieron hijos sin saberlo y al momento de casarse se enteraron del impedimento matrimonial que pesaba sobre ellos. El



permitir la dación de gametos indiscriminadamente y su uso, sumado al anonimato, acrecienta exponencialmente este riesgo y además que los hijos al tener esta compatibilidad, hereden los genes recesivos y enfermedades de sus progenitores.

“La relación de filiación debe ser consecuencia, más que de la relación biológica, de una relación cultural y social, destacando Días del Corral la importancia que tiene la gestación para la formación psicológica del nuevo ser, lo que debe tener correspondiente traducción jurídica en la filiación materna. Dentro del grupo nadie defendió el puro criterio biológico, porque sobre todo hoy con las nuevas técnicas cabe la posibilidad de engendrar hijos sin la voluntad y hasta sin el conocimiento de las personas de que proceden los gametos. Pero, a la vez, la verdad biológica impone sus exigencias a la naturaleza de la filiación.” (Martínez Pareda Rodríguez, Massigoge Benegiu, 1994). Es que estamos en una dicotomía tanto la naturaleza como la relación social y cultural se hallan en una encrucijada sin salida aparente.

“En el caso “M.J. s/denuncia”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y lo Correccional ordenó que un menor se sometiera a un examen de histocompatibilidad con el objeto de que se pudiera conocer su verdadera identidad. La Corte, por mayoría revocó la decisión. El juez Carlos Fayt advirtió con sabiduría en su disidencia que “cabe afirmar como principio nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia conciente de la verdad”.

A su vez, la disidencia del juez Petracchi estableció los siguientes principios:

- Entre los derechos no enumerados debe incluirse el derecho de toda persona de conocer su identidad de origen. Poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende.
- Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz del pasado que permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal) es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura.
- El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a estos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego porque la específica “verdad personal” es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el individuo anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida elegidos desde la libertad. La capacidad para definir independientemente la propia identidad es central para cualquier concepción de la libertad
- Justamente por el carácter medular de la aspiración del ser humano a conocer a quienes lo han engendrado, son tan devastadoras las consecuencias de las vallas puestas en el camino de acceso a esa verdad.
- El derecho a conocer la identidad de origen opera en nivel de rango constitucional y que revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia no



le pude ser amputada o escamoteada. (Colautti,1999)

“no es un contrato que tenga validez, no solo estamos yendo en contra del derecho de identidad del menor, estamos contratando sobre cuestiones que no se puedan contratar aunque la ley te diga que si, la naturaleza te dice que no”. (entrevista Dr. Albesa)

Al tratar este tema, hasta las de posturas favorables que admiten este tipo de convenciones coincidieron en que si se afecta la identidad y una opinión consideró que la se crea un vínculo en la gestación y admitió un derecho de comunicación.

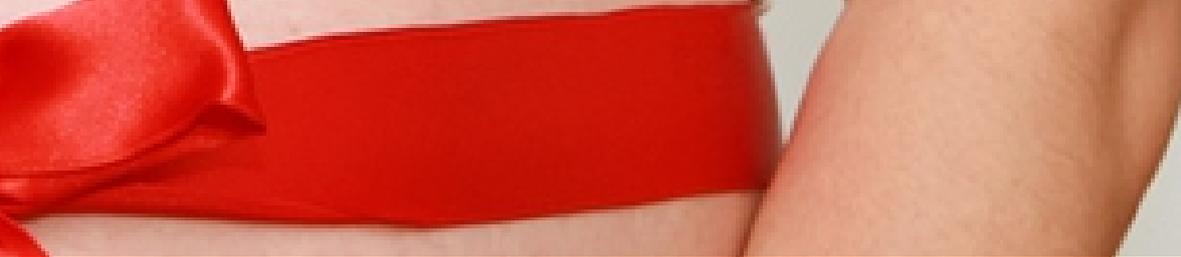
“Derecho identidad del niño, existen pedidos de la persona que presta el vientre a una adecuada comunicación por el vínculo que se creo. Uno puede decir que Se afecta la identidad del niño porque en un futuro pueda pensar que tiene dos madres, una natural y otra biológica o algo similar. Para mi si la persona, si no esta legislado bien, y la persona pretende una adecuada comunicación para mí no debería negarse ese derecho”. (entrevista Dr. Chauque),

La postura que sí considera un contrato con obligaciones exigibles, al momento de analizar el derecho a la identidad encuentra un escollo a su postura. Por lo que todos los entrevistados admiten que se crea con el acuerdo, una incertidumbre en el menor. Y se lo deja al azar de su propia reacción en el caso de que se le oculte el modo de su origen y que lo averigüe después.

“Si llega a su conocimiento la forma en que ha sido concebido si quiere conocer a la madre subrogante puede crearle una incertidumbre de quien es su madre”(entrevista Dra. Assad).

“A mi me afecta mi concepción acerca de este tipo de cosas, no puedo expresar libremente mi opinión porque no es natural y para mi si atenta o vulnera al derecho de identidad, por otro lado creo que son prácticas que se va a prestar a todo tipo de manipulaciones. Es muy invasivo y si mis hijos tuvieran esta situación yo les diría que existe instituciones con efectos claramente reconocidos, la adopción”. (entrevista Dra. Marquez).

La identidad del niño si se afecta, en las respuestas fueron concordantes, evoco la disidencia de Fayt y Petracchi, porque al leer entendemos lo importante que es saber su origen para el hombre. Las inseguridades y conflictos que puede plantearle para afrontar su vida. Juristas terminan debatiendo temas sin consultar a los niños, esta problemática deber ser vista de manera interdisciplinaria por los sociólogos y psicólogos que deben dictaminar de que manera los menores se perciben, como construyen su identidad, si los perjudicará y en que medida. A razón de que la fecundación heteróloga disocia los padres genéticos, de los que tienen el deseo de constituir la familia, la gestante. Y plantea muchos interrogantes morales, por mi parte entiendo que todos los niños quieren conocer a los padres con los que comparten genes, independientemente que amen o no a quienes los criarón. Vemos en los testimonios de los jóvenes que fueron sustraídos de sus familias en la dictadura como empezaron a sospechar y buscaron la verdad. No es la prueba más notoria de se han encontrado tantos nietos, por la constante voluntad de conocer nuestro origen.



Derecho de disposición del propio cuerpo

Al referirnos del derecho a la disposición del propio cuerpo interpretamos que cuando nos referimos a cuerpo estamos hablando del aspecto físico y material, uno de los componentes de cada humano que es pleno cuando está en conjunción con la parte anímica y corpórea. Y para a ser un despojo vacío cuando la vida de este se extingue. Cuando se habla de vida no se la puede cosificar y no se lo debe confundir con lo externo que le sirve de sustento. Los dos son requisitos existenciales para que exista la persona y las normas del derecho encauzan al cumplimiento de sus fines, lo que lo hacen ser sujeto iuris. (Cifuentes,1998). Tomando la definición de Cifuentes entendemos que el derecho a la disposición del propio cuerpo implica el aspecto físico tanto como el espiritual, que son indisolubles y que por lo cual impide que se cosifique a una persona dejándole disponer de su parte física sin tener reparos en su parte moral y anímica. Comprendemos que en consideración a esta definición lo que busca preservar además de lo externo es al aspecto incorpóreo de la persona en lo atinente a la dignidad.

Afecta el derecho de disposición del propio cuerpo

“El nuevo código trata de forma expresa lo que es la disposición del propio cuerpo aunque de forma muy por encima a mi entender si se esta afectando el derecho de disposición del propio cuerpo.”(entrevista Dr. Alaniz)

El eje de la pregunta intentaba hacer referencia a si se podía la mujer podía como derecho disponer de su cuerpo para la gestación de un niño. Para lo que el profesional considero que sí. Otro por su parte noto, que después de concebido también se debe respetar la vida del nuevo ser.

“Si se afecta el derecho a disposición pero hay que tener cuidado porque una vez que esta concebido, anidado el embrión el derecho de disposición del propio cuerpo es relativo porque ya hay otra persona a la cual hay que proteger”. (entrevista Dr. Albesa).

“Si podría ser que atente con los derechos del propio cuerpo como son técnicas que no entran en mi formación y que hay instituciones mas importantes como ser la adopción, creo que si seria atentatoria como ya lo dije antes son técnicas que no es humano ni antihumano y va depender de lo que cada uno es dueño de su propio cuerpo sino a lo que cada uno disponga acerca de su propio cuerpo, no solamente lo que dispongan las leyes, la legislación guarda silencio, de que existen, existen y no lo podemos desconocer este tipo de práctica, ni la jurisprudencia lo ha desconocido”(entrevista Dra. Marquez)

No afecta el derecho de disposición del propio cuerpo

“No afecta al derecho de disposición del propio cuerpo, no se afectaría si presta su consentimiento, si no esta viciado su voluntad, libertad, discernimiento, intención.”(entrevista Dr. Chauque).



“Yo no creo que se afecta el derecho de disposición de propio cuerpo porque el nuevo código establece la autodeterminación y es un código que establece la autonomía de la voluntad, en muchísimos casos. Si decimos que incluso la persona puede no querer alimentarse, no someterse a tratamientos médicos, hasta los adolescentes de 16 años pueden no querer sujetarse a un tratamiento médico por supuesto previa información de las consecuencias que le va a traer no someterse, cuanto más en estos casos.”(entrevista Dra. Assad)

Conclusión

En el anteproyecto donde se regulaba que la mujer debía ser capaz y que todos los intervinientes prestaban su consentimiento informado, la gratuidad, que no se someta a mas de dos procedimientos de este tipo, que haya tenido al menos un hijo, demostrar por los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar a término un embarazo. Y que para proceder a la implantación del gameto necesitaba autorización judicial, bajo apercibimiento de que la filiación se atribuya por naturaleza. Al estar suprimido, concibieron los profesionales en su mayoría se trato como forma adecuada la determinación de la filiación materna la voluntad procreacional, en el art. 562 Voluntad procreacional expresa: Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz. En el comentario del artículo dice que se trato de incluir a aquella persona que daba a luz, luego de cambiarse de género para que sea considerada en lugar de madre, padre. Así estar a la altura de la legislación de vanguardia ya incorporada. Interpretado literalmente, sugiere este artículo que para determinar la filiación sigue siendo aún cuando haya habido una técnica de reproducción humana asistida, el hecho jurídico: de dar a luz. Aunque la jurisprudencia, ha ya reconocido ser la madre a quien no da a luz. Como desde un principio se dijo, habrá que estar al caso particular. Pero se aconseja no realizar esta práctica debido a que nuestro derecho continúa con una posición de abstención a su regulación y hay cuestiones éticas que aunque la ciencia haya avanzado, no se pueden suprimir. Si bien, la mayor conclusión a la que llego es que el derecho a la identidad esta afectado. Y tomando en cuenta la jerarquía constitucional, no debería ser reconocido el pacto por esto como lícito y en el caso de darse, estar al interés superior del niño. Y será una tarea pormenorizada, el realizar el análisis en cada caso. Pero conforme al derecho actual, no pasará mucho tiempo de que se vuelva algo común. Por lo que el tiempo no demostrará mejor que nadie, cuál es la postura a seguir en este caso. Ya que este código confía en los jueces la resolución de conflictos, sólo dándoles principios orientadores.



Bibliografía

- CIFUENTES, Santos (1995) Derechos personalísimos. Astrea
- COLAUTTI, Carlos E. (1999) Derechos Humanos Constitucionales, Rubinzal Culzoni
- COLAUTTI, Carlos E. (2004) Derechos Humanos, Universidad
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1996) Manual de la constitución reformada: tomo I. Ediar
- BORDA, Guillermo (2003) Manual de contratos. Abeledo - Perrot
- BUERES, Alberto J. (Dir.); HIGHTON, Elena I. (Coord.)(2011) Código civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial. Normas complementarias. Hammurabi
- GRISSETTI, Ricardo Alberto; GONI, Néstor I; KAMADA, Luis Ernesto (2002) Derecho civil parte general. Tomo 1. El Fuste
- ITURRASPE MOSSET, Jorge (2003) Contratos. Rubinzal-Culzoni
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín (2001) Tratado de derecho: parte general. Tomo II. Abeledo - Perrot
- LORENZETTI, Ricardo Luis(2014) Código Civil y Comercial Comentado. Rubinzal-Culzoni
- MARTINEZ PAREDA RODRIGUEZ, MASSIGOGUE BENEIGU (1994) Maternidad por subrogación en el derecho español, Dykinson- Madrid
- MAZZINGHI, Jorge Adolfo(1999) Derecho de familia. Tomo 4. Ediciones Depalma
- RIVERA, Julio César (2004) Instituciones de derecho civil: parte general. Tomo I. Abeledo - Perrot
- VIGO, Rodolfo Luis (1999) Interpretación jurídica. Rubinzal - Culzoni
- WAYAR, (2002) Tratado de Obligaciones LEXIS
- ZANNONI, (1998), Derecho de familia . Rubinzal - Culzoni