



## **XXXI ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL**

### **1º EDICION VIRTUAL**

Tema I: Derechos de las familias y derechos humanos, su relación con la actividad notarial en el C. C. y C.

“La voluntad procreacional en sede notarial como creadora de las familias modernas”

Autoras: María de los Milagros Iglesias y Alina Berenice Barolin.

## Ponencias

1- El Notario es el Profesional del Derecho indicado para recibir y dar forma jurídica a la voluntad procreacional de los progenitores por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), plasmando en la seguridad de la escritura pública, no solo la protocolización del consentimiento informado para las prácticas de reproducción humana asistida, sino que también recepta y plasma los anhelos de los requirentes respecto del destino de sus gametos para el futuro. Como corolario de esta actividad notarial, proponemos la creación en los distintos Colegios Notariales del país de un registro de voluntades procreacionales, similar y con la misma finalidad que los ya existentes en algunos Colegios para los actos de autoprotección y de última voluntad.

2- Insistimos en la aprobación e incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación de la gestación por sustitución o subrogación de vientre con el objetivo de evitar la práctica actual de recurrir a la vía judicial para obtener el reconocimiento de la filiación, ya contemplada en los Proyectos de Ley autoría de las Diputadas Gabriela Estévez\* junto con Marisa Herrera y otro por la Senadora Laura Montero\*\*, modificándose de esta manera el artículo 565 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación en el sentido de incorporar otros medios para la determinación de la maternidad: La escritura pública notarial que recepta la voluntad procreacional de los progenitores que aportan sus gametos y cuyo embrión se gesta en un vientre subrogado.

### Técnicas de reproducción humana asistida: algunas precisiones.

Las ciencias médicas han estado desde siempre al servicio de la salud y de la vida humana. Por ello la concepción de un nuevo ser humano no ha quedado exento de su injerencia.

La fecundación humana puede definirse como el fenómeno en virtud del cual se fusionan los gametos masculino y femenino, tiene lugar en la región de la ampolla de la trompa uterina, que es la parte más ancha de la trompa, localizada próxima al ovario.

Los espermatozoides y el ovocito se mantienen vivos en el tracto reproductor femenino durante 24 horas aproximadamente. Los espermatozoides pasan rápidamente de la vagina al útero y después a las Trompas de Falopio. Este ascenso es causado por contracciones de las capas musculares del útero y de la trompa<sup>1</sup>.

Así, aquellas personas que por distintos motivos no pueden concebir un descendiente de manera natural, cuentan con diferentes alternativas para ello, llamadas técnicas de reproducción humana asistida. Dentro de ellas se encuentran principalmente: La inseminación intrauterina directa, La inseminación intraperitoneal, La Transferencia intratubárica de gametos (GIFT), Transferencia cervical-intratubárica de gametos, Transferencia tubárica de ovocitos, Transferencia uterina de gametos y Técnica de reproducción humana artificial o in vitro<sup>2</sup>.

Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos técnicas medico asistenciales de reproducción médicamente asistida.

En nuestro país contamos con la Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médicos- asistenciales de reproducción médicamente asistida, sancionada por el Honorable Congreso de la Nación Argentina el 5 de junio del 2.013 y Promulgada de hecho el 25 de junio del 2.013, cuyo objetivo primordial es garantizar el acceso igualitario integral a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida, siendo su autoridad de aplicación el Ministerio de Salud de la Nación.

En su artículo 7 establece que, tienen derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad, que de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

---

<sup>1</sup> BERNAL CAMARGO Diana R.: "Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia", Revista Republicana N° 6, pag. 16.

<sup>2</sup> Por razones de extensión del trabajo, no definimos cada una de las técnicas. Ver en BERNAL CAMARGO Diana R.: "Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia", Revista Republicana N° 6, pag. 16 y 17.

La Ley está orientada principalmente a que el sector público de salud y las obras sociales incorporen como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados o beneficiarios cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, los procedimientos y técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción medicamente asistida.<sup>3</sup>

Este avance normativo responde a la necesidad de garantizar los múltiples derechos humanos implicados en el acceso a la maternidad/ paternidad mediante Técnicas de reproducción humana asistida y que fueron puestos de resalto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) contra Costa Rica”<sup>4</sup>, del 28 de noviembre del 2012. En este precedente, el Tribunal concluyó que la decisión de la Corte Constitucional de Costa Rica de anular el decreto mediante el cual se regulaba el acceso a la fertilización in vitro en ese país vulneró los derechos consagrados en los artículos 5: derecho a la integridad personal; 7: derecho a la libertad personal; 11: protección de la honra y de la dignidad y 17: protección a la familia de la Convención Americana, constituyó una interferencia en la toma de decisiones sobre un ámbito de la vida privada y familiar y una limitación del derecho a fundar una familia, que comprende la decisión de convertirse en padre o madre, así como la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla.

#### Importancia del consentimiento informado

Tratándose de derechos personalísimos, la disposición de ellos no es absoluta sino relativa y cobra mayor importancia la manifestación de la voluntad, exteriorizada por medio del consentimiento. El consentimiento informado es el procedimiento

---

<sup>3</sup> Ley 26.862. Art. 8º. “Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida...”

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Justicia, fallo “Artavia Murillo y otros (fecundación in-vitro) c/ Costa Rica”, 28/11/2012. Ver fallo completo en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o práctica médica, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos del estudio o de la aplicación de tales técnicas, los beneficios, los posibles riesgos, las alternativas, sus derechos y responsabilidades<sup>5</sup>.

El consentimiento para someterse al uso de técnicas de reproducción humana asistida debe ser: previo, informado y libre. Asimismo el consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones de conformidad al artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La importancia del consentimiento previo e informado radica también en que se traduce en la manifestación de la voluntad procreacional, lo que determina la filiación con independencia de quien haya aportado los gametos, consagrándose así el principio de la voluntad procreacional frente al origen genético. Es decir, que en nuestro ordenamiento jurídico se establece como regla que los niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento, manifestando su voluntad y deseo de someterse a dichas técnicas, para lograr la maternidad y/o paternidad.

El Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 561 legisla sobre la forma que debe respetar la instrumentación del consentimiento informado: protocolización ante Escribano Público o certificación ante la Autoridad Sanitaria correspondiente a la jurisdicción. Asimismo el artículo 562 in fine requiere que el consentimiento previo, informado y libre sea debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Por otro lado el artículo 7 del Decreto 956/2013 establece que el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. En el artículo 3 del citado decreto dice que el consentimiento y su revocación deberán ser certificados en cada caso por la autoridad de aplicación, fijada por la ley especial en cabeza del Ministerio de

---

<sup>5</sup> LEMBO María L. (2.017), Técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial, intervención notarial, Revista del Notariado 925, Buenos Aires.

Salud de la Nación y la Superintendencia de Seguros de Salud, quienes podrán coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida.

Importancia de la intervención notarial a la hora de recabar el consentimiento informado y la voluntad procreacional.

El notario, como profesional del derecho a cargo de una función pública, reúne los requisitos de responsabilidad e idoneidad para generar un medio de prueba, a través de la escritura pública, considerándose irrefutable y válido para producir un vínculo jurídico tan relevante como lo es la filiación.

De esa manera podemos afirmar que el notario en el ejercicio de su profesión aplica los deberes éticos notariales, tales como la información, el asesoramiento, el consejo, la imparcialidad, la independencia y la legalidad, teniendo además como deber notarial el de proteger las declaraciones documentadas bajo el amparo de la fe pública, permitiendo desarrollar la seguridad jurídica preventiva y dar respuestas al requerimiento legal que plantea el articulado del Código Civil y Comercial y las leyes especiales referentes a la materia.

Plasmar el consentimiento informado o la voluntad procreacional de los progenitores con relación al destino que se le dé a los gametos ante distintos supuestos, como ser la muerte de alguno de ellos, divorcio o la incapacidad para concebir, entre otros, facilitaría la tarea de los médicos y/o jueces intervinientes debido a que la escritura pública no solo tiene la virtud de la conservación en el tiempo a través del sustento de la matriz del protocolo, sino también la calificación del notario en lo referente a los elementos volitivos y de competencia o capacidad de los otorgantes, así como también el asesoramiento respecto del tema en cuestión.

El consentimiento informado, como la voluntad procreacional expresada por los otorgantes del acto, es por esencia revocable- a través de la escritura pública- , así lo establece el artículo 561 del Código in fine: “el consentimiento es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona, o la implantación del embrión”. Por lo

tanto, una persona que ha sido sometida a TRHA de baja complejidad podrá revocar su consentimiento hasta el momento de la concepción. Mientras tanto, una persona que ha sido sometida a TRHA de alta complejidad podrá revocar su consentimiento hasta el momento de la implantación.

Con el objetivo de complementar la tarea notarial y brindar a los intervinientes (otorgantes del acto, médicos, jueces, etc.) un medio de consulta, con la publicidad adecuada surge imperiosa la necesidad de la creación de un registro de voluntades procreacionales, así como también el de sus revocaciones, el cual debería ser llevado a cabo por cada Colegio Notarial de las distintas Provincias como ya lo vienen haciendo en materia de actos de autoprotección y de última voluntad de manera ordenada y eficaz. Además para dotar de celeridad la consulta de los interesados y/o intervinientes a la hora de ejecutar dicha voluntad, sería de gran utilidad que estas consultas a dicho registro sean realizadas on line previo pago de la tasa respectiva, con un sistema similar al de consultas del RENAPER.

La jurisprudencia nos muestra lo mucho que hubiera facilitado la tarea de los tribunales de haber existido una voluntad plasmada en escritura pública por parte de las personas que deciden criopreservar sus gametos para utilizarlos con posterioridad o cuando se dan distintos supuestos en los que las personas manifiestan su voluntad de ser padres en vida pero no lo plasman en ningún instrumento, son ejemplos de ello: el caso “Hetch” de 1.993 en California<sup>6</sup>, caso “Diane Blood” de 1.995 en Inglaterra<sup>7</sup> y caso “Parpalaix” de 1.984 en Francia<sup>8</sup>. En nuestro país tuvo lugar el primer fallo del Tribunal de Familia número 3 de Morón del 21 de noviembre de 2011, en los autos “G.,A.P. s/ autorización”, con motivo de una acción declarativa de certeza iniciada por una mujer que pretendía seguir adelante con un tratamiento de fertilización iniciado con su marido (en vida de ambos), utilizando los gametos masculinos crioconservados de éste luego de su prematura muerte a raíz de un cáncer. El centro de fertilidad se negaba a proseguir el tratamiento previsto. El Tribunal resolvió favorablemente a la solicitud de la

---

<sup>6</sup> “Hetch c/ Tribunal Superior (Kane), 1.993, ver en <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/16/836.html>

<sup>7</sup> Ver en [https://elpais.com/diario/1998/12/15/sociedad/913676405\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1998/12/15/sociedad/913676405_850215.html)

<sup>8</sup> Ver en [https://elpais.com/diario/1984/08/02/sociedad/460245601\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1984/08/02/sociedad/460245601_850215.html)

actora y autorizó la utilización del semen criopreservado<sup>9</sup>. Otro caso mas reciente en nuestra jurisprudencia, es el de la Provincia de La Pampa sobre fertilización post mortem, donde el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería número 4 de Santa Rosa, falló el 30 de diciembre del 2015 en la causa “A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempre s/ amparo”<sup>10</sup>. Se trató de una pareja que tenía seis embriones criopreservados (con semen propio y óvulos de donante anónimo) con el propósito de lograr un embarazo, ante la muerte imprevista del varón, la mujer dedujo un amparo contra la obra social para que se la condene a otorgarle la cobertura integral del procedimiento y se autorice su realización, a lo que el tribunal hizo lugar, condenando a la obra social a otorgar a su afiliada, dentro del plazo de 10 días, la cobertura integral del proceso de reproducción humana asistida iniciado en el centro asistencial Procreate.

#### La gestación por sustitución en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La gestación por sustitución, la gestación por otro, la maternidad subrogada, madre suplente, madre portadora y el alquiler de vientre, son formas distintas de denominar la práctica por la cual una mujer se compromete a gestar un niño y entregarlo a otra persona (comitente), aportando su material genético (óvulo) o bien gestando un embrión aportado por los comitentes o donado por terceros<sup>11</sup>.

La técnica en cuestión no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento normativo positivo interno debido a la quita que sufrió el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial en la Comisión Bicameral, luego convalidada por el Senado. Este regulaba la figura de la gestación por sustitución en el artículo 562, el cual decía: “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

---

<sup>9</sup> Véase también <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/119>

<sup>10</sup> Ver en: [http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/02/FA.PCIAL\\_-JUZ.-1RA-INST.-CIV.-COM.-LAB.-Y-MINER%C3%8DA-N%C2%BA4.-SANTA-ROSA-LA-PAMPA.-Fertilizaci%C3%B3n-post-mortem.pdf](http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/02/FA.PCIAL_-JUZ.-1RA-INST.-CIV.-COM.-LAB.-Y-MINER%C3%8DA-N%C2%BA4.-SANTA-ROSA-LA-PAMPA.-Fertilizaci%C3%B3n-post-mortem.pdf).

<sup>11</sup> ZITO FONTAN Otilia del C. y SPINA Marcela (2016), Algo mas sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, Especial para revista notarial 982.



consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un 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”.

Es evidente que el Código Civil y Comercial de la Nación, por razones de índole moral y social suprimió lo referente a la gestación por sustitución, causando un vacío legal al respecto.

Sin embargo tanto la realidad como la jurisprudencia demuestran que estas prácticas se realizan con más frecuencia de la que se cree en nuestro país, debido a que resulta menos engorroso someterse a estas prácticas y luego obtener la filiación por vía judicial que lograr la adopción de un menor.

A raíz de la falta de regulación de fondo en nuestro derecho y apeándonos al aforismo: “todo lo que no está prohibido por la ley, está permitido” contemplado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, nada obstaría a que las partes intervinientes en un procedimiento como lo es la gestación por sustitución (gestante, aportantes de gametos y/o terceros donantes), concurren al notario con el objetivo de prestar el consentimiento libre e informado y su voluntad procreacional, regulando los lineamientos jurídicos en los que se basará la relación entre las partes, así como los derechos y obligaciones de cada uno, constituyendo así la escritura pública un medio de prueba fehaciente de la filiación del niño por nacer cuando la pareja aporta sus gametos, a los efectos de su inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas correspondiente.

Así también fue entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015), en la Comisión 6 de Familia, sobre "identidad y filiación", al tratarse el tema de la gestación por sustitución, se concluyó por unanimidad que "aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que está permitida". Además que no es una situación de anomia, puesto que en caso de silencio no se exige a los jueces del deber de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación) y la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, finalidades, leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

La falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico ha llevado a que las personas involucradas recurren a la vía judicial de manera preventiva, para requerir la autorización previa que exige el Centro Médico para realizar estas prácticas<sup>12</sup>. Esta situación conlleva a congestionar aún más los estrados judiciales, con cuestiones que deberían solucionarse en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las personas (principio inspirador del Código Civil y Comercial de la Nación).

Debemos tener en cuenta no solo el derecho constitucional interno, sino también el conjunto de instrumentos internacionales que constituyen las bases de los Derechos Humanos y en especial la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por el Estado argentino mediante la Ley 23.179, dándole rango constitucional y contemplando una serie de obligaciones que los Estados partes deben respetar, adoptando las medidas necesarias para asegurar -y no solo reconocer- la igualdad entre mujeres y hombres, erradicando toda forma de discriminación por razón del sexo, recibiendo especial atención su artículo 4, que establece: "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos", cuya enunciación no es taxativa respecto de lo que ha de entenderse como derechos comprendidos<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Juzgado Civil, Comercial y de Familia 2° Nominación, Villa María, Córdoba, "R., R. A. y otros s. Autorizaciones"; 08/06/2018, Rubinzal Online, 2908074 RC J 4460/18.

<sup>13</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1.979, cita on line <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) garantiza en los artículos 5.1 la integridad física, psíquica y moral y el artículo 17 protege la familia<sup>14</sup>.

Este complejo normativo obliga a los Estados a proveer lo conducente a la preservación de la familia, especialmente para su constitución.

#### Jurisprudencia Argentina reciente.

La jurisprudencia en nuestro país, en la última década ha reconocido varios casos sobre gestación por sustitución, los cuales tuvieron una recepción positiva en relación a la filiación a favor de quienes manifestaron su voluntad procreacional.

Así los tribunales de nuestro país han reconocido en el caso “R., R. A. y otros s/ Autorizaciones”<sup>15</sup>; que estas prácticas involucran la noción de salud reproductiva física y psíquica de las personas, además de su derecho a procrear, lo que se encuentra legalmente garantizado por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales. Es así que a pesar que el código unificado vigente no ha contemplado la maternidad por sustitución, dicha negativa no puede entenderse como una restricción o prohibición, porque ello implicaría vulnerar Derechos Humanos de rango constitucional.

En el caso el Juez entendió que la inscripción como hijo/a de quienes quieren ser su progenitores conforme el elemento volitivo expresado responde al interés superior del niño, premisa insoslayable bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, remarcando que el artículo 3 de la Ley 26.061 lo define como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, debiéndose respetar su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural y su centro de vida o lugar donde hubiera transcurrido la mayor parte de su existencia.

---

<sup>14</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, 1.969, ver cita on line: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

<sup>15</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación, “R., R. A. y otros – Autorizaciones”; Sentencia N°47, 08/06/18, Villa María. Fdo.: Fernando Martín Flores.

Si bien el concepto de interés jurídico 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 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 (legales, económicas, fácticas, etc.)”<sup>16</sup>.

En esta línea de pensamiento, la ya citada ley 26.862 da acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, en lo relativo a la cobertura médica de los tratamientos, si bien no menciona específicamente a la gestación por sustitución como uno de los procedimientos incluidos en el Programa Médico Obligatorio en su artículo 8, no puede ignorarse que la enumeración de los procedimientos es enunciativa, y además que el mismo artículo citado se encarga de establecer específicamente que no podrán introducirse requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios de las prácticas. Es por ello que parte de la doctrina considera que esta norma implica reconocimiento implícito de la gestación por sustitución.<sup>17</sup>

Más reciente en el tiempo, el fallo “D., J. E. y Otro/a s/ Autorización Judicial”<sup>18</sup>, dictado por el Juzgado de Familia número 8 de La Plata, en síntesis dijo que: “La gestación por sustitución, al no encontrarse prohibida, debe ser receptada favorablemente por la Justicia en la medida que no lesione derechos de terceras personas; máxime cuando la práctica elegida es consecuencia de la historia atravesada por la familia accionante y la ardua búsqueda de alcanzar la paternidad/maternidad, siendo éste el único camino posible para lograr gestar un hijo con material genético de ambos progenitores, conforme la historia clínica acompañada” y que “El artículo 562 del Código Civil y Comercial que determina que quien da a luz es el/a progenitor/a de los niños/as nacidos por TRHA es inconstitucional, pues, si bien no imposibilita la realización de la gestación por sustitución, trae como consecuencia la falta de

---

<sup>16</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora, Conf. Regulación de la gestación por sustitución, L. L., 10/09/2012, p. 1.

<sup>17</sup> KRASNOW, Adriana N., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 72.

<sup>18</sup> Ver fallo en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/06/17/fallos-al-admitirse-la-accion-de-simulacion-de-la-venta-de-un-inmueble-a-pedido-del-heredero-de-uno-de-los-vendedores-la-parte-pertinente-debe-imputarse-a-la-porcion-disponible-y-colacionarse-el-exc/>

inscripción registral con aquellas personas que ejercen este derecho humano fundamental, vulnerando sus libertades individuales y su capacidad de autodeterminación en materia reproductiva, al impedirse la materialización concreta de su deseo”.

#### A modo de conclusión.

La tarea notarial propuesta, entendida como la recepción de la voluntad de las partes, actuando en el marco de la autonomía de la voluntad y dando forma jurídica a la misma, se encamina a suplir la práctica actual de recurrir a la venia judicial para obtener una declaración de certeza de la filiación de un menor, ya sea que se hayan utilizado técnicas de reproducción humana asistida o gestación por sustitución.

De ninguna manera se está negando al menor su derecho a la identidad gestacional, a conocer sus orígenes, tal como lo prescribe el artículo 563 del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que pretendemos llenar un vacío legal, aún no resuelto, respecto a quienes manifiestan su voluntad procreacional y aportan su material genético a ser gestado por un tercero.

De esta manera, la modificación que proponemos del artículo 565 y concordantes del Código Civil y Comercial, para la determinación de la maternidad, en el sentido de agregarse al mismo, que la maternidad puede ser probada mediante un instrumento en el que conste la voluntad procreacional de los aportantes de los gametos independientemente de quien lo haya gestado.

#### Bibliografía.

- BERNAL CAMARGO Diana R.: “Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia”, Revista Republicana Nº 6, s.f., pag. 16.
- CASADO María, “Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho”, papers. 53, 1997, pag. 37 a 44.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, HERRERA Marisa, LAMM Eleonora, “Conf. Regulación de la gestación por sustitución”, L. L., 10/09/2012, p. 1.

- KRASNOW, Adriana N., "Tratado de Derecho de Familia", Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 72.
- LEMBO María L., "Técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial, intervención notarial", Revista del Notariado 925, 2017, Buenos Aires.
- SPINA Marcela Viviana, "Las técnicas de fecundación humana asistida como fuente de la filiación, una nueva incumbencia notarial cercana a la bioética", Congresos y Jornadas RN 978, 2014, pag. 923 a 936.
- TEITELBAUM Horacio, "Gestación por sustitución, abstención legal y ambigüedades constructivas", Congresos y Jornadas RN 978, 2014, pag. 849 a 862.
- ZITO FONTAN Otilia del C. y SPINA Marcela, "Algo mas sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", Especial para revista notarial 982, 2016.

#### Legislación.

- "Convención Americana sobre Derechos Humanos", Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22/11/1969.
- "Convención sobre la eliminación de todas las formas discriminación contra la mujer", Asamblea General de las Naciones Unidas, 03/09/1981.
- Ley 26.862, "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", Infoleg, Buenos Aires, sancionada el 05/06/2013 y promulgada de hecho el 25/06/2013.

\*No consignamos la jurisprudencia consultada por hallarse citada en notas al pie y links de acceso.