

## Gestación por Sustitución, falta de regulación y obligaciones del Estado

Por Sonia Knoll

Este artículo se propone reflexionar acerca de la gestación por sustitución, entendiendo que en esta práctica se encuentran comprometidos intereses fundamentales como la salud y el debate acerca de qué derechos posee la persona para disponer de su propio organismo, y hasta qué punto puede el Estado interferir en esta disposición, así como respecto de las particularidades de esta técnica de reproducción, concretamente en relación a las distintas situaciones que pueden llevar a algunas mujeres a utilizar sus cuerpos como objeto de contratos comerciales.

No pretende el presente artículo cuestionar las técnicas de reproducción médicamente asistida, ni los avances tecnológicos en materia de salud reproductiva.

Por otro lado, se comparten los argumentos vertidos en los fallos que tuvieron oportunidad de tratar el tema, que en líneas generales versaron sobre el derecho a decidir ser o no madre o padre, siendo esto parte del derecho a la vida privada, e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico<sup>1</sup>; sobre el hecho de que con la realidad biológica existen otras verdades – sociológica, cultural, afectiva– que también hacen a la identidad de la persona siendo todas ellas tuteladas por el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>; sobre el derecho a la identidad y el derecho de los niños a conocer a sus padres biológicos, así como a crecer y desarrollarse en su familia de origen, y a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres. En definitiva, sobre la necesidad de esclarecer la verdadera filiación de los niños y niñas, ya que ello importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer sus orígenes<sup>3</sup>.

Por Decreto Presidencial N° 191/2011 se creó la "Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación"<sup>4</sup>, que tuvo a su cargo el estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo, y la cual estuvo integrada por el doctor Ricardo Lorenzetti como presidente y las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

La gestación por sustitución estaba contemplada en el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), pero por pedido de algunos sectores de la sociedad se eliminó. Algunas voces del feminismo lo cuestionan por el uso de cuerpos de mujeres para satisfacer el deseo de maternidad/paternidad de personas de sectores medios/altos. Otros sectores reclaman que se legisle, convencidos de que el vacío legal es el peor escenario para la protección de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y niñas nacidas por esa técnica.

En el mencionado Proyecto se contemplaba expresamente la gestación por sustitución en el Artículo 562, que rezaba:

*“Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.*

*La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.*

*El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:*

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

<sup>1</sup> “Caso Artavia Murillo y otros. ‘Fecundación in vitro’ vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, considerando 143.

<sup>2</sup> “S G G. y OTROS S-/ FILIACION”, Sentencia del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 Rosario, 27 mayo de 2016.

<sup>3</sup> “N.N.O. s/ Inscripción de nacimiento”, Sentencia del 25 de Junio de 2015, Juzgado Nacional De Primera Instancia en lo Civil Nro 83. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires.

<sup>4</sup> El Proyecto y sus fundamentos pueden ser consultados desde la página web de la Comisión: <http://www.nuevocodigocivil.com>

---

*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”.*

En definitiva, se establecía como requisito una intervención judicial anterior, disponiéndose que los médicos no podrían proceder a la transferencia sin autorización judicial, asegurando el cumplimiento de los requisitos legales con carácter *previo* a la provocación del embarazo.

Asimismo, quedaba establecido que el acuerdo entre los o las comitentes y la gestante debía ser no retributivo.

En este sentido, creo que podrían ser aplicadas de manera análoga las normas vinculadas a la ética transplantológica que la OMS sancionó el 13 de mayo de 1991, en las que se reconoce, en primer lugar, que tanto el cuerpo humano en su totalidad como sus partes no podrán ser objeto de transacciones comerciales. Prohíbe el otorgamiento o la recepción de un pago, compensación o recompensa por los órganos; como también toda publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de órganos con el propósito de ofrecer o solicitar un pago.

En nuestro país la Ley N° 24.193 recepta estas normas, contemplando en su Artículo 15 la posibilidad de donación entre vivos, sólo con fines de trasplante, entre personas relacionadas (parientes consanguíneos o por adopción hasta 4° grado, cónyuge, concubino) contemplando asimismo la donación entre personas no relacionadas, debiendo estos casos ser resueltos por autoridad judicial, en el marco del procedimiento especial establecido en el Artículo 56, el cual establece plazos acotados para su resolución. Este procedimiento, utilizado en situaciones en las que no existe relación de consanguinidad o por adopción entre donante y receptor, asegura que los jueces intervinientes extremen todos los recaudos y medidas, garantizando que efectivamente se trate de un acto de “*carácter voluntario, altruista, desinteresado y solidario*”.

Parecería que algunas de estas previsiones fueron contempladas en el Artículo 562 del Proyecto del CCyCN, que luego fue eliminado. Sin embargo, lo cierto es que, por el momento, no existe en nuestro país una ley que regule la gestación por sustitución y, al no estar expresamente prohibida, la cuestión queda librada al tratamiento particular que se le pueda dar a cada caso en los Tribunales.

Es justamente respecto de estos puntos en donde resulta importante incorporar la perspectiva de género y de derecho a la salud. Si bien la mayoría de los fallos sobre el tema resaltan la plena capacidad de la gestante, el consentimiento informado, la buena salud física y psíquica de la misma y la no retribución, no debemos olvidar que, a falta de una normativa específica que regule en la materia, la intervención de los tribunales acontece una vez que la práctica ya fue realizada.

En este sentido, ¿se pueden proteger los derechos de las mujeres gestantes si requisitos esenciales como la capacidad, el consentimiento y las aptitudes físicas y psíquicas quedan sujetas a un fallo que los contemple *luego* de la provocación el embarazo?<sup>5</sup>

El desarrollo progresivo de los derechos sociales colectivos, entre los que se encuentra el derecho a la salud, consiste en garantizar que ellos se ejerzan en condiciones de igualdad y sin discriminación. Ello requiere que el Estado reconozca y garantice estos derechos de igual modo para toda la población y evite diferencias de trato arbitrarias. Pero también implica que el Estado contemple la existencia de sectores que se encuentran en desventaja en el ejercicio de los derechos sociales y adopte políticas y acciones positivas para garantizarlos<sup>6</sup>.

Resulta imperioso continuar promoviendo políticas y acciones fundadas en un concepto de igualdad sustantivo, que exige una protección especial de los derechos de ciertos grupos sociales que se ven vulnerados debido a una situación de desigualdad estructural, y la garantía del ejercicio pleno de sus derechos en un espacio libre de violencia y discriminación. El Comité DESC ha fijado estándares en materia del cumplimiento de las obligaciones respecto de estos derechos, estableciendo la obligación de adoptar medidas orientadas lo más claramente posible a su satisfacción y para que no queden condicionadas ni limitadas por ninguna consideración, como por ejemplo la adecuación de los marcos legales internos<sup>7</sup>.

No se puede negar el avance de la tecnología, ni ignorar el hecho fáctico de que la gestación por sustitución es una práctica que se realiza en la República Argentina, por lo cual la falta de regulación sobre el tema se traduce en la desprotección de las personas más vulnerables: los niños y niñas, los padres y madres biológicas con deseos de formar una familia, y la mujer gestante.

Por tal motivo, el vacío legal existente no implica una cuestión menor dada la necesidad de regular concretamente para poder determinar todas las proyecciones jurídicas que resultan de la práctica, distinguiendo su admisibilidad o no; el carácter oneroso o

---

<sup>5</sup> Esta posible desprotección estaba contemplada en el Proyecto de CCyCN, y en virtud de ello se establecía que los centros de salud no podrían proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin autorización judicial previa.

<sup>6</sup> Gowland, Sergio; Silva e Wagner, Inez: *Plan Nacional de Derechos Humanos. Metodología y perspectivas*. Ponencia del VI Congreso Argentino de Administración Pública, Resistencia, Chaco, 6-8 de julio de 2011, p. 8.

<sup>7</sup> Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

---

gratuito de los acuerdos; y el sistema de determinación de la filiación<sup>8</sup>. Asimismo, la posibilidad de lucro y de comercializar del cuerpo o sus partes podría dar lugar a un comercio muy peligroso.

Como señala Eleonora Lamm<sup>9</sup>, ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Sin perjuicio de que estas estrategias, en muchos casos, conllevan una intrínseca violación de derechos. Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa. La explotación de las mujeres sólo puede evitarse –atento a que se hace– con una regulación que controle y limite esta práctica.

En definitiva, y tal como afirma Stuart Hall<sup>10</sup>, el socialismo construido sobre la noción simple de un “retorno a la naturaleza” ha terminado. Estamos irrevocablemente en los “universos secundarios” donde la cultura prevalece sobre la naturaleza. Y la cultura, de modo creciente, nos distancia de la invocación a una base simple y transparente de “intereses materiales”. Del mismo modo, pensar que “el mercado” puede resolver estas cuestiones es evidentemente absurdo e insostenible.

Ante una demanda de la sociedad, el Estado debería articular su capacidad normativa y preventiva para no dejar desprotegidas y desprotegidos a sus ciudadanos. La resolución individual de este tipo de conflictos en sede judicial no soluciona el problema.

En consecuencia, y en virtud de las obligaciones asumidas internacionalmente, el Estado debe estar al tanto de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales y prever marcos regulatorios que contemplen la gestación por sustitución, evitando así la desprotección de los sectores más vulnerables.

---

<sup>8</sup> Gil Domínguez, Andrés., Famá, María V., Herrera, Marisa., *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Bs As, pág 249.

<sup>9</sup> Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución, Realidad y Derecho*, InDret, Revista Para el Análisis del Derecho Vol. 3, 2012., Barcelona, Julio 2013. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf) consultado el 21/10/2016.

<sup>10</sup> Hall, Stuart, *Nuevos Tiempos* (traducción Silvia Delfino especialmente para este volumen: La Mirada Oblicua. Estudios culturales y democracia. Buenos Aires, La Marca, 1993).