

La Gestación Subrogada en Argentina con respecto a la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

The pregnant gestation in Argentina with respect to the Law of Access to Voluntary Interruption of Pregnancy.

Daud, Florencia Marina

La gestación subrogada es una realidad dentro de la sociedad argentina que se viene practicando desde hace varios años enmarcada en un vacío normativo que no la prohíbe. Su práctica no está penalizada, aunque tampoco regulada. Dado que la Argentina fue el primer país latinoamericano (1) que reconoció a la familia homoparental, la gestación subrogada viene encadenada a estos derechos adquiridos ya que permite a parejas igualitarias de varones y a hombres solos construir un proyecto de vida familiar con descendencia.

Asimismo, como práctica médica también permite ayudar a parejas heterosexuales, igualitarias de mujeres y mujeres solas que no pueden llevar a término un embarazo sano por cuestiones de salud.

El Código Civil y Comercial de la Nación contempla a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como una tercera fuente de filiación en donde prima exclusivamente la voluntad procreacional por sobre la determinación basada en el criterio biológico, sin incluir a la gestación por sustitución (2).

La base jurídica sobre la cual se realizan estas prácticas en Argentina es el otorgamiento del consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho. Ello, sumado a una autorización

judicial en donde la jurisprudencia (3) ha venido declarando **la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, permiten la inscripción** definitiva del menor a nombre de los padres intencionales. La partida de nacimiento emitida por el Registro Civil y de Capacidad de las Personas de cada jurisdicción no mencionará a la gestante, pero si quedará ese consentimiento junto a la sentencia debidamente archivado en el legajo interno del Registro al cual el menor tendrá acceso respetándose así su derecho a la información consagrado en los arts. 263 y 264 del C.CyCom.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede optarse por una inscripción preventiva enmarcada en la disposición 93/2017 DGRC modificada por las disposiciones 103/2017 y 122/2020 DGRC del Registro Civil y de Capacidad de las Personas de C.A.B.A., las cuales nacieron a raíz de una medida cautelar enmarcada un proceso judicial aún en curso, sin sentencia definitiva (4).

Por su parte, la Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, promulgada el 25 de junio del 2013, tiene por finalidad “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1) entendiéndose por estas a “los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”, dentro de los cuales se comprende a “las técnicas de baja y alta

complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” y los procedimientos y técnicas que se desarrollen en el futuro autorizados por la autoridad de aplicación (art. 2) que es el Ministerio de Salud de la Nación (art. 3).

La gestación subrogada, por carecer de marco regulatorio, no es un procedimiento autorizado por lo tanto carece de cobertura por parte de los agentes obligados y en general los comitentes abonan los procedimientos de manera particular. Sin embargo, a la luz de nuestra Constitución Nacional, esta circunstancia afecta de manera discriminatoria a los implicados y es posible reclamar cierta cobertura por la vía del recurso de amparo de salud.

A diferencia de la donación de gametos que en Argentina es por lo general altruista y anónima, la gestación subrogada permite una compensación económica ya que si bien la gestante no puede enriquecerse mediante la gestación tampoco debería empobrecerse. Esta circunstancia, sumado a la falta de legislación, llevan a que en la práctica haya personas que se ofrecen como gestante para otros desconocidos a través de distintos medios como las redes sociales.

Por lo tanto, es habitual que se realice un contrato privado entre partes. Si el objeto de dicho contrato ha tenido en miras un fin comercial colisiona con normas de nuestro Código Civil y Comercial enmascarando un pago por un servicio en la apariencia de compensación de gastos del embarazo ya que el artículo 17 establece 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 (5).

Hay países como Canadá (6) en donde está permitida la gestación subrogada altruista, pero con un límite al importe que puede recibir la gestante como compensación de gastos. En nuestro país, al no haber legislación, no existe un tope para dicha compensación y puede lamentablemente simularse un pago real del servicio de gestar para otros mediante una supuesta compensación de gastos del embarazo.

En los casos en que la gestación es verdaderamente altruista y la gestante pertenece al círculo

íntimo de los comitentes también se suele redactar un contrato, ya que lo encuentran una herramienta útil para delimitar ciertos derechos y obligaciones como quien va a presenciar las ecografías y el parto, la identificación de la cobertura médica que se contratará para la gestante, etc (7).

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina nunca ha considerado al contrato de gestación subrogada nulo de pleno derecho tal como lo ha sostenido el Tribunal Supremo en España el 5 de abril de 2022 (8) un contrato entre comitentes y gestantes no podría establecer la obligación de interrumpir el embarazo por determinadas circunstancias ni de evitar dicha interrupción a discreción de la gestante, por ser la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo nro. 27610 de orden público y aplicable en todo el territorio nacional.

La ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar (art.1) y fue promulgada el 14 de enero de 2021. Establece claramente en su artículo 21 que “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina”. Orden público es el conjunto de condiciones fundamentales de vida social dentro de una comunidad jurídica contenedora principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad (9). Es imposible estudiar la noción de orden público sin recurrir a la Filosofía Jurídica.

¿Será posible alcanzar una noción universalmente válida del orden público? ¿O se debe limitar el ámbito del orden público a un derecho positivo determinado reduciendo su estudio a un tiempo y lugar particulares?

El orden público ha sido recogido en el Código Civil y Comercial (art.12) como un límite a la autonomía negocial de los contratantes.

Por otro lado, el nuevo Código introduce en su art. 962 una directriz de interpretación de los contratos. Establece la presunción del ca-

rácter supletorio del orden público, es decir, que como regla prevalece lo pactado por las partes por sobre lo establecido por el legislador. Esta norma puede verse como una apertura al principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, tal como lo expresa su texto, la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo es claramente de orden público por lo tanto en este tipo de contratos no podrá estipularse una obligación hacia la gestante a abortar ni se podrá tampoco prohibir que ella aborte en los tiempos permitidos por la ley, aún si ya ha recibido una compensación de gastos por parte de los padres de intención dado que la práctica de la gestación subrogada no está regulada por lo que no pueden exigirse obligaciones de resultado a ninguna de las partes contratantes. Como la gestación subrogada en Argentina es altruista y no tiene en miras un fin comercial no habría un perjuicio económico hacia los padres de intención, quienes no pueden hacer exigencias a la gestante que lesionen su intimidad, dignidad humana y autonomía de voluntad.

Es importante remarcar que en cumplimiento de dicha normativa se protege asimismo los casos en que estuviere en peligro la vida o la salud integral de la gestante y se evitan abusos contrarios a los principios de Derechos Humanos por parte de los comitentes al contrario de lo que sucede en otros países en donde el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo no está regulado y la gestante, en principio, no tiene acceso.

En nuestro Derecho se puede observar una postura favorable a la maternidad subrogada (10), que surgiría de una interpretación particular del Derecho Internacional Privado en materia de reconocimiento de filiación extranjera en el Código Civil y Comercial de la Nación. Es importante remarcar que dentro del vacío legal nada obsta a que personas que han realizado una transferencia de embrión al útero de una gestante incluso en un país extranjero puedan inscribir al menor en la República Argentina, si el niño nace dentro de la jurisdicción de C.A.B.A. Esto es así aún sin autorización judicial e incluso si los comitentes y la gestante son extranjeros. En ese caso la gestante, si cursa su embarazo en la Argentina, gozará de todos los derechos consagrados en la legislación

respecto a la interrupción voluntaria del embarazo. Es un panorama tentador para personas cuyos países no permiten la inscripción registral a nombre de los padres intencionales - a veces sólo se prohíbe cuando son hombres solos o parejas igualitarias de varones como los casos de Ucrania y Georgia- pero asimismo abre la puerta al turismo médico y a posibles casos de abuso.

Los dilemas aparecen en la proyección global de esta práctica y la pregunta es sobre qué criterios se funda el orden público internacional para prohibirla o permitirla.

Algunas posturas en Argentina ven la justificación de la gestación subrogada en la máxima de que lo que no está prohibido, sin embargo, esta justificación simplista no tiene en cuenta a la totalidad del ordenamiento jurídico argentino. Hay muchos ejemplos de conductas punibles que no se hallan contempladas la existencia de lagunas en el derecho.

Otras posturas consideran que la convivencia democrática se inscribe en la tolerancia que impone como obligación el respeto a la libertad individual de los ciudadanos, quienes, en el marco de su vida íntima o familiar, diseñan una historia propia y única. Encuentran ahí el límite del poder estatal, donde el ejercicio de los derechos individuales que no irroga ningún perjuicio a terceros se despliega libre desde la igualdad para asegurar a los individuos alcanzar la mayor felicidad posible.

Frente al vacío normativo la justicia nacional se ve obligada a resolver caso por caso de gestación por sustitución. Por todo lo expuesto, es necesaria una ley que regule la gestación subrogada en Argentina para proteger el interés superior del menor que nace fruto de este proceso como así también a los demás actores implicados.

Declaraciones

Los autores declaran no tener conflictos de interés de ninguna clase, que el trabajo ha sido aprobado por el comité de ética responsable en el lugar de trabajo y no declaran medios de financiación del trabajo realizado.

Declarations

The authors declare that they have no conflicts of interest, that the work has been appro-

ved by the ethics committee responsible in the workplace, and do not declare means of financing of the work carried out.

REFERENCIAS

Ver “La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada”, González, Andrea; Melón, Pablo, Notrica Federico P. SAIJ: DACF150426

El Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en Congreso de la Nación en el año 2012 intento sincerar las diversas realidades de nuestra sociedad actual en el libro segundo dedicado a “Las relaciones de familia” desde una perspectiva moderna que el cambio de paradigma social de las familias demandaba para estos tiempos. Antes de ser eliminada, estaba en su articulado la gestación por sustitución. El artículo 562 prescribía la necesidad del consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso y que la filiación quedaba establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial, no siendo posible para los centros de fertilidad llevar a cabo la transferencia embrionaria sin la autorización judicial previa.

Ver: S. M. D. y otros c/ A. S. S. s/ filiación Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala I. Fecha: 28-ago-2020 Cita: MJ-JU-M-127447-AR | MJJ127447 | MJJ127447: “La gestante por sustitución debe ser desplazada del estado de madre y, al mismo tiempo, debe emplazarse como madre a la progenitora procreacional, al haber la primera manifestado su conformidad con dicho emplazamiento.”

Ver causa “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/GCBA y otros s/amparo - otros” (Expte. 1861/2017) iniciado ante la Cámara Contencioso Administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires.

El artículo 56 del Código Civil y Comercial contempla los actos de dispo-

sición sobre el propio cuerpo: “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres (...) El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”. En conjunto a los artículos 26, 55, 58 y 59 del Código Civil y Comercial, la ley 26.529 que regula los Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y su reglamentación, toda persona competente podría disponer del propio cuerpo a través de un acto de voluntad, libre y revocable con límites en resguardo de la dignidad de la persona humana.

En Canadá hacer un pago que excede en demasía los límites a la compensación de gastos es un delito penal que tiene pena de cárcel y también está prohibida la intermediación. (artículo 6 Assisted Human Reproduction Act 2004).

Asimismo ese contrato nada tiene que ver con el consentimiento informado que debe ser firmado en todos los procesos de gestación subrogada para facilitar tanto los casos a los que se acude a la autorización judicial previa a la inscripción registral o en los casos en que se hace uso de las disposiciones administrativas del Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires para la inscripción preventiva sin autorización judicial previa. En el consentimiento informado se vuelca la voluntad procreacional de los comitentes y la gestante renuncia a los derechos filiatorios.

En España la gestación subrogada no está prohibida expresamente pero el Tribunal Supremo se pronunció considerándola una práctica que viola la Constitución, las leyes nacionales y los convenios internacionales de los que España es signataria, particularmente el art. 2 del Convenio de Oviedo y el art 2 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos porque la madre gestante como del bebé son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad.

Ver: BANCO DE SAN JUAN S.A. c/ Minuzzi, Luis Darío y Otro s/ Sumario - Cobro de Pesos. Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería. Fecha: 6/3/2009. Ver: “La prohibición de la maternidad subrogada, ¿resulta incoherente con nuestro orden público internacional?”, Caride, Ezequiel, 2021. Prudentia Iuris, N. 92, pp. 185-220 Ver: S. M. D. y otros c/ A. S.

S. s/ filiación Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala: I. Fecha: 28-ago-2020 Cita: MJ-JU-M-127447-AR | MJJ127447 | MJJ127447: “La gestante por sustitución debe ser desplazada del estado de madre y, al mismo tiempo, debe emplazarse como madre a la progenitora procreacional, al haber la primera manifestado su conformidad con dicho emplazamiento.”