

Gestación por sustitución en la reforma: Implicancias bioéticas y jurídicas

Eduardo Luis Tinant

Abogado. Director y Profesor de la Maestría en Bioética Jurídica.
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP.
Asesor del Comité de Ética del Hospital Dr. Ricardo Gutiérrez de La Plata
e-tinant@sinectis.com.ar

*Solo un instante, un momento de reposo sobre el viento, y otra mujer me dará a luz,
Khalil Gibrán (El profeta)*

Agradezco la invitación que me permite compartir con distinguidos colegas estos temas, algunos urticantes, otros clásicos, que sin duda y como ya ha sido dicho, seguramente merecen renovados debates en pos de lograr la mejor ley posible, la normativa más adecuada a nuestros tiempos.

Me ocuparé del tema de maternidad por sustitución que el proyecto de reforma denomina o califica como gestación por sustitución y me referiré, por cierto, a las implicancias bioéticas de la reforma proyectada.

1. “Constitucionalización del derecho civil”

La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75 incs. 22 y 23, CN) ha producido un fuerte impacto en la doctrina y la jurisprudencia del derecho de familia. Ello ha generado la evolución y aparición de nuevos principios. Se habla así de “democratización de la familia”, en cuya virtud se sostiene que se ha pasado del “derecho de familia” al “derecho de las familias”, sustentado entre otras razones en la amplitud de los términos del art. 14 bis CN, que se refiere a la “protección integral de la familia”, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial clásica. También, de “nuevos núcleos familiares”. La familia clásica con base en el matrimonio heterosexual comparte hoy el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, fundadas a partir de una unión convivencial, que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos, “familia ensamblada”, monoparentales, de personas del mismo sexo reconocida por la ley 26.618, de parejas LAT (*living apart together*), etc.

2. Procreación natural y procreación asistida

De tal forma, la procreación, de una exclusiva procreación con unión intersexual y relaciones familiares tradicionales (basadas en el principio “la madre siempre es cierta”) se ha extendido a la de las diversas técnicas de procreación humana asistida (por ej. puede ser que quien lleve adelante el embarazo no sea la misma mujer que ha

aportado el óvulo).

3. Maternidad subrogada o por sustitución (MS) (*Surrogate motherhood*)

Se trata de la gestación por cuenta o encargo de otro/a, denominada asimismo útero alquilado, alquiler de vientre, madre suplente, etc. Sustitución: ponerse o colocarse en lugar de otro. El embrión es implantado en el útero de una mujer que lleva a término el embarazo en beneficio de los integrantes de una pareja a la que no pertenece

4. Procedimientos (MS)

A) Madre portadora

Una mujer acepta que se le transfiera un embrión in vitro ajeno: el cual ha sido concebido con los gametos de la pareja que encarga el niño (la mujer que la integra tiene dificultades para asumir ella misma la gestación).

B) Madre sustituta

Más dilemático aún: se insemina a una mujer con espermatozoides del miembro de la pareja; la madre subrogada asume plenamente dicho papel, puesto que el niño que da a luz es suyo desde el punto de vista biológico y gestacional (ha sido concebido gracias a su propio aporte genético).

5. MS, como práctica médica

Perspectiva bioética y psicosocial. Las partes involucradas. Cuestiones:

El deseo de ahijar: constituye ¿un deseo o un derecho al hijo?

Dignidad, identidad y filiación del nuevo ser (el hijo como objeto de litigio, derecho a conocer sus orígenes biológicos).

Dignidad e integridad de la madre portadora o sustituta (posible instrumentalización de las mujeres más pobres o vulnerables).

Posible objeción de conciencia de los integrantes del equipo médico.

6. MS, como contrato

Perspectiva jurídica. Cuestiones: ¿Nulidad absoluta o relativa?

¿Orden público o privado en juego?

Objeto de los actos jurídicos y de los contratos:

¿Es posible establecer criterios de legalidad del “contrato” de MS que sean compatibles con el derecho argentino positivo actual? No, porque:

Los contratos de MS serían nulos, y si fueren a título oneroso no darían derecho a reclamar la restitución de lo pagado, desde que carecerían de exigibilidad contra la madre subrogada o sustituta por aplicación de la regla moral ínsita en el art. 953 CC. vigente.

7. MS, perspectiva antropológica

Según esta visión, la MS presupone una concepción dualista de la persona (por un lado, su razón y su autonomía; por otro, su dimensión corporal: el cuerpo es “algo”). La mujer no puede sino considerar su embarazo funcionalmente, y no como un acontecimiento que concierne a todo su ser. Tiene “proscripta” la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta.

Tiende a privar al hecho de su relevancia antropológica. Ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu (José López Guzmán y Ángela Aparisi Miralles: *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, Cuadernos de Bioética, n° 78, Murcia, 2012).

Las madres portadoras sufren por tener que entregar obligatoriamente a los niños que han llevado en su seno (más de un 10% necesitan terapia intensa para poder superarlo). Aun la subrogación altruista convierte el papel femenino en una “trampa compasiva”. (Laura Palazzani: *Los valores femeninos en bioética*, 2002)

8. Reificación del hijo: el caso “Baby M”

(CSNJersey, 1986/1988). El hijo como objeto de litigio, incluso judicial. La mujer gestante, inseminada artificialmente con semen del varón de la pareja contratante, tras dar a luz a Melisa, decidió no entregarla al matrimonio, incumpliendo así el contrato. La justicia, tras un largo proceso, decidió otorgar la custodia al varón, concediendo derechos de visita a la madre subrogada.

9. Fragilidad del sistema

“Basta con que la madre portadora se niegue a entregar al niño, o que el padre no quiera reconocerlo, o que la esposa de éste se resista a hacer el pedido de adopción, y todo el sistema se derrumba; resulta desagradable pensar que la vinculación de un niño a una u otra familia se efectúa a través de una serie de artificios cuyo resultado depende de la buena voluntad de todas las partes intervinientes” (Baudoin y Labrusse Briou: *Produire l’homme: de quel droit?. Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, 1987).

10. La MS y la elaboración de la propia identidad

Para Roberto Andorno (*Bioética y dignidad de la persona*, 2012) esta práctica suscita dudas e interrogantes –en especial respecto a la identidad de la persona- y, a la luz de los conflictos ya planteados en diversos países, lo que sí parece claro es que la misma no está pensada en función del interés del menor.

11. Casos más recientes que parecen abonar esta postura...

a) Vancouver, Canadá, 2010. Una pareja contrató con una madre de alquiler para gestar un embrión concebido de sus gametos. Antes del primer trimestre, los donantes

fueron informados de que el feto padecía el Síndrome de Down (SD), por lo que decidieron que se abortara. La madre subrogada se negó. El conflicto relativo a la interpretación del contrato y las alegaciones evidenciaron la triste realidad de un proceso de cosificación del hijo.

b) El caso de “Manji”, nacida en la India (2010), mediante contrato de MS, por encargo de una pareja contratante japonesa, divorciada luego. El padre decidió retractarse con respecto a la aceptación de Manji como hija. Tal negativa generó problemas de índole legal, fundamentalmente el relativo a quien debía ser considerado progenitor de la niña y si era jurídicamente admisible el repudio de la misma por los padres contratantes.

12. Evolución de MS: de la solidaridad gestacional al contrato de subrogación y la GS

1976: primer acuerdo de MS, con empleo de inseminación artificial (Michigan, *Surrogate Family Service Inc.*). Acceso a madre sustituta (regalo altruista). Opción excepcional.

2011: denuncia del grupo feminista israelí Isha L’Isha sobre la “granja de la fertilidad” que significaría el sistema..

Hoy, gestación por sustitución (GS): una posibilidad que se ofrece a cualquier persona que desea un hijo y no puede gestarlo, como es el caso, por ej., de las personas homosexuales (ha cobrado especial protagonismo al ser adoptada por numerosos personajes famosos). Se registran así, casos de copaternidad y de comaternidad

13. GS y copaternidad. Antecedentes

A mediados de 2012 tuvo repercusión mediática en Buenos Aires la historia de un niño con doble filiación paterna. Se trató de una pareja conformada por dos hombres que, tras la sanción de la ley 26.618, decidió contraer matrimonio. Al tiempo, a los fines de alcanzar la paternidad, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India.

Se habló entonces del “primer caso de copaternidad en el mundo”, pero ya en Recife, Brasil, el 29/1/2012 había nacido la primera niña inscrita como hija de dos padres. La gestante fue una prima de uno de ellos, quien actuó de manera altruista y con óvulo donado + semen de uno de los padres.

14. Otros casos

En Sudáfrica, en vigor la ley de 2010, se reconoció la doble paternidad de un matrimonio homosexual que había tenido un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución.

En Australia, la Corte Suprema de NSW el 4/5/2012 confirió, por primera vez, bajo la (NSW) Surrogacy Act 2010, una orden parental a favor de una pareja homosexual no casada. En Queensland, la primera solicitud de orden parental bajo la nueva ley fue precisamente a favor de una pareja de hombres.

15. El debate. A favor de la regulación de la gestación por sustitución

¿Prohibir, silenciar o regular esta práctica que observa la realidad social?, se preguntan Marisa Herrera y Eleonora Lamm (*¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución*, Microjuris, 19/9/2012). Regular implica controlar y así realmente se podrá evitar o, al menos, colaborar para que este tipo de prácticas no perjudique a las personas más vulnerables. El caso planteado en Buenos Aires revela que estos conflictos ya están aconteciendo en nuestro país. Invocando esa fuerza de la realidad, se preguntan si ¿No es este el momento, en plena transformación de la legislación civil, el adecuado para afrontar y definir este tipo de situaciones?

16. En contra

María Galli Fiant (*Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra*, Microjuris, 11/3/2013) niega tal fuerza, señalando que solo es una visión sesgada de la realidad. La postura proyectada (ni abstencionista, ni prohibitiva), al excluir determinados supuestos (v. art. 562, incs. c, d, e y g, el Proyecto de reforma), abriría las puertas a planteos de inconstitucionalidad por discriminación. Igualmente, lejos de evitar el “turismo reproductivo”, como se procura, lo institucionalizaría. Igualmente, objeta, corre el eje hacia los derechos de los adultos antes que el de los niños a su identidad.

17. Algunas respuestas legislativas a nivel internacional

A) España, Alemania, Italia, Suiza y Francia prohíben toda forma de MS (tanto a título oneroso como gratuito). La consideran un contrato nulo (objeto ilícito)

B) Gran Bretaña, Canadá, Bélgica, Holanda y Australia la autorizan cuando es gratuita **(aquí se inscribiría la solución prevista en el nuevo CC argentino de ser aprobada la reforma propuesta)**

C) India, Israel y algunos estados de EE.UU también la permiten cuando tiene lugar a cambio de una suma de dinero

18. Proyecto de reforma actual (PRA). Ubicación del tema. Normas vinculadas

Art. 17: Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales (cfr. régimen civil vigente: El cuerpo humano solo tiene significado en cuanto es soporte de la noción de persona. Respecto a los actos de disposición sobre el propio cuerpo humano existen las previsiones de las leyes 22.990 (de sangre) y 24.193 (Trasplante de órganos y materiales anatómicos).

Libro 2° “Relaciones de Familia”; Título V: Filiación;

Art. 558: Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción (procreación) humana asistida, o por adopción. Se incorporan así tales técnicas (TPHA) como una nueva forma de obtener el vínculo filial. En el marco de estas técnicas, se prevén dos supuestos: La “reproducción humana asistida” y la “gestación por sustitución”. En el caso de la reproducción humana asistida se prevé que el centro de salud interviniente recabe el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida (art. 560). Para la gestación por sustitución se prevé un proceso judicial con determinadas reglas que conducen a la decisión judicial de autorización (art. 562). Se introduce la prueba genética en casos de filiación. Se castiga con presunción grave a quien se negare a someterse a la prueba de ADN (art. 579).

Art. 564. Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de TPHA con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local; b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud (criterio condicionado: tiende a una anonimidad parcial –intimidad- y verdad restringida –identidad-).

19. PRA. Reglas generales relativas a la filiación por TPHA

Art. 560. **Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.** El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre (CPIL) de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella (cfr. Art. 573 PRA (reconocimiento irrevocable).

Art. 561.- **Voluntad procreacional.** Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos

20. PRA. Determinación de la filiación

Art. 575.- **Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida.** En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, 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. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena (prevalece la voluntad procreacional)

21. PRA: GS

Art. 562. **Gestación por sustitución.** El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de GS 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 (admisión condicionada)

22. GS: homologación judicial Requisitos

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; (desecha la modalidad MS, B)
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos; (desecha la modalidad MS, B)
- f) la gestante no ha recibido retribución; (solo a título gratuito)
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza

23. ¿MS o GS?

A nuestro juicio es más preciso hablar de gestación por sustitución (GS), como lo hace el Proyecto de reforma (cf. con las reglas generales del consentimiento informado y la voluntad procreacional para determinar la filiación) y no de maternidad por sustitución (MS), término más amplio, y que por lo tanto puede confundir sobre su alcance.

24. Gestación por sustitución, un tema complejo. Interrogantes y reflexiones finales

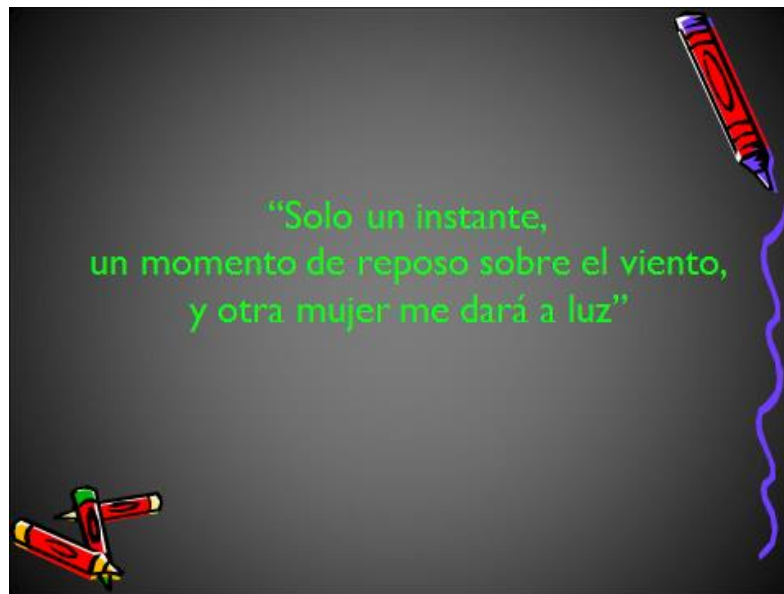
Las aguas parecen dividirse una vez más, entre quienes sostienen la bondad del instituto y los que lo desestiman. Dudas y certezas que procuran alumbrar y delimitar el camino a seguir y que podemos sintetizar en este par de cuestiones:.

¿Se trata de una práctica legítima, que puede y debe ser admitida ética y jurídicamente, pues genera una nueva vida, a la par de brindar un niño a una pareja que no podía tenerlo?

¿O de un doble fenómeno de *reificación* de la persona: de la madre sustituta y del hijo, y por tanto corresponde denegarla? o, en el mejor de los supuestos, ¿admitirla solo excepcionalmente?

En todo caso, tales planteos reafirman la necesidad de un prudente y responsable ejercicio de la gestación por sustitución si finalmente es aprobada como norma legal.

Nos despedimos con unas palabras de Khalil Gibrán, poeta, pintor, novelista y ensayista libanés (1883 – 1931). ¡Para pensar!



Ricardo Rabinovich- Berkman. La reforma tiene implicancias bioéticas. Desconocemos si se va a aplicar. Al principio de esta reunión, en los corrillos que se formaron, hablábamos del valor sociológico que tiene lo jurídico y que muchos desprecian. A veces, pensamos en el derecho se constituye sólo sobre leyes. En realidad, el derecho aparece sustancialmente a partir de conductas sociales a las que explica o acompaña. Es probable que la elección de Jorge Bergoglio como Papa incida en la reforma. Como Arzobispo de Buenos Aires, Bergoglio había objetado varios artículos de la propuesta. Algunos han sido observados hoy. Una

cosa es la observación de un Arzobispo y otra la de un Papa. Es de suponer que el actual Francisco I mantiene las ideas y pensamientos del obispo Bergoglio. En consecuencia, no se si los grupos que impulsaban algunos cambios discutidos no efectuarán una relectura de estos artículos. Si así fuera, sólo será una evidencia más de que lo jurídico es mucho más social de lo que algunos creyeran creer o creen. En la segunda parte de esta reunión, nos plantearemos dos preguntas :¿Es bueno para la dignidad humana unificar los códigos civil y comercial? Es una cuestión esencial que no está siendo objeto de ningún cuestionamiento. Nadie lo ha tomado en cuenta. Hemos asumido que es algo bueno unificar los aspectos más inherentes a la persona humana con los contratos económicos que los relacionan. Insisto. Para mí, este código es la apoteosis del capitalismo en la Argentina. Absolutamente. Humildemente, creo que las tres exposiciones previas avalan este punto de vista.

Ahora, escucharemos a la Dra. Arnolfo, a quien hemos invitado para que aporte su opiniones, que ofrezca respuestas o aún que sume más complicaciones. Adelante, doctora.