

XVI JORNADAS Y VI INTERNACIONAL DE COMUNICACIONES CIENTÍFICAS DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS UNNE

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

**2020
Corrientes -
Argentina**

XVI Jornadas y VI Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Política-UNNE : 2020 Corrientes-Argentina /
Mirian Beatriz Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. -
1a ed compendiada. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2020.
CD-ROM, PDF

ISBN 978-987-619-372-6

1. Comunicación Científica. I. Acosta, Mirian Beatriz. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.115

ISBN N° 978-987-619-372-6

Editado por Moglia Ediciones

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723



Impreso en Moglia S.R.L., La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

moglia.libros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2020

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A CINCO AÑOS DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Mauriño, Fermina

fermina_03@hotmail.com

Resumen

A cinco años de la sanción del Código Civil y Comercial, la realidad no ha hecho más que demostrar la necesidad de regular la figura de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Humana Asistida en pos de evitar la vulneración de derechos de las partes involucradas en la relación, sobre todo en lo que refiere a la persona gestante y al niño. Al panorama ya conocido, se agrega el agravante de la limitación a la libertad de circulación en contexto de la Pandemia por Covid-19, por lo cual en este periodo los niños nacidos de comitentes argentinos por esta técnica quedaron en situación de desamparo en el exterior, apátridas, y sin filiación reconocida.

Palabras claves: Igualdad, Derecho a la Salud, Gestación por Sustitución

Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina ha introducido modificaciones en materia de Derecho de Familia que acercan nuestro ordenamiento positivo a las distintas realidades sociales. El reconocimiento de las distintas formas de familia significó una evolución en nuestro Derecho Civil, volviéndolo compatible con los mandamientos establecidos por el Bloque Constitucional Argentino. A este fenómeno se lo ha conocido como la Constitucionalización del Derecho de Familia. No obstante, y más allá de los avances logrados, han quedado sin regular cuestiones altamente sensibles que requieren urgente tratamiento.

La Gestación por Sustitución (GS) es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad, en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en la que una persona de sexo femenino gesta para otros (comitentes), sin que de ello derive vínculo filial alguno entre ella y el niño nacido de esa relación. En estos casos la filiación del niño será determinada respecto de los comitentes teniendo en cuenta la voluntad procreacional, es decir la voluntad de ser padres.

En Argentina la gestación por sustitución estaba contemplada en el articulado del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, de forma tal que se establecían una serie de requisitos que debían ser controlados y aprobados judicialmente antes de que las partes se sometan a la intervención médica. Se buscaba de esta manera sentar pautas y límites claros que brinden seguridad jurídica a todas las partes involucradas, pero principalmente a los niños nacidos de la gestación por sustitución y a la persona gestante. Finalmente, tras un largo y polémico debate la disposición fue quitada del texto definitivo.

No obstante, dicha exclusión de la GS resulta ficticia, pues para que se hubiera producido su supresión real, era necesaria la eliminación de dos presupuestos esenciales: el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida.

A cinco años de la sanción del Código Civil y Comercial, la realidad no ha hecho más que demostrar la necesidad de regular la figura para evitar la vulneración de derechos de las partes involucradas, sobre todo en lo que refiere a las partes más débiles como ser la gestante y el niño.

Materiales y método

Estudio de la jurisprudencia y doctrina relacionada a la problemática. Normativa Nacional e Internacional. Análisis crítico de material bibliográfico

Resultados y discusión

De acuerdo a lo investigado se observa que no prohibida la práctica de la gestación por sustitución en nuestro país, la misma está permitida. Esto surge del principio de reserva contemplado en nuestra Constitución Nacional. El problema se encuentra en que tampoco está regulada y, al no haber reglas claras de juego la gestación por sustitución no solo se realiza, sino que se practica sin ningún tipo de límite o control, dejando desprotegidas a las partes más vulnerables de la relación. Al no haber normas claras que brinden seguridad jurídica, el niño ve afectados sus derechos en tanto nace en una especie de limbo, sin certeza alguna respecto de su filiación e identidad. El panorama se complica muchísimo más cuando el conflicto tiene aristas internacionales. En estos casos, a la lista de derechos vulnerados del niño se le suma la violación del derecho a tener nacionalidad. En los últimos meses al panorama ya conocido, se agregó el agravante de la limitación a la libertad de circulación en contexto de la Pandemia por Covid-19, por lo cual en este periodo los niños nacidos de comitentes argentinos por esta técnica quedaron en situación de desamparo en el exterior, apátridas, y sin filiación.

A la fecha en Argentina ya hay cincuenta y dos (52) fallos que autorizan la de Gestación por Sustitución de tipo no lucrativa. La gestación por sustitución es una realidad que está ocurriendo en el mundo y en Argentina, y no habilitarla obliga a los ciudadanos argentinos a llevarla adelante sin un marco regulatorio o a recurrir a esta técnica en el extranjero (el llamado ‘turismo reproductivo’), para luego obtener el reconocimiento por vía judicial. Esta situación vulnera el derecho de igualdad de aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos para proceder de esa manera.

En los fallos analizados, se ha observado como elemento común el reconocimiento judicial del vínculo de filiación entre el niño y los comitentes, el cual se funda en la voluntad procreacional, en el art. 19 de la C.N. y en los derechos a la vida íntima y familiar, el derecho a la salud y a la libertad reproductiva, a la igualdad y a gozar de los avances científicos contenidos en los tratados internacionales de Derechos Humanos que conforman de nuestro Bloque Constitucional. Sin embargo existen discrepancias en la jurisprudencia y la doctrina sobre el Art. 562 del CCyCN. La voluntad procreacional ha sido incorporada en el mencionado artículo como factor determinante de la filiación en los casos de TRHA. El problema que se ha planteado respecto al mismo es que expresamente establece que los niños nacidos por TRHA necesariamente tendrían vínculo filial con quien “quien dio a luz”, manteniendo en apariencia el principio de “mater semper certa est”. Por esta razón parte de la doctrina sostiene que para reconocer la filiación entre los comitentes y los niños nacidos por esta práctica, es necesario declarar la inconstitucionalidad del Art. 562, mientras que otros sostienen que basta con realizar un análisis sistemático del ordenamiento normativo declarándolo inaplicable.

Proyectos de ley para regular la gestación por sustitución. En pos de dar un marco jurídico a esta compleja situación se han presentado a lo largo de nuestra historia proyectos de regulación de la figura de la GS, siendo los últimos el proyecto de ley presentado en el año 2015, dos proyectos presentados en el 2016, y un proyecto presentado en el mes de julio del 2020. Hasta el momento, ninguno ha prosperado. El Proyecto presentado por la senadora Laura Montero en el año 2015 fue elaborado con la colaboración de la Dra. Eleonora Lamm y fue trabajado siguiendo las bases y requisitos que proponía el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial para la figura de la GS. En esa línea de ideas, con el objeto de dar seguridad a las partes involucradas y proteger los derechos humanos en juego, dicho proyecto de ley establecía un protocolo que requería la intervención judicial PREVIA al tratamiento médico (con colaboración de un equipo interdisciplinario) a través del cual se pueda verificar el cumplimiento de ciertos requisitos (entre otros requerimientos: que se asegure la protección del interés superior del niño; que tenga un fin altruista; que se trate de una GS de tipo “gestacional”; que la gestante tenga buena salud; que la gestante no lleve embarazos para otros más de dos veces; que la misma tenga hijos propios; que se compense pero no se retribuya económicamente; un mínimo de 3 años de residencia en el país para al menos uno de los comitentes...) Verificados dichos requisitos y con la homologación judicial del acuerdo, recién podría procederse a la implantación del embrión en el útero de la gestante.

En el año 2016 se presentaron dos nuevos proyectos de ley para regular esta figura: 1) El proyecto presentado por la diputada Araceli Ferreira el cual fue elaborado en conjunto con la Federación Argentina de LGTB. En principio, el proyecto propone denominar a la figura “Gestación Solidaria”. Este proyecto propuso la creación de un registro de madres gestantes, mujeres que - a diferencia del proyecto anterior- no necesariamente deben tener vínculo afectivo con los comitentes, entendiendo que exigir un vínculo previo “es otra vez volver a poner a la maternidad o paternidad en un plano sentimental”, algo innecesario “si la gestante está dispuesta, hay garantías de cuidado de salud y está inscripta en un registro”. Por otra parte, el proyecto se diferencia fundamentalmente de la otra línea de trabajo legislativo en que no requiere autorización judicial, sino que alcanza un instrumento suscripto entre los involucrados en un centro médico autorizado, a través del cual las partes acuerdan concretar la técnica de Gestación Solidaria, que luego debe ser protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente de la jurisdicción. Esta propuesta, en coincidencia con los otros proyectos presentados, también aboga por la técnica “gestacional”, es decir que la gestante no debe aportar sus gametos. Respecto del art. 562 del CCyCN, el proyecto de Gestación Solidaria propone su modificación, siendo el texto sugerido el siguiente: “Voluntad Procreacional. Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscriptos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuera mediante Gestación Solidaria, con independencia de quien haya sido la “gestante”; 2) El Proyecto presentado por un grupo de investigadores del CONICET, en conjunto con la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) y la diputada Analía Rach Quiroga, (Frente para la Victoria). Este proyecto de ley propone regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas de la gestación por sustitución y su proceso judicial. En general, el proyecto presentado por la Diputada Analía Rach Quiroga es una versión ajustada del proyecto presentado en el 2015 por la Senadora Montero, que incluye la necesidad de un vínculo afectivo entre la gestante y los comitentes y la exigencia de un proceso en teoría íntegramente judicial de GS. Ambos requisitos son criticados por la Federación Argentina de LGTB por resultar restrictivos de la libertad.

En el mes de julio del año 2020, se presentó un nuevo proyecto de ley para garantizar la Gestación por Sustitución en línea con los anteriores proyectos de Laura Montero y Analía Rach, se trata de un procedimiento de autorización judicial previo a la intervención médica, en el cual se deben dar una serie de requisitos, entre ellos el vínculo afectivo entre la gestante y los comitentes.

Conclusión

Nuestra realidad nos muestra que es necesaria la regulación de la GS. Regular es crear una herramienta para controlar que la GS se haga sin vulnerar los derechos de ninguna de sus partes.

No es una fácil tarea regular la GS de manera tal que cubra todos los puntos que nos preocupan como sociedad y que a la vez signifiquen un marco de acción amplio y flexible para los sujetos interesados en la práctica. Claramente, a mayores requisitos mayor protección y control, pero a su vez mayores son las complicaciones para quienes quieren hacer uso de la técnica.

Si bien hasta ahora los jueces han resuelto las causas de manera acertada, a todas luces no se cumple con el principio de igualdad, por cuanto solo aquellas personas con recursos pueden llevar el planteo a la justicia y afrontar las costas.

Referencias bibliográficas

Kemelmajer de Carlucci, Aída Lamm, Leonora Herrera, Marisa *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional* LA LEY 11/07/2013, 11/07/2013, 3 - LA LEY2013-D, 195. R/DOC/2573/2013.

Eleonora Lamm GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. REALIDAD QUE EXIGE LEGALIDAD. Comisión nº6, Familia: “Identidad y filiación”. Eleonora Lamm, Nieve Rubaja. *Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global*. Revista de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona. <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16156/19163>.

Gestación por sustitución: duras críticas a proyecto de ley de Laura Montero. Disponible en-<http://www.mendozapost.com/nota/53328-para-vidal-los-25-mil-millones-es-justo-lo-que-necesita-buenos-aires/>
Proyecto de Ley de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria. H. Cámara de Diputados de la Nación. Expediente Nº 5700-D-2016.

Filiación

Tesista de posgrado: Maestrando en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia.

PI 17F004 “Tecnología Médica, Sociedad y Derecho. La potencialidad de la Ingeniería Biomédica”. Director Jorge Emilio Monzón. Co Director Álvaro Monzón Wyngaard