

Perspectivas sobre la mujer gestante en la gestación por sustitución en Argentina, según la doctrina nacional

Perspectives on the surrogate mother in Argentina, according to national doctrine

Sebastián Sandoval Junyent¹ María Victoria Minetto Vázquez²

RESUMEN:

La gestación por sustitución es un tema complejo y controvertido que genera intensos debates en el ámbito legal, ético y social. En Argentina, la falta de una regulación específica ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a intentar dar respuesta a los numerosos interrogantes que a diario plantea esta práctica. El presente artículo tiene como objetivo describir los diferentes análisis y perspectivas existentes en la doctrina argentina con respecto a la mujer gestante en la gestación por sustitución, identificando los puntos de acuerdo y desacuerdo entre los autores, así como los tópicos que algunos analizan y otros no.

ABSTRACT

Gestational surrogacy is a complex and controversial issue that generates intense debates in the legal, ethical, and social spheres. In Argentina, the lack of specific regulation has led jurisprudence and doctrine to attempt to answer the many questions posed by this practice. The present article aims to describe the different analyses and perspectives existing in the Argentine doctrine with respect to the gestational carrier in gestational surrogacy, identifying the points of agreement and disagreement between the authors, as well as the topics that some analyze and others do not.

1 Abogado litigante, Especialista en Derecho Sanitario, Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Nro. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9179-8294>

2 Doctoranda en Derecho (UBP); Abogada (UBP); Martillera y Corredora Pública (UBP); Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Asistente Instructora en Procesos Orales del Juzgado de 1ª Inst. Civ. Com. Concil. 1ª Nom. Sec 2 de la ciudad de Bell Ville, Provincia de Córdoba. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5142-2869>. Este artículo forma parte del Proyecto I+D de la Universidad Blas Pascal "Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada" (318-20230731-97) dirigido por la Prof^a. Dra. Claudia E. Zalazar y el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; TRHA; Mujer gestante; Vulnerabilidades; Necesidad de Protección.

KEYWORDS: Gestational surrogacy; HRT; Pregnant woman; Vulnerabilities; Need for protection.

I. Puntos en Común entre los Autores

1. Voluntariedad e Información.

Los autores expresan *"lo comprometida que es la situación de la gestante al someter su cuerpo a la práctica médica para llevar adelante el embarazo con los consiguientes riesgos y comportamientos que se asumen sin estar debidamente informada de sus consecuencias jurídicas. En la mayoría de las autorizaciones judiciales no se tienen en cuenta las cláusulas de los contratos entre el o los comitentes y la mujer gestante"* (AZPIRI, Jorge O. 2023). En consecuencia, existe consenso en que la mujer gestante debe tomar su decisión de manera autónoma y voluntaria, contando con información completa sobre los aspectos de salud, legales, derechos y deberes y la situación del niño por nacer. *"El consentimiento informado se considera esencial para la validez de cualquier acuerdo"* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte.*)

2. Asesoramiento Psicológico y Médico.

"La gestante puede requerir asistencia psicológica en forma previa, durante el embarazo y con posterioridad al parto ya que se trata de una práctica que resultará novedosa para ella y para la cual debe estar debidamente preparada" (AZPIRI, Jorge O. 2023). Ello así, que *"se destaca la necesidad imperiosa de que la misma reciba apoyo psicológico desde el inicio al fin de la práctica, así como acompañamiento médico adecuado"* (BURGUÉS, Marisol B., & VÁZQUEZ ACATTO, Mariana (2016). *Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Primera parte.*)

3. Altruismo vs. Compensación Económica.

Existe un debate sobre si la gestación por sustitución debe ser altruista o si la gestante debe recibir una compensación económica. Algunos autores consideran que *"la compensación económica puede ser una forma de mitigar la vulnerabilidad de la mujer"* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*), mientras que otros *"temen que esto pueda conducir a la mercantilización del cuerpo femenino"* (MARRAMA, Silvia (2022). *Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos.*)

Hay autores plantean que debe tenerse en cuenta la situación laboral de la gestante, por un lado, si la misma se encuentra trabajando en relación de dependencia no habría inconvenientes ya que se encontraría amparada por las leyes laborales que protegen la maternidad. Situación diferente se da si la gestante trabaja de forma independiente y se ve imposibilitada de obtener sus ingresos por complicaciones en el transcurso del embarazo que la obliguen a guardar reposo o bien en el período pre y post parto, surge la cuestión acerca de si la comitente debe o no resarcir ese lucro cesante. Si la respuesta es negativa la gestante habrá sufrido una disminución de sus ingresos como consecuencia del embarazo lo que no parece razonable. Por el contrario, si se admite el resarcimiento

del lucro cesante resulta atinado sostener que, en principio, ello no cambia la naturaleza gratuita de la intervención de la gestante. Sin perjuicio de ello, *“otro punto a tener en cuenta es la cantidad que recibirá la misma en concepto de lucro cesante”* (AZPIRI, Jorge O. 2023).

4. Protección de la Salud.

Los autores enfatizan la *“importancia de proteger la salud física y psicológica de la mujer gestante durante todo el proceso”* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*). Subrayan los doctrinarios que la misma ignora al momento de celebrar el acuerdo si la práctica médica le va a ocasionar riesgo para su salud, porque es imposible anticipar las complicaciones que son relativamente habituales en los embarazos. Inclusive pueden quedar secuelas temporarias o irreversibles como consecuencia del embarazo y del parto que la gestante no está en condiciones de prever. Tampoco conocerá la gestante en forma anticipada ni la medicación, ni la frecuencia ni el tiempo durante el cual debe hacerlo. En este caso, se asume un compromiso desconociendo el alcance de dicha obligación. Asimismo, *“puede suceder que en el momento del parto se presenten complicaciones de tal gravedad que sea necesario decidir entre la vida de la madre y la de la persona por nacer. Habitualmente esta decisión queda en cabeza de la propia gestante o de sus familiares más cercanos si ella no está en condiciones de manifestar su voluntad”* (AZPIRI, Jorge O. 2023).

5. Derecho a Revocar el Consentimiento.

Algunos autores señalan la importancia de que la gestante tenga la posibilidad de revocar su consentimiento durante un tiempo prudencial después del parto.

6. Interés Superior del Niño.

Se coincide en que, al analizar *“la gestación por sustitución, siempre se debe priorizar el interés superior del niño”* (CARBÓ, Carolina (2022)). La imperiosa necesidad de readecuar la licencia por maternidad de la Ley de Contrato de Trabajo).

II. Puntos de Desacuerdo entre los Autores

1. Naturaleza del Acuerdo.

Existe debate sobre la licitud y moralidad de los acuerdos de gestación por sustitución, especialmente si la gestante recibe dinero. Algunos autores ven estos *“acuerdos como inmorales y una forma de explotación de la mujer”* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*), mientras que otros los consideran *“válidos si se cumplen ciertos requisitos y se protegen los derechos de todas las partes involucradas”* (MARRAMA, Silvia (2022)). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos).

2. Maternidad.

En este aspecto, se pone de manifiesto que la gestante renuncia a su maternidad, disponiendo anticipadamente y de manera irrevocable de su emplazamiento familiar respecto del hijo por nacer. Cabe referenciar que el estado de familia es inalienable, irrenunciable e inherente a la persona por lo que se viola con este pacto un elemento esencial que hace al derecho de familia en el art. 562 del CCCN. Que ha sido declarado inconstitucional por los fallos que hicieron lugar a la gestación por sustitución debido a que se considera violatorio de derechos constitucionales de la comitente (AZPIRI, Jorge O. 2023).

Por otro costado, no existe consenso respecto a si la gestación o la genética tienen mayor importancia. Algunos sostienen que *"la relación afectiva durante el embarazo es más significativa que la contribución genética"* (HERNÁNDEZ, Natalia (2017). Hijos propios en vientres ajenos. Aportes para (re)pensar la indispensable regulación de la gestación por sustitución en la Argentina).

3. Cosificación.

Algunos autores argumentan que la gestación por sustitución implica una cosificación de la mujer, convirtiéndola en una *"incubadora humana"* (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos). Otros no están de acuerdo, especialmente si el *"acuerdo es voluntario, libre y basado en el altruismo"* (GÓMEZ FRANCO, Candela (2022). Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno).

4. Regulación Permisiva.

Existe controversia sobre si se debe permitir la gestación por sustitución, y bajo qué condiciones. Algunos autores abogan por una *"regulación estricta para proteger los derechos de la gestante y evitar la mercantilización"* (DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (s.f.)), mientras que otros se oponen a cualquier forma de legalización (GÓMEZ FRANCO, Candela (2022). Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno).

III. Tópicos que Algunos Autores Analizan y Otros No

1. Riesgos para la Salud.

Algunos autores mencionan los riesgos para la salud física y mental de la mujer gestante, incluyendo los tratamientos médicos invasivos, *"las posibles complicaciones del embarazo y el impacto psicológico de entregar el bebé"* (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos).

2. Impacto en los Hijos de la Gestante.

Una parte de la doctrina considera el *"impacto emocional que la gestación por sustitución puede tener en los hijos de la mujer gestante"* (BURGUÉS, Marisol B., & VÁZQUEZ ACATTO, Mariana (2016). Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Primera parte).

3. Vulnerabilidad Socioeconómica.

Algunos autores destacan que *"las mujeres que se ofrecen como gestantes a menudo se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica, lo que puede influir en su decisión"*. (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos).

4. Derecho a la Intimidad.

Se menciona la renuncia al *"derecho a la intimidad y confidencialidad médica que se exige a la mujer gestante en algunos contratos"*. (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares

en derechos humanos). Determinados autores expresan que *“a través de los controles médicos a los que debe someterse la gestante como así también que sus resultados sean compartidos con la comitente, implican una vulneración de su intimidad médica”* (AZPIRI, Jorge O. 2023).

5. Cobertura de Obras Sociales y Prepagas.

Una parte de los doctrinarios analiza si *“los costos de la gestación por sustitución deberían ser cubiertos por las obras sociales y las empresas de medicina prepaga”* (QUAINI, Fabiana M. (2021). ¿La gestación por sustitución, debiera ser cubierta por las obras sociales y las prepagas en Argentina?).

En este aspecto hay autores que sostienen que una gestación por sustitución es muy diferente a un proceso tradicional de Técnica de Reproducción Humana Asistida en cualquier otra situación ya que en este caso interviene una tercera persona, y ello requiere la intervención necesaria de un psicólogo con experiencia y formación, así como de abogados que expliquen a las partes en que se están involucrando y que estas lo entiendan. También se requieren estudios más específicos que los que se harían a cualquier pretensa madre, justamente por tratarse de una mujer que no será la madre del niño por nacer. Entonces, ¿qué sucede con la cobertura de la gestante desde lo económico, si debe dejar de trabajar por su embarazo, si pierde algún órgano o su propia vida? ¿qué seguros se pueden sacar? ¿quiénes deben ser sus beneficiarios?. Se referencia que, *“por no estar esta práctica nombrada en el Programa Médico Obligatorio (PMO), se judicializará cada vez más”* (QUAINI, Fabiana M., 2021- ¿La gestación por sustitución, debiera ser cubierta por las obras sociales y las prepagas en Argentina?).

IV. Necesidad de una Ley Específica.

Algunos autores resaltan *“la necesidad de una ley especial en Argentina que regule la gestación por sustitución, protegiendo los derechos de todas las partes involucradas y abordando los vacíos legales existentes”* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*; Gómez Franco, Candela (2022). Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno). Ésta necesidad impostergable de contar con un marco legal en nuestro país otorgaría respuestas eficaces y garantizaría los derechos humanos y fundamentales de todas las personas intervinientes en este procedimiento, debiendo redoblar los esfuerzos para proteger principalmente a quienes se encuentran en una *“especial condición de debilidad jurídica: las mujeres, quienes deciden ofrecer su capacidad gestacional con fines humanitarios, como asimismo los niños y niñas nacidos como consecuencia de esta práctica”* (HERNÁNDEZ, Natalia 2017).

V. Análisis de Fallos Judiciales.

Algunos autores analizan fallos judiciales relacionados con la gestación por sustitución en Argentina, destacando los argumentos utilizados por los jueces para resolver estos casos (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos).

Del análisis realizado surge que los doctrinarios subrayan algunas decisiones judiciales que le dan importancia al consentimiento informado de la mujer gestante y su derecho a recibir información médico-legal sobre sus derechos en relación con el embarazo y el trabajo de parto; otros en que se debate si se le debe pagar a la gestante por un servicio o

si se trata de un contrato inmoral, de objeto prohibido por cuanto se estaría vendiendo a un hijo; otros en los que se considera la posibilidad de que los acuerdos de gestación por sustitución sean admitidos cuando no responden a fines lucrativos, se celebran en forma gratuita, con fines altruistas y encuentran su fundamento en el principio de solidaridad familiar o afectiva; en otros se tienen en cuenta consideraciones sobre la hija biológica de la gestante y cómo es asumida la gestación por los hijos/as de la gestante.

VI. Legislación Comparada.

Algunos autores examinan cómo se regula la gestación por sustitución en otros países, incluyendo los requisitos y restricciones que se imponen (DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (s.f.).

VIII. Conclusión

Estimamos que la supresión de la Gestación por Sustitución (GpS) del Código Civil y Comercial de la Nación constituye la pérdida de una valiosa oportunidad para brindar seguridad jurídica para todos los sujetos implicados en la práctica, sin perder de vista que dentro de la práctica y a nuestro parecer nos encontramos con sujetos más vulnerables que otros.

La omisión regulativa de la gestación por sustitución no impide que en Argentina se pueda concretar dicha práctica, la que se logra con la intervención del poder judicial. Entendemos que existe una necesidad impostergable de contar con un marco legal capaz de otorgar respuestas eficaces y garantizar los derechos humanos y fundamentales de todas las personas intervinientes en este procedimiento.

La doctrina argentina presenta una diversidad de opiniones con respecto a la mujer gestante en la gestación por sustitución. Si bien existe consenso en algunos puntos, como la necesidad de proteger su salud y garantizar su consentimiento informado, persisten importantes desacuerdos en otros, como la licitud de los acuerdos remunerados y la conveniencia de una regulación permisiva. La ausencia de una ley específica en Argentina genera incertidumbre y dificulta la protección de los derechos de todas las partes involucradas. Resulta imperioso que el legislador aborde esta problemática de manera integral, teniendo en cuenta las diferentes perspectivas existentes y priorizando el interés superior del niño.

Cabe destacar que no se tienen en cuenta los derechos e intereses de la mujer gestante, y que las cláusulas relativas a las obligaciones y responsabilidades de ambas partes suelen ser poco claras o violan la ley.

Por último y frente a este contexto de vacío legislativo, y al mismo tiempo, contradicción normativa, se deriva que, en todos los casos en los que las personas acuden a la gestación por sustitución en nuestro país, la filiación debe ser determinada judicialmente, quedando en consecuencia, a criterio del juez el reconocimiento de la filiación en cabeza de los comitentes.

Referencias Bibliográficas

- ALBORNOZ, María Mercedes y López González, Francisco - "Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos". (2017).
- AZPIRI, Jorge O. - "Maternidad subrogada. El contrato entre la comitente y la gestante. ¿El fin justifica los medios?" - LA LEY (2023).
- BARON, Luisa - "Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido". Publicado en RDF, Ed. AbeledoPerrot, (2014).
- BERGER, Sabrina M. - "Maternidad subrogada: fallo argentino a favor". LA LEY (2013).
- BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo - "Régimen legal de filiación y patria potestad". Publicado por Ed. Astrea, Buenos Aires (1985).
- BRANDONE, María Mercedes - "Gestación por sustitución: ante la ausencia de regulación, ¿cuál es la maternidad jurídicamente relevante?". Publicado en RDFyP, 2016-1, Ed. La Ley, Buenos Aires." (2016).
- CAMACHO, Javier M. - "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", (2009).
- CARBÓ, Carolina - "La imperiosa necesidad de readecuar la licencia por maternidad de la Ley de Contrato de Trabajo". (LA LEY, 2022).
- FAMÁ, María Victoria - "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación". (LA LEY, 2011).
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. - "Derecho internacional privado. Parte especial". Publicado por Ed. Universidad, Buenos Aires, (2000).
- GÓMEZ FRANCO, Candela - "Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno". Publicado en RCCyC., (abril 2022).
- HERNÁNDEZ Natalia; 2017 - "Hijos propios en vientres ajenos. Aportes para (re)pensar la indispensable regulación de la gestación por sustitución en la Argentina". LA LEY, (2012).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa - "Regulación de la gestación por sustitución". LA LEY, (2012).
- KRASNOW, Adriana N. y PITASNY, Tatiana - "Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial", (diciembre 2015).
- LAMM, Eleonora - "Una vez más sobre gestación por sustitución: porque la realidad sigue exigiendo legalidad", (2016).
- MARRAMA, Silvia - "Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos". Publicado en LA LEY (mayo 2022).
- MIGNON, María Belén - "Gestación por sustitución: vigilar y castigar o regular acercando el derecho a la realidad en pos del interés superior del niño". Publicado en RDF, Jurisprudencia, 9, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, (2015).
- QUAINI, Fabiana M. - "¿La gestación por sustitución, debiera ser cubierta por las obras sociales y las prepagas en Argentina?". (Agosto 2021).
- ROTHER, Kevin - "La gestación por sustitución: Una mirada desde la Ley y el Derecho". Publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración, 2, IJ Editores, Buenos Aires, (julio 2015).
- VAQUERO PINTO, María José - "Retos actuales de la filiación" "¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?", (2018)
- WEINBERG, Inés M. - "Derecho internacional privado". Publicado por Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, (2011).
- ZANNONI, Eduardo A. - "Derecho civil. Derecho de Familia". Publicado por Ed. Astrea, Buenos Aires, (1998).