

# La gestación por sustitución y el debate en torno a su reconocimiento legal en la Argentina 2012-2021

Autora:  
De la Torre, Natalia

Cita: RC D 568/2021

## Encabezado:

La autora reflexiona en torno a la gestación por sustitución, que es una práctica que se realiza en nuestro país, y que se evidencia en las más de 50 sentencias dictadas por tribunales nacionales y provinciales de diversas localidades de nuestro extenso territorio. En consecuencia, se pregunta cuál es la mejor respuesta estatal frente a esta realidad innegable.

## Sumario:

1. Introducción. 2. La gestación por sustitución como problema público, el debate en argentina. 2.1. Crisis de paradigma: la puesta en tensión de la máxima filial "madre cierta es". 2.2. Diálogos infructuosos frente a una realidad apremiante. 3. Palabras de cierre.

## La gestación por sustitución y el debate en torno a su reconocimiento legal en la Argentina 2012-2021

### 1. Introducción

El problema público sobre el que me interesa reflexionar y profundizar en esta columna refiere a la figura de la gestación por sustitución. En particular, al debate aún inconcluso respecto a cuál es la mejor respuesta Estatal frente a una realidad innegable: la gestación por sustitución se realiza en nuestro país y así lo reflejan las más de cincuenta sentencias dictadas por tribunales nacionales y provinciales de diversas localidades de nuestro extenso territorio<sup>[1]</sup>.

El recorte temporal 2012-2021 no es azaroso; la figura de la gestación por sustitución ingresa con fuerzas en el debate público local -"ventana política"<sup>[2]</sup>- a partir de la propuesta de regulación -frustrada- del entonces Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación del 2012<sup>[3]</sup>, antecedente directo de nuestro Código Civil y Comercial (Ley 26499, 2014) vigente desde el 1 de agosto de 2015, y continúa hasta la actualidad con la presentación -sólo contabilizando el año 2020- de dos proyectos de ley: uno ingresado en la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, proyecto 1429-S-2020<sup>[4]</sup>, y otro en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, proyecto 3524-D-2020<sup>[5]</sup>, con el objeto de incorporar esta figura en la regulación civil y comercial, ambos con estado parlamentario hasta el 28 de febrero del año próximo.

En este contexto, estas líneas tienen un doble objetivo. En primer lugar, plantear de qué modo la gestación por sustitución como innovación técnica desequilibra el marco cognitivo tradicional y pone en crisis el paradigma que asienta la maternidad en el orden de lo natural, incluyendo la discusión sobre la autonomía de las mujeres para decidir gestar para otros/as. En segundo lugar, visibilizar de qué modo se construye el (no)debate en torno a la gestación por sustitución en nuestro país.

### 2. La gestación por sustitución como problema público, el debate en argentina

#### 2.1. Crisis de paradigma: la puesta en tensión de la máxima filial "madre cierta es"

La Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro del Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (2010) a la figura o problema público bajo análisis<sup>[6]</sup>.

En este sentido, la gestación por sustitución (en adelante, GS) constituye una especie dentro del género técnicas

de reproducción humana médicamente asistida (TRHA), por medio de la cual una persona -en la mayoría de los casos, una mujer-, denominada gestante, lleva adelante un embarazo a partir de la transferencia de un embrión conformado con los gametos del/los futuros progenitores y/o de terceras personas -donante/s de gameto/s-, con el objeto de que el niño/a que nazca de ese procedimiento tenga vínculos filiales únicamente con quien/es tiene/n voluntad procreacional, no así con la gestante.

Como adelanté, este procedimiento no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico y la filiación del niño/a nacido/a de este tipo de técnica es un espacio de disputa en el que intervienen diversos actores públicos -en particular, los/as operadores/as judiciales- y privados -muy especialmente, los/as protagonistas de cada historia singular, los/as profesionales de los centros médicos de fertilidad, el movimiento de mujeres y de la diversidad sexual, entre otros- que mantienen criterios encontrados en torno a su posible recepción.

De esta forma, la GS emerge como un problema público que corroe y pone en crisis un paradigma del derecho filial asentado en una matriz metafísica que coloca "lo natural" como norma o deber ser del constituir familia en general, y de la maternidad, en particular.

En otras palabras, la GS se presenta como una anomalía frente al principio rector para la determinación de la maternidad, "*mater semper certa est*", en términos más contemporáneos: la maternidad sigue al parto, la biología es destino y la madre jurídica es siempre aquella que da a luz.

Siguiendo a Surel, "Una anomalía, cualquiera sea su naturaleza, es un elemento de perturbación del paradigma. Para intentar explicarla, los científicos toman conciencia de que el nuevo fenómeno no encaja en el sistema en vigor"[\[7\]](#).

De esta forma, la GS se inscribe como una práctica disruptiva que coloca en crisis el paradigma dominante del derecho filial argentino, abriendo un espacio de lucha entre los diferentes actores que no comparten la misma "visión" del mundo[\[8\]](#).

Asimismo, la GS no sólo cuestiona los cimientos del derecho filial argentino, sino que pone en crisis los paradigmas de género convencionales, pues encierra debates complejos -incluso puertas adentro del feminismo- tales como el alcance del control de las mujeres y personas gestantes sobre sus cuerpos, el ejercicio de diversas sexualidades, y la recepción de distintas formas de organización familiar[\[9\]](#).

## 2.2. Diálogos infructuosos frente a una realidad apremiante

Alrededor de este problema público surgen actores con diferentes intereses, percepciones o cosmovisiones del mundo y con proposiciones de solución o respuestas no concordantes entre sí.

En este marco, como señalan Guzman & Montañó, "Junto a los colectivos que movilizan los problemas, se distinguen también los llamados 'grupos de veto' que pueden resistir la emergencia de una problematización dada sobre todo cuando ésta puede modificar su situación"[\[10\]](#).

Uno de los actores o grupos de veto que más han resistido y resisten la incorporación de esta figura en la normativa civil y comercial procede de sectores más bien conservadores del Derecho Civil en general y del Derecho de Familia en particular. Así lo han expresado en el marco de las audiencias públicas celebradas en distintas provincias de nuestro país cuando se debatía el Proyecto de Reforma y Unificación de los códigos, año 2012[\[11\]](#).

Ahora bien, la GS tiene una particularidad o singularidad no muy común: los grupos de veto no provienen únicamente de estos sectores tradicionalmente conservadores, asociados con la Iglesia Católica y a una idea unívoca de decir "familia" y de constituir vínculos filiales, sino también de ciertas líneas del feminismo que lejos están de poder ser nominadas como reaccionarias, conservadoras o reticentes a la diversidad de formas familiares.

Así, por ejemplo, nos encontramos con feministas que entienden que la GS perfecciona la mercantilización de los

cuerpos, transforma en mercancía las capacidades sexuales y reproductivas de las mujeres, cosifica a la mujer y exige examinar la capacidad de autonomía individual de la mujer a la luz de las condiciones materiales de su existencia<sup>[12]</sup>.

Mientras que otras, como Lamm, feminista que brega por la incorporación de una regulación de la GS a nuestro ordenamiento jurídico nacional, sostienen, "Resulta sorprendente que se ponga en duda la capacidad para consentir libremente sobre cuestiones que tienen que ver con la reproducción de las mujeres o personas gestantes. En primer lugar, cuando no se admite la gestación por sustitución porque se presupone que la persona gestante siempre estará siendo forzada a gestar unx hijx para otra persona o pareja, debido a una situación de necesidad, o de desventaja económica o social, se está privando de capacidad de consentimiento a las mujeres o personas gestantes. (...) Como mujer y feminista, no puedo partir de que las mujeres son incapaces de consentir, pero si en algún supuesto existe vulneración de su voluntad, entonces necesitamos un marco legal para evitar estas situaciones y proteger efectivamente sus derechos"<sup>[13]</sup>.

Más aún, no sólo el movimiento de mujeres enfrenta disputas al interior de su grupo, también en el movimiento LGBTIQ\* existen divergencias sobre la respuesta o propuesta de solución frente a la problemática de la GS, algo que se refleja en los proyectos legislativos presentados en el Congreso de la Nación. Si bien todos parten de la necesidad de regular la GS solidaria o altruista, algunas organizaciones, por ejemplo, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), rechazan la necesidad de que estos procedimientos sean realizados con un control estatal previo, acompañando propuestas legislativas que no incluyen este requisito (Proyecto 1429-S-2020). En cambio, otras organizaciones, entre ellas 100 % Diversidad y Derecho, han apoyado proyectos de ley centrados en la idea de protección de la mujer gestante a través de un proceso judicial previo a la realización de la técnica (Proyecto 3524-D-2020).

Los diferentes actores enunciados interactúan, con distintos grados de intensidad, con los actores públicos comprometidos con la temática, en especial, con legisladores y legisladoras de la órbita del Estado Nacional, muestra de ello, son los nueve proyectos de ley presentados desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (Ley 26994, 2014) a la actualidad con el objeto de regular la figura de la gestación por sustitución.

No obstante, y pese a que los proyectos de ley provienen de distintas fuerzas políticas, y acuerdan todos en incluir y permitir la práctica de la GS en nuestro país -con algunos matices- la realidad nos muestran que el problema está lejos de ser resuelto pues ninguno de estos proyectos ha tenido siquiera tratamiento en alguna comisión, menos aún dictamen.

### **3. Palabras de cierre**

Resulta claro que el referencial del problema público que implica la GS se encuentra en disputa. Con una particularidad, estos procesos de discusión y argumentación en los que los diferentes actores privados pretenden hacer valer su modo de interpretar el mundo -discutiendo desde el nombre de la figura hasta los alcances de una posible regulación o la inclusión de una prohibición expresa y taxativa- se traducen o reflejan sólo parcialmente en las propuestas legislativas que presentan los actores públicos, es decir, los/as diputados/as y senadores/as de la nación.

De este modo, ciertos actores privados -algunas líneas del feminismo y los movimientos LGBTIQ\*- han sacado una ventaja respecto a la definición del referencial de la GS pues sus propuestas han permeado positivamente en las elites políticas de nuestro país o, si se quiere, en los órganos del sistema político.

Sin embargo, estas elites o representantes de los órganos del sistema político no han tenido aún la fuerza para moldear la discusión y definir el problema que implica la GS, razón por la cual, a nueve años del debate público suscitado a raíz de la propuesta de su regulación en el Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación la GS no está regulada, más tampoco prohibida, siendo los/as jueces/zas quienes deciden cuándo sí y cuándo no la maternidad puede no seguir al parto en nuestro país.

[1]

Información que surge de los Fundamentos del Proyecto de Ley 3524-D-2020, "Modificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Incorporación de la Gestación por Sustitución", ingresado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el 15 de julio de 2020 con la primera firma de la Diputada Nacional por la provincia de Córdoba, Gabriela Estévez.

[2]

Guzmán, V. & Montaña, S. (2012). Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina (1985-2010). Santiago de Chile: CEPAL, p. 22.

[3]

El proyecto proponía incorporar como artículo 562 el siguiente texto: "Artículo 562 - 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. 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". (Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Ejecutivo Nacional N° 884/2012. Buenos Aires, Infojus, 2012. Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf)) (Consultado el 09/08/2021).

[4]

Proyecto de Ley 1429-S-2020. Diario de Asuntos Entrados N° 68. Buenos Aires, 6 de julio de 2020. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1429.20/S/PL> (Consultado el 09/08/2021).

[5]

Proyecto de Ley 3524-D-2020. Trámite parlamentario N° 84. Buenos Aires, 15 de julio de 2020. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3524-D-2020.pdf> (Consultado el 09/08/2021).

[6]

OMS. (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Recuperado de [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf) (Consultado el 09/08/2021).

[7]

Surel, Y. (2008), Las políticas públicas como paradigmas. Estudios Políticos, 33.

[8]

Ibid.

[9]

Guzmán, V. & Montaña, S. (2012). Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina

(1985-2010). Santiago de Chile: CEPAL. p. 32.

**[10]**

Ibid, p. 142.

**[11]**

Entre otras manifestaciones, se ha dicho que "La autorización para crear seres humanos en los laboratorios con la fertilización artificial, el permiso para la fecundación postmortem, la autorización implícita de la dación o venta de gametos, el desprecio de los embriones, el permiso para alquilar vientres de madres, la autorización para el "matrimonio" de personas del mismo sexo, la autorización para que las personas homosexuales puedan "adquirir" hijos, la discriminación entre categorías de hijos, la destrucción de la dignidad matrimonial, la facilitación del divorcio, etc., son algunas de las medidas que degradan a la persona y empobrecen la sociedad, y que se encarnizan en especial con la mujer gestante y con el niño por nacer, a los que les sustraen su dignidad". (Farias, M. (2012). A la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ponencia, Libro II, Tucumán. Recuperado de [https://ccygn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/FARIAS\\_Marxa\\_Eugenia.pdf](https://ccygn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/FARIAS_Marxa_Eugenia.pdf)) (Consultado el 09/08/2021).

**[12]**

Maffía, D. & Gómez, P. L. (2019). Apuntes Feministas acerca de la Gestación Subrogada. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Derecho de Familia. 89, p. 171.

**[13]**

Lamm, E. (2019). La gestación por sustitución como deconstrucción de la 'maternidad' que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Derecho de Familia. 89, p. 146.