

“Con los avances científicos tenemos la capacidad de fabricar la vida por lo que algo que era casi del ámbito de lo sagrado pasó a ser un bien económico”... “se puede decir que se pasó del término reproducción a producción”.


Dr. José Alberto Mainetti.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Reflexiones sobre el primer Fallo argentino

Este trabajo se propone reflexionar sobre la técnica de reproducción humana asistida, a partir del caso de Gestación Homóloga por Sustitución de vientre, que dio lugar al Fallo dictado en junio de 2013, por la Titular del Juzgado Nacional de 1ª Instancia Civil N° 86 de Capital Federal, Dra. María del Carmen Bacigalupo, a la luz de la legislación argentina vigente, de la regulación contenida en el art. 562 del Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial redactado por la Comisión de Reformas (2012) integrada por el Dr. Lorenzetti, la Dra. Highton de Nolasco y la Dra. Kemelmajer de Carlucci, que fuera suprimido por la Comisión Bicameral en noviembre de 2013, y de los Principios Bioéticos y de Derechos Humanos. No pocas controversias genera la falta de legislación de esta práctica, a raíz de las diversas interpretaciones a las que dan lugar los arts. 17, 242, 953, 1167, 1493 y cctes. del Código Civil, los arts. 19 y 75 inc. 22) y cctes. de la Constitución Nacional, especialmente la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los arts. 25 y 26 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, las Leyes 26.413 y 26.061 y la Doctrina de destacados juristas argentinos.- En esta última se basa el Fallo, e introduce la "socioafectividad" como base constructora de la "voluntad procreacional", elemento que considera suficiente para fundar el "estado de familia" y que, de ser naturalizado o legislado, se sumaría a la consanguinidad, la afinidad y la adopción como vínculos generadores del paren-

tesco. El debate se instala entre quienes promueven la práctica con tales fundamentos, imprimiéndole al acuerdo entre padres genéticos y madre gestante validez de acto jurídico como objeto contractual, e invocando el altruismo de esta última; y quienes consideran que la técnica es indigna, a partir de la cosificación del útero, y de los servicios gestacional y de alumbramiento, entendiéndola reñida con la legislación, la moral y el orden público, se trate o no de un contrato oneroso. No menos importante es el objeto final de la práctica: el niño por nacer, principal protagonista necesariamente inconsulto y sin derecho a réplica ni acabada representación legal. Ello, además omitir al "niño así nacido" y las eventuales consecuencias psicológicas que podrían afectar, al joven y luego adulto así venido al mundo, especialmente respecto del personalísimo Derecho a la Identidad en su más amplio sentido, es decir, considerando todos los elementos que la componen, además del genético: biológico, psicológico, espiritual, familiar, social, cultural. El fundamento de la Comisión Bicameral, al suprimir el art. 562 se basó en que la práctica "... encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma". En realidad, varios países se han expresado, ya sea prohibiendo la práctica,

An abstract painting with a textured, impasto style. The background is a mix of warm colors like red, orange, and yellow. Overlaid on this are several large, overlapping shapes in shades of blue and green, outlined with thick black lines. The overall effect is dynamic and expressive.

como España, Francia, Portugal, Italia, China, Japón... O legislándola y aceptando su carácter oneroso como India, Grecia, Rusia, Gran Bretaña, algunos Estados de USA... Otros no se han pronunciado específicamente y la "toleran" como es el caso de Argentina... Ciertamente es que la cuestión expone al legislador a la ardua tarea de atravesar un campo impensado hace algunos años, ya sea para prohibirla o bien para admitirla y regularla. Pero el vacío legal presenta un serio problema ético, jurídico y social.- Tal situación beneficia a quienes están dispuestos a someterse a la técnica que hoy carece de restricciones, ante el antecedente jurisprudencial motivo del presente. Y beneficiaría a la gestante, ya que es difícil pensar su rol sin el fantasma de la transacción económica.- Los fundamentos por los cuales la Comisión Bicameral suprimió la Gestación por Sustitución del Anteproyecto de Reforma, tienen suficiente entidad ética, social y jurídica para inspirar una legislación prohibiendo la práctica hasta tanto se resuelvan los dilemas expresados por los legisladores.- Mientras tanto, demasiados son los interrogantes y muy pocas las respuestas: ¿Bajo qué parámetros y de qué manera se garantizarán, no sólo en el texto de la ley, sino en la cotidiana realidad de los hechos, los derechos y el superior interés del niño por nacer y así nacido?... ¿Bajo qué principios se modificará lo atinente respecto de los personalísimos Derechos Humanos y los Derechos de Daños, Sucesorio, Laboral, Contractual ... ? En cuanto al Derecho de la Salud,

¿cuáles serán las obligaciones y cómo se regulará la administración de las prestaciones de salud de los sectores de público, de obras sociales y privado?... ¿Bajo qué pautas se distribuirán los recursos sin afectar el principio de justicia distributiva? Una normativa basada en la ética y la multidisciplinaria, ¿puede realmente regular todas las consecuencias jurídicas, psicológicas y sociales que implica la práctica? ¿Qué viene después de la Gestación por Sustitución de vientre ...? Alvin Toffler, escritor y doctor en letras, leyes y ciencia, en su ensayo "El shock del futuro", publicado en 1970, anunciaba estas técnicas y hablaba de la "tecnología del nacimiento". Tomando sus palabras como interrogante, realmente, ¿ " ... llegará un momento en que incluso se podrá prescindir del útero femenino. Los niños serán concebidos, alimentados y criados fuera del cuerpo humano... "?

M. Cristina Di Lernia

Abogada

Miembro Titular del Comité Hospitalario de Ética (CHE) y del Consejo Institucional de Revisión de Estudios de Investigación (CIREI) del Hospital Privado de Comunidad - MdP
Secretaria del Instituto de Derecho de la Salud del CAMdP
mayo/septiembre 2014

Ver artículo completo en:

<http://www.cajaabogados.org.ar/vermas-noticias.php?n=418>