

Gestación por sustitución. Un estudio comparativo con enlace en el derecho al cuidado

Por J. Efeder

Resumen:

Desde un desarrollo jurídico-social con enfoque cualitativo, este trabajo analiza y compara legislación y jurisprudencia internacional vinculada al procedimiento de gestación por sustitución, permitiendo reflejar la aplicación y valoración que se realiza de la normativa vigente y de la realidad social imperante en los Estados.

El análisis comparativo se enlaza con el derecho al cuidado por tratarse de un derecho humano cuyas dimensiones inciden significativamente en el procedimiento bajo estudio.

Desde este lugar se aspira crear conciencia en los Estados sobre la necesidad de regular esta práctica en perspectiva de cuidado.

Abstract: From a legal-social development with a qualitative approach, this work analyses and compares legislation and international jurisprudence linked to the substitution pregnancy procedure, allowing to reflect the application and assessment of the current regulations and the prevailing social reality in the States.

The comparative analysis is linked to the right to care because it is a human right whose dimensions have a significant impact on the procedure under study. From this place it is aimed to raise awareness in the States about the need to regulate this practice in the perspective of care.

Palabras clave: gestación por sustitución – legislación comparada – derecho al cuidado

Keywords: surrogate pregnancy - comparative legislation - right to care

SUMARIO: 1.- Introducción; 2.- Marco conceptual de la gestación por sustitución; 3.- Breve reseña del Derecho al cuidado; 4.- Regular, No regular o Prohibir. Un análisis de las posturas adoptadas en la legislación internacional; 5.- Abordaje de la legislación y jurisprudencia internacional en perspectiva de cuidado; 6.- Conclusión; 7.- Referencias

1.- Introducción

Se inicia el desarrollo de este trabajo, afirmando que a nivel internacional existe una disparidad en la regulación del procedimiento de Gestación por Sustitución, y como reflejo de ello, se compartirán tres conceptualizaciones de esta Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Seguidamente, y teniendo presente cómo la legislación internacional aborda el instituto, se agruparán normativas según admitan la práctica, encontrando dentro de dicha clasificación un subgrupo. En segundo lugar, se asociarán, aquellas normativas prohibitivas, y el tercer grupo reunirá aquellos estados que no tienen normativa al respecto. La regulación descripta se integrará con la referencia a antecedentes jurisprudenciales.

Con conceptos e ideas claras, se analizará la figura desde una visión contemplativa del derecho al cuidado en sus tres dimensiones.

Finalmente, y con el recorrido efectuado se podrá arribar a conclusiones que permitan en clave de cuidado, delinear, pensar, o repensar los ordenamientos jurídicos teniendo presente la realidad social y sus valoraciones.

2.- Marco conceptual de la gestación por sustitución.

Este apartado se destinará a delimitar los contornos de la “gestación por sustitución”, como práctica orientada a la concreción de vínculos filiatorios.

Se reconocerán notas distintivas dependiendo, entre otras, de la posición ideológica que se adopte, las creencias, la cultura, las realidades socioeconómicas, pero también se advertirá como consenso común, el enmarcarse como TRHA.

La Unión Europea la define como “una práctica en la que una mujer queda embarazada con la intención de dar al niño a otra persona al nacer”¹.

Krasnow, indica que:

“... es el procedimiento que con base en un acuerdo, precedido del cumplimiento del deber – derecho de información y que reconoce un previo vínculo de parentesco o vínculo socioafectivo, se integra por una persona o pareja con voluntad procreacional y una persona progenitora con capacidad gestacional que no aportando sus gametos, decide de modo consciente y libre, asumir el compromiso con ánimo altruista de procrear para otra/o – otros, coadyuvando con este actuar a la concreción del proyecto parental de la progenitora / el progenitor - progenitores intencionales”².

¹ BRUNET, et al, 2012: 7

² KRASNOW; 2024

Lamm, sostiene que:

“se trata de una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”.³

Como podrá apreciarse a lo largo del desarrollo, se está ante una práctica jurídico-sanitaria compleja, en la que confluyen diversas voluntades que, trascendiendo la esfera de lo estrictamente biológico, tiene como propósito la realización de un proyecto parental de quienes asumen el lugar de progenitor – progenitora / progenitores intencionales⁴. Esto denota que la voluntad procreacional se erige como elemento fundante de vínculos filiales.

3.- Breve reseña del Derecho al cuidado

Este derecho es un derecho humano, plasmado en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, limitando la mención por ser primero en el tiempo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando indica: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 16 inc. 3), “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.” (artículo 25 inc. 2).

Bajo el concepto de cuidado, comprensivo del aspecto físico y emocional, se abriga aquellas tareas, actividades, y trabajos que comprenden actividades indispensables para satisfacer necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, brindando los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad⁵.

Siguiendo a Pautassi, podemos definir el derecho al cuidado como derecho a cuidar, a ser cuidados y al autocuidado. Los Estados están obligados a proteger, garantizar y proveer las condiciones materiales y simbólicas para su ejercicio, conforme a estándares de derechos humanos y a satisfacerlo de manera progresiva e interdependiente con el ejercicio de otros derechos⁶.

³ LAMM, 2014: 24

⁴ ORLANDI, et. Al. 2024

⁵ PAUTASSI, 2021: 215

⁶ PAUTASSI, 2023; 5

Cuando se analiza el derecho al cuidado de otros en el interior de las relaciones familiares, especial énfasis se pone en el deber de cuidado de los progenitores respecto de hijos/as. En relación a la contemplación de este derecho en el supuesto de un procedimiento de TRHA, lleva a considerar en quien/quienes recae la función de cuidado de la persona por nacer y la respuesta se inclina por sostener que, en la condición de derecho humano, reposará en el entorno familiar y afectivo de los participantes, extendiéndose también la responsabilidad al Estado y la comunidad.

Las tareas de cuidado, alcanza a quien gestando cuidará, en tanto se preserve y garantice su autocuidado, dado la vinculación directa que su salud psicofísica emocional tiene tanto para la tuición de su persona como la del embrión.

Respecto a quienes manifestaron su voluntad procreacional se traduce no solo en asumir los costos que conlleva la práctica y la salud de la gestante, sino también, en la estabilidad de un vínculo de contención afectiva.

Asimismo, el equipo profesional-centro de salud asumirá un rol que no se limitará a lo estrictamente técnico, sino que desde una visión horizontal deberá entablar lazos que logren un clima de confianza y trato humanizado.

En relación al derecho al cuidado de la persona gestante se traduce en la protección de su dignidad que conlleva a la atención de la salud integral en el antes, durante la práctica y el después del nacimiento y en la convicción de que su consentimiento se otorga conforme las reglas de su autonomía relacional, entendida como la autodeterminación analizada desde la realidad vivencial que atraviesa a la persona en su entorno social, económico, familiar y afectivo, como recurso que permite mensurar en qué medida las desigualdades, las asimetrías y sometimientos inciden en la definición de decisiones⁷.

Esta función se compartirá con la/el progenitor – progenitoras/progenitores intencionales y equipo profesional-centro de salud que interviene.

4.- Regular, No regular o Prohibir. Un análisis de las posturas adoptadas en la legislación internacional.

No solo la definición de la gestación por sustitución presenta discusiones, sino también su regulación motiva profundos debates al interior de los Estados.

La cuestión no solo se reduce a regular o no la práctica y en su caso cómo regular, sino también el comportamiento social presenta sus desafíos, ya que en

⁷ BELLÍ Y SUÁREZ TOMÉ, 2021, 437-462

aquellos estados donde está prohibida o donde no existe regulación, sus nacionales recurren a su empleo trasladándose a otro Estado o en su mismo país de forma clandestina, pretendiendo luego en su lugar de origen, el reconocimiento del vínculo filial que con sustento en la voluntad procreacional, debiera habilitar el emplazamiento filial, seguido de la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

La situación descripta, expone la presencia de un fenómeno social complejo, que consolidado en el plano de lo social, hace nacer en los operadores jurídicos la exigencia de elaborar respuestas tuitivas de las personas comprendidas en el procedimiento; partiendo de la consideración de los derechos comprometidos como entre otros el derecho a la dignidad, derecho a vivir en familia, el interés superior de esa niño/a nacido, el derecho a la salud conforme el concepto amplio de salud plasmado por la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁸, derecho a la identidad, el derecho al cuidado.

Retomando lo expuesto en la introducción, se analizarán las legislaciones, recurriendo en principio a una clasificación conforme aquellas que admitan la práctica, efectuando dentro de dicho apartado una distinción entre aquellos que consienten una contraprestación a la gestante, y aquellos que admiten la práctica, siempre que no medie una retribución económica. En segundo lugar, se asociarán aquellas normativas prohibitivas, y el tercer grupo reunirá aquellos estados que no tienen normativa al respecto.

A.- Estados que admiten la práctica y una retribución por la misma

En este universo, se encuentra Ucrania, Rusia, Armenia, algunos estados de Estados Unidos (Texas, Utah, Illinois, Virginia, Florida, New Hampshire) y dentro de México, los estados de Tabasco y Sinaloa.

Se destaca que se procederá al análisis de la legislación del Estado mexicano de Tabasco, en razón que tuvo un intento de modificación de su legislación, pero la misma se vio atemperada por un precedente jurisprudencial.

En este Estado la gestación por sustitución se reguló en el año 1997 por medio del artículo 92 de su Código Civil estableciendo que: “En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este

⁸ En la Constitución de la OMS, se define salud como “...completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”

hecho implica su aceptación. En todos los casos que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado en la adopción plena”.

Conforme indica Callejas Arreguín⁹, esta norma permitía la maternidad subrogada a toda persona, sin distinción de sexo, nacionalidad, personas solas o en pareja, con o sin impedimentos para la procreación. La flexibilidad descripta atrajo la demanda de personas pertenecientes a países que prohíben esta práctica, dando lugar a la generación de recursos económicos derivados de esta praxis así como el surgimiento de agencias y clínicas cuyo objetivo, con miras a concretar el mismo, era acercar a las partes que participarían de este procedimiento.

Cabe resaltar que, los efectos de esta política legislativa, vino unida a dificultades que tuvieron que atravesar personas gestantes como consecuencia de un marco normativo que, con debilidades en relación a precisión y tuición, derivó en situaciones de incumplimientos de contrato, falta de pago de sus servicios o retribuciones distintas a las convenidas, abandono de los niños nacidos por parte de los contratantes producto de cambios de opinión o complicaciones de salud de las personas nacidas¹⁰.

Este contexto dio lugar, a que el Comité sobre los Derechos del Niño de la ONU¹¹, remarcara que “La regulación de la subrogación en el estado de Tabasco no proporciona suficientes garantías para evitar su uso como medio para vender a las niñas y los niños...”. En virtud de la declaración transcrita, recomendó al Estado de México que Tabasco revise su legislación e introduzca medidas tuitivas.

En razón de ello se dictó el Decreto 265 de fecha 13 de Enero de 2016, que adicionó al Código Civil de dicho Estado el Capítulo VI Bis, “De la gestación asistida y subrogada”. Entre sus notas más salientes, se destaca: 1) la práctica solo quedaba enmarcada para personas nacionales que se encontraran en pareja o en concubinato de tipo heterosexual; 2) podrían acceder a ella quienes demostraran imposibilidad física o contraindicación médica para gestar en su útero; 3) se eliminaron las participaciones de agencias e intermediarios; 4) el consentimiento a la práctica debía ser prestado ante notario público y el contrato

⁹ CALLEJAS ARREGUÍN, 2023: 173

¹⁰ CALLEJAS ARREGUÍN, 2023: 174

¹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/MEX/CO/4-5 – párrafo 69, 2015

de gestación debía ser aprobado por un juez competente; 5) si la gestante estaba en unión matrimonial o concubinato, se debía sumar el consentimiento de su pareja.

El cambio normativo, derivó en que las personas interesadas en recurrir a este procedimiento, promovieran acciones judiciales, rescatando en este conjunto, la acción de inconstitucionalidad iniciada el 7 de junio de 2021 por la Procuradora General de la República ante la Suprema Corte de México, comprendiendo en esta petición la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 380 bis y 380 bis 3 párrafos 4, 5 y 6 incorporados al Código Civil por el referenciado decreto.

Alegó como argumentos: 1) la incompetencia de la legislatura del Estado de Tabasco para legislar sobre un tema de salubridad general; 2) la vulneración de los principios de interés superior del niño, legalidad y seguridad jurídica por parte del artículo 380 bis 3, puesto que sus términos tornaban posible que ante un supuesto de incapacidad sobreviniente de uno de los progenitores intencionales, la persona gestante contando con la anuencia de su pareja, pudiera reclamar el ejercicio de derechos parentales; 3) importa una vulneración del principio constitucional de igualdad de género, al requerir que la mujer que actúa como sustituta tenga que solicitar el acuerdo de su cónyuge o pareja; 4) la legislación propuesta era incompleta o deficiente al no prever lo relativo al ámbito económico del contrato de gestación.

Cuando la causa llega a conocimiento de la Suprema Corte de México¹², el Alto Tribunal sostuvo que las TRHA y en particular la gestación por sustitución son una realidad imperante y deben ser entendidas teniendo en cuenta los derechos fundamentales que se encuentren involucrados.

En relación al planteo de invasión de funciones legislativas, se pronunció favorablemente, estableciendo que no corresponde al legislador del Estado restringir las prácticas solo para las parejas estériles e infértiles, dado que lo relativo a las condiciones de salud de quienes participan en este proceso, es materia de una ley federal.

Respecto al planteo de que el artículo 380 bis 3 quinto párrafo resulta lesivo de los principios de interés superior del niño, legalidad y seguridad jurídica, también el Tribunal hizo lugar.

¹² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, México, 07.06.2021, Acción de Inconstitucionalidad 16/2016

En cuanto a la afectación del principio de igualdad de género, el Máximo Tribunal lo admite, al entender que se está ante una situación que además de crear una sujeción de la mujer hacia el hombre con respecto a decisiones vinculadas con el cuidado de su propio cuerpo, menoscaba sus derechos a la libertad de decisión, autodeterminación y autonomía reproductiva.

En relación al mismo principio, la Corte consideró necesario expedirse con relación a la cláusula del decreto que establecía que el contrato de gestación debía ser suscripto por padre y madre contratante, ya que conforme su entendimiento circunscribía el acceso a esta técnica únicamente a parejas heterosexuales, generando una disposición discriminatoria en razón de la orientación sexual y el estado civil de las personas.

Finalmente, cuando analiza el planteo sobre el carácter altruista u oneroso del contrato de gestación por sustitución, si bien destaca su esencia altruista, arriba a la conclusión de que, la determinación de establecer sistemas comerciales o altruistas forma parte de la libertad contractual que rige en cada Estado, siempre que se anteponga la protección de todas las personas involucradas.

El análisis de este precedente, muestra que las observaciones del Comité y la realidad que se vive en el Estado, no fueron tenidas en cuenta al momento de la reformulación de una norma que se caracterizaba por su amplitud y falta de tuición. Las declaraciones del Máximo Tribunal y los fundamentos expresados, demuestran que se intentó modificar una legislación con normas que profundizan vulneraciones de derechos y suman nuevas desigualdades para todas las personas que participan de este procedimiento.

B.- Estados que admiten la práctica solo bajo la modalidad altruista

En este sector, quedan comprendidas las legislaciones de Reino Unido, Holanda, Portugal, Grecia, Nueva Zelanda, Canadá (excepto Quebec), Cuba, Brasil y Uruguay.

Se destinará un espacio para el análisis de la legislación de Reino Unido, por tratarse de un país que, enrolado en el altruismo, encuentra como elemento a considerar, la existencia de pronunciamientos judiciales que flexibilizaron este presupuesto, con fundamento en la protección del principio de interés superior del niño.

La ley que rige en este país, la *Human Fertilisation and Embrology Act* (HFEA)¹³ del año 1990 – reformada en 2008- admite la gestación por sustitución altruista, habilitando con visión de cuidado, el pago de gastos razonables que deriven del estado de embarazo, delegando en la autoridad judicial la constatación de que el monto a percibir por la persona gestante se limite a una compensación y no a un pago¹⁴.

Un aspecto a destacar de esta norma, es el criterio seguido en relación a la determinación del vínculo filial. Producido el nacimiento, la maternidad se determina a favor de la mujer que gestó para otros sin aportar sus gametos. En el supuesto de tratarse de una mujer casada, su cónyuge será emplazado como progenitor, a menos que pueda demostrar que no prestó su consentimiento a los fines de la gestación por sustitución.

Después de transcurrir un plazo de reflexión de seis semanas concedido a la persona gestante, la filiación será transferida a los comitentes mediante lo que se denomina *parental order*, previa solicitud dentro de los seis meses del nacimiento del niño/a.

Frente al supuesto que la mujer gestante no esté casada ni en unión civil, quien aportó su material genético será emplazado como progenitor y registrado en el certificado de nacimiento sin ser necesario para ello el consentimiento de la gestante. El otro progenitor o la mujer con voluntad procreacional que no aportó su material genético podrá registrar su vínculo filial, previo consentimiento manifestado por el progenitor intencional emplazado y la persona gestante.

Hasta el año 2018 se exigía que quienes optaban por este procedimiento, debían ser pareja y una de ellas obligatoriamente debía aportar su material genético. Sin embargo, revisando su normativa y entendiendo que dicho requisito era violatorio del derecho al respeto de la vida privada y familiar (Convención Europea de Derechos Humanos), se modificó la legislación sobre TRHA permitiendo de esa forma que una persona sola pudiera acceder a la gestación por sustitución^{15y16}.

En este escenario y con el ánimo de fortalecer la justificación de la selección de la norma bajo estudio, resulta propicio compartir un breve relato del caso *Re L*.¹⁷

¹³ Todas sus regulaciones siguen el criterio del artículo 1 Ley de adopción e infancia de 2002: el bienestar del niño debe ser consideración primordial en todo proceso

¹⁴ IGAREDA GONZÁLEZ, 2020

¹⁵ The Human Fertilisation and Embryology Act, 2008 (Remedial) Order 2018.

¹⁶ IGAREDA GONZÁLEZ, 2020

¹⁷ ENGLAND AND WALES FAMILY COURT, 15.10.2010, *Re L* (a minor)

que refiere a un nacimiento que reconoce como antecedente un contrato de gestación celebrado en el Estado de Illinois (Estados Unidos). El caso llega a conocimiento de la *England and Wales Family Court*, bajo el entendimiento de que a la persona gestante se le proveyeron mayores recursos que lo entendido en Reino Unido como gastos razonables, situación que no habilitaba el otorgamiento de la *parental order*, por presentarse una situación ilegal.

En este marco, el juez Hedley entendió que procedía el emplazamiento filial a favor de los comitentes, con sustento en que lo que debía primar en el caso era el interés superior del niño, siendo no solo la primera cuestión a considerar sino la principal¹⁸. Sin embargo, desde una visión de cuidado, se advierte en el pronunciamiento acerca del meticuloso control que se debe hacer de las solicitudes de autorizaciones retroactivas, para así prevenir compra de niños en el extranjero.

El análisis de esta normativa, permite observar la incorporación de un criterio de cuidado. La ausencia de retribución aporta mayores garantías de que el consentimiento informado de la persona gestante ha sido prestado dentro de la esfera de su autodeterminación y no condicionada por situaciones de vulnerabilidad.

C.- Estados que prohíben la práctica

Comparten esta decisión legislativa, Suecia, Francia, España, Alemania, Suiza, Italia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Islandia, Noruega, Serbia. Se adicionan en Francia, Alemania e Italia, sanciones penales.

En América, se destacan Québec en Canadá; algunos Estados de Estados Unidos como Nebraska, Michigan, Arizona, North Dakota, Washington, Indiana, Kentucky y en México los Estados de San Luis de Potosí y Querétaro.

Dentro este grupo de países, se desarrolla en particular la legislación española, por la secuencia de pronunciamientos que, con corta periodicidad en el tiempo, han sido resueltos con criterio similar por el Tribunal Supremo de este país, desde un lugar que despierta ciertos cuestionamientos a la luz de la perspectiva de cuidado.

Se inicia el análisis diciendo que en España rige la ley 14/2006, en cuyo artículo 10 se consagra la prohibición expresa:

¹⁸ En igual sentido, entre otros, EWHC, 2011, IJ (a child); EWHC, 2010, Re K (minors) (Foreign Surrogacy), EWHC, 2011, Re A and another v P and others, 2011, EWHC, 2013, Re C (a child), 2013,

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Esta disposición debe interpretarse en conjunto con la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y del Notariado que tiene como objetivo establecer criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.

La misma establece:

“Primera. 1) La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. 2). Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur. 3) No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española: c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; e) Que

la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado. Segunda: En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.”

Pese a esta legislación, la realidad es que las personas continúan recurriendo a esta técnica en el extranjero, para luego solicitar el reconocimiento de vínculos filiales en territorio español. En razón de ello se analiza un pronunciamiento del Tribunal Supremo de España de diciembre de 2024¹⁹.

En relación a los hechos, se destaca que el 4 de diciembre de 2019, D. C. y D. B. celebraron en el Estado de Texas un contrato de gestación con Eva (persona gestante) y su esposo Benjamín. El Juzgado 73 del Distrito Judicial del condado de Béxar, Texas, validó el contrato en su sentencia del 23 de julio de 2020. Transcurrido el proceso gestacional, nacieron dos niños que fueron emplazados como hijos de los progenitores intencionales, en cumplimiento de la sentencia dictada en noviembre de 2020 por el mismo juzgado. Los progenitores solicitaron el reconocimiento de la sentencia dictada en el Estado de Texas ante la justicia de su país – España-.

El Juzgado de Primera Instancia ante el que se presentó la demanda desestimó la solicitud con base en lo dispuesto en los apartados a) y d) del artículo 46.1 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, y la prohibición estipulada en el artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre TRHA. Los demandantes apelaron la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Posteriormente, interpusieron recurso de casación, durante su tramitación, D. C., desistió por lo que el proceso continuó teniendo como recurrente exclusivamente a D. B.

En este escenario, el Tribunal Supremo conservando el criterio seguido en otros pronunciamientos²⁰, expresó los motivos de la decisión arribada.

¹⁹ TRIBUNAL SUPREMO, España, 04.13.2024, 5879/2024.

²⁰ En igual sentido: TS, España, 06.02.2014, 835/2013; TS, España, 31.03.2022, 277/2022 esta última evocando la Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10.04.2019;

“La maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano.

Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada. Y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes.”

Además, y citando otro precedente de transcendencia²¹, se agrega que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes.

El análisis exhaustivo del fallo y su normativa vigente, motiva repensar la posición prohibitiva. Esta aseveración responde a que se está ante una práctica social que consolidada en el contexto de un sistema que no lo admite, deviene en una falta de tuición y cuidado de las personas que son parte del procedimiento; contrariando esta realidad el compromiso internacional asumido por el Estado mediante la suscripción de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

D.- Estados que no regulan la Gestación por Sustitución.

Finalmente, se destacan dentro de este criterio, entre otros Estados, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Perú, Islandia, Japón.

En relación a Argentina, se analiza su situación por varias razones. Si bien integra el grupo de países que no cuentan con legislación al respecto, se estima que, a la actualidad, se resolvieron favorablemente un promedio de 80 casos de gestación por sustitución²², rescatando como nota común el respaldo en los presupuestos que preveía el artículo 562 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial del año 2011^{23y24}. En segundo lugar, por existir un

²¹ TRIBUNAL SUPREMO, España, 06.02.2014, 835/2013

²² Se aclara que la cita de todos los precedentes no es posible debido a las pautas formales relativas a la extensión.

²³ Esta figura fue incorporada en el Anteproyecto y Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, pero luego fue eliminada, al aprobarse el texto en la Cámara de Diputados de la Nación.

²⁴ El artículo 562 proyectado disponía: “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,

reciente precedente judicial del máximo tribunal del país -Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)-, rechazando el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución y a posteriori un fallo provincial, que se reseña en los párrafos finales de este apartado.

Finalmente, otra de las razones que justifican el desarrollo de esta situación, es la inclusión en el artículo 2634 del código de fondo del reconocimiento en Argentina del emplazamiento filial constituido conforme el derecho extranjero, siempre y cuando se ajuste a los principios de orden público, como el interés superior del niño; dando lugar a un trato desigual respecto a aquellas familias o personas solas que no cuentan con recursos para ello.

A este silencio debe sumarse una situación particular que se presentó en la ciudad de Ciudad de Buenos Aires, y donde también la jurisprudencia fue protagonista.

La Sala 1 de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires²⁵, en el marco de una acción individual y colectiva de amparo, ordenó al Gobierno de la Ciudad la inscripción preventiva de niños y niñas nacidos/as en el país a través de la gestación por sustitución. Esto derivó en que el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, dispusiera dentro de su contorno territorial la inscripción preventiva, lo cual hizo posible sortear el pedido previo de inscripción en sede judicial, generando un trato diferenciado respecto al resto del país y un incentivo del turismo reproductivo interno e internacional.

En relación a esto último, se destaca que en el periodo 2017-2023 se inscribieron 135 niños nacidos a través de esta práctica. De los datos aportados respecto del último año compulsado (2023), se inscribieron 65 bebés, representando un

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.”

²⁵ CÁMARA NACIONAL APELACIONES EN LO CONT. ADM. Y TRIB., Sala I, 04.08.2017, *Defensor del Pueblo de CABA y otros c/ GCBA y otros s/ amparo*.

aumento del 109% de inscripciones respecto al año anterior, destacando que un 48% de los casos, son extranjeros sin residencia en el país^{26y27}.

En este contexto, el Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²⁸ modificó la realidad ordenando la remisión de la causa a la Justicia Nacional Civil, que solo confirmó la inscripción para la historia de vida alcanzada por el amparo individual²⁹. En lo que refiere a la acción colectiva, el mismo juzgado, dispuso en otro pronunciamiento³⁰, que las inscripciones preventivas debían ser revisadas por el juez de cada causa.

Con todo este recorrido, la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil³¹ ordenó modificar la sentencia de la instancia de grado, dejando firme las inscripciones alcanzadas por la medida cautelar adoptada el 4 de agosto de 2017 y que la resolución respecto a la acción colectiva, tuviera efectos a partir de su dictado.

Con posterioridad a dicha sentencia, la CSJN, confirmó la resolución de la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil que había rechazado la acción de impugnación de la maternidad promovida por un matrimonio de igual sexo contra la persona emplazada como progenitora, quien sin voluntad procreacional y motivada por una finalidad altruista y afectiva, participó de un procedimiento de gestación por sustitución. En el decisorio que revoca la sentencia de grado, se dispuso conforme la regla que la maternidad sigue al vientre, emplazar a la gestante como progenitora legal; mientras que al copadre con voluntad procreacional no aportante de gametos, se le sugería recurrir al emplazamiento filial por el camino de la adopción de integración³².

El recorrido jurisprudencial en este país suma otro antecedente proveniente de la justicia de la Provincia de Tucumán, donde deslindándose del criterio seguido por la CSJN, autoriza el procedimiento de gestación por sustitución, por considerar que la regla vulnera los derechos a la vida privada y familiar; el derecho a fundar una familia; el derecho a la autonomía reproductiva e integridad psicofísica; el derecho a acceder a servicios de salud reproductivos y el goce de los beneficios del progreso científico; el derecho a la igualdad ante la ley.

²⁶ GIL DOMINGUEZ – HERRERA, 2024

²⁷ NÖLLMANN, 2024

²⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 04.11.2015, X., T.S. s/ *información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*

²⁹ JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL NRO. 8. Pronunciamiento del 11.09.2023

³⁰ JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL NRO. 8. Pronunciamiento del 03.06.2024

³¹ CÁMARA NACIONAL APELACIONES EN LO CIVIL, SALA E, 12.07.2024, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Bs As y Ot. c/ Gobierno de la Ciudad de Bs As y ot s/ incidente de familia*.

³² CSJN, 22.10.2024, S.I.N c/ A.C.L. s/ impugnación de filiación.

Asimismo, estableció que el niño/a nacido/a sería emplazado como hijo/a de quienes tienen voluntad procreacional careciendo de todo vínculo con la gestante³³.

Por último y en correspondencia con una perspectiva de cuidado, se registran tres precedentes jurisprudenciales³⁴ que denegaron la autorización del procedimiento de gestación por sustitución, después de constatare en todos ellos que la situación fáctica no se correspondía con los presupuestos que traía el artículo 562 de la norma proyectada. Como se expresó oportunamente, dichos criterios actuaron como pautas orientadoras que definieron en la justicia la habilitación de la práctica por guardar sintonía con cada historia de vida.

5.- Abordaje de la legislación y jurisprudencia internacional en perspectiva de cuidado.

Se retoma la descripción contenida en el punto 4), entendiendo propicio rescatar un aspecto tuitivo de la legislación del Estado de Tabasco, sin olvidar la crítica expuesta oportunamente. En el cuarto párrafo del artículo 380 bis 7, se indica que los progenitores intencionales, deberán cubrir los gastos relacionados no solo con el embarazo, sino también parto y puerperio, encontrando allí un camino de acompañamiento a la persona gestante.

Esta norma vigente, es una expresión positiva del derecho al cuidado de otros en vinculación con el cuidado de la persona gestante, ya que los ordenamientos que receptan esta práctica, si bien plantean la necesidad de efectuar controles médicos antes del inicio de la técnica en la persona gestante, no se prevé un acompañamiento durante el proceso y en periodo de posparto.

En esta dimensión de cuidado, el Estado en su condición de garante de los derechos humanos, deberá regular este procedimiento bajo esa perspectiva planificando y ejecutando en paralelo, políticas públicas tendientes a que la norma formal se materialice dentro de sus contornos en el plano de la realidad. Los ordenamientos prohibitivos, como el español que limita una práctica instalada socialmente, generan que el Estado incumpla su rol de cuidar a sus ciudadanos. Los compromisos asumidos a nivel internacional mediante la

³³JUZGADO DE FAMILIA Y SUC., X NOM, TUCUMÁN, 23.12.2024, V. C. C. Y OTROS S/ AUTORIZACIONES JUDICIALES.

³⁴ JUZGADO DE FAMILIA DE 5° NOM. DE CÓRDOBA, “D. C., E. H. y otros”, 17/05/2024; JUZGADO DE FAMILIA NRO. 8, MENDOZA, 15/12/2023, C.A.J. S/ medida precautoria; JUZGADO DE FAMILIA, 1ª NOM. CÓRDOBA, 047/06/2023, W., B. – C. L. E. – R. T., D. S. s/ Solicita homologación - Ley 10.305.

adhesión a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, no se respetan, ya que se comprometieron a preservar y proteger a las familias en todas sus formas, lo que se transforma en una declamación, al no considerarse estas solicitudes de reconocimiento de vínculos filiatorios cuya fuente reposa en la voluntad procreacional.

En relación al derecho a cuidar a otros desde la óptica del Estado, es interesante el fallo del TS de España que correctamente hace hincapié en la preocupación de que esta práctica supone la mercantilización de la mujer y de la persona menor de edad.

Sin embargo, se puede ver como la legislación prohibitiva no colabora en erradicar la situación, porque la misma se sigue presentando y no existe normativa que permita cuidar a la mujer gestante ni a la persona por nacer.

Esta realidad que despierta preocupación, instala la necesidad de repensar una legislación desde la óptica del derecho al cuidado, siendo tal aquella que incluya entre sus disposiciones normas que evalúen la autonomía relacional de las personas intervinientes en el procedimiento, el altruismo de la práctica, el reconocimiento del vínculo filial basado en la voluntad procreacional, garantizando el respeto al derecho a la identidad e interés superior del niño/a.

En este punto, el análisis de la situación de Reino Unido muestra como en ciertos fallos se flexibiliza la prohibición de retribución con fundamento en el interés superior del niño. Se advierte que cabe hacer un exhaustivo análisis a fin de determinar que el intercambio económico no derive de la situación de vulnerabilidad de la mujer gestante, reiterando y reforzando la idea de autonomía relacional.

Todas estas observaciones valen para aquellos sistemas normativos que al no regular la práctica dejan las decisiones al arbitrio de sus tribunales.

En el caso de Argentina se observa una protección débil del derecho al cuidado, dado que, la ausencia de reconocimiento expreso, puede abrir el cauce a la habilitación del procedimiento cuando la historia de vida lo amerite; mientras que otros pronunciamientos lo deniegan ante la constatación de la afectación de este derecho en concurrence con otros. A esto se suma como alarma que despierta preocupación, la propagación del turismo reproductivo nacional e internacional. Como última reflexión, se expresa que en aquellos casos como el de la CSJN que denegó el emplazamiento conforme la voluntad procreacional cuando el caso lo exigía, se desconoció el principio de interés superior del niño.

6.- Conclusión

Si bien no puede dejarse de lado que los Estados intentan regular las prácticas sociales que como consecuencia de los avances tecnológicos los atraviesan, en referencia a la gestación por sustitución, se entiende que la regulación es dispar por no pensar la misma desde la óptica del derecho al cuidado en sus tres dimensiones.

Se debe recordar que los Estados han asumido compromisos internacionales que derivan no solo en la protección de las personas que integran familias como la persona gestante, el niño/a nacido de esa técnica, los progenitores intencionales, sino que se comprometieron a la protección de la familia en todas sus formas, la cual no debe ser desplazada ni desprotegida por el hecho de formarse solo conforme el Estado o los Estados crean que es correcto. Esto es conteste con el reconocimiento de una realidad dinámica que debe acompañarse por una legislación tuitiva.

En referencia a aquellos estados que la regulan, debe trabajarse para que todas las personas que intervienen en la práctica vean garantizado el derecho a cuidar, a ser cuidadas y al autocuidado.

En suma, la gestación por sustitución puede ser pensada en ciertas realidades vivenciales como un medio legítimo de construcción de biografías familiares.

7.- Referencias

BELLI, L., SUÁREZ TOMÉ, D., La autonomía revisitada desde la perspectiva de una bioética feminista, en HERRERA, M., FERNÁNDEZ, S., DE LA TORRE, N. (directoras), VIDETTA, C., (Coord.) *Tratado de géneros, derechos y justicia: Políticas públicas y multidisciplina*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, 437-462.

BRUNET, L. (Dir.); CARRUTHERS, J.; DAVAKI, K.; KIN, D.; MARZO, C.; MCCANDLESS, J., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Unión Europea, 2012

CALLEJAS ARREGUÍN, N. A., *La maternidad subrogada en México y Brasil, un estudio comparado entre dos nacionales latinoamericanas*, Revista Bioética y Derecho, 59, 2023, 165-179

GIL DOMÍNGUEZ, A., HERRERA, M. *Gestación por sustitución: un fallo de la Corte Suprema de Justicia que desconoce el Estado constitucional y convencional de derecho argentino*, TR La Ley AR/DOC/2793/2024

IGAREDA GONZÁLEZ, N. *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*, Política y Sociedad, 57 (3), 2020, 887-901

KRASNOW, A., *Un pronunciamiento que nos motiva a definir la gestación solidaria en clave de protección y cuidado*, TR La Ley, AR/DOC/3093/2024, 2024

LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014

NÖLLMANN, M., 04.11.2024, Subrogación de vientres. Los problemas que enfrenta el país por el vacío legal sobre esa práctica, *La Nación*, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/subrogacion-de-vientres-los-problemas-que-enfrenta-el-pais-por-el-vacio-legal-sobre-esa-practica-nid02112024/>

ORLANDI, O., DEANGELI, M., BENSABATH, N., JOSUÉ, C., *Autodeterminación y vulnerabilidad – Tensiones en el abordaje de la gestación por sustitución*, Rubinzal on line, RC D 633/2024

PAUTASSI, L., *A un año de la pandemia: Los cuidados en el centro y en los márgenes*, Desenvolvimento em Debate, 9 (1), 2021, 213-229

PAUTASSI, L., "El derecho al cuidado. De la conquista a su ejercicio efectivo", Fundación Friedrich Ebert, México, 2023.