

V Jornadas de Investigadorxs en Formación
Instituto de Desarrollo Económico y Social (IDES)
Ciudad de Buenos Aires, 7, 8 y 9 de Octubre de 2020

EJE 6. Dinámicas de producción, implementación y apropiación de regulaciones

**Derechos reproductivos y la regulación de la familia a la luz del debate sobre la
gestación por sustitución en Argentina**

Belén Coria¹

Resumen

En esta ponencia analizaré el debate jurídico que se ha suscitado a partir de la iniciativa de regular legalmente a la gestación por sustitución (en adelante GS). Entendiendo a esta legislación como herramienta de regulación de la familia en cuanto a su composición y a los derechos y obligaciones que detentan padres e hijos, considero que el debate de juristas y legisladores respecto a la GS nos da pautas para comprender cuáles son las representaciones legítimas de la familia al interior de nuestra sociedad. En paralelo, la movilización de representaciones colectivas acerca de la reproducción también surten efecto en la discusión que concierne a los derechos sexuales y reproductivos, en este caso puestos en foco en las personas con problemas de fertilidad y varones gays, quienes no pueden concebir de manera natural y entonces encuentran en la reproducción asistida la manera de paliar estas dificultades.

En este contexto, intentaré dar cuenta de cómo las posturas de juristas y legisladores, representan a sectores o actores específicos de la sociedad, en una disputa en la cual también intervienen la Iglesia y distintos movimientos sociales (feministas, LGBT, de DDHH). A partir del análisis de la doctrina relativa a la temática y de distintos proyectos de ley, analizaré cuáles son los criterios y bajo qué orientaciones valorativas los actores protagonistas de este debate le dan tratamiento a la GS, y cuáles son los factores que han influido para que esta técnica de reproducción asistida (en adelante TRA) no sea regulada hasta el día de hoy.

Palabras clave: Familia – Derechos – Gestación por sustitución – Debate

¹ Doctoranda en Sociología IDAES/UNSAM, belencoria@gmail.com.

Introducción

La legislación de nuestro país determina la existencia de la filiación por tres vías: la natural, la adopción y la mediada por técnicas médicas; sin embargo, la GS no se encuentra incluida en esta última modalidad. Es en este contexto que voy a reconstruir la discusión jurídica y legislativa en torno a la regulación legal de la GS en Argentina, dando cuenta de los fundamentos tanto de la aceptación como de su rechazo desde el plano legal, estableciendo relaciones con el contexto jurídico internacional. El análisis se hará fundamentalmente desde dos fuentes del derecho: la doctrina jurídica y la actividad legislativa, las que serán complementadas con referencias específicas de la jurisprudencia relativa a la GS. En primer lugar, se hará una compilación y análisis de la producción académica de juristas y especialistas en Derecho de familia que se posicionan en contra del avance de la GS. Luego, para dar lugar a aquellas posturas que consideran a la GS como una alternativa legítima para alcanzar la mater/paternidad, se expondrá el análisis del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, específicamente el apartado que hacía alusión a la regulación de esta TRA, y su relación con distintos proyectos de ley presentados en el Congreso por parte de diputados y senadores con el mismo fin de regulación². Teniendo en cuenta que las leyes son más estables que los progresos de la ciencia, periódicamente surgen diferencias a partir de esta discordancia, ya que las normas no pueden estar sujetas a cambio cotidiano y entonces estos descubrimientos científicos deben probar una eficacia que trascienda el Derecho (Tamayo Haya, 2013). Más allá de estos conflictos, es innegable que el avance biomédico da la posibilidad de no ver a lo natural como una barrera, o como un componente que no se puede cambiar y sólo se debe aceptar tal cuál es: la naturaleza ha dejado de ser la fuente de verdad última, reemplazada entonces por la legislación y su mecanismo de legitimación, aunque su avance sea más lento que el progreso científico y que las demandas sociales (Lopez-Mattheu, Frances-Ribera y otros, 2007). La presente ponencia se enmarca en el trabajo de investigación correspondiente a la tesis doctoral en Sociología titulada “Nociones, controversias y disputas en torno a la gestación por sustitución en Argentina”.

Desarrollo

Teniendo en cuenta que la GS es fundamentalmente tratada desde la disciplina del Derecho, es

² Me refiero a los proyectos: 4098-D-2011, 5201-D-2011, 5441-D-2011, 0300-D-2013, 3524-D-2020

possible encontrar vastas fuentes de doctrina en la cual los juristas se posicionan frente a la regulación legal o prohibición de esta TRA. Aquí los autores hacen referencia tanto a leyes nacionales como a tratados internacionales para justificar y sentar su posición sobre la ilegalidad/legalidad de esta TRA. Ya que en la ley se pueden encontrar tanto fundamentos a favor como en contra de esta práctica, resulta interesante dar cuenta de qué derechos defienden los distintos autores para sentar sus argumentos, sea el derecho a procrear, a la identidad, a la no discriminación o a la libertad.

Las posturas que se oponen a la legalización de esta TRA han brindado diferentes argumentos en sus considerandos. En primer lugar, han aducido que es inmoral realizar convenios basados en personas, ya que las mismas están fuera de comercio (Taraborrelli, 2016). Esto implicaría que las mujeres no pueden “alquilar” su cuerpo para prestar el servicio de gestación, y tampoco los niños deberían ser objeto de contrato. La preocupación especialmente se fundamenta en el potencial aprovechamiento y explotación de mujeres pobres en condiciones de vulnerabilidad. Aquí se vuelve fundamental el tratamiento de esta temática por parte de los movimientos feministas, que si bien no presentan una postura unívoca acerca de la reproducción asistida, suelen ser críticos respecto a estos avances tecnológicos, que pueden ser contraproducentes al reducir la libertad de las mujeres y además reforzar a la maternidad como destino e imposición para el género femenino. En un contexto de larga lucha de la mujer para no ser apreciada exclusivamente por su capacidad para gestar, esta técnica supondría objetivificar a la mujer y entenderla como una mera “incubadora” para el hijo de otro/s.

Es decir, que para estos autores es cuestión de debate el grado en el que las mujeres eligen libremente formar parte de estos contratos, cuando hay posibilidad de que se encuentren social y económicamente influenciadas. Esto podría suceder tanto en la GS comercial — en la que media el dinero como forma de pago para la mujer gestante y para la clínica de fertilidad — como en la altruista, en la que no hay una contraprestación económica de por medio. Esta última generalmente se da por parte de familiares o amigas cercanas de los comitentes³, y es la que cuenta con los mayores grados de aceptación entre los juristas. Si bien la mujer gestante aquí no recibe una paga, se alega que podría estar sometida a presiones familiares al momento de decidir ingresar en estos acuerdos. Incluso, la elección de esa familiar o amiga cercana, se considera no ingenua, sino direccionada hacia mujeres más vulnerables y con menos derechos sobre sus cuerpos (Barrancos, 2015).

³ Padres intencionales.

Por otro lado, se teme también que puedan causarse menoscabos para los niños como producto del quiebre del “vínculo materno-filial” que se establece durante la gestación, por las posibles dificultades de aceptación social y por tener que hacer frente a distintas figuras maternas (Lamm, 2012). Incluso, algunos doctrinarios han alegado que permitir esta técnica implica una negación de principios y fundamentos básicos del derecho de filiación, particularmente por permitir que la madre gestante abandone al niño renunciando a sus deberes y responsabilidades (Seleme, 2013). Estos argumentos suelen ser apoyados por otros actores que se posicionan en el debate civil, como por ejemplo la Iglesia católica, que le suma otras expresiones como afirmar que estas técnicas representan un ataque a la familia heterosexual monogámica y a los embriones, propiciando la manipulación genética de los hijos hasta el punto de ser “productos” (Irrazabal, 2012). El ataque a la familia se daría además por incentivar el desuso de las relaciones sexuales como modo de concepción, convirtiendo el ámbito doméstico en un laboratorio tecnológico (Asatt Pescara, 2016). Es decir, que estos argumentos se oponen a la reproducción asistida en su totalidad, en el marco de una cosmovisión que entiende a la familia en una relación directa con la idea de “naturaleza” o “lo natural”, entendido como lo moralmente aceptable.

Los detractores de la GS argumentan que sus efectos jurídicos repercuten en el Derecho en general, exigiendo la reconsideración de múltiples conceptos y no sólo de la maternidad/paternidad, sino también la propiedad, la tutela, la herencia y la filiación. Respecto a las relaciones conyugales, esta TRA también tendría repercusiones, incluso algunos juristas en el plano internacional han llegado a considerarla como un adulterio, al romper la relación díada del matrimonio e introduciendo a terceros en el ámbito de la reproducción, ya sea donantes de gametos o mujeres gestantes (Arámbula Reyes, 2008). Esta cuestión debe ser tenida en cuenta, ya que la legislación entiende que hay vínculos estrechos entre la filiación y la conyugalidad, por lo que algunos proyectos de ley que proponen regular a esta TRA preveen la necesidad de una autorización del marido de aquella mujer que quiera prestar su cuerpo para la gestación, como veremos más adelante.

Para dar cuenta de las posturas a favor de la regulación de la GS, tomo como referencia el artículo propuesto en el anteproyecto de reforma del Código Civil (Comisión de Reformas, 2012) que planteaba la regulación de la GS, en el que se preveía la obligación de un consentimiento informado previo⁴ y el cumplimiento de ciertos requisitos, como: al menos uno

⁴ La obligatoriedad del consentimiento es utilizada para argumentar en contra de cualquier posibilidad de explotación en estos contratos (Porczi, 2015).

de los comitentes debe aportar sus gametos y deben verse imposibilitados de concebir o de llevar un embarazo a término, la gestante no debe recibir retribución alguna y debe tener al menos un hijo propio, pudiendo someterse a esta práctica no más de dos veces, entre otros. Estos condicionantes resultan interesantes para el análisis que nos interesa, ya que se relacionan a supuestos e ideas respecto a la importancia de la consanguinidad en las relaciones de parentesco, a la extensión del acceso a los derechos reproductivos, a las ideas respecto a las composiciones familiares legítimas y a las implicancias emocionales y psicológicas en los procesos de gestación y maternaje.

En primer lugar, es interesante remarcar que se prohíbe la utilización de los óvulos de la mujer gestante, evitando así una correspondencia biológica entre ella y el embrión. Los proyectos de ley presentados por bloques políticos coinciden en gran parte con este proyecto, aunque algunos presentan algunas variaciones. Por ejemplo, algunos de ellos sólo permiten la utilización de los gametos de los comitentes (Expediente 5201-D-2011), sobre la base de que debe haber una correspondencia biológica entre los padres y el hijo, por lo que la GS sólo se puede realizar en el caso de que el embarazo no se pueda llevar a término pero los padres intencionales cuenten con los gametos con capacidad para concebir. De esta situación, en la doctrina internacional han surgido distintos términos para nominar a los diversos tipos de “maternidad”, a partir de una teoría de la disociación de la maternidad que ha realizado una clasificación según los grados de intervención de quienes participan en el proceso de la gestación hasta el nacimiento. Así, hablan de maternidad genética, gestativa y legal, dependiendo de si la mujer ha aportado sus gametos, ha gestado, o se ha hecho cargo de las responsabilidades y derechos legales respecto al niño nacido. Sin embargo, quienes se muestran en contra de esta TRA, afirman que la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada, ya que el elemento de responsabilidad se encuentra unido al de veracidad, la cual es suficiente para determinar a la madre a partir del principio “Mater sempre certa est”, y que determina como madre a quien da a luz (Asatt Pescara, 2016).

Considero fundamental aquí hacer alusión a uno de los debates más importantes que (implícita o explícitamente) se desarrolla en relación a esta TRA, el cual consiste en la manera de denominarla: ¿alquiler de vientre, subrogación de vientre, maternidad subrogada, gestación por sustitución, gestación subrogada? Teniendo en cuenta que el lenguaje es performativo de los hechos y fenómenos sociales, en este caso la manera de nombrar a esta práctica resulta fundamental para abordar su análisis, no sólo social y cultural, sino también jurídico. Las diferencias tienen base en el enfoque adoptado. Quienes busquen resaltar el carácter mercantil

de la misma hacen referencia a "alquiler de vientre" (Lafferriere, 2012), mientras que quienes intenten disminuir la atención a este factor hablarán de subrogación de útero (Urquiza, Carretero y otros, 2014). Como contrapartida, otros autores buscan destacar toda la complejidad del proceso, en el cual no se involucra sólo una parte del cuerpo de la mujer (el vientre), sino la totalidad de su corporalidad, incluyendo su emotividad y salud psíquica, por lo que hablarán de gestación por sustitución (Lamm, 2012) o gestación subrogada (Álvarez Plaza, Olavarria y Parisi, 2017). Las visiones que no logren separar gestación/parto de maternidad, harán referencia a maternidad subrogada (Aparisi Miralles, 2017), considerando a las mujeres gestantes como "madres subrogadas".

Retomando la cuestión de la correspondencia biológica, otro conjunto de proyectos de ley permiten la recurrencia a la donación anónima de gametos. Al respecto, hay estudios que han dado cuenta de un sentimiento de vergüenza y una consiguiente resistencia de parte de las parejas heterosexuales que han accedido a la donación de gametos, por lo que evitan comentarlo con sus familiares y amigos. De la misma manera se han documentado situaciones en las cuales la TRA con gametos propios podría causarle malformaciones genéticas al niño y las parejas igualmente deciden correr el riesgo con el deseo de engendrar con sus propios gametos, mientras otros pacientes prefieren iniciar un proceso de adopción antes que acceder a un donante para lograr la concepción. Todas estas situaciones demuestran que el acudir a la donación de gametos es rechazada en primera instancia (Álvarez, 2006), lo que refleja la idea de que a través de la reproducción no sólo se transmite vida, sino también elementos personales (Stolcke, 1998).

Este asunto es clave para tratar a la consanguinidad y el vínculo biológico en relación con los vínculos de parentesco típicos de la sociedad occidental, y específicamente la importancia de conocer las raíces biológicas. La mayoría de las legislaciones en el mundo determinan fundamental el anonimato de los donantes en las TRA, con la excepción de que sea necesario por cuestiones de salud⁵. Pero, por otro lado, por ejemplo, nuestra ley de adopción obliga a los padres adoptantes a revelar los orígenes biológicos a sus hijos adoptivos. Entonces, ¿cuándo y en qué situaciones la biología es considerada performativa y constitutiva de nuestras identidades?. En este sentido, es paradójico cómo los nuevos métodos de procreación reivindican, dependiendo del caso, la preeminencia de lo genético (como sucedería en la GS con gametos de los padres intencionales), y en otros casos la preeminencia del vínculo social y

⁵ Esta decisión se sustenta en que la apertura hacia dar a conocer datos sobre los donantes conlleva a una disminución de los mismos en los bancos de gametos (Iturburu, 2016).

de la voluntad, como en las técnicas con donantes de gametos (Heritier, 2002). La ambivalencia entre naturalismo y constructivismo social es evidente: la reproducción asistida ofrece a usuarios y profesionales la posibilidad de manejar de una manera flexible lo “natural” y lo “cultural”, por lo que ciertos autores afirman que se vuelve necesario articular mecanismos que regulen las nuevas formas de relación surgidas en los tratamientos de reproducción asistida en los que interviene una tercera persona (Álvarez, 2006).

Por otro lado, este requisito se asocia al presupuesto de que para la gestante sería más fácil entregar al niño si no está relacionada genéticamente con él, mientras el aporte de sus óvulos puede generar en la mujer una voluntad de “querer ser madre”, como fue sugerido por una integrante de la comisión redactora del artículo (comunicación personal, 28/08/20). Y el requisito de ya ser madre, se relaciona con el deseo de asegurar que la mujer comprenda la seriedad de su compromiso de entregar al niño, suponiendo además que la entrega sería más difícil o traumática en el caso que la mujer sea primeriza. Es decir, se busca evitar que la mujer entregue a su potencial primer hijo (Lamm, 2012).

Sin embargo, de estos proyectos surgen discrepancias en torno a quienes están en posición de acceder a la GS. El Anteproyecto del Código Civil postulaba que sería legítimo realizar esta técnica en el caso de imposibilidad de procrear naturalmente, dejando de lado otros motivos que podrían alentar esta técnica, como el deseo de evitar las consecuencias psicológicas y físicas que conlleva un embarazo. Por su parte, algunos proyectos plantearon que sólo pueden ser parejas heterosexuales las que accedan a esta TRA (Expediente 5441-D-2011), y otros en cambio habilitan a que sea cualquier tipo de pareja e incluso personas solteras (Expediente 3524-D-2020). Desde la primera postura, algunos proyectos indican que al menos uno de los comitentes debe superar los 50 años de edad, como garantía de que se cuentan ya con grandes dificultades para concebir y entonces la GS es la única alternativa para alcanzar la mater/paternidad, incluso ya habiendo intentado con otras TRA. Respecto al derecho de acceso a la reproducción asistida, ciertos autores expresan que el derecho a procrear es de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado y heterosexual, acorde al acto de procreación que sólo puede tener lugar mediante la unión de un hombre y una mujer (Assat Pescara, 2016). Esto es fundamental a tener en cuenta, ya que en ese caso implicaría el reconocimiento del derecho a procrear sólo en el marco de una relación heterosexual, aún en un contexto legal en el que rige una ley de Matrimonio igualitario sancionada en nuestro país en el año 2010. Debemos destacar que la GS se erige como el único medio que tienen los varones gays para tener un hijo biológicamente propio, por lo cual el hecho de negarles el acceso a esta TRA, implicaría

reforzar sus dificultades para lograr la paternidad, dejándoles la única alternativa de la adopción.

Otro de los puntos divergentes en los distintos proyectos refiere a la relación entre los comitentes y la gestante con el niño recién nacido: algunos plantean el quiebre de la relación entre la gestante y el niño con el nacimiento y su inmediata entrega a los comitentes, mientras que otros plantean la inicial responsabilidad por parte de la gestante hasta que el juez dicte la adopción por parte de los comitentes, proceso que puede tardar hasta 20 días en algunos de los proyectos (Expediente 0300-D-2013). Este asunto es fundamental, ya que pone en juego a la figura de la adopción, en un proceso en el que los comitentes tienen como principal objetivo el tener un hijo biológico. Aquí es interesante poder dar cuenta de las sensaciones y percepciones de los padres aspiracionales al enfrentar y culminar todo el proceso de la GS con una adopción, sobre todo teniendo en cuenta que algunos funcionarios del Registro de Aspirantes a Adopción relatan sentimientos de duelo en parejas que no pueden concebir y deben como “último recurso” acudir a la adopción. En este contexto, ciertos juristas han intentado asimilar esta TRA a la adopción, aduciendo que en ambos casos una mujer gesta y da a luz un niño que luego es criado por otros y por lo tanto es incongruente no considerar la legalidad de ambas modalidades. Como contraparte, quienes se oponen al desarrollo de esta TRA, han traído en debate el carácter moral de estas situaciones, aduciendo a que si bien es legal, no es moral dar en adopción a un niño bajo cualquier circunstancia (Carbajal, 2014).

Es fundamental aquí otorgarle atención a la figura de la adopción en nuestra legislación, la cual es entendida como el instrumento que permite que niños, niñas y adolescentes puedan vivir y desarrollarse en una familia que les procure cuidados cuando su familia biológica no puede hacerlo (Ministerio de DDHH y Justicia de la Nación, 2017). En este sentido, se entiende a la familia como el contexto necesario y preferible para el desarrollo pleno de los niños, y a la vez, como la responsable en forma prioritaria de asegurar a los niños el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos. Por su parte, los organismos estatales deben asegurar programas, políticas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad. Así, la adopción se erige como el resultado de una decisión judicial cuando el interés superior del niño exige una solución permanente fuera de su núcleo familiar, por lo que se considera el último recurso al que acudir para lograr el bienestar de niños y adolescentes. Esto implica que desde el Estado siempre se intente mantener el vínculo del niño con su familia biológica, por lo que su institucionalización en hogares o el acogimiento en otras familias, en principio siempre se pretende de manera transitoria (Red Latinoamericana de Acogimiento

Familiar, 2011). El fuerte énfasis en la revinculación biológica forma parte de la importancia y privilegio que aún hoy tiene el vínculo sanguíneo en la formación y origen de las familias y los vínculos de parentesco. Más allá de este contexto, algunos especialistas denuncian con frecuencia que los medios de comunicación publican falsas estadísticas de supuestos niños disponibles para adopción, lo que reproduce un mito de que hay muchos niños abandonados y el Estado les niega la posibilidad de crecer en el contexto de una familia. Este imaginario social estaría basado en una doble lástima: respecto a los niños en situación de calle y respecto a las parejas con infertilidad (Eva Giberti, 2012). En este sentido, se alerta que en este imaginario promueve a confundir los objetivos de la adopción, la cual no está pensada para otorgar hijos a quienes los deseen, sino a proteger y garantizar el derecho a una familia a los niños que se encuentran privados de ello.

Respecto al carácter mercantil que se le atribuye a esta TRA, es importante destacar que los proyectos que están a favor de la regulación, no tienen una posición unívoca respecto a la existencia de una contraprestación económica en los acuerdos de GS: algunos sugieren que los comitentes “Solventen los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada”, o que la gestante reciba de los subrogantes los gastos médicos necesarios y “eventualmente cierta cantidad de dinero” (Proyecto 5441-D-2011). Por su parte, otros no mencionan explícitamente el dinero, considerando que la GS es un acuerdo privado entre partes y el Estado no debería intervenir en él, como fue indicado por el firmante de uno de los proyectos presentados este año. Por su parte, otros proyectos proponen prohibir las GS con carácter lucrativo. En algunos casos estas afirmaciones no son claras, y entonces también dejan a interpretación que el procedimiento no sea contemplado por la ley 26862 de Acceso integral a los procedimientos y Técnicas médica-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas de manera gratuita a través del Sistema de salud tanto público como privado. Esta ley logró ser sancionada a partir de la consideración de la infertilidad como una enfermedad y del derecho a procrear y a formar una familia como parte de los derechos reproductivos, dentro de los cuales se encuentran también la anticoncepción, la esterilización y la planificación de proyectos personales (Fortuna, 2012). Esto implica también una autonomía reproductiva, que puede entenderse en su modo negativo o positivo. El primero alude a la protección frente a la interferencia de terceros en la decisión personal de procrear o no hacerlo; mientras la concepción positiva se correlaciona con un deber de asistencia del Estado, que lo obliga a facilitar y a quitar aquellos impedimentos que las personas tienen para procrear (Seleme, 2013). Este reconocimiento de derechos va de la mano también con la Ley

25673 que creó el Programa Nacional de Salud sexual y procreación Responsable en el año 2003 que acorde a las leyes internacionales y las consideraciones de la OMS, entiende a la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.

Como mencionaba anteriormente, una de las cuestiones a remarcar en algunos proyectos de ley es la obligatoriedad de presentar el consentimiento del cónyuge de la mujer que se propone para gestar. Es interesante poder analizar este punto, ya que, partiendo de la base de estos proyectos donde la mujer es capaz y libre para decidir prestar su cuerpo para el desarrollo de estas técnicas, a partir de este requisito, su libertad sería limitada por su cónyuge. Entonces nos planteamos ¿en qué grado la mujer es libre de decidir sobre su cuerpo cuando se encuentra en pareja?. Aquí circulan las imágenes de una maternidad y de una relación madre-hijo, en el que entonces debería ser partícipe el cónyuge, asociado a un rol de paternidad que en realidad no es tal (Álvarez, 2006). Cabe preguntarse entonces hasta qué punto la legislación y el derecho filial debe modificarse, en un contexto en el que el principio de presunción de paternidad indica que el cónyuge de una mujer embarazada debe ser entendido como el padre del niño por nacer. Es decir, se presupone su paternidad, debiendo impugnarla en el caso de que no corresponda tal presunción. Por esto la GS moviliza muchos principios de la filiación y el matrimonio, para lograr que se legitime que una mujer geste por fuera del arreglo matrimonial y poniendo en pausa a los deberes y obligaciones de los cónyuges. En el mismo sentido, a partir de los fallos judiciales que le han dado el visto bueno a la GS en nuestro país, se da cuenta de cómo los operadores judiciales le dan voz a los hijos de la mujer gestante, buscando escuchar su opinión y determinar cómo se sienten respecto al embarazo de su madre que dará a luz a un niño que no será su hermano.

Las maneras de construir el derecho filial entonces deben analizarse, ya que nos da pautas para dar cuenta de cómo se representa a la reproducción asistida en relación a los roles de maternidad y paternidad. Mientras la filiación biológica es un dato inalterable, la filiación socioafectiva precisa consolidarse a través del tiempo (Tamayo Haya, 2013), ya que se construye independientemente de quien haya formado parte de los procesos de concepción/gestación/parto, importando fundamentalmente quienes realmente tienen deseos de mater/paternar y criar. El no considerar esto implica reducir la naturaleza del hombre a su sola esencia animal, desconociendo su importancia como un ser cultural y social. Por esto, los autores que consideran a la filiación como un hecho social, resaltan la importancia de las actividades de crianza y aprendizaje que, a diferencia de la producción biológica y física del

niño, constituyen procesos constitutivos de su identidad a largo plazo (Cadoret, 2003). Aquí toma protagonismo el principio de voluntad procreacional, el cual desestima quienes han aportado los gametos en el marco de la reproducción asistida (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015), enlazándose con una concepción dinámica de la identidad, la cual entonces está determinada por características que trascienden a la biología.

Así, la voluntad procreacional es la base de las nuevas corrientes cada vez más extendidas en el derecho comparado en torno a la llamada “socioafectividad”, que implica una exaltación de los vínculos de afecto en detrimento de los vínculos biológicos. En este sentido, ciertos autores afirman que la adopción se presenta como la “paternidad del futuro” por excelencia, ya que está enraizada en el ejercicio de la libertad. Así, en el reconocimiento de la filiación, al resaltar la verdad socioafectiva o la “verdad sociológica de la filiación” (Kemelmajer De Carlucci, Herrera y Lamm, 2010), esta se construye sin dependencia del aspecto genético. Sin embargo, más allá de que la adopción y las TRA comparten la importancia dada a la voluntad de ser madre y padre, no se debe subestimar que las TRA se utilizan para dar origen a un nuevo ser, mientras en la primera la finalidad primaria es restituirle a un niño ya nacido su derecho a tener una familia. En este sentido, si bien puede resultar paradójico teniendo en cuenta el origen de las TRA y sus objetivos, a partir del avance de técnicas basadas en la donación de gametos, estaríamos vivenciando un proceso de “desbiologización” de la filiación, acorde con los intentos de mantener la estabilidad de la familia en reconocimiento de su función social, reconociendo a la relación diaria de las personas como más fuerte que los vínculos de sangre. Esto conduce a entender a la parentalidad no como un hecho de la naturaleza sino como un hecho cultural.

Conclusiones

Cabe destacar que si bien la GS no se encuentra regulada, la misma se lleva a cabo en ciertos casos a partir de la impugnación de la maternidad de la mujer gestante o incluso dilatando la inscripción del niño, lo que vulnera su derecho a la identidad⁶. Por esto es que desde distintos sectores se persigue la regulación, para así poder protocolizar estos procesos que hoy en día suelen escapar al control estatal, lo que puede dar lugar a abusos y explotación. .

Es decir que, más allá de las visiones discordantes respecto a las condiciones y requisitos para

⁶ Así se demuestra en ciertos fallos judiciales, como “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad” (2015) y “N.N. O s/ inscripción de nacimiento” (2015).

poder acceder y practicar la GS, se evidencia que desde el Estado hay una intención cada vez mayor hacia la regulación, reflejada en los fallos judiciales y proyectos de ley que la aceptan⁷. Cada vez más doctrinarios se están mostrando a favor de la regulación, sobre la base de que implica una manifestación del derecho a procrear, a la salud y a la no discriminación por orientación sexual o identidad de género. Ellos aducen que pensar en explotación implica tener una mirada paternalista que subestima la capacidad de decisión de las mujeres, y que por lo tanto se debe evitar tratar el tema en esos términos. Por otro lado, estos especialistas argumentan que el intercambio prenatal con el feto depende de cada mujer, mientras que tampoco hay estudios que demuestren daños para los niños que nacen a partir de esta práctica⁸. Por otro lado, de ninguna manera esta técnica viola el interés superior del niño, sino que todo lo contrario, asegura que el mismo crezca en el interior de una familia que lo deseó.

En los proyectos se puede evidenciar que, más allá de enaltecer la importancia de los vínculos sociales y la voluntad de mater/paterno, aún se relaciona a la familia y los vínculos de parentesco con la consanguinidad, a partir del requisito de que la gestante tenga prohibido aportar sus gametos. Por otro lado, se refleja que en muchas posturas se mantienen tipos ideales de familia, for A la vez, ningún proyecto considera legítimo acceder a esta TRA para evitar las consecuencias negativas del embarazo y el parto, de lo que se pueden desprender ciertas ideas que asocian el rol de madre a nociones de abnegación y sacrificio.

No obstante, podemos dar cuenta de que la aceptación de esta TRA da cuenta de una apertura hacia nuevos tipos de familia (mono y homoparentales) y una extensión de acceso a derechos en la medida en que se incluye a la población LGTB, lo cual se ha convertido en una tendencia a partir del artículo 562 del Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, influido por la ampliación de derechos que significó la sanción de la ley de “Matrimonio Igualitario” en el año 2010.

Bibliografía

Álvarez Plaza, C. (2006). Múltiples maternidades y la insoportable levedad de la paternidad en

⁷ Hasta el día de hoy todos los fallos judiciales han sido favorables (Proyecto de Ley 3524-D-2020) y desde 2009 todos los proyectos buscan regular, es decir que no hay propuestas de prohibición hace más de 10 años en nuestro país.

⁸ Por el contrario, estudios internacionales demuestran que estos niños mantienen vidas saludables como cualquier otro niño (Rahmani, Sattarzadeh y otros, 2011; Golombok, Ilioí y otros, 2017).

reproducción humana asistida. *Revista de Antropología Social* N°15, 411-455.

Álvarez Plaza, C., M. E. Olavarría y R. Parisi (2017). Repensando el feminismo: el debate de la gestación subrogada en México, España e Italia. *Dada Revista Di Antropologia post-globale*, N°2, 7-42.

Arámbula Reyes, A. (2008). *Maternidad subrogada*. México: Centro de Documentación, Información y Análisis.

Aparisi Miralles, Á. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética* N° 18, 163-175.

Assat Pescara, E. (2016). *Madres por subrogación-alquiler de vientre*. Trabajo final de grado. Universidad Siglo XXI: Buenos Aires

Barrancos, D. (2015). Dilemas éticos de la reproducción tecno-mediada: una reflexión más allá de la cosmovisión religiosa. *Sociedad y Religión*, 44 (25), 155-179.

Cadoret, A. (2003). *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco*. Barcelona: Gedisa.

Carbajal, R. (2014). *Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una mirada extensiva a países de América Latina*. Trabajo de graduación no publicado. Universidad de San Andrés, Buenos Aires.

Comisión de Reformas Decreto 191/2011 (2012). Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Fortuna, S. (2012). Comentarios a la normativa sobre técnicas en reproducción humana asistida en el anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación. *Revista Derecho de familia*, N° 57, 261-303.

Giberti, E. (2012). Introducción. En *Análisis de las prácticas actuales de adopción*. Buenos Aires: Ministerio de Derechos Humanos y Justicia de la Nación.

Golombok, S., E. Illoiu, L. Blake, G. Roman y V. Jadva (2017). A longitudinal study of families formed through reproductive donation: parent-adolescent relationships and adolescent adjustment at age 14. *Developmental Psychology* N°10, 1996-1977.

Heritier, F. (2002). *Masculino/femenino. El pensamiento de la diferencia*. Barcelona: Ariel.

Irrazabal, G. (2012). Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura reforma del código civil argentino. *Revista de Derecho de Familia* N° 57, 113-134.

Iturburu, M. (2016). El anonimato del donante en las técnicas de reproducción asistida. El modelo adoptado por el Código Civil y Comercial.

Jordán de Viviani, L. (2012). *Registro de Aspirantes a Guarda en la provincia de San Juan. Análisis de las prácticas actuales de adopción*. Buenos Aires: Ministerio de Derechos Humanos y Justicia de la Nación.

Juzgado Nacional Civil N°83 (2015) “N.N. O s/ inscripción de nacimiento”, 30/06/2015, DfyP. Cita Online: AR/JUR/24326/2015.

Juzgado Nacional de la instancia en lo Civil N° 102 (2015) “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, 18/05/2015, La Ley. Cita Online: AR/JUR/12711/2015

Kemelmajer de Carlucci, A., M. Herrera y E. Lamm (2010). Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual. La ley N°1, 1-31.

Lafferriere, J. (2012). *Ánalisis del documento de la Iglesia católica sobre la reforma del Código Civil*. Universidad Católica Argentina/Centro de Bioética.

Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *Revista para el análisis del Derecho* N°3, 2-49.

López-Matheu, C., L. Frances-Ribera, P. Isla-Pera, A. Rigol-Cuadra, I. Sanchez-Zaplana y J. Bestard Camps (2007). Los jóvenes y la reproducción asistida. *Cultura de los cuidados* 12 (22), 70-79.^[1]

Ministerio de Derechos Humanos y Justicia de la Nación (2017). *Adopción en Argentina. Guía informativa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ.

Pande, A. (2010). “At least I am not sleeping with anyone”: resisting the stigma of commercial surrogacy in India. *Feminist studies* 36 (2), 292-312.

Porczi, S. (2015). The vulnerable woman. *Women's studies* N° 44, 842-877.

Proyecto de Ley de “Creación del régimen de maternidad subrogada” (Expediente 0300-D-

2013) (2013). Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Ley de “Incorporación de la Gestación por Sustitución al Código Civil y Comercial de la Nación” (Expediente 3524-D-2020) (2020). Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Ley de “Maternidad Subrogada: Régimen” (Expediente 4098-D-2011) (2011) Secretaría Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Agosto 17, 2011.

Proyecto de Ley de “Maternidad Subrogada: Régimen” (Expediente 5441-D-2011) (2011) Secretaría Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Noviembre 8, 2011.

Proyecto de Ley de “Régimen de Maternidad Subrogada: Creación” (Expediente 5201-D-2011). (2011) Secretaría Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Octubre 25, 2011.

Rahmani, A., N. Sattarzadeh, L. Gholizadeh, Z. Sheikhalipour, A. Allahbakhshian y H. Hassankhani (2011). Gestational surrogacy: viewpoint of iranian infertile women. *Journal of Human Reproductive Sciences* 4 (3), 138-142.

Red latinoamericana de acogimiento familiar (2011) La situación del acogimiento familiar en Argentina. Informe preliminar.

Seleme, H. (2013). La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía. La ley

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2002) Ley Nacional N°25673, de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

Stolcke, V. (1998). El sexo de la biotecnología. En A. Durán y J. Riechmann (Eds.), *Genes en el laboratorio y la fábrica*, 97-118. Madrid: Trotta.

Tamayo Haya, S. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas

Taraborrelli, R. (2016). Algunas consideraciones sobre el alquiler de vientres y la integridad física. *Estilo Caja* N°2, 10-12.

Urquiza, M. F., I. Carretero, F. Quaini, F. Inciarte, A. Pasqualini y S. Pasqualini (2014). Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la

Argentina. *Medicina* 74 (3), 233-238.