

XXXI ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL- Edición Virtual

Tema I: Derecho de las familias y
derechos humanos, su relación con la
actividad notarial en el CCyC.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:
Hacia un notariado con perspectiva de
derechos humanos y el instrumento
notarial como herramienta.

Autor: Natella, María Angélica
DNI N° 32.681.790

Titular Reg. 26 - Catamarca

I. PONENCIAS:

1) Propender a un ejercicio del notariado empático y especializado en el derecho de las familias con el objetivo de evitar vulneraciones y vejaciones en los derechos personalísimos, redundando en beneficios colectivos no solo para el cuerpo notarial sino para la sociedad en su conjunto.

2) La actuación notarial y los documentos que emanan de ella aseguran no solamente la perdurabilidad de la voluntad transcrita sino también la intervención de una persona en ejercicio de una función pública, frente a la cual la voluntad expresada se manifestó en un marco de libertad y por lo tanto desprovista de acciones coercitivas o coactivas, constituyendo así una herramienta eficaz para el ejercicio de los derechos en el proceso previo a verter las expresiones y luego de que éstas han quedado plasmadas.

3) Es necesaria la actuación interdisciplinaria con especialistas de la salud mental y físico reproductiva, agentes sociales y otros operadores, para contar con notarios formados en la temática, que concedan un efectivo asesoramiento para el conocimiento de los alcances que la voluntad expresada tiene en los distintos aspectos de la vida del ser humano y por lo tanto fortalecer la calidad del documento continente de la voluntad personal expresada.

4) No basta el instrumento mediante el cual queda plasmado el consentimiento informado previsto en el artículo 560 del CCyC. sino que es necesario dotar de certezas a la relación nacida entre personas humanas para evitar abusos, hasta incluso la explotación de cualquiera de los sujetos intervinientes, siendo uno de los más vulnerables, en esta relación, aquella persona con capacidad para gestar, lo cual sólo se puede prevenirse mediante la intervención de un notario especializado con perspectiva en derechos humanos.

5) El instrumento por el cual se expresa estar de acuerdo e informado sobre las consecuencias en la salud que una práctica médica tiene en una persona humana, goza de una naturaleza jurídica completamente ajena a la relación vincular que surge de la gestación por sustitución y sus partícipes, siendo inconcebible que quede librado a especulaciones.

6) No se trata de la conquista de nuevas incumbencias sino de procurar crear instrumentos que tiendan a evitar un desequilibrio entre las partes y la consecuente explotación o abuso.

II. INTRODUCCIÓN:

No es materia de este trabajo realizar una pormenorizada explicación en lo que consiste la práctica pero en estas líneas anticiparé que a lo largo del texto me referiré a la misma como **gestación por sustitución**, desterrando las restantes denominaciones que en sus acepciones pueden inducir en algunos casos a un

preconcepto mercantilista (alquiler de vientre) o de imposiciones culturales (maternidad por subrogación), en otros.

Mientras estudio y escribo me cuestiono, si debemos interpretar a la *gestación por sustitución* cómo una verdadera Técnica de Reproducción Humana Asistida. ¿Podemos hablar de libertad de nuestros cuerpos cuando referimos a *gestar y parir hijos ajenos*?

En el estudio jurídico de la misma así como en el reflejo social podemos advertir que cuenta con sus detractores y sus defensores¹. En mi caso particular no me encuentro totalmente persuadida para posicionarme de un lado o del otro, entendiendo que las situaciones que se generan cuando se lleva a cabo así como los derechos que se encuentran comprometidos son de tal envergadura que hacerse el distraído sólo promueve la clandestinidad.-

El estado no prohíbe en norma alguna la gestación por sustitución, pero tampoco la permite, entendiéndose que toma una postura *abstencionista*, luego de eliminar del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación el texto que la preveía en el artículo 562 del cual surgía un marco jurídico con condiciones a las cuales debían sujetarse las personas involucradas en la práctica, estableciendo también, presupuesto mínimos de los cuales no podrían apartarse, instituyéndola así como una materia de *orden público*.

La consecuencia lógica de la postura abstencionista es aferrarse a la letra del artículo 19 de la Constitución Nacional que reza que todos aquellos actos que no estén expresamente prohibidos por las leyes, se encuentran permitidos² y en este vacío legislativo deja a merced de los particulares situaciones que son de orden público y que comprometen la salud pública de los ciudadanos a los que debe proteger, permitiendo en algunos supuestos vejaciones en los derechos personalísimos.

No es mi intención hacer juicio de valor o elaborar ideas moralistas al respecto, por no considerarme apta para ello; sin embargo creo que es necesario dotar de certezas a las personas intervinientes en esta práctica, que de cierta manera se encuentran desamparadas frente a un documento pre-impreso en cual vuelcan su voluntad, únicamente asesorados (y espero que completamente), sobre las consecuencias que llevarla a cabo tendrá en su salud, sin contemplar los restantes aspectos que hacen a la vida de las personas humanas (jurídico, social, económico).

III. DESARROLLO:

¹ Scotti, Luciana B. *Gestación por sustitución: acerca de la opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. LA LEY 11/06/2019, 11/06/2019, 1 - LA LEY2019-C, 962 - DFyP 2019 (noviembre),07/11/2019, 157. Cita Online: AR/DOC/1618/2019.

² Zito Fontán, Otilia del Carmen, Spina, Marcela. *Algo más sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida Derecho humano a la procreación. La gestación por sustitución*. RN 982- 2016.-

Sabemos que alrededor del mundo son menos los países que la permiten que aquellos que la prohíben y que dentro de los primeros, es aceptada cuando se lleva adelante con fines altruistas; un concepto tan vago y tan difícil de comprobar cuando hablamos de la libre determinación de los cuerpos y del deseo procreacional, pero que la jurisprudencia argentina ha considerado al momento de hacer una valoración legal de la misma.-

Atreviéndome a improvisar un concepto para adelantar mi concepción respecto de la misma diré que: *“es aquella por la cual una persona humana con capacidad para gestar, contando con la información concerniente a la práctica y sus consecuencias, ha decidido libremente por gozar de capacidad física, psíquica y jurídica, sin encontrarse sometida a ninguna circunstancia que por su condición socioeconómica o cultural afecté su decisión, llevar adelante un embarazo mediante la implantación en su cuerpo de material genético femenino/masculino que les ajeno y que producido el nacimiento reconoce a los sujetos aportantes y/o con voluntad procreacional como progenitores de la persona nacida a la que no considera su descendencia”*.

En este intento de concepto esbozado en más de tres renglones en cual pretendo cubrir todas las aristas, que para mí, rodean a la práctica, y que es producto del estudio de maestros que en la temática me preceden, pero sobre todo de una mirada social comprometida es que entiendo que debemos involucrarnos a fin de resguardar no solo los derechos de quienes intervienen en el acto sino también de la sociedad en su conjunto.

La incertidumbre jurídica imperante es el producto del vacío legal existente, conforme al cual se hace imposible instrumentar manifestaciones de voluntad a modo de convenciones entre partes, sin que las mismas sean atacadas por atentar contra el orden jurídico.-

Sin embargo adentrándonos en la temática cualquier de nosotros puede advertir que en la *gestación por sustitución* no sólo se encuentra comprometida la salud de la persona gestante, sino también un cúmulo de derechos y expectativas sobre un proyecto de vida del resto de los partícipes y que no es suficiente el otorgamiento del *consentimiento informado* del paciente, realizado en un instrumento privado que podría ser protocolizado (art. 561 CCyC) puesto que no refleja estas circunstancias.-

Si nos produce urticaria hablar de contrato por mercantilizar nuestros cuerpos, nuestros deseos y nuestros derechos personalísimos, hablemos de convenciones entre personas, pero es necesario dar un encuadre a la relación naciente entre individuos por las consecuencias no solo personales y patrimoniales que tiene, sino especialmente por tratarse de personas humanas que merecen un acompañamiento justo, completo y compasivo.

En la gestación por sustitución encontramos una triangulación de sujetos con sus intereses propios, empero encaminados a un fin común, que no supone mayores riesgos, siempre que estos se encuentren en igualdad de condiciones.

De sucinta forma indicaré que la *gestación por sustitución* tiene como elementos: a) la *voluntad procreacional* y por ende el deseo de asumir las obligaciones y derechos que emanan del ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores; la que pertenece a los llamados “*comitentes*”, quienes a su vez son los que aportan de manera individual o como pareja el material genético que será implantado para la fecundación y b) la *decisión libremente* tomada por una persona con capacidad para gestar para llevar adelante un embarazo, que es llamada “*gestante*” y quien no reconoce como propio al hijo nacido por ésta técnica.

En un mundo ideal en el que todas las personas poseen el mismo acceso a las oportunidades y a la información, podemos suponer que la posición legislativa tomada por la Argentina no produciría consecuencias gravosas en los sujetos intervinientes del acto, por más inmoral que a muchos pudiera parecerles; sin embargo esta no es la realidad, la práctica sin regulación es cómplice de la clandestinidad.

En tal sentido estimo necesario diferenciar el instrumento a que refiere el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación, del que debería otorgarse entre las partes intervinientes e interesadas en la práctica de la gestación por sustitución, para evitar se generen situaciones que tiendan a la explotación de una parte sobre la otra.

La gestación por sustitución ha tenido acogida en la esfera jurisdiccional la que a través de sus decisiones la ha considerado una técnica de reproducción humana asistida, creando pautas que marcan indirectamente las relaciones entre la persona con capacidad para gestar y las personas aportantes del material genético y con voluntad procreacional, estableciendo también los mecanismos que deberán arbitrar para el reconocimiento de los derechos y obligaciones originados en esta especial relación jurídica y los de la persona nacida bajo este procedimiento, para salvaguardar sus derechos, en especial a la identidad, esencial para el desarrollo de la personalidad.

En este sentido entiendo habilitada la posibilidad de instrumentar un *convenio regulador* específico y destinado a dar marco jurídico a esta situación, advirtiendo que en la actualidad la jurisprudencia ha impuesto el *fin altruista*³ al considerar la práctica, motivada en evitar que la misma que se convierta en una actividad de comercialización de los cuerpos y de las personas.

Dadas la complejidad de los derechos objeto de esta convención como la pluralidad de efectos que surgen en las distintas etapas del procedimiento y los diferentes tipos de *consentimientos* que en ellas se originan, entiendo que no es un instrumento más a ser autorizado por el notario, sino que exige de éste una especial capacitación y un ejercicio empático de la función *con perspectiva en materia de derechos humanos*⁴,

³ Spina, Marcela Viviana. *Las técnicas de fecundación humana asistida como fuente de la filiación. Una nueva incumbencia notarial cercana a la bioética*. RN 978 - 2014

⁴ Vítola, Leonardo R. *Conflictos de competencia en casos de gestación por sustitución*. RCCyC 2019 (diciembre), 05/12/2019, 44. Cita Online: AR/DOC/3387/2019.-

lo que no implica perder la imparcialidad que debe estar presente en nuestra actuación pero sí estar alertas a posibles abusos en razón de las condiciones particulares de cada persona y por supuesto velar por los derechos que cobran vida con el nacimiento de una persona.

Lo primero que se nos viene a la mente es la posibilidad de la explotación de un ser humano o una posible reducción a servidumbre de la persona con capacidad para gestar, sin embargo podría darse el supuesto de que ésta aproveche el deseo procreacional de los sujetos para buscar ventajas inescrupulosas.

El notario interviniente debe poseer una formación específica en la materia pero no sólo con una orientación jurídica-patrimonial sino que también debe proveer a los otorgantes del acto de la información concerniente a su salud física y psíquica, así como también de la posibilidad de contar con el apoyo de otros agentes sociales que puedan intervenir y coadyuvar a quienes ha decidido someterse a este procedimiento.

Apartándome de la denominación utilizada por Horacio Teitelbaum⁵, coincido que es necesario elaborar un instrumento que regule las relaciones que surgen de la gestación por sustitución y que su instrumentación por escritura pública, es la más adecuada, no sólo por sus conocidas bondades, por la condición del autorizante, sino también por la naturaleza de los derechos que entran en juego.-

Este instrumento debe reflejar de manera pormenorizada la voluntad de las partes, establecer las obligaciones y derechos que surjan para cada una en las distintas etapas del procedimiento, el expreso consentimiento de la persona gestante y de aquella/s que aporta el material genético y la posibilidad de contar, si las partes así lo estiman conveniente, con una compensación económica resarcitoria a favor de la gestante, que no implique un pago sino un reconocimiento a las circunstancias y situaciones que devienen de un embarazo⁶, ya que de lo contrario estaríamos en frente de un contrato oneroso con objeto prohibido y por supuesto se desestimaría por completo el carácter altruista que se pretende.

IV. CONCLUSIONES:

En un contexto en el cual las desigualdades sociales tienen, lamentablemente, a la explotación voluntaria de unos sobre otros y a la *feminización de la pobreza* como protagonistas, no escribo el presente convencida de que *gestación por sustitución* sea hoy, una verdadera solución; pero sí a sabiendas de que es una realidad visibilizada y socialmente aceptada cuando es llevada adelante por sujetos pertenecientes a determinado estrato social; así como también que la postura abstencionista tomada por nuestro ordenamiento jurídico promueve en primer lugar

⁵ Teitelbaum, Horacio. **Gestación por sustitución. Abstención legal y ambigüedades constructivas.** RN 978 – 2014.-

⁶ Teitelbaum, Horacio. Obra cita

el dolorosamente llamado *turismo reproductivo*⁷, como solución para aquellas personas que desean ejercer su derecho a procrear, ubicando a la persona nacida bajo esta modalidad en una situación de incertidumbre y pugna de derechos aplicables a su condición hasta su efectiva registración en el lugar en que residen su o sus progenitores con voluntad procreacional, haya sido esta admitida por vía administrativa o mediando decisión judicial, evidenciándose así las desigualdades existentes para ejercer los derechos, ya que quienes hagan uso de esta opción deben contar con la posibilidad económica de trasladarse y someterse al procedimiento. Otras consecuencias de este vacío legal es que posibilita la explotación de la persona con capacidad gestante para fines reproductivos, promueve un negocio económico clandestino que se aprovecha de la sensibilidad de aquellas personas que aspiran a tener un hijo y de las necesidades de una persona con capacidad para gestar, que lejos de prestar su cuerpo a fines altruistas lo hacen para satisfacerlas aunque sea en mínimamente, convirtiendo en mercancía el deseo procreacional, la persona gestante y a la persona nacida mediante esta técnica.-

No bastan dos artículos en el Código Civil y Comercial de la Nación que la prohíban o la permitan, es preciso en este último supuesto una ley especial dictada al efecto que pueda contemplar todas las particulares del caso. Mientras tanto es necesario que estas convenciones cuenten con un reflejo instrumental que provea a la defensa de los intereses de los partícipes; y en el ejercicio de la función, considero al notario un silencioso militante del consentimiento libre e informado, frente a quien toda expresión de voluntad es vertida en un marco de confianza, desprovista de dubitaciones luego de un adecuado asesoramiento y encuadre jurídico de las manifestaciones.

Es el notario un profesional a quien acuden las personas para que un hecho o acto de su cotidianidad tenga un encuadre jurídico que le permita desarrollar su vida y en quien reposa la responsabilidad de crear instrumentos que amparen a los sujetos intervinientes y por lo tanto el funcionario público apto para elaborar, más que nunca, un traje a la medida de los intereses de los requirentes, siempre que cuente con una específica formación en la materia con perspectiva en derechos humanos y un ejercicio empático de su función.

He intentado en el desarrollo del trabajo no caer en la expresión de que quienes han decidido llevar adelante el procedimiento médico de *gestación por sustitución* lo han hecho en miras de *formar una familia* con el fin de empezar a reconocer en mí no sólo desde lo discursivo, la diversidad en la noción de *familia* y hacer hincapié, que optar por esta técnica es producto de la voluntad y el deseo de ejercer el derecho a procrear.

Bajo ninguna circunstancia debe considerarse a la adopción como alternativa para quien desee llevar adelante su voluntad procreacional a través de la gestación por

⁷ Conf. LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y derecho", InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 3/2012.

sustitución y que cuente con una persona con capacidad para gestar dispuesta deliberada y libremente a poner su cuerpo para este procedimiento.-

BIBLIOGRAFIA:

Se indica la bibliografía consultada que no ha sido mencionada en las referencias que obran a pie de página.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E., *“Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”*, Revista La Ley, año 2011. pp. 1–19.

LAMM, Eleonora. *“La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”*, Revista de Derecho de Familia, núm. 50, julio 2011, pp. 107-132.

VÍTTOLA, Leonardo R y NOTRICA, Federico. *La competencia en los casos de gestación por sustitución*. RDF 2020-II, 03/04/2020, 55. Cita Online: AR/DOC/432/2020.

SANCHEZ JORDAN, María E. *La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución*. InDret 4.2020, pp116-146.

RUBAJA, Nieve. *Novedades en el campo de la gestación por sustitución transfronteriza: la opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su impacto en la solución del caso "Mennesson" y la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. RCCyC 2019 (diciembre), 05/12/2019, 29. Cita Online: AR/DOC/3385/2019.

LAFFERRIERE, Jorge N. - ELETA, Juan Bautista. *Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva*. LLCABA2018 (febrero), 3 - DFyP 2018 (abril), 04/04/2018, 179 - RCCyC 2018 (mayo), 09/05/2018, 131. Cita Online: AR/DOC/3317/2017.

MORIS, Larisa G. - SILVA, Alicia N. - SILVA, Janette D. *La gestación por sustitución como negocio y/o como gesto solidario. La posición de la jurisprudencia argentina ante el vacío legal*. RDF 89, 10/05/2019, 125. Cita Online: AR/DOC/1270/2019.

BASSET, Úrsula C. - ALES URÍA, Mercedes. *Legislar sobre la maternidad subrogada*. LA LEY 30/05/2018, 30/05/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/598/2018

BASSET, ÚRSULA C. *La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. Informe oficial de la Asamblea General de la ONU*. LA LEY 11/09/2018, 11/09/2018, 1 - LA LEY2018-E, 728. Cita Online: AR/DOC/1257/2018.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis F. *El notario ante la gestación por sustitución*. ENSXXI N° 79. Mayo - Junio 2018.

C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamiliaMendoza) (Nro1) Fecha 15/12/2015. Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 04/02/2016, 39. Cita Online: AR/JUR/58729/2015.

N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86(JNCiv)(Nro86). Fecha: 18/06/2013. LA LEY 01/07/2013, 01/07/2013, 2 - LA LEY2013-D, 195 - DFyP 2013 (octubre), 07/10/2013, 39 - DFyP 2013 (noviembre) , 87, con nota de Sabrina M. Berger; Andrés Gitter; LA LEY 11/11/2013, 11/11/2013, 4 - LA LEY2013-F, 182. Cita Online: AR/JUR/23081/2013.