

Título: Maternidad subrogada. Límites y dilemas de las tecnologías reproductivas

Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: LA LEY 21/12/2015, 21/12/2015, 1 - LA LEY 2016-A, 1203

Cita Online: AR/DOC/4402/2015

Sumario: I. Un caso dramático. — II. Breve análisis bioético y jurídico sobre cinco aspectos de la sentencia. — III. Reflexión final

I. Un caso dramático

El Tribunal Colegiado de Familia nro. 7 de Rosario dictó sentencia el 2/12/2014 en un expediente caratulado "XXX s/maternidad por sustitución" y autorizó que se transfieran a una mujer dos embriones criopreservados para que los gesté y luego de su nacimiento los entregue al matrimonio que había iniciado la técnica.

La sentencia relata la historia de una dramática e incansable búsqueda de lograr un hijo a través de las biotecnologías por parte de ese matrimonio. Podríamos decir que hay dos etapas en esa historia: a) El proceso de sometimiento a los tratamientos biotecnológicos por parte de la mujer y de su marido y que concluyó con una histerectomía y 6 embriones congelados, y b) El del acuerdo con una señora que se ofreció para gestar embriones y entregarlos al matrimonio luego de su nacimiento.

a) Respecto a la primera etapa, la búsqueda se realizó, según surge del fallo, con la asistencia de profesionales de la salud que llevaron adelante aplicaciones sobre la mujer y sus hijos en estado embrionario. En virtud de un diagnóstico inicial de endometriosis, le realizaron a la mujer distintas intervenciones quirúrgicas y tratamientos. Tuvo que pasar por la extirpación de un quiste endometriósico del ovario, estimulación ovárica, dos tratamientos reproductivos de baja complejidad y uno tercero suspendido, una operación por vía laparoscópica por un cuerpo luteo sangrante, anemia por sangrado, siete tratamientos reproductivos con la técnica ICSI, una histerosonografía para investigar la cavidad uterina, una histeroscopia, extracción de dos pólipos, embarazo ectópico, ligadura de trompas por estar la derecha obstruida y la izquierda con hidrosalpinx, un embarazo detenido espontáneamente con sangrado, detección de adenomiosis y quiste endometriósico no quirúrgico, ruptura del quiste, la formación de un pólipo por restos placentarios, otro embarazo detenido que derivó en fuertes dolores y llegar al sanatorio totalmente descompensada, casi sin pulso, con shock hipovolémico, un millón y medio de glóbulos rojos, tiempos incoagulables y ruptura uterina y práctica de histerectomía total. Al término de este largo proceso, quedaron congelados 6 embriones, que habían sido fecundados con óvulos de una donante anónima.

b) Respecto al acuerdo con la señora para su gestación, afirman los peticionantes que, habiéndola conocido en una Misa del Padre Ignacio, se entabló una amistad en el marco de la cual la señora se ofreció a gestar los embriones congelados y entregarlos luego del nacimiento, sin contraprestación económica. Así se llega a la acción judicial para autorizar esta práctica, que obtuvo sentencia favorable.

Al tiempo que expresamos nuestro profundo respeto por las personas con el deseo de buscar un hijo, queremos dejar constancia que nuestra disidencia con la sentencia quiere ser una contribución a la reflexión académica propia del derecho sobre las implicaciones de la expansión biotecnológica y bajo ningún aspecto quiere hacer valoraciones sobre las personas que protagonizan esta dramática historia.

II. Breve análisis bioético y jurídico sobre cinco aspectos de la sentencia

En este breve comentario [\(1\)](#) formularemos algunas reflexiones sobre la sentencia en torno a cinco puntos: a) El proceso que derivó en la criopreservación de los 6 embriones; b) La decisión de autorizar la transferencia de los embriones; c) La decisión en materia de filiación; d) Los fundamentos de la sentencia; e) Los dilemas de las biotecnologías reproductivas.

a) El proceso que derivó en la histerectomía y la criopreservación de los 6 embriones: lo primero que llama la atención es la larga historia clínica de padecimientos sufridos por el matrimonio que se sometió a las técnicas y que recayó sobre todo en la mujer, y que culminó en una histerectomía. No se desprende del fallo, ni podemos afirmarlo sin conocer más elementos, la existencia de nexo causal adecuado entre los tratamientos y algunos de los padecimientos. Pero podemos legítimamente preguntarnos: ¿no se plantearon los médicos poner límites a estas aplicaciones por respeto a la salud de la mujer? ¿Hubo consentimiento para esas sucesivas intervenciones de fecundación artificial con suficiente información sobre los riesgos para la vida y salud de la madre? ¿Existían posibilidades razonables de éxito para llevar adelante esas técnicas ICSI? ¿Se informó a los pacientes de cuáles eran esas posibilidades de éxito? ¿No existió un conflicto de intereses considerando el incentivo económico que pueden tener los profesionales intervinientes a realizar más tratamientos y la eventual ansiedad de los pacientes de realizarlos, incluso pasando por alto la información referida a los riesgos o a las bajas probabilidades de éxito? Existiendo antecedentes de embarazos que no prosperaron, ¿fue razonable realizar nuevas técnicas ICSI y

transferencias de embriones a la madre? ¿No tuvo ello incidencia en la posterior situación clínica que derivó en la histerectomía? ¿Hubo, en definitiva, una exposición de la mujer a riesgos desproporcionados por parte de los profesionales?

Aclarando que ni la ley 26862 ni el Código Civil y Comercial (CCC) contemplan la maternidad subrogada, nos preguntamos si en el itinerario médico de este matrimonio que derivó en la histerectomía no se ha incumplido con la ley 26862 y con su decreto reglamentario N° 956/2013, que señala sobre la cobertura de tratamientos reproductivos: "en los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de Cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta Tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de Tres (3) meses entre cada uno de ellos". El fallo de la Cámara Federal de Salta del 15 de octubre de 2015 en expte. "G., G. A. c. Swiss Medical S.A. s/amparo ley 16.986" (Expte. N° FSA 87/2015), se ocupa de la interpretación de este artículo y señala que deben considerarse cubiertos como máximo tres tratamientos de alta complejidad. En el caso que comentamos, se realizaron 2 tratamientos de baja complejidad y 7 tratamientos de alta complejidad.

Y respecto a los embriones concebidos a lo largo de estos procesos: ¿fue razonable fecundar tantos embriones en relación con las posibilidades de éxito? ¿Cuáles son los criterios que llevaron a generar tantas vidas humanas? Creemos que las técnicas extracorpóreas involucran una afectación del derecho a la vida de esos embriones, que son personas en los términos del art. 19 del Cód. Civil y Comercial, y que se los expone a riesgos desproporcionados.

b) La decisión de autorizar la transferencia de los embriones: la sentencia autoriza la transferencia de los embriones a la madre gestante, citando distintas normas que refuerzan la idea de la "voluntad procreacional" y la autonomía. Se recurre, sobre todo, al caso "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (28/11/2012) que condenó a Costa Rica porque prohibía la fecundación in vitro y consideró que tal prohibición afectaba distintos derechos de la Convención Americana, sobre todo los relativos a la vida privada y familiar y la salud.

Resulta paradójico que una sentencia que refiere a la situación de embriones congelados y que, de alguna manera, pretende buscar un mecanismo para que puedan llegar a nacer al menos dos de esos embriones, invoque como fundamento una sentencia como "Artavia" que desconoció a los embriones la protección jurídica de las personas y se desentendió por completo de su destino.

c) La decisión en materia de filiación: La segunda parte de la sentencia dispone que, si nacieran los niños, ellos deberán ser inscriptos como hijos del matrimonio requirente y que encomendó la técnica. Al respecto, llama la atención que el Tribunal no ordena la entrega de los niños recién nacidos, sino que ordena una inscripción que contraría las normas del Código Civil y Comercial (el art. 562 CCC cuando sostiene que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz). También contradice las normas sobre identificación del recién nacido, que son de orden público y las que regulan la forma de llevar la cuenta de los hechos constitutivos del estado de las personas (ley 26413). En este punto, el fallo soslaya la consideración del derecho a la identidad en cuanto a que pueda ser afectado por esta disociación entre maternidad volitiva y maternidad gestacional. Esta posible afectación también puede darse por el recurso a donante anónima de gametos femeninos. El fallo se limita a ordenar que se registren los antecedentes en el legajo de inscripción del nacimiento y exhortar al matrimonio a que informen a sus hijos su origen.

La sentencia omite considerar el problema de la filiación de los embriones transferidos durante el tiempo de gestación. Los embriones son personas desde la concepción, y ello ocurre en la fecundación. Pero aún si considerásemos a los embriones como personas desde la implantación como sostiene "Artavia", en la etapa de gestación son "personas por nacer" (art. 19 CCC), incapaces de ejercicio (art. 24) y son sus padres sus representantes legales (art. 101 CCC). ¿Quién toma las decisiones en la etapa prenatal? ¿Quién tiene la responsabilidad parental? Nada dice el fallo sobre este punto.

d) Los fundamentos de la sentencia: la sentencia recurre, como hemos adelantado, al fallo "Artavia Murillo" de la CIDH. Entendemos que el mismo no es aplicable al caso, porque se tratan de dos situaciones bien distintas. "Artavia" refiere a casos de matrimonios infértiles que con sus propios gametos solicitan una FIV sin maternidad subrogada. Además, en los considerandos 134 y 135 la CIDH expresamente aclara que ha dejado fuera de su consideración otras complejas cuestiones de estas tecnologías. No puede considerarse ni aplicarse "Artavia" como si fuera un cheque en blanco para legitimar toda aplicación biotecnológica. Tengamos en cuenta que la maternidad subrogada fue expresamente debatida en nuestro país y excluida del Código Civil y Comercial. Además, ha recibido críticas desde muy diversos sectores, por los riesgos que encierra por los mecanismos de explotación de las mujeres y cosificación de los niños. Entonces, la sentencia que

comentamos recurre a un razonamiento unilateral, centrado en la autonomía y soslaya otras consideraciones. Creemos que la autonomía no es un criterio decisivo en materia de tecnologías reproductivas, porque la transmisión de la vida humana tiene una relevancia tal y una conexión con la dignidad humana, que existe un fuerte interés en su regulación en orden al bien común cuando se pretende realizar por medio de procedimientos técnicos.

Llamativamente, tratándose de embriones congelados que esperaban poder nacer, el fallo en ningún momento se detiene a considerar a esos embriones como verdaderas personas que están afectadas en sus derechos. En este sentido, la decisión judicial sólo autoriza la transferencia de dos embriones y calla sobre el destino de los otros cuatro.

e) Los dilemas de las biotecnologías reproductivas: el fallo deja en evidencia muchas de las problemáticas que encierran estas tecnologías. Se genera un alto número de embriones, muchos quedan criopreservados sin un destino cierto y surge el dilema de qué realizar con ellos. El fallo muestra también la problemática jurídica inherente a los contratos de criopreservación de embriones, que se convierten en personas cosificadas, asemejadas al objeto de una prestación.

III. Reflexión final

En los últimos meses se han dictado diversas sentencias que pretenden legitimar la maternidad subrogada. Sabemos que los jueces enfrentan los dilemas propios de los casos concretos, de las dramáticas historias que son puestas a su consideración. Advertimos que algunas de estas sentencias se apuran a legitimar toda pretensión del poder biotecnológico, con fundamento en una visión de autonomía reproductiva absoluta, y resultan contrarias incluso a leyes que ha aprobado el Congreso y que excluyeron a la maternidad subrogada. Lamentamos que los tribunales no sean más reflexivos y críticos ante las formas en que se están aplicando las tecnologías reproductivas, que por momentos parecen no tener límites y afectar los derechos y salud de las personas.

(1) Agradezco las sugerencias de los integrantes del Centro de Bioética, Persona y Familia, en particular de Bernardita Berti García, María Victoria García Delfino, Daniela Zabaleta y Leonardo Geri.

Información Relacionada

Voces:

TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ GESTACION POR SUSTITUCION ~
MEDICINA ~ BIOETICA ~ MATRIMONIO ~ ENFERMEDADES ~ INFERTILIDAD ~ FILIACION