

La voluntad procreacional como eje fundamental de la gestación por sustitución - Necesidad de regulación

Autor:

Allende, Ezequiel E.

Cita: RC D 1120/2019

Sumario:

1. Plataforma fáctica. 2. Resolución. 3. Breve comentario a la resolución. 3.A) En cuanto a la autorización de la gestación por sustitución. 3.B) Inscripción del niño/a por nacer como hijo de los comitentes. 3.C) Otorgamiento de la licencia por maternidad tanto a quienes serán emplazados como progenitores como a la gestante. 4. Colofón.

La voluntad procreacional como eje fundamental de la gestación por sustitución - Necesidad de regulación

1. Plataforma fáctica

Una pareja se presenta ante un Tribunal Colegiado de Familia en Santa Fe y solicita autorización judicial para llevar a cabo una gestación por sustitución en el vientre de una amiga íntima y que, una vez producido el nacimiento con vida del niño o niña, se lo/la emplace filialmente como hijo/a de los peticionantes. Importando esto, obviamente, la emisión de la partida de nacimiento y DNI respectivos con la filiación solicitada en autos.

La pareja acredita en autos su imposibilidad de llevar un embarazo a término por padecer una de sus integrantes Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Houser (cuya principal característica es la ausencia congénita de la parte superior de la vagina, útero y trompas del aparato reproductor femenino). Este diagnóstico imposibilita a la mujer gestar, pero no generar óvulos capaces de ser fecundados.

Asimismo, han acreditado que conforman una pareja estable desde el año 2013, que en 2017 han registrado su unión convivencial y que de la consulta con especialistas en fertilización de alta complejidad surge que se encuentran aptos para la fertilización in-vitro de sus propios gametos y posterior formación de embriones biológicamente conformados con su material genético.

En cuanto a la pretensa gestante, acreditan en autos que es una mujer que se encuentra en edad y condiciones de salud de llevar un embarazo a término, que tiene dos hijos, quienes junto con su marido conocen la situación y prestan su conformidad, que es amiga de la mujer de la pareja desde los 6 años y que en conocimiento de la problemática que enfrentan los actores a la hora de formar una familia, con altruismo y sin necesidad ni intención de percibir cualquier tipo de contraprestación, es su voluntad gestar un bebé para sus amigos.

2. Resolución

En un correcto análisis de los hechos del caso, con sustento en el principio de legalidad que propone el art. 19, CN, el articulado de la Ley 26862, el interés superior del niño por nacer, el fuerte vínculo afectivo de la actora con la gestante, sus respectivas voluntad procreacional y altruismo y en el marco de los propuesto por los arts. 1, 2, 3, 558, 560, 561, 562 (cuya inconstitucionalidad analiza) y 565 del Código Civil y Comercial, la juez resuelve autorizar la gestación por sustitución, ordena la inscripción del niño por nacer como hijo de los comitentes, impone a ellos el deber de informar al niño por nacer su realidad gestacional cuando sea el momento oportuno, dispone la obligación de la clínica donde se realizará la técnica de mantener reservada la información genética del caso y garantizar su disponibilidad en oportunidad de ser necesaria, con los recaudos correspondientes y concede licencia por maternidad tanto a los peticionantes como a la gestante.

3. Breve comentario a la resolución

Las cuestiones centrales del fallo en análisis son la autorización de la gestación por sustitución (en adelante GS), la inscripción del niño/a por nacer como hijo de los comitentes y el otorgamiento de la licencia por maternidad tanto a quienes serán emplazados como progenitores como a la gestante.

3.A) En cuanto a la autorización de la gestación por sustitución

En primer término no se puede dejar de analizar la autorización de la GS y el eje central de este análisis no es otro que la manifiesta necesidad de una regulación legal.

A medida que pasa el tiempo y crece el número de causas judiciales que tienen por objeto la autorización de estas técnicas o la inscripción de niños y niñas nacidos por este método, más se pone de manifiesto el error que importó omitir la propuesta del anteproyecto del Código Civil y Comercial (en adelante CCC) y no regular esta figura en la letra del articulado vigente.

Es una realidad fáctica que gracias al avance de la tecnología y la biomedicina se han rebatido barreras que permiten a un sinnúmero de personas acceder a formar una familia pero estos avances no han sido alcanzados por la regulación vigente. Siendo hoy la voluntad procreacional el elemento volitivo de mayor importancia a la hora de hablar de filiación por THRA no se puede seguir sosteniendo el principio que postula el art. 562, CCC de "madre es quien da a luz".

Las doctoras Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera explican que la voluntad procreacionales "la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior. Sucede que esta tercera persona carece de voluntad; falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRHA: la voluntad procreacional"[\[1\]](#). Al efecto, los Dres. Melon y Notrica sostienen que "esto nos hace reflexionar sobre la idea de ser padres o madres. Tener un hijo es claramente un acto voluntario, un deseo, y en la figura de la GS, la persona gestante no tiene esa voluntad, y dado que esta se encuentra en los comitentes serán ellos a quienes se deberá consecuentemente atribuirles la filiación respecto de ese niño que va a nacer. Claramente, sin este elemento volitivo nunca hubiese comenzado a desarrollarse el proceso que traerá al mundo a ese niño. Hoy el hecho de ser madre y/o padre ya no implica necesariamente la existencia de lazos biológicos porque comenzamos a dar gran significancia a la idea de afectividad familiar"[\[2\]](#).

3.B) Inscripción del niño/a por nacer como hijo de los comitentes

Al mismo tiempo que pone de manifiesto la necesidad de regular esta figura, la GS propone nuevas formas de concebir o conformar familias que a su vez requieren del reconocimiento de sus derechos filiatorios, y es en este contexto donde el derecho a la identidad toma un papel de vital importancia definido por la relación directa que tiene con la vida privada de los niños y niñas nacidos gracias a esta técnica y la necesidad de determinar jurídicamente su filiación. Esto termina de complejizar la situación.

En los primeros antecedentes en nuestro país las resoluciones se vinculaban directamente a los resultados de las pruebas de ADN. En ese contexto, en un reconocido fallo suscripto en vigencia del Código Civil derogado, en el Juzgado de Familia de Gualeguay se propone que "un niño debe ser inscripto como hijo de quienes donaron su material genético para su gestación por una tercera mujer -maternidad subrogada-, pues se comprobó el vínculo biológico y la voluntad procreacional de aquellos respecto del menor, a la vez que no existen conflictos al respecto entre las partes intervinientes ... cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad"[\[3\]](#).

Asimismo, las doctoras Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, en el comentario a un fallo de marcada analogía y contemporaneidad han observado que "el conflicto jurídico planteado no es, técnicamente, una cuestión que hace a la partida de nacimiento como título formal, sino al vínculo filial que debe reflejar ese documento, básico para la identidad de las personas"[\[4\]](#).

Las citas que anteceden tienen como fin ilustrar no solo la importancia de la voluntad procreacional en lo atinente

a la inscripción de los niños/as nacidos por THRA, más puntualmente por GS, sino también traer a colación precedentes anteriores a la entrada en vigencia del CCCN, casi contemporáneos con el debate del anteproyecto en el Senado de la Nación. Esto demuestra que la necesidad de regulación data de hace tiempo y depende de quienes nos dedicamos al derecho de las familias, en mayor o menor medida por el rol que ocupa cada uno de nosotros, que estas situaciones encuentren de una vez una solución legislativa que las contemple.

No podemos dejar de observar que el derecho a la identidad es hoy uno de los puntos de debate dentro del campo del Derecho de Familia, y puntualmente en el caso que nos ocupa el vínculo que tiene con el interés superior del niño es de vital importancia. Resulta hartamente complejo dar una definición de identidad que cubra todo el alcance que tiene esta figura y más aun cuando nos enfrentamos a la necesidad de definir la identidad, como carácter fundamental de la personalidad de un individuo, de un niño o niña nacido/a por GS.

3.C) Otorgamiento de la licencia por maternidad tanto a quienes serán emplazados como progenitores como a la gestante

Si el niño o niña por nacer debe ser inscripto como hijo/a de los comitentes, ¿por qué no serían ellos beneficiarios o titulares de la licencia por maternidad o paternidad correspondientes? El simple hecho de no estar en condiciones de acreditar que uno de los miembros de la pareja cursa un embarazo no significa que no puedan estar formando una familia. El caso bajo análisis no es el primer antecedente de sentencias donde los jueces otorgan licencias tanto a la madre gestante como a los comitentes, independientemente de su género o condición.

En resguardo del interés superior del niño, para satisfacer su cuidado en las mismas condiciones que en cualquier otro tipo de familia, y como una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia, es más que legítimo el derecho de los comitentes a gozar de las licencias correspondientes, como el de la gestante por el proceso físico que atraviesa. En palabras de la Dra. Herrera "tenemos que diferenciar entre la gestante y la madre. Sin regulación, hoy solo tendría licencia quien gesta, no la madre. Pero es una licencia con una mirada clásica, no contemporánea. Estamos en un momento de transición, con fallos que se adelantan a las normativas que quedaron desactualizadas para los tipos de familia que tenemos hoy. Tenemos una fuerte ampliación de derechos, pero también resistencia. Hay que cambiar la mirada..."^[5]

Está claro que la GS es un gran recurso que permite el acceso a formar una familia a personas que no se encuentran en condiciones biológicas de hacerlo. Pero el ejercicio de ese derecho de formar una familia también importa obligaciones, dentro de las cuales encontramos como las más importantes todas las atinentes al ejercicio de la responsabilidad parental. En cumplimiento de estas obligaciones, el ejercicio de ese derecho a formar una familia y principalmente, en resguardo del interés superior del niño es que esas licencias mal llamadas "por maternidad" deben ser reconocidas y otorgadas a los comitentes en los casos de GS y los alcances y beneficios de estas licencias deben ser comunes para las tres fuentes de filiación reconocidas en el art. 558, CCC.

4. Colofón

Este sucinto comentario al fallo bajo análisis tiene como objeto poner de manifiesto, una vez más, la necesidad de regulación de una figura que cada día cobra más importancia y frecuencia en el ámbito del derecho de familia como lo es la GS.

Hoy día, los avances de la tecnología al servicio de la medicina permiten que haya reproducción sin acto sexual. Ergo, la voluntad procreacional debidamente acreditada en el consentimiento informado se convierte en el eje central y determinante de la filiación por THRA.

No podemos dejar de observar que el reconocimiento de las THRA como tercera fuente de filiación y la entrada en vigencia de la Ley 26862 son claros avances legislativos que acompañan el cambio de paradigma. Pero sería conformista no reconocer que la fuerza de la realidad nos obliga a regular de manera más completa las situaciones que derivan de la GS, basadas en el propio carácter progresivo y dinámico del derecho y siempre teniendo como horizonte el derecho a la igualdad y no discriminación.

El fallo analizado es un ejemplo de cómo debe ser tratada una situación de estas características, con especial acento en el resguardo del superior interés del niño por nacer, garantizando el derecho a formar una familia, respetando el principio de igualdad y abordando de manera concreta y correcta un tema tan delicado como lo es el derecho a la identidad.

En efecto, debemos tomar total conciencia de que los avances tecnológicos no importan sólo mejores resultados médicos, sino que generan cambios de especial relevancia en la familia en cuanto a su conformación, que necesitan de una regulación dinámica que tutele plenamente el derecho de toda persona a tener hijos y formar una familia.

- [1] Kemelmajer de Carlucci, Aída, LAMM, Eleonora, Herrera, Marisa, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", L. L., 11/07/2013, pág. 3. Cita Online: AR/DOC/2573/2013.
- [2] Melon, Pablo, Notrica Federico, "La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación", UBACyT 2014- 2016 - "Hacia una regulación de la Procreación Asistida desde la perspectiva socio jurídica, Bioética Y Derechos Humanos", Pág. 3.
- [3] Juzgado de Familia de Gualeguay, "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ Ordinario", 19/11/2013, Cita Online: AR/JUR/89976/20013.
- [4] Kemelmajer de Carlucci, Aída, LAMM, Eleonora, Herrera, Marisa, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", L. L., 11/07/2013. Cita Online: AR/DOC/2573/2013
- [5] Josefina Hagelstrom, "Qué pasa con las licencias por maternidad en los casos de gestación por sustitución" www.perfil.com, 10/03/2019.