

I. INTRODUCCIÓN

Las fuentes de filiación reconocidas actualmente en nuestro ordenamiento jurídico son tres: en primer lugar, encontramos a la filiación por naturaleza, luego las técnicas de reproducción humana asistida y por último la adopción.

En virtud del principio de igualdad y no discriminación nuestro Código Civil y Comercial de la Nación establece que, en el Certificado de Nacimiento, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas no debe hacer mención a la fuente de filiación de la persona y tampoco a si su nacimiento fue dentro o fuera de un matrimonio.

En este artículo analizaremos las técnicas de reproducción humana asistida y particularmente la gestación por sustitución, que actualmente no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento.

La incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de filiación es una novedad en el Código Civil y Comercial ya que, en el Código Civil derogado, las fuentes de filiación reconocidas eran dos: la filiación por naturaleza y la adopción.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas, a través de la unión de gametos, extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma, conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana (1).

En ellas la filiación queda establecida por la voluntad procreacional de quién presta su consentimiento previo, libre e informado y de la persona que da a luz. Por lo tanto, es importante comprender que la voluntad procreacional cumple un papel fundamental a la hora de hablar de estas técnicas ya que en virtud de esta se establece la filiación.

En estas técnicas se puede o no recurrir a un tercero que aporte material genético. En caso de que el tercero aporte los gametos se la denomina heterónoma, en cambio, cuando los gametos son aportados por la propia pareja que tiene voluntad procreacional se denomina homónima.

Con respecto a la identidad del donante, nuestro país adoptó un criterio intermedio entre la publicidad y el anonimato, este sistema es denominado de doble ventana en el cual la identidad del donante en un principio es reservada, sin embargo, las personas nacidas por estas técnicas pueden acceder a la información médica del donante anónimo en caso de que sea necesario para su salud o revelarse la identidad de este, en situaciones debidamente fundadas, requiriendo para eso autorización judicial (2). Actualmente no hay unanimidad en los criterios que adoptan los países, hay algunos que optan por el sistema del anonimato protegiendo la identidad del donante, otros en los cuales los datos de los donantes son conocidos para las personas nacidas por estas técnicas.

En nuestro país, la información sobre la salud médica del donante y la identidad de este se encuentra almacenada en los centros de salud intervinientes, y en caso de ser eliminados las personas nacidas por estas técnicas se podrían ver perjudicadas pudiendo incluso verse afectado su derecho a la salud, en caso de que se les presente alguna complicación y por cuestiones médicas resulte imprescindible acceder a esta información.

Otra clasificación que se realiza es en técnicas de baja y alta complejidad: se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y

embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (3).

Con respecto a la gestación por sustitución que es el tema que nos ocupa, esta debe ser entendida como una técnica de reproducción humana asistida en la que participan por lo menos tres personas, la persona gestante, el o los comitentes y en algunos casos una tercera persona que aporta los gametos.

La primera es la encargada de brindar su vientre para que se lleve a cabo el embarazo, sin embargo, posteriormente no se establece un vínculo jurídico entre esta persona y el niño o niña nacida bajo esta técnica. Por otro lado, se encuentran los comitentes, estos son los que tienen la voluntad procreacional y por lo tanto van a ser los progenitores del niño o niña nacido, es decir en la inscripción del nacimiento que se realiza en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas constan sus datos.

Asimismo, puede intervenir una tercera persona en el proceso. Esta es la que, en el caso de ser necesario, aporte los gametos, ya sea los óvulos o los espermatozoides.

Como se mencionó ut supra, actualmente este instituto no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, y en consonancia con lo establecido en el Art. Nro. 19 de la Constitución Nacional con respecto a que todos los actos que no están prohibidos están permitidos, esta técnica no se encuentra prohibida y es reconocida por nuestros tribunales jurisprudencialmente.

Al contrario, en el derecho comparado hay muchos Estados que receptan y regulan este instituto, a modo de ejemplo y no siendo este taxativo: Uruguay, Sudáfrica, Holanda, Dinamarca, India y Brasil.

Con respecto a nuestro país este vacío legal genera que se planteen ante los tribunales diversas estrategias jurídicas con el objetivo de emplazar como hijo o hija a una persona nacida en virtud de esta técnica, como por ejemplo la impugnación de la maternidad de la persona que da a luz, demostrando que esta

persona no es la que aportó el material genético, y/o la voluntad procreacional de los comitentes, así como también, casos en que se realiza un juicio de información sumaria de declaración de filiación, no realizando la inscripción de la persona recién nacida a la espera de la resolución judicial que resuelva la cuestión. En todos estos casos, se realiza una judicialización posterior al nacimiento. Sin embargo, a continuación analizaremos un precedente en el cual se solicitó autorización judicial antes de la implantación.

II. ANÁLISIS DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL «L. L. L.Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS ».

El pasado mes de noviembre de 2021, un Tribunal Colegiado de Familia de Rosario autorizó a una abuela a gestar en beneficio de su hija, quién no podía llevar a cabo un embarazo por motivos de salud.

Los padres comitentes se presentan en el expediente solicitando se les otorgue autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución y la posterior inscripción del niño nacido mediante esa técnica en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, como hijo o hija de los nombrados en primer término.

A fin de fundar su demanda se basan en el principio de legalidad y solicitan la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación ya que como mencionamos ut supra este dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien da a luz, desconociendo así la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado.

En este caso en particular la señora que tiene voluntad procreacional se encuentra impedida de llevar adelante la gestación porque padecía de una enfermedad que provocaba la ausencia de útero.

Asimismo, cabe destacar que como prueba documental al escrito de demanda se acompañó un acuerdo suscripto por las partes como así también estudios realizados a las intervinientes que dan cuenta de la imposibilidad de la comitente de llevar a cabo un embarazo y de buena salud de la madre de la misma y estudios psicológicos realizados tanto a los comitentes como a la persona gestante.

Por otro lado, creo importante resaltar que en el proceso se dejó en claro que la subrogación de vientre en este caso se realizaba por un fin altruista sin existir un pago por ello. Asimismo, el acuerdo presentado y suscripto por las partes contenía todas las cláusulas aplicables al caso, entre ellas se disponía que los comitentes se iban a hacer cargo de todos los gastos que generase el embarazo y no estén cubiertos por la obra social de la gestante.

Con respecto a la declaración de inconstitucionalidad, los magistrados consideran que no deben hacer lugar a la solicitud ya que si bien la gestación por sustitución no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, como mencionamos al principio, esta no se encuentra prohibida y en virtud del Artículo Nro. 19 de la Constitución Nacional y el principio de reserva, es que todo lo que no está prohibido está permitido, por lo tanto a fin de realizar esta técnica se debe acudir a los tribunales, pero no se encuentra en contra de nuestro ordenamiento, ya que existe un vacío legal al respecto.

Asimismo, en el cuerpo del fallo se menciona que estaba prevista la inclusión de esta técnica en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, sin embargo finalmente fue excluida ya que la discusión parlamentaria cercenó dicha posibilidad al pasar por el Senado de la Nación en el año 2012, con acento puntual durante el debate en el dictamen de la Comisión Bicameral, en que la maternidad por sustitución «encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritan un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución de l proyecto de reforma» (4).

III.CONCLUSIONES

Teniendo en consideración lo expuesto, considero que es fundamental que se lleve a cabo una reforma legislativa a fin de incluir a la gestación por sustitución dentro de nuestro ordenamiento.

Resulta imprescindible darle un marco legal a fin de evitar distintos criterios en los tribunales y darle un marco jurídico estableciendo un procedimiento que contenga regulaciones referidas a cuestiones como, si debe ser altruista o puede tener un valor económico, como se debe instrumentar el procedimiento, si es necesaria la autorización judicial, entre otras.

Finalmente, creo importante resaltar que la regulación de esta práctica ayudaría a evitar que existan intermediarios que lucren con la situación en la que se encuentran los padres comitentes.

(1) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, «La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación». LL del 8/8/2011, p. 1

(2) Art. 564 Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nro. 26.994, promulgada el 7 de octubre del año 2014.

(3) Art. 2 Ley Nro. 26.862, promulgada el 25 de junio del año 2013.

(4) «L. L. L. y otros s/ venias y dispensas», Trib. Coleg. Fam. 4ª Nom., Rosario, 01/11/2021 .

(*) Abogada. Maestranda de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia en la Universidad de Buenos Aires. Desempeña funciones en la Dirección General Adquisiciones y Contrataciones del Ministerio de Justicia y Seguridad CABA y de manera independiente.

Por María F. Durá (*)