

La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación.

Pablo Melón y Federico Notrica.

Cita:

Pablo Melón y Federico Notrica (2015). *La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-061/437>

“La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación”

Pablo Melón: Integrante del Proyecto “Hacia una regulación de la Procreación Asistida desde la perspectiva socio jurídica, Bioética Y Derechos Humanos” UBACyT 2014-2016, dirección de mail: pablo_melon17@hotmail.com

Federico Notrica: Integrante del Proyecto “Hacia una regulación de la Procreación Asistida desde la perspectiva socio jurídica, Bioética Y Derechos Humanos” UBACyT 2014-2016, dirección de mail: fedenotrica@gmail.com.

Resumen: Resulta importante destacar que el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido la figura de las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial. Asimismo, la ley de cobertura de las mismas fue sancionada un año antes.

Resulta de particular importancia expresar que la figura de la gestación por sustitución fue introducida en la redacción del Anteproyecto de Reforma del Código mencionado, pero que fue suprimida en el debate parlamentario.

En la presente ponencia se buscará reflejar la imperiosa necesidad de incorporar esta figura al ordenamiento jurídico argentino para lograr otorgar protección y seguridad jurídica a todos los individuos en un marco de igualdad, libertad y responsabilidad, para que todos podamos ejercer el derecho a formar una familia, utilizando los avances de la ciencia para tal fin, y comenzar a ser una sociedad plural y un mundo en el cual quepamos todos.

Palabras claves: Gestación por sustitución – Filiación – Técnicas de reproducción humana asistida – Bioética – Derechos Humanos.

I.- La llamada voluntad procreacional como principio fundamental en la gestación por sustitución.

Este trabajo se basará en explicar a la gestación por sustitución como una de las técnicas de reproducción humana asistida -en adelante TRHA- que al no ser regulada por nuestro ordenamiento jurídico vulnera los derechos humanos de ciertos individuos.

Diremos en primer lugar, que a partir de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aparecen las TRHA como una nueva fuente filial, y además

recordar que el Congreso de la Nación aprobó previamente la Ley Nacional N° 26.862¹ por la cual se admite la cobertura de los tratamientos médicos de TRHA². Es importante tener presente que en toda esta nueva legislación se menciona a la gestación por sustitución.

Dicha supresión no implica una cuestión menor, dada la necesidad existente de regular concretamente para poder determinar todas las proyecciones jurídicas que resultan de su práctica, distinguiendo su admisibilidad o no; el carácter oneroso o gratuito de los acuerdos; y el sistema de determinación de la filiación³

Desde una nueva mirada del derecho de familia constitucionalizado, universalizado, o humanizado -como decía Germán Bidart Campos-, que aplica los principios receptados por los Tratados Internacionales que Argentina ha ratificado e incorporado a su bloque constitucional a partir de la reforma de 1994, es que no podemos mostrarnos indiferentes frente al cambio de paradigma operado.

Aparecen con más frecuencia los principios de igualdad y no discriminación, el derecho a fundar una familia en condiciones de igualdad con el resto de las personas, - valiéndose para ello de los avances de la ciencia-, la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, la responsabilidad en las relaciones de familia y un proceso de democratización progresivo en la figura de la familia.

Ahora bien, remontándonos al instituto de la filiación, claramente estos avances científicos y tecnológicos crearon la llamada “revolución reproductiva” a través del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Como postula la Dra. Eleonora Lamm: “se habla de revolución reproductiva porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Es decir, hoy en día, y gracias a las TRHA, es posible la

¹ Exclusión decidida antes de la votación del Senado que eliminara la figura de la gestación por sustitución. Tanto la ley 26.862 (de fecha anterior 5/6 /2013), como su decreto reglamentario, no mencionan en ninguno de sus artículos esta técnica de reproducción asistida.

² Sostienen Adriana Krasnow que, “es en armonía con el principio de pluralidad que éstas prácticas médicas destinadas a colaborar en el proceso reproductivo están abiertas para las parejas de igual o distinto sexo casadas o en convivencia de hecho y también para hombres o mujeres que no conforman pareja” . KRASNOW, Adriana N., “Técnicas de Reproducción Humana Asistida, La Ley 26.862 y el proyecto de código”, La Ley, T.2013-E, ISSN0024-1636.

³ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés., FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa., “Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia”, Ediar, Bs As, pág 249.

reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios.”⁴

Dentro de estas técnicas, encuadramos a la gestación por sustitución, definida como una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, -gestante-, acuerda con otra, o con una pareja, -comitente- gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos. Por ejemplo, dos hombres -que debido a su infertilidad estructural desean tener un hijo-, eligen primeramente cuál de ellos aportará el semen para luego, y una vez proveídos de un óvulo donado, implantar al embrión en el vientre de una mujer que llevará adelante la gestación y posterior alumbramiento del niño.

Es importante destacar que son los comitentes los que poseen la voluntad procreacional, es decir que la determinación de la copaternidad, en este caso, deberá guiarse por este principio, sumado a que no rige el precepto *mater semper certa est*, -es decir, que la madre sería la mujer que dio a luz- , puesto que si ese niño se somete a una prueba de ADN, no quedará emplazado como hijo de la gestante porque no posee vínculo biológico alguno con ésta.

La voluntad procreacional como “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.”⁵, 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 gestación por sustitución, la mujer gestante no tiene esa voluntad, y dado que ésta 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

⁴ LAMM, Eleonora, “Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, ed. Observatori de Biètica i Dret, UB, ISBN, 978-84-475-3757-0, pág. 17.

⁵ 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”, La Ley, 11/07/2013, pág.3.

volitivo⁶ 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.

II. Sistema normativo argentino.

Diremos en primer lugar, que nuestro ordenamiento jurídico carece de toda regulación de las TRHA y específicamente de la gestación por sustitución.

Ante dicho vacío legal, cuando se redactó el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante proyecto, luego de mucho debate y posterior análisis, se introdujeron las normas referentes al reconocimiento de las TRHA incorporándose entre ellas a la gestación por sustitución. Disponía la norma proyectada: *“Gestación por sustitución. Artículo 562: El consentimiento previo, informado y libre de todas la partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.*

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*

⁶ Sostuvo la jurisprudencia en cuanto a la voluntad procreacional que, “(...) Con relación al argumento del nexo biológico, desde ya cabe señalar que el mismo no resulta válido, toda vez que las parejas heterosexuales no van munidas de un análisis de ADN para reconocer niños en las dependencias del Registro Civil y las técnicas fecundación heteróloga no son exclusivas de las parejas del mismo sexo. En este sentido cobra relevancia la llamada voluntad procreacional para determinar la filiación cuando se utilizan técnicas complejas de reproducción asistida -sea en parejas hetero u homosexuales-, ya que no existirá un vínculo biológico con uno o ambos padres” . Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/07/2013, “M. Y. M. y otros c. GCBA s/amparo”, en La Ley 2011-D, 315.

d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;

e) la gestante no ha aportado sus gametos;

f) la gestante no ha recibido retribución;

g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;

h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Sin embargo, en la sesión del 27 de noviembre de 2013, el Senado de la Nación, quien dio media sanción al proyecto, suprimió dicha norma reafirmando de esta manera, el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico.

Dicha supresión no implica una cuestión menor, dada la necesidad existente de regular concretamente para poder determinar todas las proyecciones jurídicas que resultan de su práctica, distinguiendo su admisibilidad o no; el carácter oneroso o gratuito de los acuerdos; y el sistema de determinación de la filiación⁷.

No obstante, el 5 de junio de 2013, se aprobó la Ley Nacional N° 26.862⁸ por la cual se admite la cobertura de los tratamientos médicos de TRHA⁹, pero sin mencionar a la gestación por sustitución.

Por todo ello, lo que sucede en la actualidad es que depende el juez que toque para decidir sobre un caso sobre gestación por sustitución, es lo que puede traer aparejado en su sentencia. Al no estar prohibido, pero tampoco regulado, queda a criterio

⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés., FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa., “Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia”, Ediar, Bs As, pág 249.

⁸ Exclusión decidida antes de la votación del Senado que eliminara la figura de la gestación por sustitución. Tanto la ley 26.862 (de fecha anterior 5/6 /2013), como su decreto reglamentario, no mencionan en ninguno de sus artículos esta técnica de reproducción asistida.

⁹ Sostienen Adriana Krasnow que, “es en armonía con el principio de pluralidad que éstas prácticas médicas destinadas a colaborar en el proceso reproductivo están abiertas para las parejas de igual o distinto sexo casadas o en convivencia de hecho y también para hombres o mujeres que no conforman pareja” . KRASNOW, Adriana N., “Técnicas de Reproducción Humana Asistida, La Ley 26.862 y el proyecto de código”, La Ley, T.2013-E, ISSN0024-1636.

de cada juzgador, y estamos seguros que no hay peor cosa para la gente que no saber qué va a suceder con su vida y no conocer claramente sus derechos.

VI. El derecho a formar una familia y el derecho a procrear: dos cuestiones fundamentales.

En los albores del siglo XXI podemos sostener sin hesitación alguna que la mayor parte de la doctrina y de la sociedad¹⁰, comienzan por comprender hoy día la verdadera amplitud del concepto de familia; comienzan a mirar en definitiva el derecho familiar desde otra perspectiva -superadora si se quiere- del modelo tradicional.

En el caso Sejean de 1986, el máximo tribunal de nuestro país falló: *“Esta disposición a constituir una familia se halla ínsita en la naturaleza humana; las formas que esta institución ha adoptado son las más variadas como nos lo enseñan la antropología y la historia, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones; pero cualesquiera sean las hipótesis sobre su evolución y la influencia de las condiciones del desarrollo económico político y religioso sobre su funcionamiento social, ella constituye el nudo primario de la vida social¹¹.”*

La Corte Interamericana, por su parte, se pronunció acerca del alcance del concepto de familia en el caso Atala Riffo¹² al decir que, *“en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”*

¹⁰ Refiere la doctrina que, la toma de conciencia de la diversidad, antes referida, llevó a muchas personas a aceptar que, aunque distintas formas familiares han existido, y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, y también el de matrimonio, es una creación “cultural”, no “natural” o “esencial” y, por lo tanto, cambiante. Véase, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída., en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2, ALEGRÍA, Héctor E., y MOSSET ITURRASPE, Jorge., 1º ed., Rubinzal- Culzoni, Santa Fe 2013, pág. 292.

¹¹ CJSN, Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, 27/11/1986, Fallos 308:2268.

¹² CIDH, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24/2/2012, (parágrafo 142).

En consonancia con estas prescripciones la doctrina moderna postula que *“no se identifica a la familia con un modelo único, o en otros términos, no existe identidad entre familia y matrimonio, pues familia desde la obligada mirada de los derechos humanos se enuncia en plural”*¹³. En una misma dirección se inscribe nuestra Constitución Nacional que en su art. 14 bis opta por consagrar la protección integral de la familia pero sin dar una definición de ésta, lo cual resulta de suma importancia porque deja abierto el debate que pretende la democratización de la familia.

Esta posición es la que toma el Nuevo Código Unificado, al decir en sus fundamentos: *“El Anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial el de democratización de la familia, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del derecho de familia al derecho de las familias en plural; esta opinión se sustenta-entre otras razones en la amplitud de los términos del artículo 14bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la protección integral de la familia, sin limitar esa noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta (...)”*. Incluso en Europa, se pudo hablar y se habla cada vez más, del cambio de un modelo tradicional de familia europea hacia relaciones familiares interindividuales desde la perspectiva de los derechos y libertades fundamentales del individuo¹⁴.

En estos términos y habiéndose conceptualizado a la familia desde una perspectiva contemplativa e inclusiva es que surge como un derecho humano para los individuos la posibilidad concreta de fundar una familia, idea contemplada en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados a nuestro bloque constitucional.

Este derecho a fundar una familia es uno de los pilares que justifica la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico a la gestación por sustitución. Surge aquí la idea de procrear, ya sea por decisión unilateral de un hombre, en lo que nos concierne,

¹³ DE LA TORRE, Natalia., “Algunas consideraciones en torno a la regulación proyectada en las uniones convivenciales”, en GRAHAM Marisa, HERRERA, Marisa, Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, ed. Infojus, pág. 331.

¹⁴ FULCHIRON, Hugues., “Del derecho de familia a los derechos del individuo”, reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo, La Ley, año LXXVIII N°71.

o por voluntad de la pareja, como plan de vida y como concreción de esta idea fundacional antes aludida.

Como se puede observar, fundar una familia procreando o no, depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo. Esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener¹⁵.

De crucial importancia en este tema, fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, “Artavia Murillo c/Costa Rica” del año 2012, que resulta de aplicación obligatoria para nuestro estado nacional¹⁶ y que nos muestra el alcance interpretativo del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a los derechos reproductivos de las personas.

En dicho fallo la CIDH hace una interpretación amplia del artículo 7 de la Convención Americana al señalar: *“que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse*

¹⁵ FAMÁ, María V., “La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano”, fallo comentado, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III (CNFedCivyCom)(SalaIII) CNFed. Civ. y Com., sala III ~ 2009-05-19 ~ B., M. N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación, LA LEY 18/06/2009, 18/06/2009, 3 - LA LEY2009-D, 78, pág. 2.

¹⁶ Nuestra CSJN en Mazzeo falló: “Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso "Ekmekdjian " (Fallos 315:1492) ,por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Sup., a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. CSJN, “Mazzeo, Julio L. y otros”, 13/07/2007 Citar Abeledo Perrot N°: 70038266.

*hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad*¹⁷.

La CIDH considera también que la decisión de ser o no madre o padre, es parte del derecho a la vida privada. En otras palabras, la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductivos se circunscriben dentro de la vida privada. Precisamente respecto a estos derechos, se indicó que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, pudiendo gozar asimismo, de los avances de la ciencia¹⁸.

En igual línea argumentativa, pero en el ámbito de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el fallo “Evans vs Reino Unido” afirmó que: *“la vida privada es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social de una persona, concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior, cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo”*¹⁹.

Por ende, si partimos de la base de la existencia de un derecho a procrear²⁰, podemos llegar a la conclusión de que una manera de fundar una familia es a través de la procreación sea ésta natural o acudiendo a las TRHA, dentro de las cuales se encuentra indudablemente, la gestación por sustitución.

¹⁷ CIDH, Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28/10/2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, parágrafo 142 y ss.

¹⁸ CIDH, Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, op., cit., parágrafo 143.

¹⁹ TEDH, “Evans c/ Reino Unido”, 2006\19 (Sección 4), de 7/03/ 2006, considerando 57, <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Ponencias/EvanscontraReinoUnido.html> .

²⁰ Este derecho a procrear es defendido en profundidad en la obra de la Dra. Eleonora Lamm, quien incluso presenta una propuesta de ley para regular la gestación por sustitución. Se recomienda al lector compulsar este trabajo de alto valor doctrinario y referencial. Véase: LAMM, Eleonora, “Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, ed. Observatori de Biètica i Dret, UB, ISBN, 978-84-475-3757-0.

Los avances de la ciencia médica y, en especial, los de la genética, han hecho posible la manipulación del material genético del ser humano. Estos logros de la biomedicina resultan ser de un innegable beneficio para la humanidad, no sólo porque la infertilidad es hoy una cuestión del pasado, sino también por el hecho de brindar a quienes no pueden tener hijos, ya sea por infertilidad física o estructural²¹, la posibilidad de acceder a las TRHA²².

No obstante lo antes expuesto, el avance de la ciencia biomédica no se refleja de una manera adecuada y plena en el campo jurídico. Esto es así, porque como sostiene el maestro Daniel Borrillo: *“paradójicamente, las parejas homosexuales son en realidad las únicas verdaderamente estériles, ya que inclusive cambiando de partenaires continuarán sin poder reproducirse, pero la ficción jurídica no se les aplica”*²³.

Entonces debemos preguntarnos en este punto: ¿Qué ocurriría si los derechos reproductivos y a fundar una familia a través de las TRHA, solamente resultasen contemplados legalmente para las mujeres solteras; las parejas heterosexuales; las parejas de mujeres homosexuales; y no así para los hombres solteros y las parejas homosexuales de hombres?

Claramente, al momento de redactar el ya hoy Código Unificado, se admitió regular la figura de la gestación por sustitución. Así, en los fundamentos del proyecto se sostuvo que *“por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio, es decir, previéndose la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en*

²¹ Cuando hablamos de la infertilidad estructural nos referimos a aquella que por razones fenomenológicas afecta a personas solteras, parejas homosexuales, etc.

²² Como sostienen las doctoras Herrera y de la Torre: *“el acceso a las TRHA involucra el derecho a formar una familia, el derecho a hacerse del desarrollo de la ciencia médica o los beneficios de la biotecnología y en un primer momento, el derecho a la salud centrado en la noción de infertilidad”*. HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, “De Identidades y Familias. Aportes al Debate sobre Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Argentino”, en Revista Iustel, Madrid, RGDC 17 (2013), p. 1-62.

²³ BORRILLO, Daniel., “La "biofamilia" en Francia: ¿derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad? 2012-07-01, RDF 55-177, citar Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2179/2012.

pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. De este modo, el uso de la técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual forma que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente”²⁴.

Es en este nuevo contexto que afirmamos existe un derecho a procrear lo cual implica a su vez, una faceta del derecho al desarrollo personal, al plan de vida personal, y que en su conjunto, hace a la dignidad humana.

A su vez, se cuestionan Gil Domínguez, Famá y Herrera: *“que si el fundamento normativo de los derechos humanos es la dignidad intrínseca y la igualdad de derechos de todos los miembros de la familia humana, ¿cómo es posible que algunos de los titulares puedan ejercer estos derechos y otros titulares no lo puedan hacer sobre la base de una elección que configura su plan de vida y no daña a terceros?”²⁵*

La libertad personal, y el libre desarrollo de la personalidad –que nuestro art.19 de la C.N protege y lo excluye de la injerencia estatal acordando a todos, como dice la CSJN, *la libertad de conciencia y de elección para elaborar su propio proyecto de vida con la sola restricción de no afectar la moral pública o iguales derechos de los demás*²⁶- será el primer fundamento para dar el paso a los derechos reproductivos y fundar una familia. Se amalgaman de esta manera la vida privada²⁷ y la vida familiar en campos exentos de la autoridad estatal puesto que no puede arrogarse la potestad, ya sea por acción u omisión, de definir quién debe o no reproducirse y bajo qué condiciones. En un análisis más profundizado admite Borrillo que *“la desbiologización de la filiación implica, asimismo, legalizar la maternidad subrogada tanto parcial (con su propio óvulo) como completa (con óvulo ajeno o por transferencia de embrión). Además de fundarse en el principio de la libre disponibilidad del propio cuerpo, el vulgarmente llamado "alquiler de vientre" permite resquebrajar el paradigma de la maternidad asociada con el vínculo biológico que se establece durante el período de la gestación. No será entonces el parto (mater sempre certa est) el criterio para designar a la madre,*

²⁴ Fundamentos Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, INFOJUS, Bs. As., 2012, pág. 588.

²⁵ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés., FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa., op. cit., pág. 48 y 49.

²⁶ CSJN, Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, op. cit., considerando 22.

²⁷ Nuestra CSJN sostuvo en el fallo Sejean, antes citado, que: “El concepto de privacidad encarna el hecho moral de que una persona pertenece a sí misma y no a los otros ni a la sociedad en su conjunto”. CSJN, Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, op. cit., considerando 14.

como en el antiguo régimen de la filiación, sino el proyecto familiar y lo que la voluntad de los padres de intención hayan establecido en el contrato familiar”²⁸. Este contrato familiar aludido será el justificativo de la libertad individual. Tal es la fuerza del contractualismo en la visión del autor citado, que la contractualización de la familia aparecerá “*como el resultado lógico de la democratización de la vida privada y la victoria de una concepción nueva del individuo emancipado, definido en función de sí mismo, capaz de elegir el curso de su vida y juzgar las consecuencias de sus actos*”²⁹.

VII. El Principio de Igualdad y no discriminación: dos caras de una misma moneda.

Dijimos pues, que un individuo puede con su conviviente, con su cónyuge o solo, proyectarse la idea de procrear accediendo a los avances de la ciencia, o mejor dicho en términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “gozando de los avances de la ciencia”³⁰.

Esta idea, sin lugar a dudas, contribuye al desarrollo personal del ser humano y le permite sentirse digno porque sabe “en definitiva” que puede fundar una familia. La familia, ese elemento tan fundamental dentro de las sociedades³¹, puede ser ahora una real e igualitaria posibilidad de construcción para todos.

El problema se presenta, como advertimos antes, respecto de las parejas del mismo sexo compuestas por hombres, o de los hombres solteros, a quienes no les quedará más alternativa que acudir a la gestación por sustitución para reproducirse, por el obvio impedimento natural que les asiste de no poder concebir.

Frente a ello, y habiéndose aprobado el Nuevo Código Unificado sin haberse regulado la gestación por sustitución, resulta más clara la situación fáctica planteada: los hombres que deseen procrear y fundar una familia –sean solteros, o estén en matrimonio, o en una unión convivencial- quedarán marginados del sistema. Entonces surgen los siguientes interrogantes: ¿genera la situación antes mencionada una afectación al

²⁸ BORRILLO, Daniel., op. cit., p. 8.

²⁹ BORRILLO, Daniel., op. cit., p. 9.

³⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.15, inc. b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

³¹ Conf. Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, párrafo tercero): *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

principio de igualdad?; Considerando que existe un derecho a procrear y fundar una familia para todas las personas, ¿es discriminatorio que el sistema legal argentino no dicte medidas positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades?; ¿es discriminatorio que nuestro país reconozca -aunque fuere mediante batallas judiciales- las prácticas de gestación por sustitución efectuadas fuera del país llevadas a cabo por aquéllos que tienen la capacidad económica de hacerlo y no la regule internamente? Nuestra Constitución Nacional dispone en su art. 16 que todas las personas son iguales ante la ley vedando todo tipo de discriminación, y a su vez elevando el principio de igualdad como uno de los fundantes de la república democrática. Esto lleva a nuestra Corte Federal a sostener que, “*los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional*”³².

Es tan importante en una sociedad embebida de pluralismo -como la democrática- llevar adelante políticas públicas que garanticen la real igualdad de los derechos tal como lo expresa nuestra Constitución en su 75 inc. 23: “*(...) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”. Esta enumeración final -de carácter enunciativo- sobre los sujetos considerados como posibles factores de vulneración en sus derechos, no descarta la inclusión de la comunidad homosexual como tal, quienes son también acreedoras de las denominadas acciones positivas del Estado, como se puede observar incluso, desde el campo de los denominados derechos de segunda generación.

Veamos ahora un supuesto en el cual resulta patente la desigualdad y segregación que conlleva la ausencia de regulación de la gestación por sustitución: Supongamos que una pareja de mujeres, o de un hombre y una mujer, decide procrear y teniendo en cuenta la falta de aporte del material genético de una de ellas -utilizando siempre el criterio de la voluntad procreacional-, se determina la co-maternidad en cabeza de quien no tiene vínculo biológico, ¿por qué no podría adoptarse igual solución en caso de que

³² CSJN, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros *cl* Taldelva SRL y otros *s/* amparo, 20/05/2014, considerando n°2.

una pareja de hombres –acudiendo a la gestación por sustitución- aporta uno su material genético, teniendo ambos el deseo de ser padres (voluntad procreacional)? Resulta evidente que el principio tradicional *mater semper certa est* aparece implícito en nuestro orden legal, toda vez que en el caso de las mujeres, al dar a luz una de ellas, se aplicaría en plenitud el principio de la voluntad procreacional. Empero, no sería de igual aplicación, en el caso de los hombres por cuanto ninguno de ellos, por obvias razones, pudo gestar. Creemos que aquí se pone de manifiesto la incongruencia, porque el deseo fundante de tener un hijo aparece en todos los casos con la misma significancia.

El inc. c) del art.36 de la ley 26.413, modificado por la ley 26.618, determina ahora que la inscripción de los “hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo” deberá contener el nombre y el apellido de la madre y su cónyuge. En estos términos, la disposición legal descarta implícitamente la posibilidad de acceder a la paternidad por parte de dos varones a través de la gestación por sustitución³³.

Frente a ello, diremos que cuando las distinciones carecen de justificación objetiva y razonable, llegado el caso de admitir la voluntad procreacional de una madre que no aportó el material genético y negarla a un padre en las mismas condiciones, puede darse una discriminación. La discriminación entendida como un concepto amplio posee una doble faz, en el sentido de que no solo la podemos catalogar como un trato desigual en igualdad de circunstancias, sino también como la idea de no sometimiento de grupo, o en otras palabras, de discriminación como sometimiento de grupo –noción a la cual pretendemos hacer referencia en el presente trabajo-. Precisamente, la primera parte de nuestra Constitución se encuentra destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría, aun cuando ésta actuase siguiendo lo que para ella es el interés general o común³⁴.

Sumado a lo antes expuesto, nos resulta oportuno traer a colación el caso “Freyre”, en el cual la magistrada fundamentó su decisión diciendo que: “(...) *No se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional. Porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adoptar sus institutos a*

³³ GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ, Victoria, HERRERA, Marisa., op. cit., pág. 290.

³⁴ CJSN, Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, op. cit., considerando 7.

*estas realidades. De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicán como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce*³⁵.

En una sociedad democrática, tanto la discriminación como las inequidades, representan una manera de generar violencia. Quien excluye, discrimina. Entra en juego aquí la tolerancia como valor fundamental que se encuentra íntimamente ligado a la solidaridad entendida ésta como la conducta que nos lleva a ponernos en el lugar del otro para comprender aún mejor su situación.

Es en este camino de lucha por el reconocimiento de derechos de trascendencia fundamental, que no debemos confundir la situación de tranquilidad e inamovilidad o pasividad de un estado fáctico; y la evasión del conflicto con la paz. Dice Báez Lima que, *“La paz es un proceso de construcción social y un ejercicio de convivencia, es postura y decisión, es camino compartido y conquista histórica. La paz implica aceptar las diferencias, pero no sólo en términos de reconocimiento de lo distinto sino en cuanto a la alteridad, es decir, reconocer al otro y ponerse en el lugar del otro”*³⁶.

El principio de realidad se impone. Si la gestación por sustitución como técnica reproductiva es una práctica frecuente y en aumento -incluso determinadas personas viajan a países donde esta técnica es receptada por sus legislaciones, lo que se dio en llamar turismo reproductivo-, quiere decir que debemos regularla. No sirve más en nuestros tiempos actuales evadir los problemas jurídicos y sociales, sino que por el contrario, es necesario enfrentar las problemáticas y debatirlas, para luego regular, siempre regular antes que silenciar.

Finalmente, a modo de cierre, es fundamental no perder el eje y tener en cuenta que las sociedades, debido a varios fenómenos sociales, económicos, culturales, etc., están compuestas por personas de diferentes culturas, nacionalidades, religiones, status socioeconómico, orientación sexual, etc., es decir que se observa un llamado proceso de

³⁵ Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°15 de la Ciudad de Buenos Aires, 10/11/2009, *“Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/amparo”*, en Abeledo Perrot online N°: 70057353.

³⁶ BÁEZ LIMA, Edith., *“El respeto a las familias de la diversidad sexual como una forma de alcanzar la paz”*, RDF, nro. 59, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pág. 1.

multiculturalismo en todas las sociedades. Por ello no se puede imponer a que todos los que habitan en un determinado lugar, tengan las mismas creencias.

Es así que no cabe dudas que se debe regular para todos, de una forma democrática y pluralista, donde sea éste un mundo en donde quepamos todos y no unos pocos, para gozar de los derechos fundamentales que otorgan dignidad a todos los seres humanos.

Por eso es importante vivir en un estado laico, donde las leyes reflejen una ideología sin presiones morales ni religiosas, porque un estado laico hace que las personas sean libres.

Por ello, no podemos dejar de traer a colación las palabras certeras de Elisabeth Roudinesco, quien postula: *“A los pesimistas que suponen que la civilización corre el riesgo de ser devorada por clones, bárbaros bisexuales, o delincuentes de los suburbios, concebidos por padres extraviados y madres vagabundas, haremos notar que esos desórdenes no son nuevos –aunque se manifiesten de manera inédita- y, sobre todo, que no impiden la reivindicación actual de la familia como el único valor seguro al cual nadie puede ni quiere renunciar. Los hombres, las mujeres y los niños de todas las edades, todas las orientaciones sexuales y todas las condiciones la aman, la sueñan y la desean”*³⁷.

³⁷ ROUDINESCO, Elisabeth, La familia en desorden, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, pág. 214.