



CUESTIONES DE GÉNERO.

SUBROGACIÓN UTERINA: EL ROL DE LA VOLUNTAD PROCEACIONAL EN LA BÚSQUEDA DE IGUALDAD ENTRE LOS GÉNEROS.

Carrera: Abogacía.

Nombre de la alumna: Florencia Antonella Lucione.

Legajo: VABG69067

D.N.I.: 34.423.977

Fecha de entrega: 02/07/2023

Tutor: Nicolas Cocca.

Año 2023

Tema: Cuestiones de género.

Autos: “S., M.D. y otros c/A., S.S. s/Filiación, 2020”, Expte. N° 55.012/2017.

Tribunal: Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Fecha de la sentencia: 28/08/2020.

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Premisa fáctica, historia procesal y sentencia. **III.** Análisis de la ratio decidendi. **IV.** Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. **V.** Postura del autor. **VI.** Conclusión. **VII.** Listado de revisión bibliográfica.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que abordaremos es la gestación por sustitución, también llamada subrogación de vientre y/o maternidad subrogada, entre otras denominaciones. Tal como sostiene Luciana Scotti, la técnica referida es el compromiso entre una mujer, llamada ‘mujer gestante’, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los ‘subrogantes’, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes (2012, p. 274).

En algunos países del mundo, como Rusia o Estados Unidos la subrogación se encuentra permitida y está regulada. Además, ciertos ordenamientos admiten que la gestación por sustitución se instrumente mediante un acuerdo comercial. No obstante, la práctica admite dos modalidades. En la primera, llamada “subrogación tradicional” la madre gestante es también la madre genética. En el segundo caso, en cambio, los gametos femeninos son aportados por una mujer distinta a la gestante (ya sea la madre comitente u otra mujer que se relacione con ella). Esta modalidad se denomina “subrogación gestacional o parcial” (SCOTTI, 2012, p. 275).

En Argentina las técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas mediante la Ley N° 26.862 (2013). Si bien la subrogación no se encuentra entre las formas de THRA que contempla la normativa, la discusión doctrinaria acerca de la legalidad de la práctica es tan vasta como para procurar entender los alcances del derecho vigente en la

materia. En efecto, la presente versa sobre las consideraciones esgrimidas en el pronunciamiento efectuado en fecha 28/08/2020, por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el marco de los autos “(S., M.D. y otros c/A., S.S. s/Filiación, 2020)”, Expte. N° 55.012/2017.

Si bien el objeto de las actuaciones es la filiación, la importancia del fallo recae sobre las formas de su determinación en el marco de los TRHA (tratamientos de reproducción humana asistida) y, en particular, respecto del instituto de la subrogación uterina, el que no se encuentra regulado en el derecho positivo vigente dentro del territorio nacional, no obstante la utilización de esta práctica en la República Argentina.

Por otro lado, es menester destacar el vínculo intrínseco que mantiene el tema traído a análisis con la cuestión de género. En este sentido, y tal como veremos a continuación, el juez de cámara, Dr. Juan Pablo Rodríguez, realiza un exhaustivo desarrollo respecto de la perspectiva de género, a la que considera un aspecto central para analizar el caso, tomando como eje el objetivo que se persigue con su aplicación, en aras de promover la erradicación de situaciones de discriminación, desigualdad y exclusión en razón de diferencias biológicas entre mujeres, y entre estas y los hombres. Asimismo, en el presente fallo se menciona la cuestión de género como aquella perspectiva que el Poder judicial no debe soslayar en función de su obligación de promover la igualdad real de trato y oportunidades.

En otro orden de cosas, se observa que en el fallo se encuentran en pugna las normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico para la determinación de la filiación materna (en este caso, las que regulan dicha determinación en contexto de las técnicas de reproducción humana asistida), por un lado, y el interés superior del niño conjuntamente con el derecho a la identidad, por el otro. En este punto es preciso hacer hincapié en el concepto de voluntad procreacional consagrado en el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, que reza: Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos, en tanto constituye la base sobre la que se debate el presente caso.

II. PREMISA FÁCTICA, HISTORIA PROCESAL Y SENTENCIA.

La pareja conformada por S, M.D y su esposo (también llamados padres comitentes) suscribió un acuerdo con S.S. a los fines de que esta última subrogue su vientre con el objeto de que aquellos pudieran cumplir su deseo de agrandar la familia. Ello, teniendo en cuenta las imposibilidades biológicas que afectan a la pareja al punto de tener que acudir a la utilización de técnicas de reproducción asistida para lograr su objetivo. Es preciso mencionar que no existe entre la niña y los padres comitentes, ni entre la niña y la madre subrogante, nexo genético, es decir que los gametos aportados que dieron vida a la menor no corresponden a ninguno de ellos. En ese orden de cosas, la niña (también nombrada como A.) fue inscrita en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hija del padre comitente y de la madre subrogante. Frente a esta situación, S., M.D. interpuso acción de filiación solicitando se desplace a S.S. del estado de madre de la niña y se emplace en ese carácter a la actora. En el marco del juicio incoado, la sentencia de primera instancia admitió la demanda entablada, dispuso desplazar a S.S. del estado de madre y emplazar a S., M.D. como madre de A. Asimismo, impuso a los padres de la niña hacerle saber a ésta como fue concebida y gestada, en armonía con la prevalencia del interés superior del niño que tutela nuestro ordenamiento jurídico. Ante esta circunstancia, el Agente Fiscal del Ministerio Público apeló la sentencia expresando que la misma se apartó de los principios establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación para la determinación de la filiación. En este sentido, se expidió argumentando que “el derecho positivo previó expresamente la regla aplicable para todos los casos en que se utilicen técnicas de reproducción humana asistida y esa regla es que el vínculo filiatorio se genera con la mujer que dio a luz al niño. Y ello se aplica con prescindencia de si la mujer gestante tiene o no vínculo genético con el menor y de si ha existido o no voluntad procreacional por parte de la misma.”¹ Asimismo, el Fiscal manifestó que el ordenamiento jurídico no admite la práctica de la gestación por sustitución.

Ante esta plataforma de hechos y derecho, se expidieron los magistrados a cargo de la Sala I de la Cámara Civil, Dres. Juan Pablo Rodríguez y Paola Ma. Guisado, confirmando la sentencia apelada.

¹ S., M.D. y otros c/A., S.S. s/Filiación, 55012 (SALA I -Cámara Civil 28 de agosto de 2020).

III. ANÁLISIS DE LA RATIO DECIDENDI DE LA SENTENCIA.

La premisa fundamental que utilizó el Tribunal para expedirse en el caso de autos reside en la ponderación del concepto de voluntad procreacional. En este sentido, los jueces entendieron que, en los casos de nacimientos en el marco de las THRA, dicho precepto constituye lo primero que debe tenerse en cuenta para determinar la filiación. Conviene recordar que el art. 562 del C.C. y C.N. establece que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

La interpretación normativa que realiza el Tribunal gira en torno a la intención de ser padre o madre (lo que configurar el eje fundamental del decisorio), sin perjuicio de que los gametos que formaron el embrión no sean los de los padres comitentes. Es así como la decisión de los jueces se inclina en sentido que, para determinar la filiación en los casos de las técnicas de reproducción humana asistida, debe preponderar el consentimiento previo, informado y libre, en efecto, la voluntad de ser padre o madre, por sobre el vínculo del nacido con quien lo dio a luz. En sentido opuesto, los magistrados entendieron que la ausencia de dicho consentimiento previo, informado y libre por parte de la mujer gestante es sinónimo de su falta de voluntad de ser madre. A los fines de acreditar dicho extremo, los integrantes del Tribunal aluden a la propia declaración de S.S., conforme las constancias aportadas como prueba.

No menos importante es advertir que este lineamiento interpretativo se vincula directamente con los derechos garantizados por nuestro ordenamiento en favor de aquellas mujeres, hombres y diversidades que desean ser madres y/o padres y no pueden hacerlo a través de la concepción, debido a impedimentos relacionados a la salud o bien a la imposibilidad propia de la concepción entre parejas de un mismo sexo. Es en este sentido que queda de manifiesto la ponderación de la voluntad procreacional en un contexto en el que se persigue eliminar las barreras biológicas con el objeto de que estas no constituyan óbice al deseo de convertirse en padres y madres. Tal es así que el mencionado art. 562 del código de fondo encuentra asidero en la sanción de la Ley N° 26.862 de técnicas de reproducción humana asistida, sancionada en el año 2013 en pos

de garantizar el acceso el acceso integral a los procedimientos y técnicas medico asistenciales de reproducción medicamente asistidas. La aplicación de esta ley se traduce entonces en que parejas homosexuales, o familias monoparentales tengan idéntico acceso a dichas prácticas, como asimismo que una mujer que, por motivos de salud no pueda concebir con sus propios gametos pueda hacerlo a través de técnicas tales como la ovodonación. De allí, se desprende que el espíritu de la norma persigue un objetivo claro en materia de equidad, de igualdad en el acceso a los derechos, propiciando que las mujeres que no pueden concebir accedan a tratamientos que les permitan ser madres del mismo modo que pueden hacerlo las mujeres que no requieren de prácticas asistenciales.

En efecto, surge de la lectura de los votos de los magistrados que la decisión esgrimida también es producto de considerar que, como sucede en el caso traído a análisis, una mujer que desea convertirse en madre no deba resignar su intención toda vez que ello haría incurrir en una sentencia que haga caso omiso de la perspectiva de género con la que, entienden los jueces, se debe analizar y resolver en los autos referidos.

IV. ANÁLISIS CONCEPTUAL, ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.

La problemática planteada se relaciona con lo dispuesto mediante DI-2017-93-DGRC, disposición dictada por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en fecha 24/10/2017. Dicha normativa se ocupa exclusivamente de la filiación en casos de gestación solidaria y establece autoriza a inscribir, de manera preventiva, a niños y niñas nacidos mediante esta técnica en el territorio de su jurisdicción. Asimismo, la normativa establece presupuestos para que proceda la inscripción en estos términos. A saber, los requisitos que deben reunirse son: 1) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada.; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo.

Es de destacar que la norma mencionada es un antecedente jurisprudencial que, conforme se desprende de la lectura de su parte dispositiva, hace prevalecer el concepto

de voluntad procreacional para establecer la filiación, sin perjuicio de lo normado por el resto del ordenamiento jurídico vigente en esta materia.

Asimismo, es pilar de este análisis en concepto de interés superior del niño, el que debe preponderar en la decisión de toda medida tomada por los órganos del Estado y sus instituciones, tal como lo establece el art. 3 de la Ley N° 23.849. Este interés debe entenderse como la tutela de los derechos y las garantías de los menores de edad. En cuanto a ello parte de la doctrina considera que “La mujer que gesta y da a luz es puramente eso, una gestante, pero, como se explicó, no es madre, y considerarla tal redundaría en perjuicio del interés superior del niño” (Lamm, E., 2013, p. 62). De lo expresado se infiere que, a la hora de legislar acerca de la utilización de esta práctica, se encuentra en juego el orden constitucional toda vez que tanto los derechos del niño como el derecho a la identidad tienen sustento en la nuestra carta magna. En cuanto a este último, “el Código Civil y Comercial ha optado por un sistema de anonimato relativo (...) Toma en cuenta que, de este modo, se garantiza (...) el derecho del niño nacido por THRA a conocer su información genética” (Iturburu, M.; Salituri Amezcua, M.; Vázquez Amatto, M., 2016, p. 4).

Cabe destacar que la legislación civil también contempla el derecho a la identidad cuando establece que las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida pueden solicitar información referida a datos médicos del donante de gametos, cuando ello sea relevante para la salud. Además, cuando existan razones debidamente fundadas se contempla la posibilidad de revelar la identidad del donante, previa evaluación judicial por el procedimiento más breve que la ley local prevea.

No obstante, es menester hacer alusión a lo normado por el art. 558 del C.C. y C.N. que establece la imposibilidad de que una persona tenga más de dos vínculos filiales, sin importar la naturaleza de la filiación. La norma es clara y expresa de manera taxativa que, a los efectos de hacer valer la ley, no tiene relevancia que el niño o niña tengan vínculo filial natural, por adopción, o bien por TRHA. No obstante, en el fallo “K, D V Y OTROS s/INFORMACION SUMARIA” dictado en el mes de junio del año 2022 por el Juzgado Civil N°7, se decretó la inconstitucionalidad de esta norma y se ordenó la inscripción por ante el Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la triple filiación del menor nacido como consecuencia de un “proyecto pluriparental”, en el que existe, por un lado, una pareja de

dos hombres con voluntad de convertirse en padres, y por otro, una madre con el mismo deseo. En el caso, el Tribunal consideró que el art. 558 del mentado código vulneraba el derecho a conformar una familia en términos diversos y plurales, el derecho al desarrollo de un plan de vida autónomo en ejercicio de la plena voluntad procreacional compartida, y el derecho a la no discriminación con motivo o razón de la triple filiación o poliamor.

V. POSTURA DEL AUTOR.

En relación al análisis aquí realizado, considero que la aplicación de la perspectiva de género entendida como la vía para garantizar el acceso igualitario a los derechos es correcta y necesaria, toda vez que ello importa velar por derechos humanos básicos que se encuentran en la punta de la pirámide de la estructura jurídica. En este sentido, la legislación en materia de técnicas de reproducción humana asistida logra ampliar esos derechos, garantizando a aquellas personas que no pueden concebir por sus propios medios, el acceso a diferentes alternativas para arribar a una solución que satisfaga su deseo. Sin perjuicio de ello, es menester destacar que existen casos cuya regulación es difusa o inexistente, y cuya consecuencia se traduce en que no existen las mismas posibilidades para todos los tipos de familias. Ahora bien, ello no implica per se una discriminación en razón de los géneros, sino que la normativa apunta a garantizar el derecho a aquellas personas o parejas que tienen una imposibilidad biológica de concebir y a través de las técnicas de donación de gametos o inseminación artificial logran fecundar un embrión. Lo distintivo es que cualquiera sea la técnica utilizada la persona gestante cuenta con el elemento volitivo, es decir que tiene el deseo de ser madre del niño o niña y que, por ende, es quien da a luz. Y en este sentido, el art. 562 es taxativo en cuanto a que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz. Luego, el mencionado artículo establece que además, hay filiación con aquel o aquella que prestó su consentimiento previo, informado y libre. De ello se deduce que la filiación con quien dio a luz no se excluye frente al elemento volitivo, sino que se complementan. En este sentido, el Tribunal interpretó que el espíritu de la norma es el de suplir el alumbramiento por sobre la voluntad. En mi interpretación, el articulado expresa una suma de filiaciones y no la opción de una u otra.

Cabe destacar que la normativa en materia de THRA y la adecuación de las normas civiles para garantizar una armonía legal no refiere en ninguna instancia a la técnica de

gestación por subrogación uterina. Tampoco podemos inferir o suponer que los preceptos legales en la materia se aplican por analogía a situaciones que no fueron oportunamente contempladas, empero cuando el cuerpo normativo contiene normas claras en cuanto a la filiación de quien da a luz como asimismo en relación a la imposibilidad de que una persona tenga más de dos vínculos filiales.

Para concluir, considero que es oportuno trabajar en una regulación exclusiva de la técnica de gestación por sustitución que otorgue garantías y derechos a todas las partes intervinientes y, en esa misma línea, se trabaje en su incorporación a los códigos de fondo de la legislación civil que tenga por objeto ampliar los derechos tanto de las personas que elijan esta técnica para cumplir su deseo de ser madre o padre como de aquellas personas que se ofrezcan como gestantes.

VI. CONCLUSIÓN.

En el fallo analizado se identifica un problema jurídico vinculado a la yuxtaposición normas. Por un lado, se considera al concepto de voluntad procreacional que establece el CCCN, y por el otro, (i) las normas del plexo normativo vinculadas al interés superior del niño conjuntamente su derecho a la identidad y (ii) la perspectiva de género en cuanto refiere a la igualdad de acceso a los derechos independientemente de las condiciones biológicas de cada persona.

Asimismo, es de destacar que el Tribunal realiza una interpretación particular del art. 562 del CCCN, toda vez que pondera como fuente de la filiación al consentimiento previo, libre e informado por sobre el hecho de dar a luz, a los fines de establecer la filiación en el marco de TRHA.

En este marco, el Tribunal determinó que correspondía ponderar la perspectiva de género para dilucidar el sentido en que debía brindarse la solución jurídica, y admitió la demanda. En ese sentido, dispuso desplazar a S.S. del estado de madre y emplazar a S., M.D. como madre de A. Asimismo, entendió que, de brindarse una solución en sentido opuesto al mencionado, haría incurrir en discriminación y en la vulneración del derecho a elegir un plan de vida autónomo en ejercicio de la plena voluntad procreacional compartida, lo que además encuentra sustento de raigambre constitucional en razón del art. 19 de la CN.

Para concluir, habiendo analizado el fallo objeto del presente conjuntamente con los antecedentes jurisprudenciales aquí mencionados, y entendiendo que existe una laguna jurídica -toda vez que no se prohíbe pero tampoco se regula la técnica de subrogación de vientre-, es preciso complementar esos vacíos legales a través de la regulación del instituto de subrogación uterina a fin de evitar dispendios jurídicos como asimismo en pos de armonizar el ordenamiento legal.

VII. LISTADO DE REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA.

Doctrina:

Scotti, L. (2012). *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”:* una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Ciudad de Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona.

Iturburu, M.; Salituri Amezcua, M.; Vázquez Amatto, M. (2016). *La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado.* Ciudad de México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas Puebla.

Jurisprudencia:

CNAC Sala A (2020) “S., M.D. y otros c/A., S.S. s/Filiación”.

“K, D V Y OTROS s/INFORMACION SUMARIA” (2002) Juzgado Civil N°7.

Legislación:

Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.y.C.N.). Ley N° 26.994 (2015).

Constitución de la Nación Argentina (1994).

Ley N° 23.849. (1990). Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley N° 26.862. (2013) Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Ley N° 26.091 (2005). Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

DISPOSICIÓN N.º 93/DGRC/17 (2017) Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24 de octubre de 2017.