

Maternidad Subrogada

MATERNIDAD SUBROGADA - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS DEL NIÑO - EMBARAZO - BIOÉTICA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN - FILIACIÓN - EMBRIÓN HUMANO - DERECHO A LA IDENTIDAD - FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Título: Jueza rosarina autoriza gestación por sustitución entre hermanas

Autor: Flocco, Ana - Ver más Artículos del autor **Fecha:** 9-feb-2018

Doctrina:

Por Ana Flocco

El 5 de diciembre de 2017, Andrea Brunetti, jueza del Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario, autorizó la implantación de embriones de una pareja en el vientre de la hermana de quien será la madre del bebé.

Luego de perder tres embarazos debido a síndromes preexistentes, una pareja decidió solicitar por vía judicial la autorización para realizar una gestación subrogada. Resulta interesante remarcar que en este caso se solicita dicha autorización con antelación a la realización del tratamiento, a fines de que sea en un marco de «legalidad».

Uno de los pilares en este fallo es el Principio de Legalidad, el cual reza que en tanto todo lo que no está prohibido está permitido, conforme dice el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

A fines de posibilitar su pedido, los demandantes solicitaron que se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz. Alegan que, al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el CCC, algunos interrogantes siguen abiertos con la inseguridad jurídica que ello genera al carecer los Registros de normativa, que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño, e inscripción inmediata del nacimiento.

Se realizaron gran cantidad de actuaciones para poder resolver la cuestión planteada. Se presentaron estudios y análisis de todos los participantes del procedimiento. Se buscó asesoramiento de diversos especialistas, se realizaron audiencias y se presentó variada documental. Incluso se efectuó un detallado estudio de las consecuencias que esto generaría en los hijos de la gestante en sustitución. Con el correr de las actuaciones, se identificaron tres ejes sobre los cuales trabajar para poder llegar a una solución adecuada.

El primero de ellos es el pedido de autorización para realizar una TRHA, consistente en la transferencia del embrión generado por la fertilización in vitro, fecundación producto de los óvulos obtenidos de la madre genética y de los espermatozoides aportados por el padre genético, en el útero de la gestante, hermana de la actora, lo que es conocido en doctrina, jurisprudencia y derecho comparado como «gestación por sustitución».

Esto se fundamentó en variada normativa, jurisprudencia y doctrina: el principio de legalidad (art. 19 CN), protección de la familia y derecho a formar una familia; derecho a la privacidad, derecho a acceder a las TRHA, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías; art. 75, inc. 22 , de la Constitución Nacional; art. 23.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; art. 16.3 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ; y art. 5.1 , 7.1 , 11 , 17.1, y 24 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad; garantía de acceso integral a las TRHA; Ley Nacional 26.682 ; Ley Nacional 26.529 ; Ley Nacional No.23.592, igualdad y no discriminación; y jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto a este primer punto, se señala que si bien la gestación por sustitución (maternidad subrogada, gestación por otro, maternidad disociada, gestación solidaria, etc.) no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional No. 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (sancionada el 5 de junio de 2013).

La gestación por sustitución, constituye un compromiso mediante el cual la mujer gestante acepta someterse a la TRHA para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja denominados comitentes, obligándose a entregar el niño, niña o niños o niñas por nacer, sin que pueda establecerse ningún vínculo jurídico de filiación con ella, que es quien da a luz.

Es importante destacar que este tipo de TRHA, ha sido y es ampliamente debatida en doctrina, logrando en la actualidad mayores adherentes. Sin embargo, en nuestro derecho interno no se encuentra regulada. Ello a pesar de la norma proyectada en el art. 562 del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación que sí lo preveía. Precisamente, dicha norma fue suprimida por la Comisión Bicameral, adoptando nuestro país la posición abstencionista (a diferencia de los países que han asumido una posición reguladora o prohibicionista).

Sin embargo, aun cuando se ha optado por silenciar una realidad existente, creándose un vacío legal de permanente fuente de conflictos, incertidumbre, y sufrimientos, no existe norma legal expresa que prohíba la gestación por sustitución, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización.

Por consiguiente, la jueza ha entendido que se trata de una TRHA permitida en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en razón del principio de legalidad (art.19 CN) todo lo que no está prohibido está permitido.

Luego, en segundo lugar, se solicitó que en caso de prosperar la autorización, se dé curso a la pretensión de inscribir en el Registro de Estado Civil y capacidad de las personas, al niño o niña, niños así concebidos, como hijos de los demandantes, fundándose ello en el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria conforme el art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación; derecho a la identidad art. 2 y 7 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 75 inc. 22 Constitución Nacional.

Aquí se analizó con cuidado el principio de respetar el interés superior del niño.

Ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo.

En consecuencia, la voluntad procreacional existente y manifestada por los actores, plasmada de conformidad a lo estipulado por el art. 560 y s.s., como así también la falta de dicha voluntad procreacional en la gestante, constatado del mismo modo, establecen la fuente de la filiación (art. 558

CCC).

De manera tal que, los niños que como consecuencia de la realización de la técnica que se autoriza nazcan, serán hijos de los actores.

Se refuerza tal conclusión con los derechos fundamentales en juego que deben ser amparados, a los que deben realizarse una interpretación diversa a la formulada, aplicando irrazonablemente la regla del art. 562 CCC, sin guardar coherencia y armonía con las fuentes constitucionales y convencionales, se verían seriamente dañados. Como es el derecho a la filiación y de ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, derechos del niño/a que se tutelan preventivamente a través de la presente acción (art.2, 3, 7, 1, 9 y 16 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 706, inc. c, 558 y cctes.; art. 52 y 1711 CCC).

La doctrina considera que la respuesta más conveniente e igualitaria, respetuosa de la identidad y, consecuentemente del mejor interés de los niños, es que desde su nacimiento tengan su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente si es una persona sola, sin hacer distinciones sobre la base del vínculo genético según este haya sido o no aportado.

Como consecuencia de este análisis, se hizo lugar a la medida preventiva solicitada de inscripción del nacimiento del niño que como consecuencia de la realización de la TRHA nazca y, cuando ello ocurra (art. 558 y 575 CCC), en cumplimiento de la manda del art. 2.1; 7 y 8 CDN; art. 12 y 28 Ley Nacional No. 26061 y art. 7; 26 Ley Provincial No.12.967, conforme arts. 1 y 2 CCC.

Asimismo, acertadamente se resuelve también que en tutela del derecho humano fundamental a la identidad (art. 7 y 8 del CDN; art.11 de la Ley Nacional 26.061; Ley Provincial 12.967), se ordenará además a los actores, hacer conocer a los niños que en consecuencia nazcan, su realidad gestacional de origen de conformidad a las normas de protección integral de la niñez.

Por último, el tercer eje del reclamo de los actores versa sobre la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la norma del artículo 562 del CCC, fundada en que la norma no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, lo que implica una barrera que tornaría inaccesible para los actores el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar.

Ahora bien, como se refiriera precedentemente, en nuestro sistema jurídico vigente se adoptó una posición abstencionista respecto de la regulación de la gestación por sustitución. De manera tal que, al no regularsela en el Código Civil y Comercial de la Nación, de ningún modo la regla sentada en el artículo 562 pudo referirse a este tipo de técnica médicamente asistida. En otras palabras, el artículo 562 del Código Civil y Comercial no se aplica a la hipótesis de gestación por sustitución toda vez que la norma allí contenida no ha tenido en miras regular esta especie de TRHA, sino exclusivamente aquellas técnicas en que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la misma, haya aportado o no su propio material genético.

En tal entendimiento, bajo el prisma del interés superior del niño que se ha analizado, examinando las normas vigentes que regulan el derecho filiatorio, y a la luz de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al sistema normativo (art. 1 y 2 CCC) , se considera que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma del art.562 CCC, en tanto se

ha razonado que la misma no resulta aplicable al caso, habiéndola interpretado bajo una visión integradora del derecho (art. 2 CCC) procediendo a la aplicación de las normas del mismo ordenamiento jurídico que mejor satisfacen el interés superior del niño al concretar adecuadamente el derecho a la filiación, art. 1; art. 558; 560/564; 575 CCC, desplazando a aquella norma que en consecuencia, resulta incoherente respecto del todo.

Finalmente, la jueza autoriza la transferencia embrionaria en el útero de la gestante, obtenida como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida a realizarse, de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por ella y la pareja actora.

Asimismo, se ordena que la inscripción de los niños que como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida sean dados a luz por la gestante, como hijos de los accionantes, debiendo el Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas correspondiente, expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 del CCivCom.

Y como último, pero no menos importante, se impone a los progenitores el deber de informar a los niños sobre su realidad gestacional, cuando alcancen la edad y el grado de madurez suficientes.

De esta manera, una vez más, vislumbramos cómo la impecable labor de un juez arroja claridad en el postergado debate sobre este instituto tan actual, como es la gestación por sustitución.

N. de la R.: Artículo publicado en Juris, Jurisprudencia Rosarina Online.

Voces: MATERNIDAD SUBROGADA - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS DEL NIÑO - EMBARAZO - BIOÉTICA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN - FILIACIÓN - EMBRIÓN HUMANO - DERECHO A LA IDENTIDAD - FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Fuente: microjuris.com