

GESTACIÓN SOLIDARIA: INSCRIPCIÓN DE COMATERNIDADES Y COPATERNIDADES EN ARGENTINA

Por Darío Germán Spada¹

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 16 de noviembre de 2021

ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/1r2xtpav7>

Resumen

La Ley 26.618 de matrimonio civil, que modificó el Código Civil argentino y permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, y la Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, que garantizó el acceso a las TRHA independientemente de la orientación sexual, dinamizaron la posibilidad de constituir familias de conformación diversa.

¹ Abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Alta Dirección Pública por la Universidad Menéndez Pelayo, Santander, en convenio con el Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, y el Instituto Ortega-Marañón, Madrid. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Especialista en Docencia Universitaria (UBA). Diplomado en Diseño y Evaluación de Políticas Públicas de la Universidad Catalana Pompeu Fabra. Diplomado en Gestión de Proyectos de Desarrollo por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Diplomado en Gestión Pública Provincial con orientación en Gobierno del Instituto Provincial de Administración Pública (IPAP). Promotor Territorial contra la Discriminación, el Racismo y la Xenofobia (FALGBT+, INADI y Ministerio de Desarrollo Social). Doctorando en Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Docente (UCES). Miembro del Instituto de Investigación en Formación Judicial y Derechos Humanos (UCES). Co-director del Proyecto de Investigación “Los Derechos Humanos en Argentina ante los nuevos desafíos” (UCES). Miembro del Cuerpo de Fiscales de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

El objeto de este trabajo es señalar los fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales que permiten a las parejas del mismo sexo inscribir la comaternidad y copaternidad de un hijo o hija nacido/a por la técnica de gestación solidaria en Argentina.

Abstract

Law 26.618 on civil marriage, which modified the Argentine Civil Code and allowed same-sex marriage, and Law 26.862 on comprehensive access to medically assisted reproduction procedures and techniques, which guaranteed access to TRHA regardless of the sexual orientation, stimulated the possibility of forming families of diverse conformation.

The purpose of this work is to point out the legal, doctrinal and jurisprudential foundations that allow same-sex couples to register the co-parenting and co-parenting of a son or daughter born by the solidarity gestation technique in Argentina.

Resumo

A Lei 26.618 sobre o casamento civil, que alterou o Código Civil argentino e permitiu o casamento homossexual, e a Lei 26.862 sobre o acesso integral a procedimentos e técnicas de reprodução medicamente assistida, que garantiu o acesso ao TRHA independentemente da orientação sexual, estimularam a possibilidade de formação de famílias de conformação diversa.

O objetivo deste trabalho é apontar os fundamentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais que permitem aos casais do mesmo sexo registrar a paternidade e a co-parentalidade de um filho ou filha nascido pela técnica de gestação solidária na Argentina.

Palabras clave

Matrimonio igualitario, técnicas de reproducción humana asistida, familias de conformación diversa, comaternidad, copaternidad.

Keywords

Same sex marriage, assisted human reproductive techniques, diverse conformation families, comaternity, copaternity.

Palavras chave

Casamento do mesmo sexo, técnicas reprodutivas humanas assistidas, diversas famílias de conformação, comaternidade, copaternidade.

1. Introducción

La Ley 26.618 de matrimonio civil, que modificó el Código Civil argentino y permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, y la Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, que garantizó el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) independientemente de la orientación sexual, dinamizaron la posibilidad de constituir familias de conformación diversa.

Nos proponemos señalar los fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales que permiten a las parejas del mismo sexo inscribir la comaternidad y copaternidad de un hijo o hija nacido/a por la técnica de gestación solidaria en Argentina.

Previo a ello señalaremos qué entendemos por gestación solidaria y dejaremos clara nuestra posición en cuanto a las designaciones usuales en la materia.

2. Nociones previas: concepto y fundamento

La “gestación solidaria” consiste en una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) destinada a parejas de distinto o igual sexo y a personas solas que sufren alguna causa de infertilidad que les impide concebir de manera natural.

En primer lugar, consideramos oportuno dejar clara nuestra posición en cuanto a las designaciones usuales en la materia.

En ese sentido, entendemos que más conveniente utilizar la terminología “gestación por subrogación”, pues la palabra subrogación es definida como la acción y el efecto de subrogar o subrogarse, o sea, de poner una persona, subrogación personal, en lugar de otra (Ossorio, 1999, p. 942). Entonces, siguiendo esta definición, la persona que va a gestar realiza la acción de sustituir o ponerse en lugar de la o del comitente al solo efecto de llevar adelante el embarazo. De ahí que entendemos que el término gestación por subrogación es el más apropiado.

También rechazamos la denominación “maternidad subrogada”, pues la maternidad es un concepto demasiado amplio como para considerar su subrogación, lo que se subroga es la gestación. Además, ningún cuerpo gestante puede considerarse madre en los términos de estas prácticas.

Para finalizar, cabe señalar que entendemos igual de incorrecto hablar de alquiler de vientre, como si una parte del cuerpo pudiera ser objeto de arrendamiento, pues a todas luces carece de asidero legal.

3. Fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales que permiten a las parejas del mismo sexo inscribir la comaternidad y copaternidad de un/una hijo/a nacido/a por la técnica de gestación solidaria

El presente trabajo contemplará las posibilidades que tienen las parejas del mismo sexo, ya sean casados/as y/o convivientes/as, de inscribir la comaternidad o copaternidad de sus hijos/as.

La posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo llegó el 15 de julio de 2010 con la sanción de la Ley 26.618 de matrimonio civil, que modificó el Código Civil argentino en tal sentido para permitir, además del matrimonio igualitario, que los/las hijos/as nacidos/as o adoptados/a durante dicha unión matrimonial obtengan los mismos derechos filiatorios que los/las nacidos/as o adoptados/as en un matrimonio heterosexual cisgénero.

A su vez, la Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, sancionada el 5 de junio 2013, dispuso la cobertura integral e interdisciplinaria de tales tratamientos médico-asistenciales sin restricciones con motivo de la orientación sexual o del estado civil de los/as destinatarios/as, como prestaciones incluidas en el Plan Médico Obligatorio a través del sistema público de salud, obras sociales y sistemas prepagos, así como también de todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados/as independientemente de la figura jurídica que posean, para toda persona mayor de dieciocho (18) años. Incluso para las personas menores de dicha edad, y para todas aquellas que por problemas de salud puedan ver afectada su capacidad de engendrar en el futuro, la ley incluyó la cobertura de los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos (artículo 8º).

Vale mencionar que ambas leyes, tanto la que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo como la que garantizó el acceso a las TRHA,

independientemente de la orientación sexual, dinamizaron la posibilidad de constituir familias de conformación diversa.

Cabe reiterar que hasta la entrada en vigencia de la Ley 26.618 de matrimonio civil, conocida también como Ley de Matrimonio Igualitario, no era posible inscribir la comaternidad o copaternidad de los nacimientos o adopciones de hijos/as de personas del mismo sexo que no hubieran contraído matrimonio.

Sin embargo, desde la aprobación de dicha ley y hasta 2015, año de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), comenzaron a manifestarse casos de parejas que, por decisión propia, optaron por no contraer nupcias, dando origen tal situación a hijos/as de parejas del mismo sexo con reconocimiento incompleto de su filiación y, por lo tanto, de su identidad. Ciertamente ello generó una flagrante desigualdad jurídica con respecto a los/as hijos/as de aquellas parejas que optaron por el matrimonio, pues cercenaba el derecho al reconocimiento de su identidad filiatoria familiar.

Así fue como muchas de dichas parejas comenzaron a llevar estos planteos a la justicia, y en todos los casos tuvieron sentencias favorables fundadas en la voluntad procreacional (artículo 562 CCyCN), concepto que restó valor al vínculo biológico como definitorio de la identidad para dar preeminencia al elemento volitivo.

Así, pues, es posible citar entre la incontable jurisprudencia generada en torno a la imposibilidad de inscribir la comaternidad o copaternidad de los nacimientos o adopciones de los/las hijos/as de aquellas parejas que optaron por no contraer nupcias las sentencias dictadas en las siguientes causas: “H., M. y Otro/a s/ Medidas Precautorias” (Juzgado de familia N° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Expediente N° LZ-62420-2015, del 30/12/2015, Jueza María Silvia Villaverde); “NN s/ Inscripción de Nacimiento” (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, Expediente N° 81682/2014, del 25/06/2015, Juez Gustavo Eduardo Noya); “S., G. G. y Otros/as s/ Filiación” (Tribunal Colegiado de Familia N° 5 del Departamento Judicial de Rosario, Expediente N° 1301, del 27/05/2016, Juez Ricardo

J. Dutto); “H., M.E. y Otros/as s/ Venias y Dispensas” (Tribunal Colegiado de Familia N° 7 del Departamento Judicial de Rosario, Expediente N° 3923, del 05/12/2017, Jueza Andrea Mariel Brunetti).

Para así decidir los jueces, con o sin declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, precisamente de su primera parte que establece que “...los nacidos mediante técnica de gestación por subrogación son hijos/as de quien dio a luz” y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento informado previo y libre, refirieron que la gestación por subrogación ha sido eliminada del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que la regulaba expresamente y, por ende, del texto definitivo aprobado por el Congreso, pero no fue prohibida, lo que implica que está permitida en virtud del principio de legalidad (artículo 19, Constitución Nacional).

Cabe agregar aquí que los jueces también tuvieron presentes las conclusiones de la Comisión 6, Familia: “Identidad y filiación” correspondientes a las XXV Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015 en las que, por unanimidad, se sostuvo que la gestación por subrogación está permitida.

En efecto, las TRHA pusieron de manifiesto que la filiación dejó de determinarse por el elemento genético o biológico para definirse a partir de la voluntad procreacional (Lamm, 2012, p. 81).

Resulta oportuno enfatizar que dicho concepto ya había sido definido a mediados de la década de 1960 por Enrique Díaz de Guijarro como la herramienta jurídica mediante la cual se pretendía echar luz sobre la nueva realidad filiatoria que introdujeron las técnicas de fertilización asistida al establecer, en base a ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad (Herrera et al., 2018, pp. 485-486).

No es ocioso señalar que la copaternidad de hijos/as adoptados/as o nacidos/as por gestación por subrogación, mayormente en casos de parejas de varones cisgénero, constituye de todas las nuevas formas de familia la que mayor

asistencia técnica externa requiere, pues dichas familias combinan procedimientos de subrogación y de donación de óvulos, técnicas de reproducción humana asistida que exponen las contrariedades que deben transitar estos progenitores frente a la paternidad natural (Golombok, 2016, p. 201).

En base a las consideraciones expuestas en párrafos anteriores sostenemos que las decisiones judiciales que se tomen al respecto se encuentran exclusivamente sujetas a la discrecionalidad de los/las magistrados/as, quienes deben procurar proteger los derechos de todas las personas intervinientes, especialmente el interés superior de los/las niños/as y su derecho a la identidad, así como también resaltar la importancia fundamental y determinante de la voluntad procreacional, concepto que, tal como se ha adelantado, restó valor al vínculo biológico como definitorio de la identidad filiatoria para privilegiar el criterio de la voluntad plasmado en el artículo 562 del CCyCN.

Pues bien, el reconocimiento del derecho a una maternidad y a una paternidad sin exclusiones irrazonables que respete la diversidad como característica propia de la condición humana pone en marcha la garantía estatal de acceso, en igualdad de condiciones, a todas las técnicas de reproducción humana asistida, de fundamental importancia para operativizar el derecho a constituir una familia, reconocida en los pactos internacionales de jerarquía constitucional a través del artículo 75 inciso 22 como elemento fundamental de la sociedad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: artículo VI; Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 16.1 y 16.3; Pacto de San José de Costa Rica: artículo 17; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 23.1; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: artículo 12.1).

De ahí que a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida posibilita la concreción de la igualdad normativa como muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio (artículo 16, Constitución Nacional). Sin dudas, para la efectivización de este derecho

es determinante la voluntad procreacional, que se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado.

Además, vale resaltar que cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, todos sus órganos, incluyendo sus jueces, están sometidos/as a aquel, lo cual los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención y las interpretaciones que de la misma realice la Corte Interamericana, como intérprete última de la Convención, no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

Las citas jurisprudenciales esgrimidas a modo de ejemplo, las que constituyen sólo una pequeña muestra del idéntico criterio esbozado en todos los precedentes sobre este tema, dan cuenta que la voluntad procreacional constituye el requisito filiatorio plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación que se manifiesta incontestablemente en la jurisprudencia argentina.

La verificación de tal requisito permitió inscribir comaternidades y copaternidades sin necesidad de contraer matrimonio.

En efecto, los/las nacidos/as por las TRHA son hijos/as “de quien dio a luz” y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento informado previo y libre al centro de salud interviniente (artículo 562 CCyCN), debiendo renovarse dicho consentimiento ante cada nuevo intento en el uso de las TRHA (artículo 560 CCyCN), y en caso de resultado positivo, completar luego el acta de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos (artículo 562 CCyCN). Dicho consentimiento debe ser apto para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria de la jurisdicción, siendo libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (artículo 561 CCyCN).

4. Conclusión

Cabe concluir que sólo después de la entrada en vigencia de la Ley 26.618 de matrimonio civil es posible inscribir la comaternidad o copaternidad de los nacimientos o adopciones de hijos/as de personas del mismo sexo que contraigan matrimonio.

Sin embargo, aún en parejas solteras lo decisivo en materia de comaternidad/copaternidad es la manifestación de la voluntad procreacional previa, libre e informada con las formalidades requeridas para su protocolización.

5. Bibliografía y fuentes de Información

5.1 Bibliografía

Golombok, S. (2016). *Familias modernas. Padres e hijos en las nuevas formas de familia*. Siglo XXI de España Editores S.A.

Herrera, M., de la Torre, N. Salituri Amezcua, M., Rodriguez Iturburu, M., y Vítola L. (2018). Filiación derivada de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Voluntad procreacional y consentimiento informado. En M. Herrera (dir.). *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Tomo I, pp. 435-646). Rubinzal - Culzoni.

Lamm, E. (enero, 2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, 24(2012), 76-91. http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf

Ossorio, M. (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Heliasta.

5.2 Fuentes de información

Juzgado de familia N° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H., M. y Otro/a s/ Medidas Precautorias”. Expediente N° LZ-62420-2015.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, 25/06/2015, “NN s/ Inscripción de Nacimiento”. Expediente N° 81682/2014.

Ley 24.430. Constitución de la Nación Argentina.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley 26.618 de Matrimonio Civil.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

Tribunal Colegiado de Familia N° 5 del Departamento Judicial de Rosario, 27/05/2016, “S., G. G. y Otros/as s/ Filiación”. Expediente N° 1301.

Tribunal Colegiado de Familia N° 7 del Departamento Judicial de Rosario, 05/12/2017, “H., M.E. y Otros/as s/ Venias y Dispensas”. Expediente N° 3923.

XXV Jornadas de Derecho Civil. Bahía Blanca (2015). Comisión 6, Familia: “Identidad
y filiación”. [https://jndcbahiablanca2015.com/wp-
content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf](https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf)