

¿Es necesario que la justicia autorice la gestación por subrogación?

Is it necessary for justice to authorize surrogacy?

Sebastián Sandoval Junyent¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)15](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)15)

Comentario a

**“P. B. R. – T. V. – SOLICITA HOMOLOGACION” – Sentencia del 29/10/2021
Juzgado de Familia N° 5 de la ciudad de Córdoba**

Disponible en

<https://bit.ly/3UGoH57>

RESUMEN:

Una pareja homosexual acude a la justicia para la homologación de un acuerdo suscripto con una mujer amiga, a los fines de un procedimiento de TRHA mediante gestación por sustitución, para tener un hijo/a. Durante el proceso judicial la pareja se separa y uno de ellos continúa con el pedido de homologación, pero ahora con fines de formar una familia monoparental. El tribunal hace lugar al pedido.

ABSTRACT

A homosexual couple goes to court for the homologation of an agreement signed with a female friend, for the purposes of an ART procedure through surrogacy, to have a child. During the judicial process, the couple separates and one of them continues with the request for homologation, but now with the purpose of forming a single-parent family. The court grants the request.

PALABRAS CLAVE: Familia monoparental, gestación por sustitución, gestación subrogada, homologación judicial.

KEY WORDS: Single-parent family, gestation by substitution, surrogacy, court approval.

¹ Abogado (UCC). Magister en Derecho Empresario (UES21), Maestrando en Gerencia y Administración de Servicios de Salud (UNC), ejerce libremente la profesión de abogado, asesorando principalmente en materia de salud. Correo electrónico: sebastian@estsandoval.com.ar. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9179-8294>.

Este comentario forma parte del Proyecto de I+D UBP (Código 143-20210221-97), “Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada” dirigido por la Prof. Dra. Claudia E. Zalazar y el Prof. Dr. Gonzalo Gabriel Carranza.

I. Introducción

La gestación por sustitución o gestación subrogada aparece como una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) válida para una pareja homosexual que decide concretar su sueño de tener un hijo.

En el caso bajo comentario, una pareja de cuatro años de convivencia recibe de parte de una mujer amiga, la oferta de ser mujer gestante, esto es, de llevar en su vientre al hijo o hija que ellos desean hace tiempo.

Pero se encuentran con un panorama jurídico de incertidumbre pues, si bien conocen otras personas que han logrado la paternidad bajo esta modalidad, esta técnica no está legislada e incluso los asesoran de la existencia del art. 562 del CCCN que sólo reconoce la maternidad a la madre gestante, por lo que deberían pelear su inconstitucionalidad ante un tribunal.

La pareja inicia el trámite judicial el 12 de marzo de 2020, pidiendo la homologación del acuerdo suscripto entre ellos y la mujer gestante, del que surge con claridad que tienen en claro que uno de los hombres de la pareja aportará material genético (espermatozoides) y los óvulos a utilizar serán donados desde un banco de óvulos. Asimismo, la mujer gestante aportará el útero y será acompañada por la pareja de padres intencionales durante todo el proceso, pero ella reconoce expresamente que no tiene derecho filiatorio respecto del niño o de la niña por nacer.

Durante el proceso judicial la pareja se separa, circunstancia que es expuesta de buena fe en el expediente, conjuntamente con la manifestación de voluntad de continuar con el proceso aquel hombre que aportaría el material genético (hombre solicitante) como así también la mujer gestante.

El tribunal y el ministerio público fiscal, resuelven que no hay obstáculo para la familia monoparental y deciden continuar con el proceso.

El hombre solicitante y la mujer gestante se someten a las pericias ordenadas por el tribunal logrando con fecha 29/10/2021, luego de un año y medio, la homologación del acuerdo y la orden de inscribir al niño/a como hijo/a del padre solicitante en el Registro Civil correspondiente.

I. ¿Por qué acudir a la justicia?

La Gestación Subrogada (en adelante GS) no está legislada en Argentina. ¿Es fundamento suficiente para tener que acudir a la justicia en estos casos?

La simple ausencia de norma que regule alguna situación de la vida en sociedad, no implica que deba ser reconocido por el poder judicial para que sea válido. No comparto la necesidad de normas que regulen cada segundo de mi vida. El acceso a la justicia debería ser la última instancia, cuando ya no queda otra alternativa para solucionar un conflicto, cuando existe alguna arbitrariedad o restricción innecesaria que genera daños graves e innecesarios, por ejemplo.

Pero corresponde preguntarnos si la GS, como técnica de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) presenta elementos o factores que ameriten la intervención de la justicia.

Con esa óptica analizaremos la sentencia referenciada.

La resolución que se comenta, expone que las partes adjuntan un “Acta compromiso” y piden su homologación. Dicho instrumento no está transcrito en la sentencia, entendemos que por una cuestión de respeto a la intimidad de la cuestión bajo solución, a la que adherimos.

Sería contradictorio pretender preservar la identidad de las partes al caratular el juicio tan sólo con las siglas de los nombres y apellidos, y luego transcribir los términos del acuerdo.

Entendemos que este Acta Compromiso será un acuerdo, convenio, entre determinados sujetos con un determinado fin.

Si bien el título del instrumento puede ser variado, no caben dudas de que deberá ser analizado desde la óptica del derecho contractual, con un criterio restrictivo en virtud del orden público que envuelve la voluntad de las partes.

1) Sujetos:

En el caso bajo análisis, los sujetos del contrato, o las partes de ese acuerdo son, por un lado, una pareja de hombres, que conviven hace cuatro años y desean tener un hijo o una hija. En el fallo bajo comentario el Ministerio Público Fiscal los llama “Padres Intencionales”. En la legislación internacional² también se los denomina “padres contratantes”. Por otro lado, es necesario una mujer, que en la sentencia comentada es llamada “gestante” o “gestante sustituta”, quien ofrece su útero para gestar el niño o niña por nacer. El Juez de la causa en conjunto con el Ministerio Público Fiscal toman un rol activo en acreditar la estabilidad psicológica de las partes contratantes, tanto de los padres intencionales como de la mujer gestante, pues un aspecto relevante, esencial y determinante de la GS es que la mujer gestante no será reconocida como madre, sino que tan sólo será un instrumento de la gestación. Razón por la cual, se deben despojar todas las dudas posibles respecto de violencia, presiones, abusos, lesión subjetiva, etc.

Además, pensando en el interés superior niño o niña por nacer, debe garantizársele un entorno psicológicamente estable, en donde no sólo reciba alimento, cuidado y protección, sino también, amor, lo que muchas veces es difícil de determinar y cuantificar científicamente.

Ahora bien, ni la concepción por medios naturales, ni la GS, ni una familia que cumpla con los estándares del sector conservador de la sociedad ni la intervención de la justicia en el proceso de homologación de un acuerdo para la GS son garantía del interés superior del niño por nacer, pues es difícil o casi imposible hacer futurología.

Una última consideración, que excede el marco del análisis legal en sentido estricto, tiene que ver con la existencia o no de un vínculo humano o parental entre los padres contratantes y la mujer gestante.

Consideramos, prima facie, que el estado no puede inmiscuirse en esos temas. Pero podría resultar importante que la mujer gestante no tenga vínculo afectivo ni parental con los contratantes, para que no se confundan los vínculos de ambas partes con el niño o

² Código Civil para el Estado de Tabasco, México, art. 380 bis 1: “La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, (...)”

niña por nacer. Claramente esto genera un debate más bien psicológico.

En consecuencia, podríamos arribar a una primera conclusión: Respecto de los sujetos intervinientes en el acuerdo que se pretende homologar, la necesidad de que intervenga el poder judicial, es relativa.

2) Objeto:

El objeto de todo contrato debe ser lícito, posible, determinado o determinable, de interés para las partes y pasible de valoración económica (art. 1003 CCCN)

Este punto es relevante por los antecedentes en la discusión bioética en torno a que una mujer “preste”, “alquile”, “subrogue” su vientre (útero) para la gestación de un niño o niña que no será considerado su hijo o hija.

Lo real y cierto es que la GS no está expresamente prohibida y es reconocida tácitamente como una de las TRHA reguladas en la ley 26.862.

Además, tal como lo dice expresamente la sentencia bajo comentario, “están en juego los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, derecho a formar una familia, derecho a la libre determinación, a gozar de los adelantos científicos, entre otros derechos reconocidos convencional y constitucionalmente, y que son una clara derivación del principio pro homine, debiendo ser el eje central del tratamiento de la cuestión”.

3) Causa:

La causa de los contratos responde a las preguntas ¿por qué contratar? y ¿Para qué contratar? Es un elemento que debe existir desde el momento de la formación del contrato y hasta su celebración y ejecución (art. 1013 CCCN), y debe ser lícita (art. 1014 CCCN).

La voluntad y libertad de formar una familia gozando de los adelantos científicos es la causa de este Acta de compromiso suscripta por las partes del juicio cuya sentencia se comenta.

Quienes acuden a la justicia, suscriben ese acuerdo porque necesitan una contención jurídica o legal a su decisión. Es decir, acuden para tener seguridad jurídica frente a la carencia de reglamentación de la GS.

Acudir a la justicia, implica también la participación de los organismos, como CATEMU (en este caso bajo comentario), que informen sobre las condiciones sociales, ambientales, económicas, psicológicas de las partes firmantes, y sobre todo, del entorno en que nacerá el niño o niña por concebir.

Es decir que la voluntad de paternar/maternar, como causa de la contratación, podría verse limitada o restringida, por el criterio de terceros ajenos a dicha voluntad procreacional.

Es por eso que, a nuestro criterio, la causa de la contratación, no exige, per se, la necesidad de homologación judicial de ningún acuerdo.

4) Forma:

La formalidad elegida para el contrato o Acta de Compromiso suscripta en el juicio bajo comentario, podría resultar relevante.

El tribunal no menciona ni analiza las formas adoptadas por las partes. Pero entendemos que si se trata de un acuerdo cuya homologación judicial se requiere, pues el mismo debe haber sido un instrumento privado, a lo sumo con firmas certificadas ante escribano público.

A modo referencial, comentamos que en México, más precisamente en el estado de Tabasco, la regulación respecto de las formas es explícita exigiendo la presencia de un notario público³ que certifique las firmas de las partes. Luego debe ser homologado por ante el Juez Competente: “Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado” (art. 380 bis 5 in fine Código Civil de Tabasco, México).

La homologación es una estrategia para darle seguridad jurídica a las partes. Por un lado, a los padres contratantes respecto de que el niño o niña a concebir, será inscripto en el Registro Civil como su hijo o hija. Y por la otra parte, la mujer gestante, quien no podrá reclamar la filiación a su nombre y reconoce que tan sólo está aportando la gestación.

Asimismo, mediante el proceso de homologación judicial, se le brinda seguridad jurídica al niño o niña por nacer respecto de su identidad genética y filiatoria, ello por cuanto “el esclarecimiento de la verdad sobre la identidad de origen de un individuo, más aún en el caso de un niño, es y debe ser un objetivo que interese por igual al menor, a su madre, a su padre y a la sociedad toda... El derecho a preservar la identidad personal comprende el derecho a reivindicar la identidad biológica, o el derecho del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona”⁴ (JUNYENT BAS, Beatriz M. 2020:62,63)

5) ¿Se paga un precio?

No surge de la sentencia bajo análisis, si existe pactado o no el pago de una suma dineraria a favor de la mujer gestante. Estimamos que no fue relevante para el tribunal, pues no lo analizó.

Tratándose de un contrato o acuerdo de partes, podría eventualmente hablarse del tema, aunque resulte muy controversial, sobre todo desde el punto de vista bioético. Hay sectores de la sociedad que entienden que pagar un precio implicaría una comercialización de órganos, pues se pagaría por el uso del útero, y ello está prohibido a nivel mundial.

Otro sector opina lo contrario, advirtiendo los aspectos positivos de la GS como TRHA. De hecho, en 2021 la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, autorizó la posibilidad de ponerle precio a esta prestación, ordenando que cada estado establezca su propia normativa en ese aspecto.

Por nuestra parte, consideramos necesario que se regule este aspecto, para evitar abu-

3 Código Civil para el Estado de Tabasco, México, art. 380 bis 3: (...) El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo (...) Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes”.

4 SCBA, 25/03/09, “R., M E c/ M. G. R.”

sos de sectores más pudientes sobre a los más pobres, y para evitar que crezca el mercado de la trata de personas.

II. Inconstitucionalidad art. 562 CCCN

En el caso bajo análisis, es esencial el planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, y la sentencia refleja esa importancia.

Claramente, por el sistema judicial que rige en Argentina, son los jueces, en cada caso concreto, quienes tienen la potestad de control de constitucionalidad de las normas.

El artículo cuestionado fue incluido en la reforma del Código Civil y Comercial que rige desde el mes de agosto de 2015.

A los ojos de quien suscribe, este artículo (y algunos otros) no refleja la evolución que el derecho debió hacer frente a las nuevas tecnologías y formas de vivir de la sociedad argentina y mundial.

Es decir, que adelanto mi opinión en sentido favorable respecto de la inconstitucionalidad de este artículo 562 que reza textualmente: “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”

Según esta norma, el acuerdo suscripto entre los padres contratantes y la mujer gestante, no sería válido. Ello pues, una de las consecuencias de la GS es que la mujer gestante NO será la madre del recién nacido.

El análisis que realiza el Ministerio Público Fiscal a cargo de la Dra. Jure es preciso y completo, razón por la cual, el tribunal adhiere sin hesitar.

Se tuvieron en cuenta los informes de los especialistas que reflejan los reales y consolidados deseos de paternidad del solicitante (padre contratante) y el fin claramente altruista de la mujer gestante.

También se valoró que el padre solicitante aporta material genético y la mujer gestante, no, pues invocaron ovodonación.

Tanto el MPF como la Jueza de la causa, concluyen que el art. 562 CCCN, en el caso concreto, está violando la garantía de igualdad prevista la Constitución Nacional en tanto atenta “impide que el proceso gestacional, incluido en la categoría de TRHA, GS, la atribución del carácter de progenitor del Sr. R., P. B., e impide la atribución a la gestante Sra. V”. Además, invoca el interés superior del niño cuya identidad genética y filiatoria se debe preservar.

Por último, invoca que dicha norma de fondo genera una “violación al principio de reserva y la libre determinación para acudir a la GS”.

El tribunal concluye resaltando que “el respeto por el derecho a la vida privada, a la autodeterminación y libertad reproductiva, el derecho a la intimidad y el derecho a la

procreación, como una manifestación del derecho a formar una familia, merecen una especial tutela, por cuanto, la concreción de esos derechos, significará el nacimiento de una nueva familia, única e irrepetible, que les permitirá desarrollarse y crecer en un marco de igualdad y progresividad de derechos fundamentales”.

Un argumento que está incorporado, aunque no de manera textual, es el derecho a acceder a las nuevas tecnologías y avances de la ciencia. Si bien este argumento fue expuesto a los fines de legitimar la GS como TRHA, pues no está expresamente regulada, creo que también debe ser un fundamento para robustecer la declaración de inconstitucionalidad de la norma del código civil y comercial.

Ello pues, el derecho no puede ir en contra de la evolución de la sociedad, y de las soluciones que la ciencia, la tecnología aportan a la vida diaria. Y esa evolución, no puede ser negada por el derecho, todo lo contrario, debiera ser reconocida y, en todo caso, reglada. En conclusión, si el análisis que estamos haciendo de este fallo gira en torno a la necesidad de acceder a la justicia para homologar este tipo de acuerdos de GS, debo concluir que sí resulta necesario, para poder liberar el camino del escollo de normas inconstitucionales, tales como el art. 562 CCCN.

III. El proceso y sus tiempos

Por un lado, acceder a la justicia implica asumir una serie de normas o reglas que tienen su razón de ser y sus consecuencias.

Por otro lado, el justiciable reniega (hace mucho tiempo) de las demoras de la justicia generadas por burocracias innecesarias, por excesivos formalismos, y por tantas otras cuestiones.

En el caso bajo análisis, los peticionantes de la homologación judicial del acta de compromiso, lo hacen con fecha 12/03/2020 y logran la homologación con fecha 29/10/2021, es decir, un año y medio después.

A primera vista uno podría decir que es mucho tiempo, mucho más del que estamos dispuestos a esperar para una situación tan simple como la solicitada, donde no hay contrapartes ni chicanas posibles; donde se está pidiendo tan solo el reconocimiento de ser padres y formar una familia.

Posiblemente, en una segunda lectura de los tiempos, uno podría decir que las demoras se debieron a la pandemia generada por Covid-19. Es probable que haya influido.

También es cierto que no existe un proceso específico para este tipo de planteos judiciales, lo que expone a los magistrados a aplicar sus propios criterios de solución. Y ello puede devenir en tantos criterios como jueces. Y ello, en incertidumbre para el justiciable.

También es cierto que existe un orden público sobre el que versarán las decisiones tanto procesales como sustanciales, por el que el juez debe velar, que es la protección del interés superior del niño.

Aun así, ese niño o niña, en el caso concreto no fue siquiera concebido. Por lo tanto, tampoco se debería perder de vista al justiciable.

El contexto factico del pedido de homologación será variable. Hay parejas que hace tiempo están buscando concebir y no pueden, siendo la GS su última alternativa; otras, han sido socialmente estigmatizadas por su homosexualidad y de grandes se han liberado, y pretenden ser padres/madres, y la GS es una alternativa más que válida, entre otras miles de realidades diferentes.

En estos supuestos y en casi todos los demás, un mes más o un mes menos, no es lo mismo.

Por eso, estas situaciones deben ser consideradas por el tribunal a la hora de decidir con qué premura se resolverán los pedidos de mero trámite, se fijarán las audiencias, se llevarán adelante las pericias y encuestas socio ambientales, y todo aquello que necesite el tribunal para decidir la homologación. El tribunal tiene que saber que recién después de la homologación, estas personas activarán los procedimientos médicos reproductivos. La justicia tiene el desafío de arbitrar los medios para que este tipo de procesos sean muchísimo más ágiles.

IV. Conclusiones

En primer lugar, el fallo bajo análisis deja en claro que es necesario recurrir a la justicia a los fines de la homologación de los acuerdos privados de gestación subrogada.

En segundo lugar, confirma que el art. 562 CCCN es incompatible con el sistema de derechos constitucionales y convencionales que protegen la igualdad, la libre determinación, la familia, etc.

En tercer lugar, el tribunal confirma que, dicho plexo normativo constitucional y convencional, protege a la familia en todas sus formas, entre ellas, la monoparental. Por último, la sentencia en análisis, siembra sin quererlo, la problemática de los tiempos judiciales, que debiera ser revisada institucionalmente.

Referencias bibliográficas

- AYALA GARCIA, M. y RAMOS DUARTE, R (2021) El Debate de la Gestación Subrogada en la Suprema Corte. Disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/el-debate-de-gestacion-subrogada-en-la-suprema-corte/>
- CAPOLONGO, M. (2021) Gestación por sustitución. El Derecho a formar una familia ¿Principio de igualdad y no discriminación? TR LALEY AR/DOC/2967/2021
- DAURIA, P. y TISSERA COSTAMAGNA, R. (2021) Algunas tensiones en el derecho ante la doble gestación por sustitución llevada adelante por la misma gestante. TR LALEY AR/DOC/2366/2021
- JUNYENT BAS, B. (2020) Fecundación asistida e identidad personal, Ed. Astrea.
- LAFFITTE, S. (2021) Gestación por sustitución: la necesaria regulación con enfoque de derechos. RCCyC 2021 (julio), 12/07/2021, 61.
- ROVEDA, E. y MASSANO, M. A. (2021) La innecesaria judicialización de la comaternidad. RCCyC 2021 (octubre), 12/10/2021, 129.