

En un artículo publicado en DPI-Familia y Sucesiones N° 38 titulado “La voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida en el nuevo Código”, sus autores Osvaldo Pitrau y Lucila Córdoba, sostienen lo siguiente: “La determinación como progenitor de quien dio a luz es indiscutible en el nuevo Código ya que acertadamente no ha sido considerada la posibilidad del alquiler de vientres”. El objeto del presente artículo es intentar rebatir dicha tesis a la luz del Estado constitucional y convencional de derecho como paradigma argentino vigente receptado por el Código Civil y Comercial en su título preliminar.¹

La voluntad procreacional no es un significativo novedoso sino que siempre existió. Durante mucho tiempo estuvo reducida al presupuesto del acto sexual heterosexual (salvo las excepcionales situaciones de las inseminaciones caseras) y a la simetría absoluta existente entre voluntad procreacional y el hecho biológico. Luego se amplió a la adopción donde si bien existe una relación de asimetría absoluta entre voluntad procreacional y el hecho biológico sigue existiendo como presupuesto básico la relación sexual heterosexual. El gran cambio se produjo con la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida por cuanto estas posibilitan que la voluntad procreacional adquiera un significado normativo y simbólico distinto. En primer lugar, el acto sexual heterosexual dejó de ser un presupuesto fundante: hay una filiación que se constituye sin relación sexual. En segundo lugar, posibilita la apertura hacia distintas formas de manifestación de la relación existente entre voluntad procreacional y aporte genético. En tercer lugar, inexorablemente la garantía del pleno ejercicio de la voluntad procreacional sin ninguna clase de discriminación deriva en la gestación por sustitución como un mecanismo de tutela efectiva.

La defensa de las dos primeras fuentes de filiación sin cuestionamiento alguno y el ataque a la voluntad procreacional mediante el acceso a la TRHA como fuente de filiación tiene un trasfondo ideológico performativo que permanece oculto y que está basado en la defensa de la heterobiologitud, la cual establece que el único supuesto digno de ser considerado por el ordenamiento jurídico como fuente legítima de filiación, es aquel en donde un hombre y una mujer conciben mediante un acto sexual. Por eso, pueden coexistir sin problema alguno, una situación de simetría absoluta entre el hecho biológico y la voluntad procreacional y una situación de asimetría absoluta entre el hecho biológico y la voluntad procreacional. La cuestión central es mantener a salvo la naturalidad biológica genética sostenida por el acto sexual.

Oportunamente, la heteronormatividad fue utilizada para obstruir la plena vigencia de la igualdad y no discriminación respecto del matrimonio civil y el derecho a la identidad. En la actualidad, la estrategia obstructiva se centra en la utilización encubierta de la heterobiologitud sostenida -mediante cierto discurso jurídico- por una concepción natural, biológica y genética que interdicta cualquier otra forma de concepción y filiación e impide la plena vigencia de la igualdad y no discriminación tanto de los heterosexuales como de las personas pertenecientes al universo de la diversidad en torno al pleno ejercicio de la voluntad procreacional.²

En el pasado, las teorías *queer*³ cumplieron un rol fundamental en la deconstrucción de la heteronormatividad sobre la base de sostener la diversidad del deseo, y a la vez, fueron un posibilitador de la construcción de un discurso jurídico constitucional y convencional receptivo de la diversidad; en el presente es posible acudir a una nueva mirada *queer* resignificada a efectos de poder deconstruir la heterobiologitud sosteniendo el deseo expresado por el amor filial.

¹ Gil Domínguez, Andrés, El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2015.

² Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2014.

³ Gil Domínguez, Andrés, Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, p. 172 y ss.

En el ordenamiento constitucional y convencional argentino, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio. En nuestro sistema jurídico, la gestación pos sustitución no está regulada, con lo cual, se debe aplicar el principio de legalidad que sostiene que todo lo que no está prohibido está permitido. Si en algún momento se intentara establecer un régimen regulatorio que lo prohibiese sería inconstitucional e inconveniente. Si se sancionase un régimen intrusivo de la autonomía de la voluntad de las partes también sería inconstitucional e inconveniente.

En la actualidad, y en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los arts. 558 y 562 del Código Civil y Comercial, la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional que se pueda concretar de forma privada y puede ser gratuito (sin ninguna retribución a la mujer gestante), oneroso (con retribución pactada con la mujer gestante) o asistencial (cubriendo determinados gastos durante el embarazo de la mujer gestante), con aporte de material genético por parte de uno de los padre/madre/copadre/comadre o sin aporte de material genético, sin que ningún juez o jueza pueda establecer una prelación jerárquica entre dichas modalidades y, mucho menos aún, prohibir la opción onerosa o sin aporte de material genético.

Con lo cual, no es constitucional y convencionalmente correcto lo que afirman Pitrau y Córdoba sobre que el único progenitor es quién dio a luz en el marco de la voluntad procreacional como derecho fundamental y derecho humano que el Código Civil y Comercial debe garantizar de forma instrumental pero nunca estructurar como una regla cerrada y excluyente.