

Poder Judicial San Luis

SENTENCIA DEFINITIVA NÚMERO: VEINTIUNO .- Villa

Mercedes, San Luis Cinco de Marzo de Dos Mil Dieciocho.-

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: "V [REDACTED] L [REDACTED] [REDACTED] Y OTROS S/ AUTORIZACIÓN JUDICIAL (FAMILIA) - EXP [REDACTED]/17", de fecha 25 de Octubre de 2017, traídos a despacho a fin de resolver.

Y RESULTANDO: Que mediante adjunto de actuación digital N° 8127491 de fecha 30/10/2017, se presenta la Sra. V [REDACTED] L [REDACTED] y el Sr. L [REDACTED] [REDACTED] A [REDACTED] con el patrocinio letrado de la Dra. CINTIA PARRINO GONELLA, abogada, Mat N°1779, constituyendo domicilio legal en calle Juan Llerena N° 1083, ciudad y domicilio electrónico en ccparrinogonella@qiajsanluis.gov.ar, por una parte y S [REDACTED] [REDACTED] V [REDACTED], DNI: [REDACTED], con domicilio en [REDACTED] [REDACTED], con el patrocinio letrado del DR. JUAN TOMAS EDUARDO MERCAU, Abogado, Mat1357, constituyendo domicilio legal en calle Pedernera N°491, ciudad y electrónico en jtmercau@qiajsanluis.com.ar con el fin de solicitar la correspondiente AUTORIZACIÓN a favor de los Sres. [REDACTED] A [REDACTED] L [REDACTED] DNI: [REDACTED] y L [REDACTED] V [REDACTED], DNI: [REDACTED], ambos con domicilio en calle [REDACTED], ciudad, para poder llevar a cabo el tratamiento de Fertilización Asistida: "Maternidad por Subrogación". Asimismo, se solicita que una vez que nazca el niño, sea inscripto ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a nombre de los padres genéticos Sra. L [REDACTED] V [REDACTED] y [REDACTED] A [REDACTED] L [REDACTED]. Por los antecedentes que a continuación se exponen: Que hoy en día los avances científicos (en materia de reproducción medicamente asistida), brindan la posibilidad a todas aquellas personas que, por

diversos motivos,

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

no pueden consumir ese tan preciado deseo. Dentro de aquellas se encuentran los Sres. [REDACTED] A [REDACTED] L [REDACTED] y L [REDACTED] V [REDACTED], quienes son pareja desde hace 6 años y 3 meses aproximadamente, y desde hace 2 años y 8 meses están casados. A partir de entonces emprendieron la larga búsqueda en pos de concebir un hijo, infinitos han sido los intentos y no lo han logrado debido a que la Sra. V [REDACTED] padece "ÚTERO HIPOPLASICO". La actora desde su adolescencia tiene conocimiento de la afectación que la aqueja. Es así que el primer estudio (Ecografía Ginecológica) se la realizó en el año 1999 en el Policlínico Regional Juan Domingo Perón, en donde a modo de observación el Dr R [REDACTED] C [REDACTED] se preguntó si lo que padecía la paciente era "útero hipoplásico". Luego de ello en el año 2000, se realiza una nueva Ecografía Ginecológica (en el Sanatorio Mitre) con un médico distinto, el Dr., R [REDACTED] O. R [REDACTED], Mat. [REDACTED], quien determina que la paciente padece "Hipoplastia Uterina" y Microquistosis Ovárica Derecha. En el año 2001 conoce a [REDACTED] L [REDACTED], con quien está casada desde hace 2 años y 8 meses. La pareja una vez más decide consultar con el Dr. L [REDACTED] R [REDACTED] quien confirmó el diagnóstico que desde el año 1999 los galenos venían determinando. En atención a ello, se le solicitó la práctica de un tratamiento, el cual consistía en ingerir medicación (CICLOCUR) e inyectables. Pero debido al hecho de que la Sra. V [REDACTED] no contaba con "ENDOMETRIO", los mismos no fueron absorbidos por su organismo. Sin perder las esperanzas y con la misma motivación de siempre, decidieron ir más allá y hacerse atender por un especialista en fertilidad, Dr. N [REDACTED] M. K [REDACTED] (Esterilidad- Fertilización

Asistida- Ginecología), en la ciudad de San Luis, el cual los derivó a la provincia de Córdoba, en donde atiende en el Centro Integral de Ginecología, Obstetricia y Reproducción (CIGOR), quien solicitó un estudio específico " Histerosalpingografía con Prue", pero dicho estudio no se pudo llevar a cabo por la ausencia de cuello uterino en el

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

organismo de la Sra. V [REDACTED]. Luego de ello se le solicitó otro estudio "histeriscopía". Pero frente a los resultados negativos se lo confirma a la Sra. V [REDACTED] el mismo diagnóstico "Útero Hipoplasico" por los que les recomienda acudir a la única posibilidad viable, la "Maternidad Subrogada". Como consecuencia del cuadro descrito, la hermana de la Sra. V [REDACTED], S [REDACTED] V [REDACTED], desinteresadamente y con el fin de poder ayudar a su hermana a que sea madre, se ofrece voluntariamente a gestar el bebé del Sr. [REDACTED] L [REDACTED] y la Sra. L [REDACTED] V [REDACTED]. La pareja había iniciado en el año 2014, los trámites previos necesarios y a someterse a tratamientos médicos y psicológicos para determinar si los intervinientes se encontraban aptos para enfrentar el proceso que la maternidad subrogada requiere, la hermana de L [REDACTED], S [REDACTED] V [REDACTED], quien de manera voluntaria, altruista, gratuita, afectiva y solidaria, se había ofrecido a ayudar a gestar el bebé, queda embarazada de quien en ese momento era su pareja. Por lo que se deben interrumpir los procesos iniciados hasta ese momento (médicos y psicológicos). Habiendo transcurrido ya un lapso de 3 años, los actores en el corriente año, retoman los procedimientos que habían quedado suspendidos. Así es que, ya decididos en llevar a cabo el procedimiento en pos de poder ser padres. S [REDACTED]

(portadora gestacional), en fecha 28 de julio de 2017 y 11 de agosto de 2017, se realizó diversos estudios médicos, según los cuales, la paciente A [REDACTED], se encuentra dentro de los límites normales. Por su parte la Sra. L [REDACTED] V [REDACTED] y el Sr. [REDACTED] L [REDACTED], con el fin de afrontar los gastos que el tratamiento conlleva, realizaron los trámites pertinentes en su Obra Social "OSPIA", a efectos de que la misma autorice y cubra la realización de los estudios previos y necesarios al tratamiento. En este sentido, la clínica a la cual asisten les facilitó el presupuesto por los estudios previos que Lorena se realizó: ESTIMULACIÓN OVARICA C7 VITRIFICACIÓN DE OVOCITOS, los cuales son cubiertos en su totalidad

Firmado Digitalmente.
Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

por OSPIA. En cuanto a los gastos respecto de los tratamientos médicos, psicológicos, traslados y cualquier otro gasto necesario serán por cuenta y costo de los Sres. L [REDACTED] V [REDACTED] y [REDACTED] A [REDACTED] L [REDACTED], sin tener que aportar emolumento alguno la Sr. S [REDACTED] [REDACTED] V [REDACTED]. Asimismo, se proporciona el "consentimiento informado", el cual detalla las particularidades de la técnica, las etapas del procedimiento los riesgos y todos aquellos datos imprescindibles que la paciente debe tener presente previo a la realización del procedimiento a someterse. Por su parte, y así como en el año 2014, la Sra. L [REDACTED] V [REDACTED] y el Sr. [REDACTED] L [REDACTED], retomaron las entrevistas psicológicas a los efectos de que la profesional interviniente realice una evaluación del estado psíquico de los solicitantes. Ofrece prueba documental, informativa. Hace reserva de Caso Federal

Obra en adjunto de Actuación Digital N° 8127491 de fecha 30/10/2017 fotocopia de DNI de la Sra. V [REDACTED] L [REDACTED] en 1

fs.; Fotocopia de DNI del Sr. L [REDACTED] A [REDACTED] en 1 fs.,
Fotocopia de DNI de la Sra. S [REDACTED] V [REDACTED] en 01 fs.; Partida
de nacimiento de la Sra. V [REDACTED] L [REDACTED] [REDACTED] en 02 fs.; Partida de
Nacimiento de la Sra. S [REDACTED] V [REDACTED] en 2 fs.; Acta de
matrimonio de los Sres. [REDACTED] A [REDACTED] L [REDACTED] y L [REDACTED]
V [REDACTED] en 2 fs.; Ecografía ginecológica de V [REDACTED] L [REDACTED] de fecha
21/12/99, Dr. R [REDACTED] C [REDACTED] en 02 fs.; Ecografía ginecológica de
V [REDACTED] L [REDACTED] de fecha 18/01/00, Dr. R [REDACTED] R [REDACTED], Sanatorio Mitre
en 02fs.; Ecografía ginecológica de V [REDACTED] L [REDACTED] de fecha
26/04/06, Dr. H [REDACTED] Á [REDACTED], Hospital privado de la Villa S.R.L en
02 fs.; Ecografía ginecológica de V [REDACTED] L [REDACTED] de fecha 11/08/06,
Dr R [REDACTED] R [REDACTED], Hospital Privado de la Villa S.R.L en 02 fs.;
Ecografía ginecológica de V [REDACTED] L [REDACTED] de fecha 11/02/09, Dr.
H [REDACTED] Á [REDACTED], Hospital privado de la Villa S.R. en 02 fs.; Examen
Médico de fecha 23/02/10, Dr J [REDACTED] N [REDACTED] (Centro Médico
Privado para la Mujer), Ciudad de Río

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente
Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

Cuarto, en 02 fs.; Estudios ginecológicos, Ecografía Ginecológica y
Ecografía Mamaria Bilateral de V [REDACTED] L [REDACTED] de fecha 9/08/10, Dr.
R [REDACTED] O. R [REDACTED] en 04 fs.; Estudio de ecografía Mamaria y
Ginecológica de V [REDACTED] L [REDACTED] de fecha 21/03/2013 Clínica del Niño
en 02 fs.; Estudio I.R.M de Abdomen y Pelvis de fecha 18/03/2014
Dr. F [REDACTED] C [REDACTED] en 01 fs.; Estudio
"HISTEROSALPINGOGRAFIA con PRUE" de fecha 13/09/2016, Dr.
E [REDACTED] C [REDACTED], F [REDACTED] V [REDACTED] diagnóstico por imágenes en 01
fs; Copia de solicitud de estudio ICSI, perteneciente al Dr. N [REDACTED] M.
K [REDACTED] (CIGOR), de fecha 22/04/2017 en 01 fs.; Historia Clínica
de fecha 22/04/2017, Dr.N [REDACTED] M. K [REDACTED] en 01fs; Copia de

solicitud de criopreservación de ovocitos de fecha 14/07/2017, Dra H [REDACTED] (CIGOR) en 01fs.; Copia de presupuesto de Estimulación Ovárica C/ vitrificación de ovocitos, Dra H [REDACTED] (CIGOR) en 01fs.; Copia de consentimiento informado de ANESTESIA y original de consentimiento informado de CRIOPRESERVACION Y ALMACENAMIENTO DE OVULOS, en 04fs Informe psicológico del Sr. L [REDACTED] y de la Sra. V [REDACTED] L [REDACTED] de fecha 11/09/2017, Psic. M [REDACTED] V [REDACTED], en 03fs. ; Cobertura (Autorización) de obra social OSPIA por brindar prestaciones Medico-asistenciales para el Sr. L [REDACTED] en fecha 11/08/2017 en 01 fs.; en fecha 4/10/2017 en 01fs.; y en fecha 06/10/2017 en 01 fs. ; Historia Clínica de la paciente portadora gestacional Sra. S [REDACTED] V [REDACTED], estudio de ecografía ginecológica y mamaria y estudio de Papanicolao y colposcopia de fecha 28/07/2017 y 11/08/2017 en 05fs; Evaluación Psicológica de la Sra. V [REDACTED] S [REDACTED] Psic. C [REDACTED] P [REDACTED], en 06 fs. ; Convenio Altruista y gratuito suscripto entre las partes: Sra. V [REDACTED] L [REDACTED], Sr. R [REDACTED] A [REDACTED] y portadora gestacional S [REDACTED] V [REDACTED] en 03 fs.; Actuación Notarial respecto a las firmas obrantes en el documento que antecede, en 01fs.-

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

Obra en Actuación Digital N° 8158066 constancia de cotejo de documental.-

Que mediante proveído de fecha 3 de noviembre de 2017 se tiene a los Sres. V [REDACTED] L [REDACTED] y L [REDACTED] A [REDACTED] por presentados, por parte, en el carácter expresado, con el patrocinio letrado de la Dra. [REDACTED]. Por denunciado domicilio real y por constituido domicilio legal y electrónico. Por

ofrecida documental. Se tiene a la Sra. a la Sra. V [REDACTED] S [REDACTED] [REDACTED], por presentada, por parte, en el carácter expresado, con el patrocinio letrado del Dr. Juan Tomás Eduardo Mercau. Por denunciado domicilio real, por constituido domicilio legal y electrónico. Por ofrecida documental. Vista al Fiscal.-

Obra en Actuación Digital N° 8370203 de fecha 07/12/2017 Vista de la Sra. Agente Fiscal, Titular de la Fiscalía N° 3, Dra. VERONICA ALONSO ERNST, que "... adelanta su criterio que V.S. está facultada para autorizar el tratamiento del embarazo subrogado, y también el aval jurídico al matrimonio para que puedan reconocer al hijo que crecerá en el útero de otra mujer y es producto de un embrión de ambos" conforme fundamentos que expone. "Que sugiere se disponga con habilitación de día y hora, una audiencia de VISU con la pareja solicitante y la Sra. S [REDACTED] V [REDACTED], y de intervención al Cuerpo Técnico Forense, con el objeto que la LIC. V [REDACTED] O L [REDACTED] verifiquen si la voluntad de los protagonistas no está viciada, y si comprenden cabalmente lo que están por emprender, como así también toda otra circunstancia que a su leal saber y entender sea necesario evaluar para la realización del tratamiento con esta técnica específica".

Obra en adjunto de Actuación Digital N° 8460535 de fecha 21/12/2017 comprobante de pago de Aporte Colegial, fotocopias de DNI debidamente certificadas de los Sres. V [REDACTED] L [REDACTED], V [REDACTED] S [REDACTED] y

Firmado Digitalmente.
Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

L [REDACTED].

Obra en Actuación Digital N° 8546745 de fecha 01/02/2018 contestación de oficio por parte del la Lic. en Psicología P [REDACTED]

██████████, y el Dr. D. ██████████, Psiquiatra, que informan que habiendo brindado turno para el día 01/02/2018, las personas a evaluar psicológica y psiquiátricamente, no se presentaron.

Obra en actuación digital N° 8662389 de fecha 21/02/2018, informe psiquiátrico y psicológico realizado por el DR. M. ██████████, Médico, Especialista en Psiquiatría, y la Lic. M. ██████████, Psicóloga quienes concluyen que los Sres. V. ██████████, V. ██████████ S. ██████████ y L. ██████████ no poseen ningún trastorno de personalidad que les impidan comprender y dirigir sus acciones. Todos son conscientes de la decisión que han tomado al elegir la técnica de reproducción humana asistida, con fecundación extracorpórea como método para gestar un hijo que ha sido intensamente deseado por la Sra. ██████████ V. ██████████, a quien acompaña generosamente en este deseo su marido ██████████, compañero que la apoya y la apuntala en este proyecto y en los cuales se observa que mantienen una relación unida y estrecha que se ha ido fortaleciendo con el transcurso del tiempo. En cuanto a la Sra. V. ██████████ A. ██████████, quien es consciente del camino que deberá recorrer y de los cambios que sufrirá su cuerpo con la decisión asumida, decisión pensada y analizada larga y detenidamente, basada en un fin altruista hacia su hermana que se fundamenta en el lazo fraterno existente entre ambas y en la empatía en cuanto el deseo de maternar. Son conscientes de que en este proceso pueden surgir inconvenientes e Imprevistos por lo cual han comenzado un tratamiento psicológico a fin de prepararse emocional y psicológicamente para cumplimentar el objetivo que han acordado, y donde han intentado imaginar los posibles escenarios a transitar. Se cree conveniente que tanto la

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

Sra. [REDACTED] V [REDACTED] y su marido [REDACTED] L [REDACTED] como la futura gestante, Sra. S [REDACTED] V [REDACTED] continúen con dicho acompañamiento psicoterapéutico ya que este proceso que se encuentran transitando constituye el inicio de un largo proyecto de vida, que irán construyendo a lo largo de su historia familiar.

Obra en Actuación Digital N° 8672800 Acta de Audiencia de fecha 22 de febrero de 2018, donde comparecen los Sres. L [REDACTED] V [REDACTED], [REDACTED] A [REDACTED] L [REDACTED] y S [REDACTED] V [REDACTED] con el patrocinio letrado de los Dres. Mercau y Parrino Gonella; las Lic. [REDACTED] y [REDACTED], el médico psiquiatra [REDACTED] pertenecientes al CAP; y la Sra. Agente Fiscal Dra. Verónica Alonso Ernst.-

Obra en Actuación Digital N° 8673096 de fecha 22/02/2018 contestación de oficio por parte del Centro Integral de Ginecología y Reproducción (CIGOR) en 4 fs. en donde se informa que la Sra. V [REDACTED] L [REDACTED] luego de efectuados los diagnósticos, encuentra la presencia de útero muy pequeño de características de hipoplasia extrema, por lo que se propone según su edad la estimulación de la ovulación y criopreservación de ovocitos. El procedimiento se lleva a cabo el día 9 de septiembre de 2017, donde se logra criopreservar 8 (ocho) ovocitos.

Obra en Actuación Digital N° 8673529 de fecha 22/02/2018 contestación de oficio por parte de la Obra Social OSPIA y adjunta documentación en 6 fs.

Obra en Actuación Digital N° 8313459 de fecha 28/02/2018, vista de la Sra. Defensora de Niñez y Adolescencia N° 2, Dra. EVA CAROLINA GATICA que advierte que la primer vista se confiere en fecha 18 de diciembre del año 2017 y que la misma no fue efectivizada, la que recién es conferida luego de la audiencia celebrada en fecha 22/02/18. Que considera que es prematuro asumir la correspondiente intervención de ley. Que

Poder Judicial San Luis

considera que una vez, efectuada la implantación se corra una nueva vista a los efectos de asumir la correcta intervención en defensa de los intereses de derechos de la persona por nacer. Que no obstante no formula objeción a la promoción de demanda atendiendo que el presente caso trata una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

Que mediante proveído de fecha 12 de marzo de 2018, se LLAMAN AUTOS PARA DICTAR SENTENCIA, providencia que firme y consentida deja las presentes actuaciones en estado de resolver.-

Y CONSIDERANDO:

Que el Tribunal es competente para entender en la presente causa atento lo prescripto por la Ley IV-0089-2004 que al momento de regular la competencia de los Juzgados de Familia y Menores en el Capítulo II, establece en el Art. 5- Inc. f).-

Que los presentes tratan en primer término sobre un pedido de autorización para realizar una TRHA, consistente en transferencia del embrión generado por la fertilización in vitro, fecundación producto de los óvulos obtenidos de la madre genética, Sra. L. [REDACTED] V. [REDACTED] y de los espermatozoides aportados por el padre genético, Sr. [REDACTED] A. [REDACTED] L. [REDACTED], en el útero de la Sra. S. [REDACTED] M. [REDACTED], en adelante gestante, hermana de la actora, lo que es conocido en doctrina, jurisprudencia y derecho comparado como "gestación por sustitución" entre otras denominaciones [Krasnow,

Adriana N. "La filiación", La Ley, Bs. As., 2006, p.229]. En segundo lugar, subsidiariamente en caso de prosperar la autorización, la pretensión de inscribir en el Registro de Estado Civil y capacidad de las personas, al bebé luego de nacido a nombre de los padres "biológicos", esto

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

es, aquellos que realizaron los aportes genéticos, quienes ostentan la voluntad procreacional, fundándose ello en el derecho a formar una familia, el derecho a la identidad y el derecho a recibir todo el respeto y la máxima protección por parte del Estado y del ciudadano común. Cita art. 562 CCC, jurisprudencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Bs. As., CIDH, entre otros.

Previamente cabe aclarar que, ante la falta de regulación expresa respecto de la pretensión deducida, dada la delicada sensibilidad del tema y los fundamentales derechos en juego, obliga a realizar el análisis de la situación actual, a la luz del ordenamiento jurídico en general, desde una visión integradora y en diálogo de fuentes internas y convencionales, en función de lo prescripto por el art. 3 C. C. y C., y en base a lo estipulado en las normas de los arts. 1 y 2 del C. C. y C., en tanto ordenan que, los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, de conformidad con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma (art. 1), interpretando la ley teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de

modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2).

Respecto al primer punto, se señala que si bien la gestación por sustitución (maternidad subrogada) no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional N° 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. En su artículo 2 dispone, "se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación", determinando la extensión de los beneficiarios en el artículo 7, el que reza: "Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26.529 "Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud", haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer". Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1 y 2 Ley 26.529). De ello se deduce, que abarca "el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente -de distinto o igual sexo -que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo"

[Krasnow, Adriana Noemí, Tratado de Derecho de Familia, 1ª ed., CABA, La Ley, 2015, T. III, p. 76]. Además como consecuencia del reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria, incorporando al sistema jurídico las TRHA (art. 558 CCC), entre las que lógicamente se halla la gestación por sustitución, y así se depende además de lo dispuesto por el art. 562 del referido cuerpo legal, armonizado ello en función de las reglas de reconocimiento constitucionales y convencionales conforme analizaremos seguidamente (art.1 y 2 CCC).

Así 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

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

luz [Scotti, Luciana; "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas"; en Pensar en Derecho; <http://www.derecho.uba.ar%5D>. Desde una óptica más humanista, se la describe como "una TRHA que, a más de posibilitar el ejercicio del derecho reproductivo en pos del libre desarrollo de la personalidad, conlleva un inmenso acto de amor tanto de quienes quieren ser padres como de quien presta para ello su útero. Mientras el amor de los primeros está reservado por y para el anhelado hijo o hija, el amor de la gestante es por y para aquellos que albergan el deseo de formar una familia. Ese amor que da inicio al proyecto parental se traduce al lenguaje jurídico en lo que conocemos como "voluntad procreacional" [De

Lorenzi, Mariana y Cappella, Lorena: "Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor" -Ed. Abeledo Perrot -RDF 2016-IV-136].

Pese a la escasa regulación legal las personas acuden a dicha técnica para concretar su deseo de tener un hijo, ello se advierte de cotejar los casos presentados en la justicia ya sea para determinar la filiación de los niños/niñas así nacidos, o de modo previo como el presente, a fin de solicitar la autorización judicial respectiva [CACiv., Com. y Lab. Gualeguaychú, 14/04/2010, "B., M. A. c. F. C., C. R."; Trib. Cont. Adm. y Trib. N° 5, CABA, 22/03/2012, "D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo"; Juzg. de Flia. N° 1, Mendoza 15/12/2015, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento"; Juzg. de Flia. N° 7, Lomas de Zamora, 30/12/2015, H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC; SCJBA, 06/04/2016, "B., M. y otros s/ filiación"; Juzg. Flia. No. 2, Córdoba, 22/11/2017; "R., L. S. Y OTROS -Solicita Homologación"], entre otros.-

En todos los casos la justicia admitió la práctica, reconociendo el vínculo filial con las personas que han emitido su voluntad procreacional.

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

Esto es, asumir la responsabilidad procreacional plasmándola al emitir el consentimiento libre e informado (Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad y aplicabilidad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de regulación legal", RDF, N° 50, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 108). Gil Dominguez define la voluntad procreacional, como un

derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, definiéndola desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas [Gil Dominguez, Andrés, "El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial", DFyP 2015 (septiembre), 03/09/2015, 143].

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.

Sin embargo, pese al vacío legal, no existe norma legal expresa que prohíba la gestación por sustitución, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización. Por consiguiente, debo entender 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. Así lo explica Gil Dominguez: "Si bien existe un vacío legal, esto no se traduce en un vacío constitucional convencional. En primer lugar, porque la legalidad como principio estructural del Estado constitucional y convencional de derecho argentino establece que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19 CN) [Gil Dominguez, "La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico", Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 30

-11.07.2017]. En similar entendimiento se concluyó por unanimidad en la Comisión nro. 6 (Familia), "Identidad y filiación", de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, octubre 2015); como así también se ha decidido en la jurisprudencia nacional citada; además de haber sido receptada a través del reconocimiento implícito en la Ley Nacional N° 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, y en función de la coherencia normativa de los artículos comprendidos en el código civil y comercial de la Nación, Libro Segundo, Título V, sobre Filiación, en especial artículos 558 y 562 que reconoce como fuente de la filiación a la voluntad procreacional, incorporando las TRHA, expresando la voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, informado y libre.

Ahora bien, en orden a la coherencia con el ordenamiento jurídico exigida al interpretar las normas (art. 2 CCC), la gestación por sustitución no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico argentino, habiendo sido receptada en el contexto normativo de las normas del Libro Segundo, Título V sobre Filiación, especialmente artículos 558 y 562 del código civil y comercial, en consonancia con el sistema de tutela fundamental y convencional de derechos, en cuyo marco se han dictado las Leyes Nacionales N° 26.862 de reproducción humana asistida, y N° 26.529 de los Derechos del paciente (arts. 1° y 2° autonomía de la voluntad) que la reconocen implícitamente; Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que reconoce el derecho de la mujer a decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (art. 3 inc. e); configurándose hipótesis de violencia sexual cualquier acción que implique la vulneración del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva (art. 5 inc. 3) en las modalidades, tipos y ámbitos en los que se manifieste (art. 6, inc. a, d, y e) [cfm. Galati, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", DFyP 2015 (febrero), 165].

Todo lo cual debe ser interpretado e integrado en coherencia y armonía con las normas constitucionales y convencionales, en razón de lo dispuestos por los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial. En tal sentido enseña Gil Dominguez, en argumentos que se comparten, "la filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana [...] el derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las técnicas de reproducción humana asistida garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución [Gil Dominguez, La gestante.; op. cit.]. Postulados sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puntualmente en el caso "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica", donde la Corte interpreta la norma del art. 11 de la CADH, y precisa el derecho a la vida familiar entendido más allá del derecho a la privacidad; y el derecho de toda persona de organizar, con

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

arreglo a la ley, su vida individual y social, a autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia conforme a sus propias opciones y convicciones. Definiendo así a la libertad como derecho humano, comprendiendo la decisión de ser o no madre o padre como parte del derecho a la vida privada, reconociéndose así el derecho de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías, derecho fundamental y humano que debe garantizar y efectivizar el Estado [CIDH, "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica", 28 de noviembre de 2012, LL, 2013-A, 160].

Concretamente, a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 1 y 2 C.C. y C.), la gestación por sustitución se encuentra garantizada a través del reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar (cfm. art. 11 CADH e interpretación CIDH "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica", op, cit.), derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (art. 5. 1 CADH), derecho a la libertad y a la seguridad personales (art. 7.1 CADH), derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH). Precisamente, advierte Gil Dominguez, la discriminación que se produce no admitiendo la gestación por sustitución en nuestro país, toda vez que solo las personas con recursos económicos de consideración pueden acceder a la gestación por sustitución en el extranjero, en desmedro de aquellas que no los poseen. Además de la discriminación que implicaría negar una

autorización judicial a la mujer que se encuentra impedida de gestar por su condición de persona discapacitada, o por su condición de género en función de los estereotipos sociales (art. 1, y s.s. Ley No. 23.592). Entiendo, en forma coincidente con el autor, que la

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

intervención judicial previa se presenta como necesaria en el contexto legal actual. Así expone, ". que hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución, es positivo que los procesos que se desarrollen en Argentina sean judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento" [Gil Domínguez, Andrés, "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237].

Por lo expuesto, la solicitud de autorización judicial pretendida es de recibo toda vez que, ante la falta de regulación legal expresa, conforme los fundamentos precedentemente expuestos y los alegados por los actores, corresponde resolver la pretensión formulada, a fin de garantizar la efectividad del derecho de acceso a justicia [100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad Reglas #3; #4; #7; y #24 inc.b)] dado que la falta decidida de regulación ha dejado la cuestión librada al solo arbitrio de la decisión judicial (art. 3 CCC) [De Lorenzi, -Cappella;"Gestación., op. cit.].

Sentado ello, cabe adentrarse al análisis del caso concreto traído a resolver, a fin de evaluar si se encuentran reunidos en los presentes, los recaudos que hacen procedente la solicitada autorización judicial, tomando como base las elaboraciones

formuladas uniformemente en doctrina y jurisprudencia. Respecto de la gestante se ha evaluado y corroborado a través de los certificados y copia de historia clínica acompañados (adjunto de A.D. N° 8127491), informe emitido por los profesionales del Cuerpo Profesional Forense (A.D. N° 8665923), que la Sra. S [REDACTED] V [REDACTED] "no posee ningún trastorno de personalidad que le impida comprender y dirigir sus acciones. Que es consciente del camino que deberá recorrer y de

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

los cambios que sufrirá su cuerpo con la decisión asumida, decisión pensada y analizada larga y detenidamente, basada en un fin altruista hacia su hermana que se fundamenta en el lazo fraterno existente entre ambas y en la empatía en cuanto el deseo de "maternar" (A.D. N° 8665923), "posee capacidad perceptiva normal, su consciencia e idoneidad se encuentran en los rangos esperables y normales. No presenta indicadores de patología psiquiátrica o perturbaciones psicológicas que puedan ocasionar dificultades en su vida y en la de los demás" "Posee lucidez y sentido de realidad que le permiten comprender la complejidad de la situación de gestación subrogada. Se encuentra en condiciones de acompañar y contener a su hermana para enfrentar la gestación" (A.D. N° 8127491). Informes remitidos por el Centro Integral de Ginecología y Reproducción (CIGOR) (A.D. N° 8673096), informes remitidos por la Obra Social OSPIA (A.D. N° 8673529). Se ha determinado que el material genético utilizado proviene de los propios comitentes, se ha obtenido de óvulos de la Sra. V [REDACTED] L [REDACTED] y de espermatozoides del Sr. L [REDACTED] A [REDACTED], a los fines de la fecundación, no aportando la gestante material genético alguno

(A.D. N° 8127491). Asimismo se ha comprobado en autos, a través del preciso relato de los actores respaldado con las constancias médicas adjuntadas a en la misma actuación digital, que la Sra. L [REDACTED] V [REDACTED] padece de "Útero Hipoplásico", por lo que la misma se encuentra imposibilitada de procrear. Por último, la gestante S [REDACTED] V [REDACTED], ha manifestado en ocasión de audiencia celebrada en fecha 22/02/2018 que se ofrece para ser inseminada y de esa manera ayudar a la pareja a tener una familia. Por su parte S [REDACTED] refiere tener tres hijos y no tiene inconvenientes en someterse al tratamiento. La Lic. en psicología manifiesta que las partes están convencidas acerca del procedimiento, que es una decisión consensuada y una amplia contención familiar. El psiquiatra en la valoración pone de resalto que la voluntad no

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

está viciada y es independiente y autónoma, y que la Sra. S [REDACTED] ya ha transitado por la maternidad y quiere cooperar para que su hermana y pareja puedan ser padres. Que la voluntad surge de manera espontánea por parte de S [REDACTED] y se basa en el vínculo fraterno que tienen entre hermanas. La Lic. [REDACTED] a su turno expresa que analizaron que es un proceso de varios años que arribó a la decisión que motiva el presente pedido judicial y que disponen de herramientas para afrontar la gestación y el embarazo. Que hay voluntad, convicción y acompañamiento familiar y en especial entre las hermanas V [REDACTED]. Que la Sra. S [REDACTED] tenía planeado ligarse las trompas, posponiéndolo en virtud de querer legítimamente ayudar a su hermana (A.D. N° 8672800). Por su parte, A [REDACTED] describe las peripecias por donde tuvo que transitar su hermana [REDACTED] en el intento de tener un hijo, y, como en el camino recorrido para lograrlo

surge la opción de gestar mediante la técnica de fertilización asistida de vientre subrogado; expresa que ella sintió el deseo de ayudar a su hermana, que este deseo surgió espontáneamente de ella y luego de acompañarla en este largo proceso transitado, manifestando que ella comprende a su hermana en este anhelo de tener su propio bebe; agrega que ella considera que su hermana haría lo mismo por ella si la situación fuera inversa. Refiere que esta decisión ha sido tomada desde hace mucho tiempo atrás, que luego queda accidentalmente embarazada por lo cual se detiene el plan (A.D. N° 8665923).

Que en función del interés superior del niño, el que aún no ha sido concebido, pero como consecuencia de llevar a cabo la técnica que se autoriza, y lograda con éxito, acaecerá, principio rector que constituye un imperativo legal ante cualquier decisión judicial que involucre a un niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley Nacional No. 26.061; art. 706 Inc.c) CCC), aun cuando a la hora de tomar la decisión judicial no ha sido concebido, como es la hipótesis del presente caso.

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

Que de las constancias de autos surge con total evidencia que ha motivado estas actuaciones el ferviente deseo de L [REDACTED] V [REDACTED] y de [REDACTED] L [REDACTED] de engendrar su hijo, de poder darle vida, amarlo, cuidarlo, verlo crecer, vivir en familia, todos sus proyectos apuntan a ello. De manera tal que, el interés superior de este "niño por gestar" no dista del proyecto familiar de cualquier otra pareja que, motivada en el amor engendra su hijo producto de una relación sexual. Considero, que el interés superior del niño por gestar que debo tener en miras en este acto, responde a su derecho a poder nacer en esta familia, a poder crecer ser cuidado y amado

por esta familia, todas circunstancias comprobadas en autos. Desde ya no escapa a estas reflexiones que el niño por gestar no es persona, no es niño aún (art.19 CCC). No obstante reparo en la necesidad de legislar la problemática planteada en el presente caso, pues el principio rector y garantista del interés superior exige esa tutela. (Cita: MJ-JU-M-108324-AR)" Así Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, en comentario al primer fallo habido en la materia en la jurisprudencia nacional expresaron que, "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.), concluyendo que regular de manera positiva la gestación por sustitución es la respuesta legal que mejor satisface el interés superior del niño. A priori, 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 [Kemelmajer de Carlucci, Alda Lamm, Eleonora Herrera, Marisa; "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

procreacional", La Ley, 11/07/2013, 3, comentario al fallo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 86, 2013-06-18, "N.N.o DGMB M s/ inscripción de nacimiento].

En consecuencia, habiendo comprobado en autos la

existencia de las condiciones aptas para la procedencia de la autorización, los argumentos expuestos por los actores y la entrevista con la gestante, con fundamento en las normas precedentemente invocadas, corresponde hacer lugar a la autorización judicial para la respectiva transferencia embrionaria, en la forma, modo y circunstancias que se han constatado en estos obrados.

Establecido ello, procederé a analizar el segundo punto traído a resolución esto es, la pretensión de inscribir oportunamente en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, al niño/niña/s así concebido/s, como hijo/hija/hijos/hijas de los demandantes, fundándose ello en el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria conforme art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación; derecho a la identidad 7 y 8 Convención sobre los Derechos del Niño; no discriminación art. 2 de la referida convención; derecho a un recurso efectivo art. 2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 75 Inc. 22 Constitución Nacional, y art. 52 CCC.

Debemos resaltar la diferencia del derecho a la identidad, que en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen, del derecho a la filiación, que refiere a la prerrogativa de toda persona de acceder a un emplazamiento en el doble vínculo, el cual puede fundarse en el elemento biológico (filiación por naturaleza) o en el elemento volitivo (filiación por TRHA) [Kemelmajer de Carlucci, A., "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003,

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

en el caso *Odievre c/France*”, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n° 26, Buenos Aires, LexisNexis -AbeledoPerrot, 2004, 77].

Efectivamente, en los casos de TRHA, el derecho a la filiación se determina en razón del elemento volitivo -voluntad procreacional -sin considerar la concurrencia de nexos biológicos (art.558 CCC). Conforme ya estableciera precedentemente, el Código Civil y Comercial reconoce como fuente filiatoria a la voluntad procreacional. Así dispone en la norma del artículo 558: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. Y en el art. 561 establece cómo se define el vínculo en la hipótesis, a través del otorgamiento del consentimiento informado y libre, con prescindencia de quien haya aportado el material genético: “Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado el material genético”. A su turno, el art. 569 C.C. y C. dispone que, en la filiación matrimonial, c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la filiación se determina por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y el art. 575 C.C. y C., filiación extramatrimonial, en los supuestos de TRHA, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. De ello se destaca la diferencia entre verdad biológica y voluntad procreacional como elementos que definen el vínculo filial en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA respectivamente, introduciendo

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

cuestiones y terminologías propias de la bioética, como es el consentimiento informado. En consecuencia el principio de autonomía presente en la filiación por TRHA, se corresponde con la voluntad procreacional como elemento que determina el vínculo filial. Así aclara Krasnow que, ello reposa en un juego armónico entre autonomía de la voluntad y orden público, y el principio bioético de autonomía, que exige al médico el deber de informar, para que el paciente esté en condiciones de prestar un consentimiento pleno y libre. En estos casos, como el presente, el elemento biológico queda así desplazado por el elemento volitivo, que se manifiesta en el consentimiento informado, dejando de pertenecer la procreación al ámbito íntimo para trascender al ámbito público. Razones por las cuales el Código Civil y Comercial brinda tratamiento diferenciado a una y otra fuente filial [Krasnow, Adriana N., "La filiación por Técnicas de Reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad", Dialnet, Rev. Der. Priv., Nº. 32, 2017].

La voluntad procreacional se ha definido como un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación; como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas [Gil Dominguez, Andrés, "Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicidad", LLOnline].

"En la gestación por sustitución la "voluntad procreacional" es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una

tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior. Esta tercera persona carece de esa voluntad; por ende, aun cuando por aplicación de los

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

principios legales ya reseñados correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRHA: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el afecto que se deriva o se construye con el despliegue de tales responsabilidades” [Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, a; “Gestación., op. cit.; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento”].

Sentado ello, no caben dudas que siendo la gestación por sustitución una de las técnicas de reproducción humana asistida, previstas éstas por el Código Civil y Comercial como una de las tres fuentes filiatorias (art. 558 CCC) a todo evento, la filiación en aquella hipótesis quedará determinada inexorablemente del mismo modo, esto es, a través de la definición del vínculo volitivo, con total independencia de la existencia o no del vínculo biológico.

Ahora bien, 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. Precisamente porque en estos casos de TRHA, lo basal es la voluntad procreacional y no el dato genético. Lo que sucede es que

al no regularse la gestación por sustitución, el código no se apartó de la regla que la madre sigue al vientre, pues no tuvo en miras la disociación entre gestante y maternidad socioafectiva. Por otra parte, resultaría contradictorio aplicar la regla del artículo 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico del mismo Libro Segundo,

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

Título V, reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial, a más de implicar derechamente una grave vulneración al derecho a la filiación del niño o niña que como consecuencia de este tipo de técnicas nazca, al obligarlo/a a mantener una filiación materna con quien no ha querido asumir ese rol, habiéndolo manifestado previo y fehacientemente, privándolo del verdadero vínculo filiatorio y de su derecho a la identidad subjetiva. Asimismo, constituiría una grave vulneración a los derechos de la mujer no gestante que hubiera otorgado su voluntad procreacional, en un claro trato desigualitario y discriminatorio desconociéndole los derechos que la propia ley del mismo cuerpo normativo le otorga. Como también implicaría una seria afectación al derecho a la libertad y privacidad de la mujer gestante, obligándola a ser madre cuando precisamente su voluntad es de no serlo. "Madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva" [Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad., op. cit., pág.111]. Desde un razonamiento de pura lógica, hasta un razonamiento fundado en la interpretación armónica y coherente en diálogo de fuentes internas y convencionales en virtud de lo dispuesto por los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial, se

arriba a la misma conclusión: la regla del artículo 562 CCC resulta inaplicable a los casos de gestación por sustitución.

A esta altura del razonamiento cabe señalar que, en los casos jurisprudenciales en los que se reconoció el vínculo filial a los comitentes de gestaciones por sustitución homólogas, citados ab initio, se valoró el elemento genético como fuerza argumental para así determinarlo, cuando en verdad lo concluyente es el elemento volitivo con prescindencia del dato genético. No obstante, atendiendo a los antecedentes del presente caso que también trata de una gestación por sustitución homóloga, evidencia aún lo

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

ilógico de aplicar la regla del artículo 562 CCC al caso, cuando ya en autos se ha constatado desde el inicio, que el material genético utilizado para la fecundación in vitro del embrión que se implantará en el útero de la gestante, proviene de los propios comitentes que han otorgado su voluntad procreacional. Esto es, si al nacer el niño/niña/s se determinase su filiación conforme la regla que la madre sigue al vientre, se estaría obligando a los comitentes, verdaderos madre y padre según la norma del art. 558 CCC a realizar una acción impugnativa de filiación fundado en la inexistencia de vínculo biológico, lo que constituiría además de una ficción una clara hipocresía. Pues esto no es lo que la ley tuvo en miras al idear el sistema plasmado en el Libro Segundo, Título V del Código Civil y Comercial. (CITA: MJ-JU-M-108324-AR)

Consecuentemente, conforme la norma del artículo 558 del código civil y comercial, la filiación puede tener lugar mediante técnicas de reproducción humana asistida, sin distinguir sub especie

alguna de TRHA. Luego, siendo la gestación por sustitución gestacional -hipótesis de la que trata el presente caso -un tipo de TRHA, queda comprendida en la norma referida. Por ende, la filiación del niño/niña/s que como consecuencia de la realización de la TRHA que por el presente se autoriza, nazca/n, se determinará a través de la voluntad procreacional manifestada en el consentimiento previo, libre e informado, conforme lo estipulado en el artículo 575 CCC.

En autos, los actores han manifestado su voluntad procreacional, en el acta de consentimiento libre e informado que en debida forma fue otorgado y obra en A.D. N° 8127491. A su turno, han expresado desde su más íntimo sentir, el deseo de tener un hijo o hija sustentado en el amor filial que claramente emerge de la "constitución subjetiva de la pareja",

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

tanto surge del escrito de demanda como de lo expresado en ocasión de audiencia celebrada en fecha 22/02/2018. Por su parte, se ha constatado la falta de voluntad procreacional por parte de la gestante, en el acta de consentimiento informado que en debida forma obra A.D. N° 8127491. Ésta ha manifestado en audiencia su deseo desinteresado de ayudar mediante la gestación, a que su hermana y su marido puedan concretar el deseo de ser madre y padre. Concretamente ha manifestado tanto en forma escrita y verbal, su compromiso de gestar para otros, sin aportar material genético alguno y sin intención de asumir la maternidad.

Así, analizada integralmente la normativa es el principio pro homine el pilar fundamental de la dignidad humana [art. 29 CADH;

art. 5. 1 PIDCP; art. 5 PIDESC]. En los presentes el principio pro homine se traduce además en el principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 706 inc. c) CCC), principio de interpretación normativa y de garantía jurisdiccional, que exige aplicar el mejor derecho que satisfaga integral y simultáneamente los derechos y garantías reconocidos en todo el ordenamiento jurídico [Brunetti, A. Mariel, "El Interés Superior del Niño como garantía del debido proceso"; Rev. Col. Mag.; Rosario, 2014; "El interes superior del niño y el proceso"; Ponencia presentada en el I Congresso Internacional de Direito Processual Civil de Presidente Prudente -Sao Paulo -Rep. Fed. Brasil, mayo, 2013]. En lo que a TRHA respecta, Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera (op. cit.), han sostenido que a priori, 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." De manera tal que en función del interés superior del niño, se debe interpretar, integrar y aplicar las normas fundado en la dignidad misma del ser humano, en las

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de ellos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en los instrumentos, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades [O.C.17/2002, CIDH].

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, el niño/niña/niños/niñas que como consecuencia de la realización de la técnica que mediante la presente se autoriza nazca/n, será hijo/a/s de los actores, L [REDACTED] V [REDACTED] y [REDACTED] L [REDACTED].

Refuerzan tal conclusión los derechos fundamentales en juego que deben ser amparados, los que de 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. 706 inc. c), 558 y ccots.; art.52 y 1711 CCC).

De allí que, se hará lugar a la medida solicitada de inscripción del nacimiento del niño/niña/s que como consecuencia de la realización de la TRHA nazca/n y cuando ello ocurra (art. 558 y 575 CCC), en cumplimiento

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

de la manda del art. 2.1; 7 y 8 CDN; art. 12 y 28 Ley Nacional No. 26061 y art. 7, conforme arts. 1 y 2 CCC.

En tutela del derecho humano fundamental a la identidad (art. 7 y 8 CDN; art. 11 Ley Nacional N° 26.061), se ordenará además a los actores, hacer conocer al hijo/hija/s que en consecuencia nazca/n, su realidad gestacional de origen de conformidad a las normas de protección integral de la niñez.

Que adhiriendo en un todo con el dictamen emitido por la Sra. Agente Fiscal N° 3 en fecha 07/12/2017, lo expuesto en los considerandos y lo normado por los artículos 1, 2, 558, 575, 560, 561, 563 y 564 del C.C. y C. Ley 26.862 Art. 2 y 7, Ley 26.529 Art. 1 y 2, Ley 26485, Ley 25.673 Art. 3 inc. e y 5 inc. 3, Convención de los Derechos del Niño, Art. 75 inc 22 C.N., y lo dispuesto por el art. 34° inc. 4° y 163° del C.P.C.C.; **RESUELVO: 1).**- Autorizar la transferencia embrionaria en el útero de la gestante Sra. [REDACTED] D.N.I. N° [REDACTED], obtenido/s como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida a realizarse, de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por la nombrada y los comitentes [REDACTED] D.N.I. N° [REDACTED] y [REDACTED] D.N.I. N° [REDACTED]. **2).**- Ordenar la inscripción del niño/niña, o de los/las niños/niñas que como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida sea/n dados a luz por [REDACTED] D.N.I. N° [REDACTED], como hijo/hija o hijos/hijas de [REDACTED] D.N.I. N° [REDACTED] y [REDACTED] D.N.I. N° [REDACTED], 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 Código Civil y Comercial de la Nación, librándose los oficios

Firmado Digitalmente.

Cfr. Ley Nac. 25506; Ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico, no siendo necesaria la firma manuscrita.

Poder Judicial San Luis

pertinentes. 3).- Imponer a los progenitores [REDACTED] [REDACTED] D.N.I. N° [REDACTED] y [REDACTED] D.N.I. N° [REDACTED], el deber de informar al hijo/hija o a los/las hijos/hijas sobre su realidad gestacional, cuando alcance/n edad y grado de madurez suficiente. 4).- Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para cuando se cumplimente con el art 9 de la ley IV- 910-2014.- 5).- Intímase a los Dres. Cintia Parrino Gonella y Juan Tomas Eduardo Mercau por el término de ley a que cumplimenten con lo dispuesto por el Art. 9 de la Ley IV- 910-2014.- 6).- PROTOCOLÍCESE – NOTIFÍQUESE – DESE COPIA – OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.-

FDO: DRA. SORONDO OVANDO MARIANA (Juez Subrogante).- Por ante mí: Dra. REYERO CLAUDIA R. (Secretaria).-