

EXP -/20

"P.I.E., R.D.H. s/ AUTORIZACIÓN JUDICIAL"

SENTENCIA INTERLOCUTORIA

SAN LUIS, VEINTIUNO DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIUNO.

AUTOS:

Los presentes autos caratulados: "EXP -/20 "P.I.E., R.D.H. S/ AUTORIZACIÓN JUDICIAL" puesto en estado de dictar sentencia.

**Y VISTOS:**

Que en fecha 29 de marzo de 2020 comparece la SRA. I, DNI -, con domicilio en, y D, DNI -, con idéntico domicilio, con el patrocinio letrado de Javier Corigliano, abogado mat. 1662, constituyendo domicilio procesal en Belgrano 777 oficina 501, y procesal electrónico en jacorigliano@giajsanluis.gov.ar, ante VS respetuosamente se presenta y dice: Que en virtud de las circunstancias de hecho y de derecho que a continuación se enuncian, vienen a solicitar A) Autorización Judicial para iniciar procedimiento médico de Reproducción Asistida por maternidad subrogada. B) Declaración de certeza, tendiente a lograr que oportunamente se inscriba como madre y padre a los peticionantes, sin referencia a quien da a luz, cfr. art. 562 CC. Esgrimen argumentos de hecho. Funda su pretensión en derecho.

Ofrece prueba.

Que en fecha 7 de abril de 2020 se tiene por interpuesta acción de AUTORIZACIÓN JUDICIAL para el inicio del tratamiento médico de subrogación de vientre y eventualmente la INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO como hijo de los peticionantes.

Que comparecen a audiencia en fecha 12 de febrero de 2021 el Dr. Eliseo Catapano, Médico Especialista en Medicina Reproductiva y Cirugía Ginecológica, la Lic. María Eugenia, psicóloga y la Sra. A - a los fines de tomar conocimiento de visu de la misma.

Que en fecha 2 de marzo de 2021 contesta vista el SR. AGENTE FISCAL no emitiendo objeciones al trámite impreso en autos.

Que mediante decreto de fecha 25 de marzo de 2021 se llaman autos para resolver, providencia que firme y consentida deja a los presentes actuados en estado

de resolver

**Y CONSIDERANDO:**

Que llegan los presentes a conocimiento de quien suscribe a fin de resolver el pedido de AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL INICIO DEL TRATAMIENTO MÉDICO DE SUBROGACIÓN DE VIENTRE Y EVENTUALMENTE LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO COMO HIJO DE LOS PETICIONANTES, interpuesta por los Sres. I, DNI - y D, DNI -.

En primer lugar se debe considerar que la suscripta es competente para entender en la presente causa conforme la competencia improrrogable atribuida al Juzgado de Familia CAPITULO II Art. 5 DE LA LEY Nro. IV00892004 (5573 "R") y Ley N° IV09562016.

Que el procedimiento de gestación por sustitución, conforme surge de la doctrina consiste en "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 principios legales correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: 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, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional, comentario a fallo Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 – 20130618 – N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento", LA LEY 2013D, 195, cita online: AR/DOC/2573/2013).

En nuestro país esta práctica no está legislada y si bien no se logro su incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación, el anteproyecto la regulaba estableciendo: "Art. 562. Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los

requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

No obstante, la falta de previsión legal no ha sido obstáculo para su recepción, llenándose el vacío legal a partir de la vasta doctrina y jurisprudencia, más aun a partir de la regulación por parte del C.C. y Com. de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida las que han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos —extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma— (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora “La reproducción médicamente asistida. Merito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, LA LEY del 08/08/2011, p. 1) conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Esto es, una técnica que permite la procreación de un ser humano sin necesidad de previa unión sexual entre un hombre y una mujer (Iñigo, Delia – Levy, Lea – Wagmaister Adriana M “Reproducción humana asistida”. Enciclopedia de derecho de familia, T. III, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 551; Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, Marisa, Derecho constitucional de Familia T. II, Ediar, Buenos Aires, 2006 p. 817, misma autora “La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, pp. 61, Santamaría Solís, Luis, Técnicas de reproducción asistida. Manual de bioética. Ed. Ariel, Barcelona 2001, p. 377).

Por ello surge de aplicación la ley N° 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicoasistenciales de reproducción médicamente asistida, disponiendo en su Art. 2 “se entiende por reproducción médicamente asistida

a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas la técnica de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos o técnicas desarrollados mediante avances técnicocientíficos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”, y en cuanto a los beneficiarios el art. 7 establece “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, de 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” abarcando “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, 1° ed. CABA, LA LEY, 2015,T III, p. 76) y además los Art.558 y 562 del C.C.y Com. reconocen como fuente de la filiación a la voluntad procreacional, incorporando las TRHA.

Asimismo, en torno a su reconocimiento constitucional, se puede deducir su recepción a partir del Derecho a la Conformación de la Familia receptado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que forma parte de nuestro bloque constitucional. Al respecto se sostienen “La base legal, doctrinaria y jurisprudencial de la que es posible inferir la permisión de la técnica ICSI y sus necesarias consecuencias (selección al azar de embriones que serán implantados y crioconservados),es posible deducirla como consecuencia de nuestro bloque de constitucionalidad federal, pues el derecho a la salud reproductiva, a la vida íntima y familiar, a la integridad personal y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, encuentran reconocimiento en distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos que, en nuestro país, ostentan jerarquía constitucional art. 75, inc. 22 de la C.N., y también ha sido expresamente reconocido por la Corte IDH en el ya reseñado Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. (del voto en disidencia del Dr. Palermo)” (conf. SCJMza. Expte.: 110803 – L., E.H. Y OT. EN J. 221.605/50.235 L., E.H. c. O.S.E.P. p/ acción de amparo p/ apelación s/ INC. Fecha: 30/07/2014. Confirmado por la C.S.J.N. el 01/09/2015).

Además se sostiene que es una técnica en principio permitida, 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 Domínguez: “Si bien existe un vacío legal, esto no se traduce en un vacío constitucionalconvencional. 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 no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19 CN) (Gil Domínguez “La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico” Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos N° 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), a saber: “1) Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida en similares a lo expuesto; 2) Se debe regular la gestación por sustitución en una ley especial conforme el criterio del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación; 3) La ley especial de gestación por sustitución debe hacer hincapié en la protección de todas las personas intervinientes; 4) El nacido por gestación por sustitución con edad y grado de madurez suficiente, tiene derecho a conocer su realidad gestacional y a acceder al expediente judicial 5) El derecho a conocer los orígenes del niño nacido por gestación por sustitución realizada con material genético de personas ajenas al proyecto parental se resuelve, en el caso de los donantes de gametos, por aplicación de los artículos 563 y 564 del Cód. Civil y Comercial de la Nación” (Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Paula Fredes (UN de H. de Río Negro), M. Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de La Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow).

Ante lo expuesto y tal como sostienen las prestigiosas Dras. Herrera, Lamm y Kemelmajer, gracias a la utilización de estas técnicas se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales en tanto si bien podremos hablar de la utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para

parejas heterosexuales —casadas o no— y dentro del marco de la llamada fecundación homologa (como es el caso de autos) también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual, etc. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”. Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, p. 6).

Que en el puntual caso traído a examen los SRES. R Y P han efectuado un largo recorrido en búsqueda de su ansiado hijo, han pasado por distintos procesos muy dolorosos y frustrantes antes de plantearse como opción el proceso de subrogación de vientre. Como se acredita con los certificados médicos ella padeció desde siempre problemas ginecológicos, pero aun así y en contra de todos los pronósticos logro quedar embarazada. Como se lo habían anticipado los médicos, el embarazo era de riesgo y aun poniendo en peligro su vida decidió no interrumpir el mismo, dejándolo en manos de Dios y siguió adelante. Lamentablemente tuvo un triste desenlace, perdió a su bebé y por complicaciones en su salud, sufrió una histerectomía total generando su infertilidad, ya de carácter irreversible.

Continuando con su proyecto de ser padres se inscribieron en el Registro Único de Adoptantes, completando todo el proceso, pero por los avatares propios de la vida, sumidos en la enfermedad y fallecimiento de sus padres y sus propios problemas de salud, al no poder cumplir en tiempo y forma con los requerimientos, se dispuso su baja de la lista de pretendientes adoptantes.

No obstante lo expuesto, no claudicaron en seguir detrás de su sueño de tener un hijo y como última opción, con el asesoramiento médico del DR. ELISEO CATAPANO, comenzaron con el proceso de subrogación de vientre, presentándose ante estos estrados judiciales a petitionar su autorización.

Que los peticionantes, tal como se expone, han llevando adelante un proceso en pos de su ansiada paternidad y lejos de renunciar al verse truncada la maternidad paternidad biológica y adoptiva, ante los adelantos médicos que son indiscutibles, se

presentan solicitando autorización para realizar una TRHA, informando que el material ovulo será aportado por donante anónimo, el espermatozoide por el Sr. R y el embrión producto de la fecundación invitro será transferido a la gestante SRA. A DNI Nº -, quien no tendrá ningún vínculo genético, al no aportar sus gametos.

En cuanto a la gestante SRA. C surge de autos que la misma vive en la ciudad de Rio Cuarto Provincia de Córdoba, es progenitora de una niña K de 5 años de edad y en torno a su motivación personal, en el informe psicológico textualmente se expone “Cuando conocí a E y su historia, me enamoré de ellos y quise ayudarlos”. “Soy mamá y entiendo el deseo y la lucha de ellos por años para lograr ser padres”. Mostrando empatía emocional.”. Que si bien la gestante es un tercero, dado que no pertenece al seno familiar de los peticionantes, ello no es óbice para llevar adelante el proceso, dado que según se expone en audiencia y se acredita con el informe de la psicóloga tratante, su motivación es desinteresada, es consciente, está preparada, su intervención es voluntaria, se encuentra comprometida, asumiendo una actitud responsable para llevar adelante la gestación.

De lo expuesto surge en forma clara y manifiesta la voluntad que motiva a los actores, quienes desean desde lo profundo conformar una familia, esperan ansiadamente ese hijo y si bien han atravesado duras pruebas, no se han rendido, manteniendo incólume su voluntad procreacional.

Como así también se ha acreditado la falta de la misma en la gestante quien ha prestado su consentimiento en forma libre y desinteresada, asumiendo una actitud altruista al llevar adelante proceso de gestación del hijo de los peticionantes.

Conforme lo expuesto, respecto a la filiación el Art. 558. establece “Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción....” Y el Art. 562. Textualmente reza “Voluntad procreacional 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”.

De las normas citadas surge que en los casos de filiación derivada de TRHA el eje central y determinante es la “VOLUNTAD PROCREACIONAL”, ocupando un lugar secundario la información genética, pudiendo ser aportado el material por la pareja o incluso por un tercero, como sucede en el caso de autos que se recurre a la ovo donación.

Que la jurisprudencia al respecto tiene dicho que “el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada voluntad procreacional (...) que importa la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior”. Es decir, “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 en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal” en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 50. Editorial AbeledoPerrot, p. 111).

Respecto a la filiación materna se debe comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental (Famá, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación” LA LEY 21/06/2011, 1, LA LEY 2011C, 1204; La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 60 y ss.; Fortuna, Sebastián Ignacio “Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”; RDF, núm. 57, AbeledoPerrot, 2012; Lamm, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada...” en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 50, AbeledoPerrot, Julio de 2011, pp. 107, entre muchos otros).

Que en el caso de autos la SRA. P ha manifestado su deseo de engendrar un

hijo y su voluntad procreacional determina la filiación del niño o niña, en virtud de sus derechos constitucionales y convencionales, en una armónica aplicación del derecho conforme lo establecen los de los artículos arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Que la gestación por sustitución se encuentra garantizada a través del reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar (Art. 11 CADH e interpretación CIDH "Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica"), 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).

Además no se puede soslayar que el principio que rige, nuestro sistema constitucional de derecho es el pro homine, pilar fundamental de la dignidad humana (art. 29 CADH; art. 5. 1 PIDCP; art. 5 PIDESC) y en el caso de examen se debe conjugar con el principio del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; 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 interés superior del niño y el proceso"; Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Direito Processual Civil de Presidente Prudente Sao Paulo Rep. Fed. Brasil, mayo, 2013).

Que todo el proceso de gestación por subrogación, debe tenerse como prioridad, tal como surge del Anteproyecto del CC y Com., el respecto y observancia del interés superior del niño por gestar, analizándose y asegurándose a la luz de dicho estándar como expresa las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera que a posteriori del nacimiento, las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo.

Por ello, no hay duda que SRES. P Y R van a brindarle al niño o niña, que de la subrogación ha de nacer, todo el amor y contención que requiere, porque lo anhela, lo desean, lo han soñado y lo siguen con todas sus fuerzas buscando.

En tal entendimiento y con esa convicción, bajo el prisma del interés superior

del niño he analizado el presente caso, examinando las normas vigentes que regulan el derecho filiatorio, a la luz de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al sistema normativo (art. 1 y 2 CCC) como se ha expuesto precedentemente.

En conclusión y de acuerdo fundamentos precedentemente analizados adelanto que corresponde hacer lugar a la solicitud de autorización judicial peticionada garantizándose así el derecho de acceso a la 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). Por ello y conforme los arts. 2.1, 7° y 8° de la CIDN, el niño o niña que como consecuencia de la realización de la técnica será hijo de los actores, procediéndose así a la inmediata inscripción de su nacimiento.

Por todo lo explicado anteriormente, jurisprudencia y normativa legal citada;

RESUELVO:

- I) AUTORIZAR LA TRANSFERENCIA EMBRIONARIA EN EL ÚTERO DE LA GESTANTE SRA. A DNI Nº - OBTENIDO 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 SRES. I, DNI - y D, DNI -.
  - II) ORDENAR LA INSCRIPCIÓN DEL NIÑO O NIÑA O DE LOS NIÑOS O NIÑAS COMO HIJO/AS DE LOS SRES. I, DNI - Y D DNI - DEBIENDO EL REGISTRO CIVIL Y DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CORRESPONDIENTE EXPEDIR EL CERTIFICADO DE NACIMIENTO RESPECTIVO CONFORME ART. 1, 2, 559 DEL C.C.Y COM Y ART. 2.1, 7° Y 8° DE LA CIDN. OFICIESE.
  - III) IMPONER A LOS PROGENITORES el deber de informar al hijo/s y/o hija/s sobre su realidad gestacional cuando alcance la edad y grado de madures suficiente.
  - IV) Previo a Regular los honorarios, acredítese la inscripción ante AFIP e IIBB. V) Expídanse por Secretaria los testimonios y/o certificaciones que se solicitaren.
- PROTOCOLICÉSE, NOTIFÍQUESE POR SECRETARIA Y AL SR. DEFENSORA DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA E INCAPACES, Y OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.

Firmado digitalmente Dra. VIVIANA E. OSTE, Juez Titular, conforme lo autoriza el artículo 160 del CPCC.