

13-05763754-9

N° 639/20/2F

"R [REDACTED] G [REDACTED], T [REDACTED]
F [REDACTED] Y S [REDACTED]
B [REDACTED] J [REDACTED] POR
AUTORIZACIÓN JUDICIAL
PREVIA A TRHA Y FILIACIÓN"

Mendoza, 23 de Diciembre de 2021.

AUTOS Y VISTOS: Los presentes autos arriba intitulados, llegados a despacho en estado de resolver, de los que:

RESULTA:

Que se presenta el Ab. Ruatta en representación de G [REDACTED] R [REDACTED] y F [REDACTED] T [REDACTED] y la Ab. Bazán en representación de la Sra. J [REDACTED] B [REDACTED] e interponen acción declarativa de certeza con medida autosatisfactiva para requerir autorización judicial a fin de iniciar técnica médica de gestación por sustitución, y que se determine la filiación del o los bebés que nazcan.

Manifiestan que los padres procreacionales del bebé son los Sres. G [REDACTED] R [REDACTED] y F [REDACTED] T [REDACTED] y que la Sra. J [REDACTED] B [REDACTED] brindará su capacidad gestacional.

Refieren que los primeros mantienen un vínculo desde hace ya 18 años de pareja y que para setiembre del 2018 deciden realizar la inscripción de su unión convivencial y que después de tantos años surge su deseo de formar una familia.

Señalan que debido a la profesión que ejerce el Sr. R [REDACTED] Lic. en obstetricia, decidieron recurrir a la posibilidad de realizar una gestación por sustitución, que en la búsqueda de ayuda e información señala, que sus mandantes conocieron a la Sra. B [REDACTED] por intermedio de un amigo en común, que se ofreció a colaborar con ellos en forma desinteresada a fin de que la pareja pueda concretar el derecho de formar una familia.

Relatan que las indicaciones médicas fueron dirigidas por el médico Tersoglio.

Que en fecha 18 de Agosto de 2020, una vez cumplimentados los requisitos exigidos por el Juzgado, y atento la ausencia de regulación legal en la normativa de fondo de la figura de la Gestación por Sustitución en Argentina, y de conformidad con las facultades calificadoras conferidas por el art. 46 inc. 9 CPCCyT, se dispuso el trámite para la ACCION INNOMINADA TENDIENTE A OBTENER AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA para la práctica de transferencia embrionaria en el marco de la técnica de reproducción humana asistida de Gestación por Sustitución Y POSTERIOR DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DEL/LOS CONCEBIDO/S E INSCRIPCIÓN DEL/LOS NACIMIENTOS COMO HIJO/S de los comitentes R [REDACTED] G [REDACTED] y T [REDACTED] F [REDACTED]

En esa oportunidad, como medida de oficio, atento las particularidades de la causa y a fin de evitar actos u omisiones que puedan poner en peligro los derechos fundamentales de los involucrados y el/los niño/s por gestar, como medida de preventiva y provisional de protección, se dispuso la prohibición de innovar respecto de la situación original, debiendo abstenerse de practicar cualquier tipo de procedimiento de transferencia embrionaria o similar, a la vez que se emplazó a las profesionales intervinientes y al médico genetista a prestar toda la colaboración en la observancia del cumplimiento de la medida provisional dispuesta.

Que para fecha 2 de noviembre de 2020 toma intervención la Dra. Eleonora Lamm, en su carácter de SubDirectora de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la SCJMza solicitando se revise la cláusula 4 del convenio acompañado.

Que para fecha 16 de Diciembre de 2020 se desarrolla la audiencia fijada en autos ante el suscripto y con la comparecencia de G [REDACTED] R [REDACTED] y F [REDACTED] T [REDACTED] con

el patrocinio del Ab. Ruatta; Sra. J. [REDACTED] B. [REDACTED] con su patrocinante Ab. Bazan, y la Subdirectora de la DDHH, Doctora Elenona Lamm.

Que para marzo de 2021 toma intervención la Sra. Defensora Oficial a cargo de la 7ª Defensoría.

Que de acuerdo a Cod. IdBRECS101147 se agregan los informes de los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.) – Sector Salud Mental a raíz de las entrevistas mantenidas con los interesados, que se pone a disposición de los mismos en decreto de 19 de mayo de 2021, como así también las pericias de CAI –Sector Medicina Interna de acuerdo escrito portal N° 150131/21 y 256472/21

Que mediante Cod. Id. ARLDQ12039 las partes acompañan convenio relativo a los efectos jurídicos relativas a la práctica.

Asimismo, y en consecuencia emiten dictamen sobre el mismo la SubDirectora de DDHH, y el Ministerio Fiscal, respectivamente.

CONSIDERANDO:

Que de la relación de los hechos expuesta surge que se ha traído a resolver un caso que no cuenta con regulación expresa en el CCyC ni en alguna ley interna sobre el particular, y que involucra fundamentalmente cuestiones relativas a la filiación y su determinación, al acceso y avance de las técnicas de reproducción humana asistida, al derecho a la identidad y al respeto por el derecho a la vida familiar, y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que por imperio del art. 3 de aquel cuerpo normativo no puedo dejar de resolver.

La cuestión se centra, entonces, en la necesidad de expedirse sobre la procedencia del pedido de autorización judicial para la realización concreta de la práctica de transferencia embrionaria para la gestación por sustitución y la determinación de la filiación del o los bebés que nazcan de la misma, como asimismo las demás consecuencias jurídicas de la práctica de esa técnica de reproducción humana asistida que dio origen a su existencia.

1.- LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

A fin de encuadrar la cuestión y brindar una solución al caso, cabe recordar que la filiación es el conjunto de relaciones jurídicas, determinadas por la maternidad y la paternidad, que vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia, y según marca el art. 558 del CCyC puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

Puntualmente y en relación a la atribución de la maternidad y la inscripción del nacimiento, señala María Victoria Fama que "desde los tiempos más remotos, la determinación de la maternidad ha encontrado su fundamento en los adagios romanos *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater Semper certa est* (la madre siempre es cierta), que importan suponer que la maternidad se acredita por el parto de la mujer o, en otras palabras, que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) atribuye ipso iure la maternidad" ("La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal", segunda edición ampliada y actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, págs. 61 y ss).

Esta línea sigue nuestro ordenamiento legal en el art. 565 CCyC que establece: "En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido...".

Frente a esto señala Zannoni que "La ley 23.264 ha preferido, pues, prever la determinación de la maternidad de modo positivo si resulta directa e inmediatamente del nacimiento: demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar más requisitos" (ZANNONI, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, t. II, 4ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 340).

Recordemos que, además, cuando quien da a luz se encuentra casado/a, inmediatamente y por imperio de lo prescripto por el siguiente artículo (Art. 566 primer párrafo CCyC) la paternidad del nacido se atribuye al/la cónyuge de aquél/lla. Estas normas deben complementarse con las disposiciones que emanan de la ley de Registro Civil N° 26.413, en particular, los arts. 32 y 33.

La cuestión radica en definir si esas normas son aplicables al caso, o no, o si sólo ellas lo son.

2.- LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES COMO PUNTO DE PARTIDA:

Antes de comenzar el análisis del caso, debo reconocer que en principio la gestación por sustitución es una cuestión novedosa en nuestra Sociedad no sólo argentina sino en el mundo, que, sin embargo, no es esta la primera sentencia que se dicta en nuestro país en la materia y que, en ese sentido, tengo a la vista las conclusiones de las que se han encargado de analizarla en otras oportunidades, incluso con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC.

Debo, asimismo, reconocer que a partir del año 2018 se advierte una proliferación y variación de casos sobre la temática que pone otra vez el ojo sobre la necesidad de su regulación normativa.

Debo, por último, reconocer también el arduo trabajo y comprometido análisis de los jueces y juezas en nuestro país que comenzaron a abrir el camino jurisprudencial en este tópico tan caro a la Bioética y tan candente para el Derecho, que aún permanece silenciado por la Ley. A ellos y ellas agradezco sus reflexiones y argumentos y estimo oportuno destacarlos: 1) Juzgado de Familia de Gualeguay "B., M. A. v. F. C., C. R. - ordinario" del 19 de noviembre de 2013; 2) Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 "N. N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento" del 18 de junio de 2013; 3) Tribunal de Familia de Rosario N° 7 "F. M. L. y otra s/Autorización judicial del 2 de diciembre de 2014; 4) Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 "C., F. A. y otro c/R. S., M. L. s/Impugnación de maternidad" del 18 de mayo de 2015; 5) Juzgado Nacional en lo Civil N° 83 "N. N. O. s/Inscripción de nacimiento" del 30 de junio de 2015; 6) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza "O. A. V. p/Medida Autosatisfactiva" del 29 de julio de 2015; 7) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza "C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento" del 15 de diciembre de 2015; 8) Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche Expte. N°10.178 14 del 29 de diciembre de 2015; 9) Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora "H. M. y otro/a s/Medidas precautorias" del 30 de diciembre de 2015; 10) Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario "S. G. G. y otros s/Filiación" del "S. G. G. y otros s/Filiación"; 11) Juzgado Nacional en lo Civil N° 7 11) Juzgado Nacional en lo Civil N° 7 del 23 de mayo de 2016; 12) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 "S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento" del "S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento"; 13) Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de

Moreno "S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar" del 4 de julio de 2016; 14) Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 "B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación del 20 de septiembre de 2016; 15) Juzgado de Familia N° 3 de Gral. San Martín "M., I. M. y otro s/autorización judicial" del 22 de agosto de 2016; 16) Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora "G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida" del 3 de octubre de 2016; 17) Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora "B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar (277)" del 30 de noviembre de 2016; 18) Juzgado Civil de Primera Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 81. "Santalla, Ignacio Nicolás y otro c/ Aguilar Cíntia Laura s/ impugnación de filiación" del marzo de 2017; 19) JUZGADO de FAMILIA N° 5, Viedma "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL del 7 de Julio de 2017; 20) Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza "M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por Medidas Autosatisfactivas" del 6 de setiembre de 2017; 21) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 "S. T., V. s/inscripción de nacimiento" (sentencia no firme) del 20 de octubre de 2017; 22) Juzgado de Familia de 2ª Nominación "CORDOBA R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION" (EXpte. N.º 3447358) del 22 de noviembre de 2017; 23) Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de ROSARIO "H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS" del 5 de diciembre de 2017; y 24) Juzgado de Familia N° 4 de Mendoza "G Y S, S B D y M W A p/ Medida autosatisfactiva" N° 3614-16 del 22 de diciembre de 2017.M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas. 15/02/2018"D., R. d. V. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION". Expte. N° 6554133 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de Trabajo y Familia de Bell Ville. Fecha: 6-dic-2018 "V. A. B. y otros s/ solicita homologación"25/04/2019C., C. A. y otros s/ materia a categorizar" 22/04/2019"O. F., G. A. y otro s/ Autorización" 03/04/2019"D. J. E. y otro/a | autorización judicial". 27-04-2020.

Que en esos fértiles antecedentes, las grandes similitudes giran en torno a la cuestión de los Derechos Humanos y especialmente al reconocimiento del derecho a la vida familiar y el principio del interés superior del niño, algunos se encausaron procesalmente como procesos autosatisfactivos, mientras que otros trascurrieron por los canales propios del tramite cautelar (buscando, a veces, impedir la inscripción del nacimiento por imperio del art. 562 CCyC) y los de las acciones declarativas. Por último, varios debieron acceder a las vías impugnativas de la filiación de la maternidad y, claro, están los que no encontraron otro camino que la declaración de inconstitucionalidad.

La consideración de los antecedentes jurisprudenciales citados, a la par de los desarrollos doctrinarios, me permiten llegar a una conclusión en base a las siguientes argumentaciones:

3.- LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Como sabemos, en la República Argentina no existe en la actualidad regulación legal que habilite o prohíba, la técnica utilizada por los peticionantes, esto es la maternidad mediante la subrogación de vientre utilizando material genético de la propia pareja, o de uno de ellos y un donante anónimo.

Ahora bien, cabe recordar que en nuestro país rige la ley N° 26.862 (sancionada el 5 de junio de 2013) que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, cuyo artículo 2 dispone “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 técnico- científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”, determinando la extensión de los beneficiarios en el art. 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, 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”. 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, 1° 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 desprende, 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).

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), 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 espermatozoides- (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).

En palabras de las Doctoras 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 homóloga (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).

En nuestro caso, a través de un procedimiento de transferencia embrionaria se busca implantar material genético en un vientre que no es de quienes se pretende la determinación de la maternidad y paternidad, utilizando la denominada “*gestación por sustitución*”.

Esta técnica importa 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 2011-C, 1204; La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, 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, Abeledo-Perrot, Julio de 2011, pp. 107, entre muchos otros).

Así, el elemento determinante de la filiación es la denominada “voluntad procreacional”, esto es la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, pero recurriendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Este tercero, por aplicación de las reglas referidas a la identidad filial, en particular principio “*Mater certaest*” carece de esa voluntad, esto es, el desear ser la madre del nacido (sobre el elemento volitivo de todos los involucrados me referiré en profundidad con posterioridad).

Entonces, el problema que se presenta frente a la “gestación por sustitución” es la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia.

Ahora, ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes a este medio de acceder a la maternidad, corresponde aplicar la normativa general de fondo, en función de la orientación que brindan los arts. 1 y 2 del CCyC.

Queda claro que el vacío legal de regulación de la gestación por sustitución –que, merece señalarse, nos guste o nos guste, *no deja de practicarse porque la ley no quiera verla-*, va siendo completado por la jurisprudencia y que impone la necesidad crear un procedimiento y recabar y validar toda la información necesaria para tratar de resguardar la legalidad y conciliar los intereses en juego, especialmente el de los menores de edad involucrados.

La conclusión se impone: se trata de una técnica 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 Domínguez: “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 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 Código 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). Como así también se ha decidido en la vasta jurisprudencia nacional citada. Ello, a más de haber sido receptada como se anticipara, 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.

4.- EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN EL CASO.

Con lo expuesto hasta aquí, advierto que para la solución al caso, ante la ausencia de ley que lo regule específicamente, se encuentra en el esquema constitucional argentino que integra el CCyC junto con todo el bloque de constitucionalidad federal.

a) El Estado Constitucional Convencional de Derecho: Siguiendo a Andrés Gil Domínguez (en “El Estado Constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial”. Ed. Adiar, Buenos Aires 2015, págs. 15 y ss), el estado constitucional y convencional de derecho construye un Derecho constitucional y convencional civil y comercial alimentado por una Constitución, como fuente interna, y por una Convencionalidad, conformada por los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos como fuente externa invitada por la Constitución a compartir la supremacía constitucional.

El Estado constitucional y convencional de derecho se caracteriza por generar un juego de permanente diálogo y retroalimentación –en el que se respeta la textualidad de cada fuente y la interpretación que realiza de ellas cada órgano con competencia para hacerlo- entre la Constitución y la Convencionalidad como nexo vincular entre Estado y Derecho.

La Constitución y la Convención se constituyen como regla de reconocimiento y fuente de legitimación y recrean un nuevo orden simbólico en el cual la plasticidad de las subjetividades se encuentran con un Otro que todo no lo sabe ni tampoco

lo puede. Como tal, tiene fuerza normativa, configura la supremacía constitucional y convencional.

En este paradigma los jueces también cumplen una función interpretativa y ponderadora argumental de las antinomias y lagunas que existen entre la Constitución sumada a la Convención y la ley, cuando deben resolver un caso concreto mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad (de oficio o a pedido de parte).

A partir de la reforma constitucional de 1994, el paradigma constitucional argentino se configura como un Estado constitucional y convencional de derecho, siendo la referencia dogmática fundamental, el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, que posibilita la articulación de la Constitución con Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos dotados, originariamente por el Convencional Constituyente, con jerarquía constitucional, o bien, dotados de la mencionada jerarquía de forma derivada por el Congreso mediante un sistema de mayorías agravadas, similar al requerido para reformar la Constitución.

b) El Código Civil y Comercial de la Nación reafirma este paradigma: Siguiendo al prestigioso constitucionalista, la sanción de Código Civil y Comercial no solo implica un significativo y moderno cambio normativo, sino que también concreta la adecuación del Derecho secundario civil y comercial al paradigma constitucional vigente. Configura un tránsito positivo del Estado legislativo de derecho que se va con el viejo código al Estado constitucional y convencional de derecho que se viabiliza en las relaciones entre los particulares con el nuevo código.

Los artículos 1, 2 y 3 representan claramente este tránsito de paradigma. El artículo 1 sostiene que “los casos” que el código rige deben ser resueltos conforme con la Constitución y los tratados de derechos humanos. El artículo 2 establece que “la ley” debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos. El artículo 3 le impone al juez el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Si bien siempre el primer paso en la aplicación de la ley es deductivo, y como tal, implica que se debe “delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma”,

se reafirma que “de todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes”. Para esto es necesario realizar interpretaciones conformes con la Constitución y los tratados ratificados por la República Argentina.

El artículo 1 del Código Civil y Comercial, al establecer el sistema de fuentes, recepta el paradigma del Estado constitucional y convencional de derecho vigente en el ordenamiento jurídico argentino.

Las reglas generales y abstractas ceden paso a los principios cuando se manifiestan situaciones que exigen la adecuación y evaluación caso por caso. El proceso de personalización del Derecho encarna un valor que resulta fundamental para la persona como sujeto irrepetible

El código está diseñado para resolver conflictos y, como consecuencia de ello, se establecen las fuentes en las que se encuentran los criterios de autoridad para el efectivo cumplimiento de dicha tarea. En un caso concreto, las fuentes que configuran la regla de reconocimiento del Estado constitucional y convencional de derecho argentino pueden aplicarse directamente apartando las reglas generales dispuestas por el Código Civil Comercial a efectos de hacer efectivos los derechos que conforman el parámetro de validez sustancial.

Existe una aplicación operativa y directa del sistema de fuentes del Estado constitucional y convencional de derecho argentino.

c) La obligación de resolver en clave constitucional convencional: El art. 3 CCyC establece: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

Afirma Gil Domínguez en la obra que vengo citado, que una decisión será razonablemente fundada cuando: a) determine y pondere derechos de textura abierta mediante la argumentación judicial; b) considere que el bien común como límite de los derechos solo puede ser interpretado en términos constitucionales y convencionales; c) tenga en cuenta que el derecho a la no discriminación configura la norma de cierre del sistema de fuentes; d) utilice las variadas alternativas que ofrecen las sentencias intermedias

en torno de la aplicación de la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos.

La situación descrita trae aparejada que la *colisión*, en la cual existen dos o más derechos fundamentales y humanos que se encuentran en una situación de tensión, que derivará en la prevalencia de uno respecto de otro –según las circunstancias del caso concreto–, luego de haberse realizado el respectivo juicio de ponderación, sin que esto implique que el derecho prevalecido desaparezca de la faz normativa (sino que, por el contrario, subsiste a la espera de otra determinación o colisión, para volver a actuar). Existe una necesidad ineludible de argumentar constitucionalmente, y esto implica dar razones suficientes de los resultados a los cuáles se arriba.

La determinación o concretización consiste en posibilitar el ejercicio de un derecho respecto de un supuesto de hecho que pretende ser subsumido en su contenido, y para ello se aplican como vectores interpretativos el principio pro persona, el principio de progresividad y no regresividad, el principio de universalidad e interdependencia de los derechos y el derecho a la no discriminación.

El control de constitucionalidad y de convencionalidad posibilita la existencia de un particularismo que le dé una respuesta a cada titular de un derecho según las circunstancias que delimiten la pretensión iusfundamental esgrimida.

d) La función aditiva en cabeza del juez constitucional convencional:

La aplicación directa de normas convencionales, en casos como el presente, máxime ante la falta de previsión legal específica, deviene necesaria e importa una especie de proceso de adición normativa por el que el juez, en su rol de integrador del Derecho y en cumplimiento del mandato legal (art. 3 CCyC), adiciona o añade algo al texto legal para que compatibilice con la Constitución Nacional

Que de conformidad con este esquema de interpretación y aplicación de la normativa convencional al caso concreto en supuestos como el analizado (máxime –reitero– ante la falta de previsión legal) se toma de aplicación inmediata y operativa la Convención Americana de Derechos Humanos, en una operación aditiva al texto del CCyC y demás leyes internas que regulan las relaciones familiares y exigen la resolución de los casos por parte de los jueces (arts. 1, 2 y 3 CCyC)

Es una operación no sólo avalada por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) sino que, además, se convierte en una obligación dirigida al intérprete en el Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

Es que, como sostuvo el maestro Bidart Campos, “la Constitución, como norma jurídica, no consiste en un mero consejo o recomendación hacia los poderes constituidos y los particulares ... En el marco de un estado social y democrático de derecho, la Constitución tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicancias. En este sentido, como norma fundante del orden jurídico del estado, es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político (conf. Bidart Campos, Germán, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995. pág. 55)

Además, la expansión de la fuerza normativa de la Constitución no se conforma con la existencia de un orden normológico. Por el contrario, las normas deben ser proyectadas a la vigencia sociológica, para que la fuerza normativa alcance una real encarnadura social.

5.- EL DERECHO A LA CONFORMACIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:

La idea expuesta no es nueva y viene ganando espacio en la jurisprudencia de nuestro país y ha sido receptada con claridad por la Suprema Corte de Mendoza. “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/ ACCION DE AMPARO P/ APELACION S/ INC. Fecha: 30/07/2014.Confirmado por la C.S.J.N. el 01/09/2015).

Desde esta perspectiva integradora del Derecho se impone el análisis de la técnica de la gestación por sustitución en el origen del derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia, puesto que el mismo, así como la protección de la familia constituyen uno de los derechos esenciales garantizados por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este sentido, se destaca, por un lado, la norma del art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin discriminar tipos de familia, por lo que se debe entender que la Convención establece una protección general para TODAS las familias.

Por otro lado, y en sintonía, tanto el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el Art.15 del Protocolo de San Salvador, establecen el derecho a la constitución de la familia, como un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculados con el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

En esta línea de interpretación, y por su enorme trascendencia, merece destacarse las argumentaciones del caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, del 28/11/2012, en el que la Corte Interamericana de Derecho Humanos concreta y delinea el derecho a la vida familiar en términos claros cuyas conclusiones resultan aplicables a nuestro caso.

En esa oportunidad, recordó, en primer lugar que el artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar, sosteniendo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Y concluye que, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

Mas adelante, en el mismo fallo (a partir del párrafo 143) consolida la argumentación en relación a la necesidad de protección por parte de los órganos del Estado dirigida al respeto del derecho a la vida familiar al sostener que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad.

"La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico" (párr. 143)

Así entendido, el derecho a la vida familiar; se proyecta hacia 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.

"... El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales

de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.” (párr. 145)

Además, como se desprende de la doctrina del fallo de la Corte, el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

Pero, según el máximo Tribunal americano, los alcances de este derecho van más allá y “... La salud reproductiva implica ... los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables” (párr. 149)

De ello se colige que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. “El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. ... Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.” (párr. 150)

En esta línea y en el caso en particular la gestación por sustitución se presenta como la única alternativa posible para tener un hijo “genéticamente propio” por la pareja conformada por Gustavo Rinaudo y Fernando Tavano, y hacer efectivo su derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia. Lo contrario importaría

vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de tutela efectiva.

6.- LA SOLUCIÓN AL CASO: LA INAPLICABILIDAD DEL ART. 562 CCyC – EL DERECHO APLICABLE:

Con estas claras referencias a la vista, no cabe duda alguna que en el caso concreto, la aplicación de las reglas sobre voluntad procreacional importan la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio (o no) empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior como vía para concretar el derecho a la conformación de la familia

Y aún más: En nuestro Derecho constitucional y convencional, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás, a la par de que las normas sobre filiación y su determinación por esas técnicas previstas en el CCyC no son de aplicación al presente caso, en que la persona que presta su voluntad procreacional no coincide con la que dio a luz, debiendo, en consecuencia, buscar la regulación jurídica de este supuesto particular en las normas citadas de la Convención Americana.

Queda claro que en el campo de la reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es la típica fuente de creación del vínculo, pero la regulación del art. 562 CCyC, constituye en este caso de gestación por sustitución una barrera para el ejercicio de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica, tanto de personas adultas como menores de edad, lo que torna dicho texto normativo inaplicable a la situación bajo juzgamiento, que, claramente, escapa a la previsión normativa.

Siendo que la finalidad del mismo Art. 562 CCyC está destinado a las TRHA en las que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la

misma, haya aportado o no su propio material genético. En el caso traído a análisis estamos ante una persona gestante y dos personas que han emitido su voluntad procreacional que son distintas, y que -por lo tanto- no es el caso regulado en el art. 562 del CCyC.

Sin embargo en concordancia con el art. 558 y art. 575 del CCCN y principalmente a la luz del art. 2 del CCyC que establece que la ley "debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre los derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento", **es indiscutible que el art. 562 del CCCN, tiene como principio fundamental la voluntad procreacional para determinar la filiación, como también que no es aplicable al caso en concreto.**

Al respecto tiene dicho la jurisprudencia *"Así, una norma no puede ser aplicada en un sentido que contraríe su finalidad. Sería absurdo que prevaleciera por rigorismo formal (rigorismo bueno y destinado a proteger el bien del niño) una norma que termine por desvirtuar el interés que busca proteger. Si la norma busca proteger la dignidad, el interés del niño, su derecho a una familia, su identidad, no puede ser aplicada de tal suerte que contraríe todos los intereses en juego. No se trata de la inconstitucionalidad de la norma, sino de una aplicación que se adecue al diálogo de fuentes que hemos señalado párrafos arriba y a la finalidad del instituto."*(Expte.: 15/10/2021 B., B. D. R. y otros s. Autorización judicial Trib. Fam. Sala II, San Salvador de Jujuy, JujuyCita on line: RC J 7466/21)

Es que la actual idea de la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico.

En este sentido expresa LORENZETTI que cuando se trata de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, en la que puede suceder que no coincida en una misma persona el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia a este último. Es decir, debe prevalecer la maternidad/paternidad consentida y querida (Aut. Cit. Código Civil y Comercial Comentado, T. III, p. 501)

En posición coincidente ALTERINI sostiene, que **no quedan dudas de que no hay necesidad de declarar la inconstitucionalidad en los casos complejos, pues**

basta con aplicar la ley de conformidad con sus fines, los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos. Así, si la norma tiene una buena finalidad, requiere ser corregida cuando su aplicación literal conduce a una clara injusticia, y un menoscabo de los fines que persigue respecto de un niño (ALTERINI, Jorge, Código Civil y Comercial Anotado. Tratado Exegético, T. III, p. 682/683 y p. 722).

Súmese a lo expuesto, como se reiteró, la obligación impuesta a los operadores, en especial los jueces, por el art. 3 del mismo cuerpo legal de resolver los casos y garantizar las protecciones debidas por la magistratura en el marco del sistema de protección de derechos humanos.

La salida, entonces, se encuentra en otro lado: en la ponderación razonada de los intereses en juego, los derechos humanos involucrados y el sistema jurídico del Estado Constitucional Convencional de Derecho de nuestro país.

Pero, en esa operación aditiva del texto legal (de fuente interna, en nuestro caso el CCyC), no debe perderse de vista la trascendencia sociológica que implica: es que el DERECHO A VIVIR EN FAMILIA, es decir, A LA VIDA FAMILIAR, se integra también por el derecho al vínculo filial con la debida celeridad en la determinación de la filiación de una persona.

En efecto, la falta de inscripción y el otorgamiento del respectivo documento de identidad, no sólo impide acreditar quién es uno, sino el derecho de acceso a las prestaciones médicas, a la educación, a los beneficios de la seguridad social, entre muchos otros.

En una palabra: no se trata de reconocer la existencia de diversas formas y modos de vivir en familia y nada más, tampoco de permanecer en el cómodo campo de las declamaciones parlamentarias edulcoradas de progresismo, sino que es una construcción compleja que va mas allá y se garantiza con una efectivización o concreción de dispositivos estatales y sociales que lo aseguren, y disponer desde el Estado de Derecho una serie de acciones positivas (políticas públicas, sentencias judiciales, etc.) que en serio permitan un acercamiento al horizonte de los Derechos Humanos, para que la Sociedad comience a comprender el verdadero sentido y alcance de aquél derecho.

Es claro que en el caso en particular debe primar la voluntad procreacional como elemento determinante por encima de la realidad gestacional y/o genética, por cuanto de este modo se ponderan los derechos de quienes han querido tener un hijo y asumir la función parental. En consecuencia, corresponde determinar la paternidad de la pareja que expresó su voluntad procreacional.

En una palabra: no se trata de reconocer la existencia de diversas formas y modos de vivir en familia y nada más, tampoco de permanecer en el cómodo campo de las

7.- LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL:

Con las aclaraciones vertidas, corresponde recordar que la gestación por sustitución fue uno de los temas que se propusieron regular en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial que contemplaba un artículo que expresamente lo regulaba y que no contó con la adhesión parlamentaria necesaria para convertirse en ley al pasar por la Cámara de Senadores.

La norma proyectada decía: "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".

La referencia al Anteproyecto de Código Civil y Comercial en esta sentencia se justifica plenamente, puesto que no obstante la eliminación del artículo referido a la gestación por

sustitución, esta técnica no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la ponderación judicial, en su análisis y regulación en cada caso, dentro del sistema normativo que ofrece el Estado constitucional de Derecho, e indica el estado de la evolución del pensamiento jurídico político y legislativo de nuestro país. Es decir que nos permite advertir en qué punto de la evolución del desarrollo de los Derechos Humanos y del Derecho Familiar nos encontramos.

Es que la norma proyectada, aunque no es ley, marca un parámetro de funcionamiento del sistema constitucional convencional al que vengo haciendo referencia desde el inicio de estas consideraciones.

En síntesis: entiendo que la norma proyectada funciona como el piso mínimo de garantía o protección a considerar en los casos en que se presenta una práctica de gestación por sustitución mientras no exista regulación legal al respecto y mientras no se expida el Congreso a través de una ley que prohíba o regule la gestación por sustitución, seremos los jueces los encargados de resolver los casos en que se solicite la autorización o se lleve a cabo la práctica y en esa tarea no se podrá consentir o convalidar ninguna situación que se encuentre “por debajo” de la regulación que aquél proyecto de reforma pretendió establecer.

Reconozco, en este sentido, la existencia de algunos proyectos de regulación de la gestación por sustitución presentados en el Congreso Nacional, alguno de los cuales, incluso, propone la desjudicialización de la técnica, **pero la norma del art. 562 proyectado funciona, al menos en este estadio de la evolución del desarrollo de nuestro pensamiento jurídico político, como el límite más serio y seguro para tomar de referencia, mientras –repito- no se legisle al respecto, por los dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que genera la temática y ameritan un debate bioético más profundo y de carácter interdisciplinario.**

Es que el tema se encontraba contemplado en el anteproyecto elaborado en la comisión redactora, en el libro segundo, posteriormente suprimido por la Cámara de Senadores, por los motivos expresados en el dictamen de la comisión Bicameral, especialmente por las voces encontradas que generó.

Ello así, frente al vacío normativo existente, sin prohibición expresa ni regulación concreta, cabe entonces acudir a los precedentes judiciales como a doctrina autorizada sobre el tema

en trato, y el propio texto del anteproyecto, pueden ser utilizados como guía o norte para fundamentar decisiones y/o resoluciones, quedando en definitiva sujeto a la discrecionalidad del juez.

La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana, se ve reflejada en el texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucra un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción.

Desde este posicionamiento se comprende, pues, la necesidad de evaluar la correspondencia de lo solicitado por la pareja R [REDACTED] - T [REDACTED] con el esquema de Derechos Humanos que rige en nuestro país, y para ello resulta necesario interiorizarse respecto de la voluntariedad y el grado de conciencia de ellos en lo peticionado, sus implicancias y consecuencias para sí, como asimismo de quien se propone como gestante Sra. J [REDACTED], acerca del cumplimiento de los requisitos de garantía mínimos que no pueden soslayarse por parte del Derecho en estos casos, y que no son otros que aquellos que impuso el Anteproyecto de reforma citado.

Entiendo que a la luz de las pruebas rendidas, en especial, las pericias psíquicas efectuadas a los participantes agregadas, y las constancias de la historia clínica aportada por el médico tratante ha quedado garantizado aquel mínimo de protección o garantía judicial que se desprende de la norma proyectada, puesto que no quedan dudas que se ha tenido en miras el interés superior del o los niños que se gestarán, que la gestante tiene autonomía y ha prestado un consentimiento informado y sin vicios; que, asimismo, al menos uno de los comitentes aportará sus gametos y que los comitentes poseen imposibilidad de concebir; y, por último que la Sra. B [REDACTED] no aportará sus gametos, tampoco se ha sometido a otro proceso de gestación por sustitución ni ha recibido retribución económica alguna y ya tiene hijos propios.

Que quede claro: si aquél art. 562 proyectado hubiera recibido acogida legislativa, y la labor judicial se hubiera centrado, en consecuencia, en revisar la observancia de los requisitos que proponía, esta sentencia (aunque mucho más breve) hubiera llegado al mismo resultado, desde que en el caso se verifican suficientemente.

No se me escapa que esa norma no es ley, tampoco que no existe otra que regule específicamente la cuestión, ni que el art. 562 del CCyC prevé una regulación para una hipótesis diferente. Frente a ello, y en cumplimiento del deber judicial de resolver (art. 3 CCyC) aquella regulación proyectada no resulta incompatible con el bloque de constitucionalidad federal en nuestro Estado constitucional convencional de Derecho.

En síntesis: a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 1 y 2 CCyC), 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), pues 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 práctica en el extranjero, en desmedro de aquellas que no los poseen, además de la discriminación que implicaría negar una autorización judicial a una pareja conformada por personas del mismo sexo, como así también desconocer el rol de la voluntad de las mujeres en la toma de decisiones relativas a su libertad reproductiva.

Resulta claro, en este entendimiento que la intervención judicial previa se presenta como necesaria en el contexto legal actual, hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución.

Por consiguiente, la solicitud de autorización judicial pretendida resulta admisible toda vez que, ante la falta de regulación legal expresa, conforme los fundamentos precedentemente expuestos y los alegados por los interesados, corresponde resolver la pretensión formulada, a fin de garantizar la efectividad del 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).

8.- LA VOLUNTAD PROCREACIONAL:

Como dije más arriba, el elemento determinante de la filiación en los casos de gestación por sustitución es la denominada “voluntad procreacional”, esto es la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio (o no), pero recurriendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

Como adelanté también, ha quedado comprobada la existencia de un consentimiento válidamente prestado de todos los involucrados, tornándose necesario a esta altura profundizar acerca de la voluntad procreacional de la pareja R [REDACTED] - T [REDACTED].

Es que la obligatoria apertura hacia la inclusión de nuevas formas de concebir la familia requiere que sean reconocidos sus derechos filiatorios, admitiendo la construcción de un parentesco basado en la voluntad procreacional y la socioafectividad, y, como lo he señalado, el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante TRHA, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquellos nacieran.

El concepto de voluntad procreacional fue esbozado en sus inicios por Enrique Díaz de Guijarro, quien definía a la voluntad procreacional como el deseo o intención de crear una nueva vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo (“La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, JA 1965-III-21, cit. por FAMA, María Victoria, La filiación..., cit. p. 74).

La llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida -se ha afirmado- es la típica fuente de creación del vínculo (GIL DOMÍNGUEZ, HERRERA, FAMA, “Derecho Constitucional de Familia”, T. II, Ediar, 2006, p. 833 y stes, KRASNOW, Adriana, “La verdad biológica y la voluntad procreacional”, LA LEY, 2003-F, 1150, KEMELMAJER DE CARDUCCI, Aída,

HERRERA Marisa, LAMM Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY, 20/09/2010, entre otros).

La voluntad procreacional aparece entonces como el elemento central en materia de filiación por TRHA y la filiación se determina por este elemento independientemente de todo aporte genético o biológico. Se trata de hacer prevalecer la voluntad y el compromiso de emplazamiento familiar de los comitentes. Es que el principio "*mater sempercertaest*", según el cual la maternidad es siempre cierta y se determina por el parto, se ve destruido en este tipo de filiación, ya que quien lleva adelante el embarazo no es la misma persona que posee la voluntad procreacional, y como en este caso, es distinta también a quien ha proporcionado el óvulo.

La doctrina tiene dicho que el proceso 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 ~ 2013-06-18 ~ N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento", LA LEY2013-D, 195, cita online: AR/DOC/2573/2013), y cita la jurisprudencia que, 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 Jursiprudencia Nro. 50. Editorial AbeledoPerrot, pág. 111).

Está claro que el desarrollo y perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida ha provocado una verdadera revolución en el campo de la filiación, poniendo en crisis principios que hasta no hace mucho eran inamovibles, especialmente los vinculados a lo biológico o genético.

Para comprender sus alcances se hace necesario desmitificar lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación que responde a la consolidación de la reproducción humana asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado.

Siguiendo a las autoras citadas, desde la procreación asistida, lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. (KEMELMAJER, HERRERA y LLOVERAS, "Tratado de Derecho de Familia", según el Código Civil y Comercial 2014, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 499 hasta 504), y entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se observan tres criterios perfectamente diferenciados: genético, biológico y voluntario, que a su vez dan lugar a tres verdades: la verdad genética, la biológica y la voluntaria.

Verdad genética: según ésta, el elemento determinante en la paternidad y/o maternidad es el genético. Para esta verdad, lo relevante es haber aportado el material genético.

Verdad biológica: se basa en el vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, que va más allá del aporte genético. Importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo con el nacido.

Verdad voluntaria o consentida: la filiación queda determinada por el elemento volitivo, es decir, el requisito determinante de la filiación es la voluntad.

En definitiva, cuando se recurre a las TRHA, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa, de modo que cuando en una persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser padre, quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.

9.- EL CONSENTIMIENTO DE LOS COMITENTES: LOS INFORMES DEL CUERPO AUXILIAR:

En cuanto a los elementos internos que forman la voluntad procreacional manifestada, y puntualmente en relación al consentimiento de los involucrados, en cumplimiento del principio procesal de cooperación interdisciplinaria (art. 706 CCyC), el Juzgado dispuso la realización de entrevistas psíquicas por intermedio de los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.) – Sector Salud Mental a los efectos que se destacan en el decreto de fs. 154 y de cuyos informes puede inferirse con seguridad que no ha mediado vicio alguno que lo invalide.

Los resultados de la pericia psicológica-psiquiátrica realizada a G [REDACTED] y F [REDACTED] fueron concluyentes en sentido que ambos presentan capacidad de comprensión y para procesos reflexivos y analíticos en relación al acto que han solicitado, poseen asesoramiento jurídico, asistencia médica y en relación a ello se detecta que se encuentran informados en relación al proceso y captan con adecuación sus implicancias en orden a riesgos, complicaciones que puedan surgir. Desde el plano emocional existe compromiso y expectativas positivas en relación al proceso, sin recurrir a la fantasía ni al pensamiento mágico. Poseen clara conciencia de situación, y que al momento de la evaluación no se detectan impedimentos y/o limitaciones psíquicas para captar comprensiva y analíticamente la información que han recibido por parte del médico interviniente en el caso y del abogado que los representa.

Mas adelante el informe refiere que los examinados comprenden que el niño por nacer poseerá la identidad genética de ellos. En relación a los aspectos sociales o dinámicos de la conformación de la identidad, el niño por nacer es nombrado y acogido por ellos desde una posición subjetiva como hijo y que pueden proyectar competencias y habilidades parentales de crianza, para la conformación de la personalidad en los aspectos psicológicos y sociales.

Se destaca que el consentimiento de los intervinientes con la práctica médica y posterior determinación de filiación ha sido prestado de manera libre e informada, la exploración de estos aspectos muestra información en el plano médico y jurídico.

Ambos poseen conciencia de situación, en orden a riesgos potenciales, cuidados necesarios, situaciones adversas en relación con las expectativas y/o beneficios esperados

en cuanto al proceso global. Se destaca asimismo que la actitud es comprometida y responsable con la Sra. B [redacted] en orden a las demandas de cuidado y asistencia integral que pueda requerir en relación a los aspectos médicos preparatorios, ligados a la posible gestación, alumbramiento y post parto.

La evaluación muestra una vinculación han establecido una relación con J [redacted] no poseen relaciones de parentesco, mientras que han establecido una relación de compromiso emocional, focalizando su vinculación sobre el acontecimiento convenido.

El informe confirma que se trata de una pareja con recursos ideo-afectivos y conductuales que les permite la instrumentalización de estrategias de afrontamiento ante situaciones difíciles o adversas.

En relación al proceso de gestación de un hijo por parte de un tercero, se detecta en ambos examinados que esta condición es vivenciada como esperanzadora para el logro de la paternidad. No se detectan al momento actual conflictos internos en la pareja asociados a prejuicios y estereotipos del imaginario social en relación a la concepción y gestación. El procedimiento que están emprendiendo es percibido como una alternativa médica a las dificultades que presentan para ser padres. En este sentido la pareja se encuentra emocionalmente esperanzada, con expectativas apropiadas a la complejidad del proceso, y que las motivaciones de la pareja R [redacted] - T [redacted] se centran en el deseo de tener un hijo y conformar una familia. Tal motivación los dispone en forma activa a la búsqueda de alternativas médicas viables para lograrlo.

Los entrevistados niegan cualquier tipo de promesa de pagos, emolumentos o contraprestación por la gestación, indicando haber acordado sí, la solvencia de todos los gastos médicos previos y posteriores derivados del proceso gestacional por parte de la pareja. Surge ofrecimiento de soporte material respecto de la situación vital de J [redacted] en tanto se produzca la gestación (niñera, ayudas domésticas, mercadería).

En síntesis, concluyen los profesionales actuantes, que las partes comparten puntos de vista, con permeabilidad a resolver de manera consensuada los posibles inconvenientes

10.- EL CONSETIMIENTO DE LA GESTANTE. APORTES DEL FEMINISMO.

Por otro lado, sobre la voluntad y el consentimiento de quien se propone como gestante en este proceso, la Sra. B [REDACTED] me permito aquí hacer algunas consideraciones.

No son pocos los retos que esta práctica reproductiva, cada vez más frecuente, presenta para el derecho de las relaciones familiares, ni sencilla es la tarea de la obligada intervención judicial, ante tamaño silencio legislativo.

De igual manera, son conocidas las especiales situaciones de mayor vulnerabilidad en las que pueden encontrarse las mujeres, por distintos factores, como así también que la reproducción humana, en mayor medida, tiene lugar en el cuerpo femenino por lo que es indudable el rol que las mujeres ocupan en esta técnica reproductiva.

En este contexto considero que la mirada se completa con los aportes que sobre la materia brinda el feminismo.

Así encontramos diferentes corrientes de pensamiento en relación a la gestación por sustitución, con postulados distintos y opuestos, que sin dejar de lado los matices que se plantean en posturas intermedias, pueden sintetizarse en dos corrientes.

Por un lado las que rechazan la gestación por sustitución, por entender que constituye una explotación económica y/o psicológica de la mujer. Asimismo, rechazan la práctica por entender que supone una cosificación del cuerpo de la mujer. (LAMM Eleonora Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientre pag. 244) En este sentido, consideran a la gestación por sustitución un nuevo mecanismo de alienación patriarcal en cuanto forma de explotación que presiona a una mujer a gestar una o más personas para ser luego despojada de ella/s en favor de otras/s.

En síntesis, consideran que la persona gestante es utilizada como objeto de este acto.

Sin embargo, por otra parte, encontramos aquellas que no condenan esta práctica y consideran que la mujer o persona gestante en uso de su libertad de determinación y disposición de su cuerpo decide realizar la gestación para otras personas. Afirman que es una de las muchas posibilidades reproductivas sobre las que las mujeres deben poder optar libremente.

En síntesis, consideran que la práctica de gestación por sustitución se enmarca dentro de la autonomía de la voluntad y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. (HERRERA, FERNANDEZ, DE LA TORRE en Tratado de géneros derechos y justicia. derecho civil derecho de las familias niñez-salud Tomo I ED. RubinzalCulzonipag. 387)

Partiendo de la base que la decisión de convertirse en gestante es parte del ejercicio del derecho de las mujeres a la libertad reproductiva y **ante la inexistencia de un marco legal para el supuesto que existiese una vulneración de su voluntad** y proteger efectivamente sus derechos, es que al igual que para determinar la voluntad procreacional de los comitentes, y a los fines de determinar el consentimiento libre e informado de someterse a esta práctica como así también poder determinar su buena salud física y psíquica, en cumplimiento del principio procesal de cooperación interdisciplinaria (art. 706 CCyC) se dispuso la realización de entrevistas psíquicas por intermedio de los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.) – Sector Salud Mental y Medicina Interna

En efecto, los profesionales del CAI Salud Mental detectaron en la Sra. B. capacidad de comprensión y para realizar análisis críticos de la situación en la que se va a implicar. Desde el punto de vista médico, destacan que la señora S. desconoce los particulares del procedimiento médico, exhibiendo una toma de distancia del mismo, concentrándose únicamente en imaginar la concreción del embarazo. Concluyendo que se posiciona desde un rol altruista, como medio de satisfacción de derechos. Desde el punto de vista jurídico comprende que no va a existir con el niño por nacer una relación filial, distingue con claridad, en el plano enunciativo, la identidad genética con la social o dinámica, logra visualizar este acontecimiento en el ámbito personal y familiar. No detectaron dudas ni incertidumbre en relación con posibles reclamos filiatorios.

Concluyeron asimismo que la examinada comprende que el niño por nacer no mantiene respecto de ella ningún tipo de vinculación de orden genético, logra diferenciar simbólicamente el proceso de gestación por sustitución respecto de sus embarazos propios, así como tampoco en relación a su participación en la crianza a los efectos de la conformación de la identidad personal, y que comprende que desde el punto de vista

jurídico no existe la posibilidad de reclamos filiatorios, tampoco se detecta motivación en ese sentido.

Con respecto al **consentimiento** con la práctica médica y posterior determinación de filiación en la exploración de estos aspectos mostró información en el plano médico y jurídico, así como un consentimiento para involucrarse en los procedimientos médicos

Asimismo, se detectó compromiso emocional y autoafirmación en la voluntad para colaborar en el proceso reproductivo y la formación de una familia por parte de los comitentes, con quienes muestra una vinculación positiva, no poseen relaciones de parentesco, sino que la relación se inscribe en el marco de una amistad.

No se detectaron dudas, incertidumbres, miedos o temores, así como tampoco ansiedades clínicamente significativas asociadas al proceso reproductivo y gestacional que indiquen sobre posibles estados de arrepentimiento o incumplimiento con las condiciones y requerimientos del proceso.

En relación a la comprensión del impacto personal y familiar que pueda tener la práctica solicitada, los profesionales del CAI advirtieron que habría efectuado estrategias de preparación a fin de que su entorno familiar asimile la diferencia entre esta gestación y las filiatorias. Manifiesta no desear tener más hijos propios La motivación de la Sra. B. [REDACTED] se vincula al deseo de ayudar a la pareja para la conformación de una familia, con el nacimiento de un hijo, desde un lugar altruista. Sin embargo destacan que no obstante lo anterior, no puede descartarse fehacientemente, mediante las entrevistas, la existencia del convenio de estipendios por la gestación, dado que al abordar las temáticas las partes emplean un relato evasivo, controlado, y suspicaz en el caso de J. [REDACTED]

De los informes periciales presentados por los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.) – Sector Salud Mental, el informe del médico tratante Dr. Torsoglio, más la impresión generada en la audiencia personal con todos los involucrados, surge acreditado la existencia de un consentimiento válido y sustentable con la técnica de gestación por sustitución a la que recurrieron.

En síntesis, concluyen que las partes comparten puntos de vista, con permeabilidad a resolver de manera consensuada los posibles inconvenientes.

Cabe destacar del informe del C.A.I.-Sector Medicina Interna que “la Sra. S. [REDACTED] muestra salud reproductiva, capacidad de procreación y curso de embarazo con los riesgos habituales del estado de gestación” y lo destaco pues considero que este informe científico permite brindar mayores seguridades respecto de la salud de la persona gestante, teniendo presente que ningún informe, aunque científico, puede dar certeza plena o absoluta de que la persona gestante no sufrirá ningún riesgo.

11.- EN CONCLUSIÓN

Para concluir, la voluntad procreacional constituye la columna vertebral para la determinación filial derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, donde el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas, que se encuentra presente en nuestro caso en que la pareja R. [REDACTED] - T. [REDACTED] quienes han prestado el consentimiento de someterse a la técnica de reproducción humana asistida heteróloga y solicitan esta autorización para realizar la técnica de gestación la que será llevada adelante por la Sra. B. [REDACTED]; no resulta procedente determinar la maternidad respecto de quien ha prestado su consentimiento en someterse a la práctica en forma altruista para que cuando se produzca el parto entregar al bebé/s a los padres.

Además, teniendo en consideración que en autos ha quedado garantizado en la gestante su consentimiento informado como su buena salud física y psíquica y al menos uno de los comitentes se compromete a aportar sus gametos, como asimismo quedó probado que la pareja conformada por los Sres. R. [REDACTED] - T. [REDACTED] posee imposibilidad y que la Sra. B. [REDACTED] no aportará sus gametos; y que en principio no ha recibido retribución, tampoco no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces y tiene **único hijo propio**, entiendo que se encuentran reunidos los recaudos necesarios para disponer la autorización para proceder a la transferencia embrionaria en la gestante.

12.- UNA CONSIDERACION PARTICULAR SOBRE LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA PRÁCTICA EFECTUADA POR LOS INTERESADOS:

Sin embargo, y en pos de garantizar los derechos de todas las personas involucradas en la presente, teniendo en especial consideración los informes del CAI Sector Salud Mental, y los dictámenes de la Subdirectora de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, los que comparto, respecto del convenio acompañado por las partes del presente proceso a los fines de regular las vicisitudes y efectos jurídicos que puedan suscitarse en caso de concretarse la práctica, adelanto que el mismo no será homologado en los términos planteados, sin perjuicio de considerar sus cláusulas como principio de interpretación de la voluntad de los interesados en la resolución de conflictos que puedan surgir entre ellos y deban someterse a decisión judicial.

Me explico: Es que siguiendo los lineamientos antedichos, en el respeto por los derechos humanos de todos los sujetos involucrados y en especial el de quien se propone como gestante, nos encontramos ante un doble aspecto, que merece destacarse. El respeto por la autonomía de las personas capaces, y la protección de las personas vulnerables, a fin de asegurar en ambos casos la realización de las opciones personales y el ejercicio de los derechos. En este sentido el Estado tiene una obligación, negativa en el primer caso y positiva en el segundo. La obligación negativa consiste en no poner obstáculos a la autodeterminación de las personas capaces. La obligación positiva consiste en proporcionar los recursos necesarios para que las personas dependientes o vulnerables sean protegidas de daño o abuso. (conf. Diana Maffia. *Las mujeres en los tratamientos y las investigaciones clínicas: entre la autonomía y la protección*)

Es que, si bien los aportes del feminismo me alertan y funcionan como un freno para no caer en el paternalismo estatal, ningún derecho es absoluto.

Los derechos que titularizan las personas, pueden encontrarse en conflicto. El mismo se resuelve, generalmente, con un principio denominado de "proporcionalidad" que implica balancear, equilibrar, poner límites razonables a unos y otros derechos en conflicto.

Es decir que, entre el derecho a la vida familiar de los comitentes y ejercicio del derecho a la libertad y autonomía de la gestante, respecto a las decisiones judiciales que puedan suscitarse por la diferencia de perspectiva en la interpretación del convenio, lo primero que deberá considerarse, que quede claro, son los derechos de la mujer, su consentimiento, sus necesidades, las de sus 5 hijos y después el derecho de los comitentes a formar una familia.

En este mismo sentido, sostiene el Sr. Fiscal Civil en su dictamen que "... sin desconocer el derecho de los presentantes (y de toda persona) a formar una familia, su respetable deseo no puede atenuar la estrictez con que deben apreciarse los recaudos de procedencia de una práctica de tan particulares características, en resguardo de los derechos fundamentales no sólo de los comitentes, sino prioritaria y principalmente de la gestante y su entorno familiar, y de la persona por nacer..."

En síntesis y convencido del equilibrio que debe existir, entre el ejercicio del derecho a la vida familiar de los comitentes y el ejercicio de la libertad reproductiva de quien se propone como gestante, dispondré la autorización de la práctica, pero dentro de un marco de protección dotando a la misma de seguridad y garantía, a los fines de evitar poner en riesgo los derechos de todos los sujetos involucrados en el presente proceso.

13.- LA CONSECUENCIA NECESARIA: UN PROTOCOLO DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO PARA LA REGULACIÓN DE LA PRÁCTICA EN EL CASO CONCRETO.

A tales efectos, deberá seguirse un **protocolo de cumplimiento obligatorio** para que una vez producido el embarazo a través de la práctica autorizada se determine la filiación y emplazamiento filial del o los niños que se conciban (y nazcan, en su caso) respecto de G [REDACTED] y F [REDACTED] para entonces disponer la inscripción del nacimiento respectiva conforme lo dispone el art. 559 CCyC.

Recaudos o pasos a seguir por todos los involucrados:

1. **Firme la sentencia, los interesados deberán informar el equipo médico que realizará los tratamientos para provocar el embarazo, así como el médico obstetra, que será elegido libremente por la persona gestante, como así también el hospital en el que tendrá lugar el parto. Todo cambio que se produzca en cualquier momento debe ser informado de manera inmediata**

2. Cumplido el requisito anterior y en relación a los actos para la realización de la práctica, el centro médico en el que se realiza el tratamiento para provocar el embarazo deberá:

a. Entregar para su firma los correspondientes consentimientos informados a los comitentes y gestante.

b. Realizar los procedimientos médicos necesarios para proceder a la transferencia embrionaria. No podrá transferirse más de un embrión, salvo estricto criterio médico que aconseje transferir dos embriones, aunque aún en estos casos, la persona gestante puede siempre rechazar la transferencia de más de un embrión.

c. Acreditar que la persona gestante ha consentido cada práctica en todos los actos previos y cada tratamiento, pudiendo revocar su consentimiento antes de cada transferencia.

d. A los 12 días de realizada la transferencia, o según corresponda por normas de procedimientos del centro médico interviniente, se realiza en sangre la medición de beta HCG. De ser positiva, la ecografía para diagnóstico de embarazo clínico se realiza entre las 4 a 6 semanas de la transferencia embrionaria. Todo esto debe ser informado al juzgado.

3. Seguimiento del embarazo: Una vez constatado el embarazo clínico, corresponde derivar al obstetra previamente informado. Los comitentes podrán ser partícipes del seguimiento del embarazo. Queda a cargo del obstetra y su equipo, realizar un informe periódico de la salud del feto y la gestante a los comitentes.

4. Parto. El parto/cesárea se comunicará al juzgado con carácter previo a su producción. Sin perjuicio de la información con la que cuenta el médico obstetra que atiende el parto, deberá comunicarse al centro médico en el que se producirá el parto que el nacimiento será consecuencia de un proceso de gestación por sustitución a fin de coordinar el abordaje y acciones a seguir, **en especial a los efectos de la derivación del certificado médico de nacimiento el que no debe ser remitido al registro civil.**

El centro médico en el que se produce el parto debe respetar el proceso de gestación por sustitución. Debe tratarse a los comitentes como progenitores con todos sus derechos y salvaguardar la dignidad de la gestante.

5. Filiación: en la sentencia que se autorice la gestación por sustitución debe quedar ordenada la inscripción del niño o niña que nazca como hijo/a de los comitentes. De esta manera, en la sentencia debe quedar establecido con claridad el sistema para proceder con celeridad el cumplimiento de la registración, para lo cual el Juez, si lo estima conveniente, podrá requerir o secuestrar el certificado médico de nacimiento.

Esta inscripción puede quedar condicionada exclusivamente a las results del ADN, a los efectos de descartar el vínculo genético con la persona gestante y la violación de normas legales. En estos casos el análisis de ADN en forma previa a la inscripción, deberá instrumentarse a través del CMF u otra alternativa que asegure celeridad e inmediatez, para lo cual deberá quedar acreditado el pago correspondiente una vez informado en el expte la realización de la práctica de transferencia embrionaria con éxito.

Agregado el informe del ADN, se da cumplimiento con la inscripción ordenada en la sentencia, oficiándose al registro civil con copia certificada de la sentencia y el certificado médico de nacimiento original garantizándose su custodia.

Es que siguiendo la línea argumental de esta sentencia, y habiendo dejado aclarado que mientras el Congreso Nacional guarde silencio frente a una realidad cada vez más presente en nuestro país, la autorización judicial previa al planteo de la práctica de gestación por sustitución se impone como el único camino que garantiza los derechos de los habitantes, logra reducir el riesgo o posibilidad de vulneración a los derechos de las mujeres respecto a su libertad reproductiva, en

franca actitud preventiva, y brinda seguridad jurídica a los padres y los niños que nazcan en consecuencia; y esa autorización judicial –en este estado de la evolución legislativa argentina- debe expedirse en tanto se cumpla **COMO MÍNIMO** todos y cada uno de los requisitos que el proyectado art. 562 del Anteproyecto de reforma al Cod. Civil contenía, debiendo, asimismo, imponer una serie de requisitos claros, accesibles y verificables judicialmente para llevar a cabo la práctica de transferencia embrionaria, como así también los que deberán cumplirse durante el curso del embarazo, el parto y nacimiento, posparto, determinación de la filiación e inscripción, etc., resguardando en todo momento los derechos fundamentales a la dignidad, libertad, intimidad e integridad de la persona gestante, los del o los bebés que nazcan como consecuencia de la THRA, y el de los comitentes/padres.

Para finalizar, estoy convencido de que la decisión que adopto es la que mejor se ajusta al sistema jurídico argentino y su bloque de constitucionalidad federal, lisa y llanamente, porque me permite cumplir con el mandato supremo de la protección de la familia que se encuentra destinado a la diversidad de formas familiares que puedan presentarse.

14.- EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO:

a) El interés superior del “niño por gestar”: Mención particularizada merece la cuestión relativa al interés superior del niño en el caso, desde que así lo exigió la norma proyectada (art. 562 Anteproyecto de reforma del Cod Civil) que vengo sosteniendo como parámetro de regulación mínimo en de garantía de los derechos en su inc. a (se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer).

Ahora bien, resulta claro que se trata de analizar el interés superior del niño que aún no ha sido concebido, pero como consecuencia de llevar a cabo la técnica que se autoriza, y lograda con éxito, nacerá, pero este principio rector constituye un imperativo legal ante cualquier decisión judicial que involucre a un niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley Nacional 26.061, art. 706 inc c CCyC), aún cuando a la hora de tomar la decisión judicial no ha sido concebido, como en nuestro caso.

Se trata en definitiva de enfocarnos en lo que podría denominarse una nueva categoría de “niño por gestar”, pues precisamente, el fin mismo que lleva a tomar la decisión de acudir a la realización de este tipo de TRHA, es la de poder engendrar un hijo, es decir “dar vida a un nuevo ser”, por las formas y métodos que sea, el fin mismo es dar vida a un nuevo ser, traducido ello al deseo de tener un hijo.

Valga recordar, a esta altura, que el interés superior del niño, ha sido reconocido como principio fundamental por la Convención sobre los Derechos del Niño, que a partir de la reforma a nuestra Carta Magna de 1994 goza de jerarquía constitucional, conf. art. 75 inc. 22, CN, y se encuentra previsto en la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes” y en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, la citada Convención obliga a los Estados parte a que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a tomar en cuenta será el interés superior del niño (conf. art. 3, Convención citada).

Por su parte, el art. 3 de la ley 26.061 lo define como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, debiéndose respetar su condición de sujeto de derecho (inc. a), su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b), el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (inc. c), y su centro de vida o lugar donde hubiera transcurrido la mayor parte de su existencia (inc. f).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, indicó que el interés superior del niño debe ser entendido “como la premisa bajo la cual debe interpretarse, integrarse y aplicarse la normativa de la niñez y la adolescencia (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la

efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”.

Así se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto 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.) (Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, Marisa, LAMM Eleonora, “Regulación de la gestación por sustitución” LA LEY, 10/09/2012, p. 1).

En el caso concreto, he corroborado que existe conformidad de todos los involucrados prestada mediante un consentimiento informado, habiendo contado con el patrocinio letrado por separado y habiendo oído al Ministerio Público, sumado al resultado de los informes periciales de autos, advierto que la regla expuesta por el art. 562 CCyC no brinda la solución que responde a la protección del interés superior del niño por gestar en nuestro caso. Así las cosas, entiendo que ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el interés superior del niño, respecto del Derecho a la Identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia.

El interés superior del niño por gestar en este caso responde a su derecho a poder nacer, crecer, ser cuidado y amado por esta familia, aunque hoy no pueda considerarlo persona (art. 19 CCyC).

En consecuencia, habiendo comprobado en autos la existencia de las condiciones aptas para la procedencia de la autorización, tengo claro que los argumentos expuestos por la pareja de comitentes, la entrevista con la gestante, los resultados de los informes del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.) – Sector Salud Mental y Medicina Interna son suficientes para hacer lugar a la autorización judicial para la respectiva transferencia embrionaria, en la forma, modo y circunstancias que se establecerán por la presente.

b) La licencia por maternidad como concreción del interés superior del niño:

Tengo claro, asimismo, que garantizar el interés superior del niño en este tipo de supuestos

va más allá: implica tutelar efectiva y oportunamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que aparece como uno más de la familia y que, incluso, permite concretar ese anhelo de ejercer el derecho a vida familiar.

Es en protección de ese interés superior que se justifica, además el reconocimiento de los derechos que la legislación prevé para los padres de hijos recién nacidos como por ejemplo, la concesión de licencias u horarios especiales por lactancia, una vez que se haya producido el nacimiento.

Atento a la relevancia que reviste el cuidado de los niños para su desarrollo integral, a la protección debida a las familias en todas sus formas como “elemento natural y fundamental” de la sociedad, y teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/2003 estableció que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades”, como parte del *ius cogens*, considero que, también como medida preventiva de todo daño a los derechos que emanan de la dignidad humana en el marco del art. 52 del Código Civil y Comercial, que se debe conceder a los progenitores las correspondientes licencia por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado de la hija en los primeros días de vida, en las mismas condiciones que las demás familias y con las demás y los demás niños, ya que “la gestación por sustitución es una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia y no existe un único tipo de familia sino tanto como las personas puedan y quieran construir, en pareja o solas”. (conf. Juzgado de Familia N 7 de Lomas de Zamora H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS, del 30 -12- 2015).

Por todo ello, **considero apropiado, una vez producido el nacimiento, disponer a obligación judicial a los empleadores de los comitentes una vez cumplido los recaudos fijados en la presente a los fines de garantizar todos los derechos que le puedan corresponder de conformidad con la legislación vigente a los padres para el cuidado temprano de hijos recién nacidos, en particular, concesión de licencias u horarios especiales por lactancia, bajo apercibimiento de ley.**

c) El derecho a conocer el origen gestacional: Ahora bien, íntimamente ligado al interés superior del niño por gestar aparece el derecho de conocer sus orígenes y

datos genéticos. Es que, en este supuesto, la intervención del Juez no termina con la concesión de la autorización para proceder a la práctica de gestación por sustitución y consecuente determinación de la filiación sino que resulta de fundamental importancia asegurar tales derechos (art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 563 y 564 del C CyCN). Ello lleva a la gran importancia de que el niño que nazca de esta TRHA pueda acceder a su información genética, especialmente en miras a la protección de su salud y visto los imparables avances científicos que hacen que estos datos tengan cada vez más valor.

La concreción del derecho a la identidad se logra, en el caso, arbitrando medidas de acción directa tendientes a permitir en el futuro que el niño puedan acceder a la información (estrictamente) necesaria que les permita un desarrollo y ejercicio de sus derechos a la salud, integridad, etc. Por ello, se dispondrá la obligación a la Clínica donde se llevará a cabo la técnica para que mantenga reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada, especialmente en lo referido a los datos sobre la información genética para que esté disponible si lo requieren los padres o el niño, por sí, y sin perjuicio de la posibilidad de revelarse la identidad de la donante por razones fundadas, previa evaluación del juez (cfr. Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales).

En consecuencia, cumplidas todas las condiciones dispuestas en la presente sentencia, y producido el nacimiento del o los bebés, se impondrá a los padres, G [REDACTED] y F [REDACTED] T [REDACTED], una vez finalizado el tratamiento médico, el proceso respectivo en cumplimiento de los pasos que se fijan en la presente y producido el nacimiento, la obligación de hacerle saber el origen gestacional en cuanto sea posible de acuerdo a la edad y al grado de madurez, todo ello en cuanto responsables de la crianza de un hijo.

d) El derecho del niño por gestar, una vez nacido a ser inscripto: A la luz de los arts. 7° y 8° de la CIDN, se reconoce el derecho de todo niño a ser inscripto en forma inmediata a su nacimiento, accediendo a un nombre y una nacionalidad, comprometiéndose los Estados miembros a respetar el derecho del niño a la identidad.

Es que la inscripción de nacimiento configura un presupuesto para disfrutar del resto de los derechos, presentándose como un “derecho a tener derechos” (INNOCENTI DIGEST. N°9 - marzo de 2002); tal es la importancia de la registración fiel del nacimiento de una persona. Tener un registro de nacimiento implica el poder participar de un conjunto de derechos sociales, civiles, políticos, económicos y culturales establecidos en las normas jurídicas sustantivas y adjetivas de una sociedad. Asegurar, mediante la inscripción del nacimiento de una persona, la nacionalidad y la identidad, permite por ejemplo, garantizar el acceso al derecho a la salud, a la educación, a beneficios sociales, etc.

Así las cosas, corresponde dejar sentado que, dispuesta la autorización judicial solicitada, cumplimentados todos y cada uno de los requisitos que se imponen en la presente durante el procedimiento médico de transferencia embrionaria, el embarazo y el parto, se practicará un examen de ADN a fin de determinar la correspondencia de la inscripción de nacimiento del o los niños que nazcan inmediatamente (previo secuestro del o los certificados médicos de nacimiento) en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de manera expedita, disponiendo a tales efectos la oportuna citación del Asesor Letrado de esa dependencia a los fines de su tramitación y cumplimiento sin demoras, a quien se encargará la custodia de los certificados médicos de nacimiento que se secuestren una vez acaecido el nacimiento.

15.- EL PLAZO DE LA AUTORIZACIÓN:

Por último, dispondré la autorización con un plazo de caducidad de 18 meses a contar desde la firmeza de la presente, atento la sensibilidad de las cuestiones debatidas, las consideraciones vertidas en esta sentencia y la necesidad de revisar la subsistencia de las condiciones y expectativas de los involucrados más allá de ese plazo, concluido el cual sin haberse logrado con éxito la concepción del niño por gestar la autorización caducará y deberá solicitarse nueva autorización, o bien la prórroga del plazo por motivos debidamente fundados y acreditados en autos.

La necesidad de rodear de la mayor cantidad de recaudos que garanticen los derechos de los protagonistas mientras no se cuente con una legislación clara sobre

gestación por sustitución, impone, entre otros, la fijación del plazo de caducidad que se determina en la presente.

Asimismo, cabe destacar que la presente autorización judicial mantendrá vigencia, justamente, mientras no se dicte una ley que regule la materia, quedando sin efecto alguno si se dicta la misma en forma previa a la concepción del niño por gestar, debiendo notificarse a las partes de la providencia en forma personal y bajo apercibimiento de ley.

Por todo lo expuesto:

RESUELVO:

I. Disponer el levantamiento de la prohibición de innovar dispuesta en fecha 18 de Agosto de 2020.

II. En función de lo normado por los arts. 1, 2 y 3 del CCyC, disponer la aplicación directa de los art. 17 y cc de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 3, 11 y cc de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en consecuencia, disponer la autorización judicial de la gestación a través de técnica de reproducción humana asistida mediante ovodonación y transferencia embrionaria en el útero de la gestante Sra. J [REDACTED] de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por la misma y los comitentes G [REDACTED] Y F [REDACTED], de conformidad con las directivas médicas del Dr. Alberto E. Torsoglio y supervisión del equipo médico respectivo, o el que designen la persona gestante y los comitentes de conformidad con lo dispuesto en los apartados que siguen.

III. Imponer el cumplimiento de los siguientes requisitos de manera obligatoria, excluyente y bajo apercibimiento de ley:

1). Informar al Juzgado con, al menos, veinte días de anticipación a la realización de cada práctica o procedimiento de transferencia

embrionaria, los datos del médico supervisor y del equipo médico que realizará los tratamientos para provocar el embarazo, así como el médico obstetra, que será elegido libremente por la persona gestante, e inmediatamente, cualquier cambio que se produzca en cualquier momento al respecto.

2). Presentar al Juzgado, con no menos de veinte días de anticipación a la realización de cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria, los correspondientes documentos de los que surja el consentimiento informado de los comitentes y gestante, con la firma autenticada del funcionario médico que lo tomó.

3). Realizar los procedimientos médicos necesarios para proceder a la transferencia embrionaria, no pudiendo transferirse más de un embrión, salvo estricto criterio médico que aconseje transferir dos embriones, debiendo acreditar al Juzgado (en forma previa a la práctica) dicha justificación y el consentimiento informado específico de la persona gestante a la transferencia de más de un embrión.

4). Informar inmediatamente el Juzgado, mediante certificación detallada y documentada las consecuencias de cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria con o sin producción de embarazo.

5). Producido el embarazo: a) informar Juzgado inmediatamente de constatado el mismo y el resultado de la derivación al obstetra previamente informado; b) informar periódicamente mediante certificación detallada y documentada por parte del médico obstetra y su equipo profesional de la que surja el estado de la salud del feto y la gestante; y c) los datos del centro sanitario en el que tendrá lugar el parto, y cualquier cambio que se produzca en cualquier momento al respecto.

6). Informar al Juzgado la programación de la fecha y demás circunstancias en que se verificará el parto a fin de, a cargo y bajo responsabilidad de los comitentes, procederse a la comunicación del centro médico en el que se producirá el mismo que el nacimiento será consecuencia de un proceso de gestación por sustitución y coordinación con el equipo médico respectivo de las

acciones a desplegar, indicando, especialmente, que deberán: a) dispensar a la persona gestante la mayor garantía de sus derechos a la dignidad, intimidad e integridad; b) conservar en la Institución el o los certificados médicos de nacimiento para su oportuno secuestro judicial; c) brindar tratamiento de progenitores a los comitentes con todos sus derechos; y d) mantener comunicación directa con el Juzgado a fin de informar cualquier novedad en el curso de su intervención; entre otras obligaciones.

7). Obtenida la información sobre la fecha del parto, deberá coordinarse con las autoridades del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de Mendoza (C.M.F.) la oportunidad y requisitos para la extracción de muestras de material genético, para la instrumentalización de la prueba genética de ADN a efectos de descartar el vínculo genético con la persona gestante y la violación de normas legales. El pago de los costos respectivos se encuentra a cargo de los comitentes y deberá quedar acreditado en oportunidad de informar al Juzgado sobre la fecha del parto.

IV. Disponer que el incumplimiento injustificado de alguno de los requisitos impuestos en el ap. que antecede o cualquier otra disposición legal, judicial o ética por parte de alguna de las partes, profesionales o efectores involucrados generará la articulación de las acciones civiles, penales, administrativas, etc. que pudieran corresponder, la inaplicabilidad de los efectos jurídicos de la determinación de la filiación mediante TRHA, la aplicación de medidas de protección en relación a los niños/as que puedan nacer, la apertura de los procesos judiciales para la declaración de situación de adoptabilidad y/o entrega en guarda de los mismos, etc.

V. Atento las consideraciones vertidas y constancias de autos, téngase presente la propuesta respecto de los efectos del tratamiento acompañada en Cod. Id ARLDQ12039 con el alcance de asignación de efectos jurídicos dada en la audiencia de fecha 16 de Diciembre de 2020 como principio de interpretación de la voluntad de los interesados en la resolución de conflictos que puedan surgir entre ellos y deban someterse a decisión judicial.

VI. Cumplidos los requisitos dispuestos en los apartados que anteceden, agregado el informe de Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de Mendoza (C.M.F.)

del que surja descartado el vínculo genético con la persona gestante, la correspondencia genética con el Sr. R [REDACTED] y falta de la violación de normas legales, disponer la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC para el caso y la determinación de la filiación del o los niños nacidos como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida.

VII. En consecuencia, deberá procederse a la inmediata inscripción del/los nacimiento/s como hijo/s de G [REDACTED] y F [REDACTED] debiendo el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 CCyC. A tales efectos, dispóngase la oportuna intervención de la Asesoría Letrada de la Dirección de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para articular la efectiva registración, y adecuada custodia y archivo de los certificados médicos de nacimiento que oportunamente se secuestren.

VIII. Producido el nacimiento y cumplimentados los requisitos expuestos en la presente:

a) Imponer a los padres del/os niño/s que nazcan como consecuencia de la presente autorización, a partir del momento en que sus hijos adquieran autonomía suficiente, la obligación de informarles respecto de su origen gestacional (cfr. art. 563 y cc, CCyC).

b) Disponer la obligación de los empleadores de los comitentes, G [REDACTED] [REDACTED] y F [REDACTED], de reconocer y garantizar todos los derechos que la legislación prevé a los padres para el cuidado temprano de hijos recién nacidos, en particular, concesión de licencias u horarios especiales por lactancia, bajo apercibimiento de ley, debiendo oficiarse para su toma de razón y quedando a cargo de la profesional letrada interviniente el diligenciamiento del oficio respectivo; y

c) Imponer al "Instituto Tersoglio" la obligación de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica a realizar, como asimismo la información genética para el caso de ser requerida por los padres o el o los niños y sin perjuicio de la posibilidad de revelar la identidad de la donante por

razones fundadas, previa autorización judicial (Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales). OPORTUNAMENTE OFÍCIESE.

IX. A los fines de corroborar la subsistencia de las condiciones, requisitos y expectativas de los intervinientes, disponer que la presente autorización judicial tiene un plazo de caducidad de dieciocho (18) meses a contar desde la firmeza de la presente sentencia, concluido el cual sin haberse logrado con éxito la concepción del niño por gestar la autorización caducará

X. Imponer las costas a los comitentes, G [REDACTED] y F [REDACTED]

XI. Regular los honorarios profesionales de las Ab. Cecilia Ruatta e Ivana Bazán en la suma de PESOS CIENTO VEINTICINCO MIL (\$ 125.000.-) a cada una, por la labor desarrollada y a cargo de los comitentes, arts. 9 bis. inc. j y 10 ley 9131.

REGÍSTRESE. CUMPLASE.

NOTIFÍQUESE a los Sres. R [REDACTED] y T [REDACTED] en la mat. de la Ab. Cecilia Ruatta y por sí y sus honorarios y a la Sra. B [REDACTED] en la mat. de la Ab. Ivana Bazán y por sí y sus honorarios, al Ministerio Fiscal, a la 7ª Defensoría Oficial y a la Dirección de DDHH via SIJEJ.

mi/Gd

Rodolfo Gabriel Díaz

JUEZ