

M, E E, M G C, G B R A P/ ACC. DERIVADAS DE LA FILIACIÓN POR
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (T.R.H.A.)- MEDIDA
AUTOSATISFACTIVA

13-05769956-0

Mendoza, 6 de Junio de 2022

Y VISTOS

Los presentes autos arriba intitulados, llegados a Despacho en estado de resolver, de los que:

RESULTA:

Que en los presentes autos se presentan los Sres. G, R (comitentes) y E (hermana de G), solicitando autorización judicial a fin de iniciar técnicas médicas de gestación por subrogación de vientre, dentro del marco de las denominadas técnicas humanas de reproducción asistida, aportando el material genético el Sr. G, y el óvulo procederá de una ovodonación, siendo la gestante la Sra. E (hermana de éste) y que oportunamente, se determine la filiación y se ordene la inscripción en el Registro Civil del niño/a que nazca mediante dicha técnica como hijo/a de los comitentes.

Refieren que los Sres. M-G se conocieron en julio de 2007, entablando una relación afectiva que se fue consolidando con el tiempo, conviviendo juntos en la actualidad y que desde hace mucho tiempo ambos tenían el proyecto de formar una familia.

Que en el año 2016, la progenitora de G se ofreció para ser la gestante, considerando el fuerte deseo de la pareja de tener un hijo, pero lo desestimaron para evitar correr riesgos de salud debido a la edad de aquella y porque no se encontraban con la estabilidad material que pretendían para afrontar la responsabilidad de formar una familia.

También relatan que se inscribieron en el Registro Provincial de Adopción, pero luego no continuaron con los trámites porque pensaron que no quedarían seleccionados.

Finalmente exponen que la hermana de G, E, quien se presenta en autos, en una conversación familiar les ofreció ser la gestante, a fin de que pudieran concretar su deseo, teniendo ésta bien claro que solo gestará al niño/a y que los progenitores serán los Sres. M-G, quienes ostentan la voluntad procreacional.

Manifiestan que E tiene un hijo y no quiere volver a ser madre.

Que se realizaron estudios médicos con el Dr. Luciano Sabatini en el instituto Creo, los que dieron resultados normales que posibilitan iniciar las técnicas de reproducción.

Que los presentantes han realizado tratamiento psicológicos sobre este proyecto con la Lic. Rocío Alaniz, con resultados favorables.

Que obran agregadas las pericias psicológicas realizadas a las partes por el CAI, Salud Mental.

Se celebra audiencia con la pareja formada por los Sres. M y la Sra M ante el Juez y Dra. Marinela Ripa, Secretaria de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, la cual se encuentra videograbada conforme legislación vigente, donde los interesados son entrevistados personalmente en relación al proyecto procreacional de la pareja y respecto al rol de la mujer gestante en relación a aquel.

Dictamina la Dra. Ripa (Secretaria de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia) en forma favorable a la autorización solicitada, y se llaman autos para resolver.

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 C.C.C.N, ni en otra norma particular en la legislación nacional vigente, involucrando el tema fundamentalmente cuestiones

relativas a la filiación y su determinación, a las técnicas de reproducción humana asistida, al derecho a la identidad y al respeto por el derecho a la vida familiar.

La cuestión se centra, entonces, en la necesidad de resolver el pedido de autorización judicial para la realización concreta de la práctica de transferencia embrionaria para proceder a 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 gestación por sustitución que dio origen a su existencia, respecto del cual adelanto la procedencia en el caso, de la autorización judicial por las razones que se desarrollarán seguidamente.

1.- LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN:

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.

En nuestro ordenamiento legal en el art. 565 CCyC 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...”.

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 *partussequitumventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater*

sempercertaest (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).

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).

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.

Por lo que bajo esta normativa vigente, cabe preguntarse si la misma es aplicable al caso traído a resolver.

2.- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES:

Que sobre el tema existen antecedentes jurisprudenciales, cuyas 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, a los que se le dieron distintos trámites procesales – acciones autosatisfactivas, cautelares, acciones declarativas, algunos 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.

Se citan entre ellos los siguientes: 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 Nº 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 otros s/Inscripción de nacimiento” del “S. T., A y otros 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 otros 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 Cintia 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, **EXPTE. N° 3360/16, “S. M. S.; T. C. J. ; B. P. V. POR MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS”**, Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza.

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

Que en nuestro país 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 se analizan 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 espermatozoide- (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 el caso de estudio, 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*”.

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.

Por lo que 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.

Por lo que el vacío legal de regulación de la gestación por sustitución va siendo completado por la jurisprudencia y que le impone al juez 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 Dominguez: “Si bien existe un vacío legal, esto no se traduce en un vacío constitucional- convencional. En primer lugar, porque la legalidad como principio estructural del estado constitucional y convencional de derecho argentino establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19 CN) (Gil Dominguez “La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico” Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos n° 30 – 11.07.2017).

Por lo expuesto, se advierte 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.

Los artículos 1, 2 y 3 del C.C y C 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.

4.- EL DERECHO A LA CONFORMACIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:

Este derecho ha sido reconocido 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 permisón 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 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 al caso de análisis..

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)

5.- LA INAPLICABILIDAD DEL ART. 562 CCYC AL CASO – EL DERECHO APLICABLE:

Que en relación a la reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es la típica fuente de creación del vínculo, pero la regulación del art. 562 CCyC, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, 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, lo que torna dicho texto normativo inaplicable al caso a resolver, que, escapa a la previsión normativa.

Por lo que la solución debe buscarse 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.

6.- EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL:

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 el presente se justifica porque 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.

Es que la norma proyectada, aunque no es ley, marca un parámetro de funcionamiento del sistema constitucional convencional.

Que ante el vacío legal existente en el tema, los jueces son 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, considerando a la norma proyectada como el piso mínimo de garantía o protección mientras no existe regulación legal al respecto.

Por lo que, frente al vacío legal existente, sin prohibición expresa ni regulación concreta, cabe entonces acudir a los precedentes judiciales como a doctrina sobre el tema y al propio texto del anteproyecto, para ser utilizados como guía o norte para fundamentar decisiones y/o resoluciones, quedando en definitiva sujeto a la discrecionalidad del juez.

Se estima que conforme a las pruebas rendidas, en especial, las pericias psíquicas efectuadas a los participantes por intermedio del C.A.I., Salud Mental y las constancias de los estudios médicos acompañados en autos, 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 plena autonomía y ha prestado un consentimiento informado y sin ningún tipo de vicios; que, asimismo uno de los comitentes aportará su material genético; y, finalmente que la Sra. M no aportará sus gametos, tampoco se ha sometido a otro proceso de gestación por sustitución ni ha recibido retribución económica alguna y ya tiene hijo propio.

Por lo que podemos concluir que 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 hubiera llegado al mismo resultado, desde que en el caso se verifican suficientemente los recaudos establecidos.

Por lo que el actual art. 562 del CCyC prevé una regulación para una hipótesis diferente, por lo que no corresponde su aplicación al caso.

Frente a ello, y en cumplimiento del deber judicial de resolver (art. 3 CCyC) la regulación del ante proyecto no resulta incompatible con el bloque de constitucionalidad federal en nuestro Estado constitucional convencional de Derecho.

En consecuencia, la autorización judicial solicitada 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.

7.- LA VOLUNTAD PROCREACIONAL:

Que 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.

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 semper certa est*”, 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.

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.

8.- EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS PRESENTANTES:

Que de las pericias psicológicas realizada a la Sra. E, G y R se concluye respecto a los tres evaluados: "... Puede comprender los alcances del proceso que se solicita y se encuentra apta/o desde el punto de vista psíquico para ello. No obstante se sugiere que realice tratamiento psicológico sostenido en el tiempo en el acompañamiento del proceso en sus distintas instancias..."

Por lo que de las pericias efectuadas por el CAI, Salud Mental, los informes del médico tratante y los estudios psicológicos acompañados en autos, más la impresión generada en la audiencia personal con todos los involucrados celebrada en autos, surge acreditado la existencia de un consentimiento válido y sustentable con la técnica de gestación por sustitución a la que recurrieron.

Finalmente la Dra. Rippa, Secretaria de la Dirección de Derechos Humanos, dictamina en forma favorable a lo solicitado.

Por todo lo expuesto, y verificándose en el caso de autos el cumplimiento de los presupuestos contemplados por el art. 562 del Anteproyecto del de reforma al Cod. Civil, ante el vacío legal respecto al tema, se estima procedente otorgar la autorización solicitada, siendo esta decisión la que mejor se ajusta al sistema jurídico argentino y su bloque de constitucionalidad federal, permitiendo así la protección del derecho a tener una familia y el interés superior del niño que nazca.

En su mérito;

RESUELVO:

1.- Hacer lugar a la autorización judicial solicitada por los Sres. G y R a fin de iniciar técnicas médicas de gestación por subrogación de vientre, dentro del marco de las denominadas técnicas humanas de reproducción asistida,

aportando el material genético uno de los comitentes, y el óvulo procederá de una ovodonación, siendo la gestante la Sra. E, y ordénese oportunamente la inscripción en el Registro Civil del niño/a que nazca mediante dicha técnica como hijo/a de los comitentes, mediante el consentimiento previo, informado y libre otorgado por los solicitantes y la gestante de conformidad con las directivas médicas y supervisión del equipo médico respectivo que designen los interesados.

2.- Disponer la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC para el caso y la determinación de la filiación del/los niños nacidos como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida.

3.- Oportunamente, deberá procederse a la inmediata inscripción del/los nacimientos como hijo/s de G y R, debiendo el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 CCyC.

4.- Imponer las costas a los Sres. G y R (art. 35 y 36 del C.P.C.C. y T.

5.- Regular los honorarios profesionales a los Dres. Cecilia Nerina Centenaro, Sergio M. Breitman y Jorge G. Bulgheroni en la suma de pesos suma de pesos ciento treinta y seis mil setecientos (\$136.700), en conjunto art. 10 de la Ley 9131.

COPIESE. REGÍSTRESE NOTIFÍQUESE a las partes en la matrícula 8572 de la Dra. Cecilia Nerina Centenaro, 4705 del Dr. Sergio Breitman y 3887 del Dr. Jorge G. Bulgheroni. PASE AL RECEPTOR.

Dr. Marcos Krochik

Juez de Familia y Violencia

Familiar

MR