Voces: ACCION DE IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ INSEMINACION ARTIFICIAL ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8(JNCiv)(Nro8)
Fecha: 20/09/2016
Partes: B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ Impugnación de Filiación
Cita Online: AR/JUR/70743/2016

Hechos:

Los integrantes de un matrimonio se presentaron solicitando la inscripción de nacimiento de un niño como hijo de ambos, dando cuenta que aquél fue dado a luz por una amiga de la familia, quien prestó su vientre para que aquellos, que sufrían infertilidad, pudieran ser padres. La sentencia admitió lo peticionado.

Sumarios:

1. La acción deducida por los padres biológicos de un menor a fin de ser emplazados en lugar de progenitores, desplazando la filiación de la madre gestante que aceptó de forma libre y por razones de solidaridad llevar adelante el embarazo, debe admitirse, pues deben tutelarse los derechos del niño concebido por voluntad procreacional de aquellos, para forjar lazos jurídicos con quienes le han brindado una relación familiar desde su nacimiento.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Ver Tambien

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102, 18/05/2015, "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad", LA LEY 25/06/2015, 5; DFyP 2015 (noviembre), 208; cita online: AR/JUR/12711/2015 .

(*) Información a la época del fallo

2. La gestación por sustitución no se encuentra prohibida, aun cuando el Cód. Civil yComercial no hace expresa mención de ese tipo de Técnica de Reproducción Humana Asistida;ello con sustento en el principio de legalidad, en el derecho que titulariza toda personade poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que da la tecnología, derivadas delconocimiento científico, y en las múltiples razones por las cuales el proyecto de reforma, en suversión original, lo regulaba en el entonces art. 562.

3. Impedir a la mujer gestante someterse a la técnica de gestación por sustitución vulneraría el desarrollo de su personalidad, cuando esta ha obrado con pleno y libre consentimiento, por cuestiones de solidaridad y humanismo hacia un matrimonio amigo que no puede concebir hijos naturalmente; ya que esa decisión forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos.

Texto Completo:

1ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 20 de 2016.

Resulta: I. A fs. 5/13 se presentan, por letrada apoderada, los cónyuges B. M. B. y R. A. D., solicitando la inscripción de nacimiento de L. como hijo de ambos, dando cuenta que aquél fue dado a luz por Y. A. G., (quien también suscribe el escrito de inicio) en virtud que aquella prestó su vientre para que los peticionantes pudieran ser padres del niño. Es decir, alegan que el nacimiento se produjo por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Relatan la historia personal de ambos, dando cuenta que residen en la provincia de Córdoba y que comenzaron una relación de pareja siendo muy jóvenes, cuando comenzaron a proyectar una familia juntos; que comenzaron a

convivir en el año 2000 y contrajeron matrimonio en el año 2006.

Manifiestan que ante la imposibilidad de lograr un embarazo, efectuaron consultas médicas y se diagnosticó que M. padece un problema congénito —Síndrome de Rockitasky—, que le impide llevar a cabo un embarazo en forma natural.

Dan cuenta que ambos mantenían una amistad con Y. G., quien reside en esta ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que fue por intermedio de aquella que, en el año 2009 conocieron la clínica de fertilidad "Halitus", en la que recomendaron como única opción intentar un embarazo con un útero portador, en el que se implantara el embrión formado por los óvulos de M. y el esperma de R. Afirman que tiempo después, durante el año 2012, Y. —quien ya tenía hijos propios—, les ofreció prestar su útero para llevar el embrión y cuidar de su hijo durante los nueve meses de gestación, y que en los estudios previos al tratamiento se determinó que los óvulos de M. ya no tenían buena calidad debido a su edad, por lo que debieron recurrir a la ovo donación, junto con la gestación por sustitución.

Agregan que el procedimiento fue llevado a cabo en la citada clínica, en donde, después de mantener entrevistas con psicólogos, la gestante y los peticionantes suscribieron un acuerdo de voluntades, que se agrega como prueba documental al expediente.

Refieren que el tratamiento tuvo buenos resultados y que la transferencia del embrión en el útero de Y. se realizó en octubre de 2013, tomando conocimiento los primeros días de noviembre que se había producido el embarazo.

Aducen que durante los nueve meses de gestación los peticionantes acompañaron a Y. y a su familia, en lo emocional y en todo lo aquello que necesitaban, viajando desde Córdoba con asiduidad con esa finalidad y para presenciar los estudios médicos de rutina que se practicaban. Por último, sostienen que gracias a la ciencia y a su amiga Y. el día 14 de julio de 2014 nació L., logrando así conformar la familia que ansiaron desde el inicio de su relación.

En un primer momento, las actuaciones quedaron radicadas ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 10, y luego tras la recusación sin causa deducida por la actora a fs. 14, quedaron radicadas por ante este juzgado.

II. A fs. 89/90 dictamina la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, quien luego de afirmar que en el país no se encuentra regulada la maternidad subrogada, hace hincapié en lo establecido por el art. 242 del Cód. Civil, entonces vigente, que determinaba que la maternidad quedaría establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, y que la inscripción se realizaría a petición de quien presentara certificado del médico u obstétrica que hubiera atendido el parto de la mujer a quien se le atribuyera la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Sostiene también que un contrato de maternidad subrogada resultaría contrario a la moral y las buenas costumbres, y que la determinación del vínculo materno surge por la ley y no de la voluntad de los interesados. Solicita se libre oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para que remitan la partida de nacimiento del niño y, en caso de no haberse inscripto el nacimiento, peticiona se lo inscriba como hijo de su madre biológica.

Solicita, además, se le corra vista de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal por existir cuestiones de orden público y requiere que esa Magistrada también se expida respecto de la competencia de este Juzgado en el caso, que a su criterio únicamente sería competente para la inscripción del nacimiento, debiendo en su caso las demás cuestiones vinculadas tramitar ante el juez del domicilio en el que residirá el niño. Asimismo, requiere la designación de tutor ad litem para el niño.

III. A fs. 91 vta. la Sra. Fiscal, previo a todo, solicita se libre oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin de que se informe si se encuentra inscripto el nacimiento de L. y, en caso afirmativo, se remita el citado instrumento.

IV. A fs. 108 el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en respuesta al el oficio diligenciado, acompaña la partida de nacimiento del niño L. G., cuyo nacimiento se produjo el 14 de julio de 2014, inscripto en

esta ciudad el 8 de septiembre de 2014, como hijo de Y. A. G.

V. A fs. 112/114 dictamina la Sra. Fiscal, quien luego de realizar un recuento de los hechos del caso, estima que atendiendo a la redacción de los arts. 953 y 242 del Cód. Civil, —entonces vigentes— no puede otorgarse validez a un contrato de gestación que da lugar a una maternidad subrogada, dado que aquello afectaría el orden público y atentaría contra el interés superior de L., a quien no se le preservaría su identidad, atribuyéndole una inexistente al inscribirlo como hijo de una mujer no aportante de gametos.

VI. A fs. 118 la Suscripta celebra audiencia con los peticionantes Sres. B. M. B. y R. A. D. y con la Sra. Y. A. G., quienes comparecen asistidos por sus respectivos letrados.

VII. A fs. 132 se designa como tutor especial de L. G. al Sr. Defensor Público Tutor, Dr. J. P. O., quien acepta el cargo conferido a fs. 133/135.

En su dictamen, el citado Magistrado, después de resaltar que el nacimiento de L. se encuentra inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, estima que el objeto del proceso es en realidad una impugnación de maternidad, a la que se le acumula la acción de filiación, siendo el principal interesado su representado. Así, B. M. B. y R. A. D. impugnan la maternidad inscripta de Y. A. G., y a la vez solicitan ser tenidos ellos mismos como padres de L. G., invocando un vínculo que estaría establecido por la voluntad procreacional previamente manifestada. En virtud de ello, solicita se rectifique la carátula, que hasta entonces rezaba "N.N. o L. s/ Inscripción de Nacimiento". Seguidamente, estima que, habida cuenta lo establecido en el art. 7° del Cód. Civ. y Comercial, debe hacerse una aplicación inmediata de las nuevas normas de procedimiento establecidas en la normativa actual.

Por otra parte, al entender que no corresponde la declaración de puro derecho para resolver las actuaciones, en estricto resguardo del interés superior del niño que representa, solicita se tengan presente al momento de dictar sentencia las constancias ya aportadas a las actuaciones a instancias de diversas facultades ordenatorias y a efectos de evitar posibles nulidades ulteriores, solicita se libre oficio a la Fundación Favaloro (PRICAI) para que esa institución autentifique el informe de ADN agregado a fs. 77/83.

VIII. A fs. 136 se ordena recaratular el expediente y librar oficio a PRICAI.

IX. Producida la prueba informativa ofrecida por el Sr. Defensor Público Tutor, aquél dictamina a fs. 166/170, solicitando se haga lugar a la demanda incoada en lo que se refiere a la impugnación de la maternidad, de modo de declarar que el niño no es hijo de Y. A. G., y se acceda a la acción de filiación, declarando que aquél es hijo matrimonial de B. M. B. y R. A. D., ordenándose la correspondiente inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, debiendo ser inscripto el niño como "L. D. B.".

X. A fs. 172 dictamina en definitiva la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, adhiriendo a lo dictaminado por el Sr. Defensor Público Tutor en su dictamen de fs. 166/170.

XI. A fs. 173 se expide la Sra. Fiscal, quien luego de considerar, en términos generales, que en el caso debe aplicarse el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, estima que corresponde aplicar en forma analógica la normativa referida al reconocimiento de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (art. 558 CCCN), que brinda una adecuada protección al interés superior del niño. Así, teniendo en consideración las particulares circunstancias del caso, opina que corresponde hacer lugar a la acción de impugnación de filiación respecto de la gestante, y declarar que el niño L. es hijo matrimonial de los accionantes.

XII. Efectuadas las reseñas del caso, corresponde señalar que tanto el nacimiento de L. como su inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas y el inicio de la presente acción acontecieron antes de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Comercial (01/08/2015, Leyes 26.994 y 27.077).

Las reglas relativas a la vigencia de las leyes en el tiempo son sistematizadas por el llamado derecho intertemporal o transitorio, que ofrece una serie de fórmulas —en algunos supuestos son pautas generales, en otros, formulaciones más casuísticas— en miras a que la transición normativa sea lo más justa y equilibrada posible. El tema involucra una cuestión de derecho, pues conforme esas reglas, el juez aplica una u otra ley aunque

nadie se lo solicite (iura novit curia) (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Cód. Civ. y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p 21 y ss.).

A tal fin el artículo 7 del Cód. Civ. y Comercial, sustancialmente idéntico al art. 3 del Cód. Civil antes vigente, adopta el criterio de consumo jurídico. La noción de consumo, que subyace en el art. 7 CCCN, fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias. "El artículo 7 del Cód. Civ. y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme". Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento deben analizarse según cada una de esas etapas, en concreto. (conf. Roubier, Paul, Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps) 2° ed., Paris, ed. Dalloz et Sirey, 1960, n° 42 pág. 198 y n° 68 pág. 334, citado por Kemelmajer de Carlucci (LA LEY 22/04/2015, 1, LA LEY 2015-B, 114, Cita Online: AR/DOC/1330/2015)

Ahora bien, el Cód. Civ. y Comercial incorporó un tercer tipo de filiación: la filiación por reproducción humana asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional. La Ley 26.994 dispuso en el art. 9, cláusula tercera: "Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta." (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Cód. Civ. y Comercial de la Nación, —Cód. Civ. y Comercial—).

Sostiene la Dra. Kemelmajer de Carlucci: esta norma, claramente, da efectos retroactivos al Cód. Civ. y Comercial en este tipo de filiación. El artículo era necesario porque la filiación por voluntad procreacional es una figura que nace normativamente con la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial y aunque haya sido admitida en algún caso jurisprudencial, lo cierto es que no estaba regulada. ("La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p 142 y ss). En opinión de Roubier, las leyes que crean situaciones jurídicas nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución (Roubier, Paul, Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps) 2° ed., Paris, ed. Dalloz et Sirey, 1960, n° 47 pág. 210) por lo tanto, era necesaria la ley que previese que la filiación de los niños nacidos antes de la vigencia del código por medio de estas técnicas se rigen también por el sistema creado por la nueva ley y no simplemente por el dato genético. El artículo transcripto, ubicado entre las normas transitorias, da efectos retroactivos a la determinación de la filiación. Asimismo y como regla general, también son de aplicación inmediata las disposiciones de índole procesal (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 131/132).

En consecuencia, la circunstancia de que el nacimiento del niño y su inscripción en el Registro Nacional de las Personas se hayan producido con anterioridad a la vigencia del Cód. Civ. y Comercial de la Nación, no resulta óbice a la aplicación inmediata de la nueva legislación.

III. Cuestiones a resolver:

Dentro de las variantes que comprende el proceso especial de técnicas de reproducción humana asistida, como es la gestación por parte de una mujer de un hijo para terceros, puede llegar a involucrar distintos supuestos.

Estas nuevas prácticas médicas fuerzan a generar nuevos conceptos jurídicos y su implementación permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento.

El presente caso, se trata de la utilización artificial del material genético de uno de los peticionantes (Sr. R. A. D.) con la donación de ovocitos de una donante anónima, fecundado extracorpóreamente, e implantado en el útero de una mujer (Sra. Y. A. G.) quien llevó a cabo el embarazo asumiendo el compromiso de tener el hijo y entregarlo al matrimonio conformado por el dador del semen y su esposa (Sra. B. M. B.), renunciando a sus

derechos maternos filiales.

El problema que se presenta frente a la llamada “gestación por sustitución” es, básicamente, la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, los que más adelante se desarrollarán.

Las cuestiones a resolver se circunscriben a dos:

La primera refiere a la acción de impugnación de la maternidad contra la Sra. A. G. con relación al niño L.

La segunda, que se acumula a la anterior, es la acción de filiación respecto del matrimonio formado por la Sra. B. y el Sr. D. Es decir se pretende impugnar la maternidad de la Sra. Y. A. G. (mujer gestante) para que se la desplace del estado de madre del niño L. y que se emplace al matrimonio como sus progenitores.

Conforme ello, en primer lugar, debo considerar si los actores se encuentran legitimados para iniciar la presente acción, conforme la legislación vigente.

El artículo 588 del Cód. Civ. y Comercial admite la impugnación de la maternidad al establecer que “el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo”. Por lo tanto, los peticionantes el Sr. B. y la Sra. D., tienen legitimación activa por tener un interés legítimo, ya que, de lo que surge de su demanda y documentación acompañada, quedaría acreditado que, desde un principio tuvieron y demostraron la voluntad procreacional; asimismo tiene legitimación activa, en todo tiempo, el Sr. Defensor Público Tutor, (tal como lo afirma en su dictamen de fs. 167, V), en su carácter de representante legal designado para ejercer la tutela ad litem del niño L.) para iniciar las acciones mencionadas y reencauzar —como aquí lo hizo— la petición original solicitada por las partes.

En este orden de ideas, el objeto en la demanda en origen dirigida a la inscripción de nacimiento del niño L., perdió virtualidad con la inscripción de nacimiento efectuada de oficio, —artículo 28 de la ley 26.413—, por lo que aquel objeto, ha sido readecuado por petición del Sr. Defensor Público Tutor, en virtud de la partida de nacimiento del niño agregada posteriormente del inicio de las actuaciones a fs. 108/109 como respuesta al requerimiento efectuado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Por otro lado, para la tramitación de las presentes actuaciones, la suscripta resulta competente en virtud de lo normado en los arts. 581 y 720 Cód. Civ. y Comercial.

IV. Prueba

Sentado ello, cabe efectuar un análisis de la prueba que se produjo en autos a efectos de acreditar los extremos invocados en la demanda.

De las constancias de autos se tiene:

a) Partida de nacimiento del niño L. G., que es el instrumento público cuya rectificación e impugnación de maternidad se peticiona, el cual acredita que el nacimiento de aquél se produjo el 14 de julio de 2014, y que fue inscripto en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 8 de septiembre de 2014, como hijo de la gestante, Y. A. G. (fs. 108).

b) Copia certificada acta de matrimonio de los peticionantes (fs. 27)

c) Copia certificada del acuerdo de voluntades de maternidad subrogada celebrado entre los peticionantes, consignados como “padres procreacionales”, y Y. A. G. —“mujer gestante”—, con debido asesoramiento letrado. Del mismo se desprende el consentimiento previo libre e informado entre el matrimonio y la gestante, dejándose constancia que los miembros de la pareja procreacional tienen el deseo de ser padres y la única manera de lograrlo es a través de una transferencia de embriones criopreservados a través de técnicas de fertilización asistida y la gestante, quien acepta llevar el embarazo por aquéllos. Consta que el o los embriones producto de la fertilización in vitro serán transferidos al útero de la gestante, luego de un minucioso estudio y previa aprobación por el Centro Médico donde finalmente se realizó la prestación. También se advierte a la gestante sobre los principales riesgos

físicos y psicológicos de este procedimiento. Asimismo figura en el mentado instrumento todas las indicaciones médicas, de cuidado personal, tratamiento y control para la gestante, quien acepta y autoriza a los profesionales de la Clínica realizar el procedimiento por sustitución firmando cuatro ejemplares con la pertinente certificación notarial de firmas (fs. 119/122)

d) Partidas de nacimiento de S. L. G. y S. D. G., hijos de la mujer gestante, Y. A. G. y el Sr. M. R. G. F. (fs. 23/24).

e) Estudio de identificación de vínculo biológico realizado con las técnicas de ADN, del cual surge respecto del niño L. la inclusión de paternidad hacia uno de los integrantes del matrimonio y la exclusión respecto del otro y de la maternidad de la gestante (fs. 77/83), cuya autenticidad fue acreditada a fs. 163.

f) Informe de la evaluación diagnóstica de la gestante que determina la plena conciencia respecto de la subrogancia materna con actitudes compatibles con la función requerida. (fs. 73/76).

g) En audiencia se toma contacto personal con todos los involucrados y de ella emerge la amistad entre los peticionantes y la gestante; el pleno, libre e informado consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción humana asistida; el anoticiamiento y conformidad de los hijos de la gestante y su pareja conviviente. (fs. 118).

h) Informes que da cuenta del diagnóstico y la imposibilidad de los accionantes de engendrar un hijo. El Dr. S. P. informa a fs. 73 que, los aquí peticionantes, efectuaron una primera consulta en el Instituto Médico Halitus el 11 de marzo de 2013, que la esposa presentaba un diagnóstico de "Síndrome de Rockitansky", que es una enfermedad congénita que se caracteriza por la ausencia de útero en la mujer, y además presentaba baja reserva ovárica diagnosticada a través de seguimientos ecográficos, razón por la cual se indicó como único tratamiento a seguir un FIV/ICSI con donación de óvulo y útero portador. La mujer gestante fue evaluada clínicamente y se le dio el apto clínico y psicológico para realizar el procedimiento. La transferencia embrionaria se realizó el 29 de octubre de 2013 y se logró el embarazo cursando los nueve meses sin ninguna complicación. El 14 de julio de 2014 nació L., sin complicaciones neonatales ni puerperales.

Esa información es corroborada con la copia certificada de la Historia Clínica de los accionantes en el Instituto Médico Halitus que obra a fs. 38/59, de la que se desprende que efectivamente la práctica recomendada a la pareja fue la de útero subrogado con óvulos donados y semen propio (v. fs. 46 vta.), constando que la transferencia embrionaria en el útero de la portadora se realizó el 29 de octubre de 2013, confirmándose el embarazo de Y. G. el 11 de noviembre (v. fs. 47, fs. 49, fs. 54 y fs. 58). A fs. 59 y fs. 74/76 obra copia de la evaluación diagnóstica realizado a la gestante, que la encontró habilitada y apta para el proceso de subrogancia materna.

V. Resulta trascendente determinar entonces los hechos no controvertidos, siendo el primero irrefutable, en cuanto a la imposibilidad cierta manifiesta, probada, absoluta de la que la señora B. M. B. pueda gestar, atento a que la misma fue diagnosticada con "Síndrome de Rockitansky", que es una enfermedad congénita que se caracteriza por la ausencia de útero en la mujer, y además presenta baja reserva ovárica diagnosticada a través de seguimientos ecográficos, razón por la cual se indicó como único tratamiento a seguir un FIV/ICSI con donación de óvulo y útero portador (fs. 73).

El segundo hecho no controvertido es el nacimiento de L., ocurrido el 14 de julio de 2014, según partida, hecho consumado antes del inicio de las presentes actuaciones.

El tercer hecho no controvertido resulta ser que la señora Y. A. G. ha manifestado su interés en ayudar de modo altruista al matrimonio integrado por los señores B. M. B. y R. A. D. Sumado a ello en oportunidad de ser examinada por los médicos informan que la señora Y. G. no presenta condicionamientos psicopatológicos que le impidan comprender los alcances de asumir la gestación de un embrión ajeno (fs. 74/76) teniendo plena conciencia sobre la implicancias de ser gestante en el proceso de subrogación de vientre, como así también que en el momento tras el parto el bebé sería dado al matrimonio B.-D.

De trascendental importancia para la resolución de la causa resulta la información médico legal que pudo haber recibido la aquí madre gestantes en cuanto a sus derechos como mujer en relación con el embarazo y trabajo

de parto y el consentimiento informado prestado. Todo lo cual es coincidente con lo manifestado por la señora G. en la audiencia en la sede del juzgado con la suscripta, que tuvo como fin tomar contacto personal con la misma y corroborar respecto al consentimiento prestado, según constancias adjuntas. En dicha audiencia se toma contacto personal con todos los involucrados y de ella emerge la amistad entre los peticionantes, la gestante y su pareja; el pleno, libre e informado consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción humana asistida; el anoticiamiento y conformidad de los hijos de la gestante y su pareja, y que lo realiza como un acto de amor sin confusión en los roles respecto a que la gestación del hijo era para los peticionantes.

Considerando: I. La gestación por sustitución es una realidad, existe —con distintas formas y alcances— en un número creciente de países del mundo y en Argentina.

En nuestro país, la figura de la gestación por sustitución no está regulada y, si bien lo estuvo en el proyecto del Cód. Civ. y Comercial, se decidió excluirla antes de ser aprobado. Es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre "Relaciones de familia" que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción.

En nuestro país encontramos numerosos planteos judiciales en los que se ha pretendido el reconocimiento o validez de gestaciones por sustitución realizadas en el exterior, como así también en el país, y así como esta fuerza de la realidad constituía una de las principales razones para su regulación en el Cód. Civ. y Comercial, se sigue presentando hoy como argumento contundente en ese sentido. Dicha exclusión no evita que el fenómeno suceda, sino que, por el contrario, lo deja fuera de la posibilidad de contralor uniforme que el proyecto preveía.

Al no estar prohibida esta figura y al no encontrarse legislada, continua la gran incertidumbre que genera para todas las personas comprometidas en la gestación por sustitución la intervención judicial posterior al alumbramiento, dependiendo del criterio que adopte cada juez, cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con los comitentes.

A partir de esta plataforma fáctica, analizaré la presente causa desde la óptica de la Ley N° 26.682 de Fertilización Asistida, su proyección constitucional y convencional y específicamente conforme los estándares jurídicos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" en la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 en el que sostuvo que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida viola los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Asimismo en el caso "Artavia Murillo II" del 26 de febrero de 2016 s/ Supervisión de cumplimiento de sentencia, la mayoría de la CIDH, dejó sentado un mensaje contundente: una vez dictada una sentencia condenatoria contra un Estado y habiendo pasado un tiempo razonable sin que se hayan cumplido las obligaciones impuestas, la Corte IDH tiene la facultad convencional de adoptar todas las medidas que sean necesarias para transformar el dolor de las personas en satisfacción de sus derechos humanos. La apelación al análisis y basamento de los fallos de la Corte Interamericana resulta necesario e insoslayable, ya que "cuando la Constitución Nacional desde su ámbito supremo invita, a una fuente externa, como son los instrumentos internacionales de derechos humanos a compartir su fuerza normativa irradiante hacia el sistema de fuentes, el Estado, debe respetar la lógica del funcionamiento del sistema externo y cumplir con las obligaciones internacionales contraídas". (Gil Domínguez, Andrés Neoconsitucionalismo o paleoconsitucionalismo: notas sobre aborto voluntario, control de consitucionalidad y convencionalidad y veto" LA LEY CABA 2013 agosto, pág. 347 y Gil Domínguez, Andrés, "El caso Artavia de Murillo II: La Corte IDH determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto", RDF IV 2016, Abeledo Perrot. Buenos Aires, Agosto 2016 pág. 122, Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lammm, Eleonora "La Corte IDH controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones", La ley del 28/03/2016). Es decir, los Estados partes deben respetar las decisiones adoptadas por los

órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 68.1 CADH).

En tal sentido, lo cierto es que desde la necesaria mirada del derecho constitucional y convencional privado que imponen los arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Comercial, la solución que se adopte para resolver "los casos" que a los magistrados se nos plantean, no debe perder de vista los principios emergentes de la constitución, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y las recomendaciones y sentencias de los organismos internacionales creados por dichos instrumentos (Conf. Gil Domínguez, Andrés, El Estado constitucional y convencional de derecho en el Cód. Civ. y Comercial, Ediar Bs. As. 2015, p. 14 y ss).

II. El Título V "Filiación" del Libro Segundo "Relaciones de familia" del Cód. Civ. y Comercial, se divide en 8 capítulos en los que se integran las reglas aplicables a la cuestión filiatoria. El capítulo I inicia con el reconocimiento de una tercera fuente filial: mediante técnicas de reproducción humana asistida (THRA) la que se suma a la filiación por naturaleza y por adopción, asignando identidad de efectos a cualquiera de ellas sea en el ámbito matrimonial o extramatrimonial (art. 558).

Respecto a la atribución de la maternidad en el actual derecho argentino y la inscripción del nacimiento, al igual que en el Código derogado tras la sanción de la ley 23.264, la determinación de la maternidad en la filiación por naturaleza se fundamenta en los adagios romanos "partus sequitum ventrem" (el parto sigue al vientre) y "mater semper certa est" (la madre siempre es cierta), que importan suponer que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) atribuye ipso iure la maternidad. Se trata de un supuesto de determinación legal de la filiación que se centra en el presupuesto biológico (art. 565).

Ahora bien, uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las TRHA gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así que el actual art. 562 Cód. Civ. y Comercial deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo esta una de las diferencias sustanciales entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA. Esta normativa es básica porque permite determinar el vínculo filial con toda persona que preste el debido consentimiento con los requisitos que prevé el Cód. Civ. y Comercial, sin importar el estado civil de la persona que se somete a las TRHA. Se reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en el modo que lo indican los arts. 560 y 561 Cód. Civ. y Comercial, y siempre que se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin importar que ambas personas, una de ellas o ninguna haya aportado sus gametos.

Esta regulación permite en consecuencia, a una persona o a una pareja, independientemente de la orientación sexual que tengan, a satisfacer su derecho a fundar una familia, basado en el principio de igualdad y no discriminación que surge de la Constitución Nacional y que se ve reflejado en el articulado de la ley 26.618 que regula el matrimonio igualitario, la ley 26.862 que regula las TRHA y la incidencia de la Ley 26.743, de Identidad de Género, ya que no se refiere a la "mujer" que da a luz sino a "quien da a luz", de manera neutra, acorde con esta legislación de vanguardia —seguida por Dinamarca en su reforma de junio del 2014—, pues al no ser necesario realizar operación quirúrgica alguna, una persona que ha nacido mujer pero que se cambia su identidad al género masculino, y tiene un hijo, es el padre, y si estaba en pareja y también prestó el pertinente consentimiento previo, libre e informado, quedará también determinada la filiación con este miembro de la pareja que puede ser una mujer o un hombre.

Ahora, bien en los términos del art. 562 Cód. Civ. y Comercial, la voluntad permite crear vínculo filial con el hombre o la mujer de quien ha alumbrado al hijo, dando respuesta a una sola situación posible ya que parte de la premisa de la existencia de relación de maternidad con la mujer de la que nació el hijo. Por consiguiente, en virtud de la previsión del art. 562 Cód. Civ. y Comercial y la falta de regulación de este supuesto particular de reproducción asistida, como lo es la de la gestación por sustitución, nos preguntamos: ¿debe admitirse la existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso fue anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde uno de los integrantes del matrimonio que propicia la modificación de la partida

de nacimiento además aportó su esperma, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo, por tanto admitir la impugnación de la maternidad?

III. a) Las técnicas de reproducción humana asistida son los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo.

La ley 26.862, que regula la cobertura de los procedimientos en nuestro país, las clasifica en técnicas de baja complejidad o de alta complejidad y pueden ser homólogas —cuando se utilizan gametas de la propia pareja— o heterólogas —cuando intervienen gametas aportadas por un tercero.

Según lo que establece la Organización Mundial de la Salud (Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la Organización Mundial de la Salud en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf), TRHA son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a: la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de zigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado.

Dentro de los procedimientos de baja complejidad, se puede mencionar a la Inseminación artificial, que consiste en la introducción de espermatozoides en el tracto reproductor de la mujer en forma no natural con el fin de lograr la fertilización. Ésta técnica incluye la preparación previa del semen (capacitación y selección del mayor número posible de espermatozoides móviles morfológicamente normales) y la estimulación de la ovulación, cuyo propósito es mejorar la calidad de los ovocitos. Entre las técnicas de inseminación artificial, la más utilizada es la intrauterina, en la que el semen capacitado se coloca lo más cerca posible de la trompa de Falopio.

Los procedimientos de alta complejidad involucran la estimulación hormonal de la ovulación, la punción y aspiración folicular (método por el cual se extraen los ovocitos del ovario) y la capacitación y selección de espermatozoides móviles y morfológicamente normales. Dentro de éstos se incluyen: la transferencia intratubaria de gametos (GIFT), la fertilización in vitro (FIV) y la inyección de un espermatozoide en el citoplasma ovocitario (ICSI).

Y por último, la Criopreservación es la congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, zigotos, embriones o tejido gonadal. El objetivo de la criopreservación es mantener la viabilidad de los embriones frente a las siguientes indicaciones médicas: 1) evitar el descarte de embriones no transferidos, 2) disminuir la probabilidad de un embarazo múltiple y 3) brindar al paciente la mayor eficacia del tratamiento ya que las células embrionarias criopreservadas pueden ser transferidas en ciclos posteriores, o para el logro de un segundo embarazo, reduciendo la necesidad de someterse a la estimulación ovárica y la aspiraciones foliculares repetidas. 4) preservar la fertilidad en pacientes con cáncer, entre otros. (Glosario de la OMS)

Define también la OMS, siendo de suma relevancia comprender esto para entender la regulación de las TRHA: fecundación es la penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un zigoto. Transferencia de embriones (TE) es el procedimiento mediante el cual uno o más embriones son colocados en el útero o en la trompa de Fallopio y por otro lado implantación es la unión y subsecuente penetración del blastocisto libre de zona pelúcida usualmente en el endometrio, que comienza 5 a 7 días después de la fecundación.

En la reproducción biológica, a partir del acto sexual, todos estos hechos se producen dentro del cuerpo de la persona, siendo imposible para ésta distinguir un momento del otro. Se hace esta aclaración porque las TRHA posibilitaron —y tal como podemos entenderlo con la explicación de los procedimientos— que la fecundación se produzca fuera del cuerpo de la persona, que los embriones resultantes puedan estar días, meses o años congelados en un laboratorio, para luego ser transferidos al útero, donde puede darse o no la implantación del mismo. Es decir, que a partir de éstas técnicas las personas pudieron ser actores conscientes de los procesos biológicos con los que se pone en marcha su existencia material.

Si bien el Derecho tiene sus cometidos y métodos, no es menos cierto que las graves cuestiones planteadas por las Ciencias Biomédicas exigen una profunda relación entre ética y Derecho que encontrarían su punto de confluencia en la Bioética, ya que el Derecho debe intervenir insoslayablemente por la condición jurídica de las realidades que son objeto de ésta. (Gil Domínguez, A, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa; Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, Editorial Ediar, 1° edición, 1° reimpresión, 2012, pág. 19.)

b) En doctrina, las TRHA han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas, a través de la unión de gametos —extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma— 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 (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. "La reproducción médica asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia en su regulación" LA LEY 08/08/2011). Iñigo, Delia; Wagmaister, Adriana "Reproducción Humana asistida" Enciclopedia de derecho de Familia. Tomo III.E Universidad, Buenos Aires 1994, pág. 551).

Estas TRHA pueden practicarse con material genético de la propia pareja, caso de las fertilizaciones llamadas homólogas o realizarse con material genético de una tercera persona llamado fertilización heteróloga. En definitiva, las TRHA involucran una disociación del elemento genético, el elemento biológico y el elemento volitivo en distintas personas, siendo este último el decisivo en la determinación de la filiación. Se impone una realidad socioafectiva, determinada por el aporte del elemento volitivo, por sobre una realidad puramente genética. (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 su regulación legal" Revista de derecho de Familia n° 50. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Julio 2011, pg. 107, 108).

En efecto, 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— 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. (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho Argentino. Texto y Contexto de las TRHA" Revista de Derecho Privado, Año 1, Edición Infojus. Marzo de 2012.)

IV. Ahora bien la gestación por sustitución es el compromiso entre una mujer, llamada "mujer gestante", a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los "subrogantes", a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes" (conf. Scotti, Luciana B., "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Pensar en Derecho, pág. 274).

"Se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes. Siguiendo la terminología adoptada por el anteproyecto presentado, me inclino por la denominación "gestación por sustitución" en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra "sustitución" especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra "subrogada", por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético. (Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina. In Dret Revista para el análisis del derecho. www.indret.com, Barcelona 2012)

En la gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional, y la maternidad social, originada por el acceso a TRHA, por parte de quienes

pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental. (Fortuna, Sebastián Ignacio, "Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el anteproyecto de CCYC." RDF, n° 57, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012).

La admisibilidad de la maternidad subrogada y las consecuencias jurídicas que ésta proyecta en cuanto a la determinación de la filiación dan cuenta, nuevamente, de una tensión latente entre dos principios presentes en forma recurrente en materia de fertilización asistida: la verdad biológica, como derecho a la identidad en un sentido estático, y la voluntad procreacional, como un aspecto del derecho a la identidad en su faz dinámica. Tensión que debe resolverse a la luz de otro principio constitucional que impregna de contenido las relaciones derivadas de la filiación: el interés superior del niño (Gil Domínguez, Andrés; Famá, M, Victoria; Herrera, Marisa, Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ediar, 1era ed., Buenos Aires 2010, pág. 293).

En esta técnica de reproducción humana, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada "voluntad procreacional". Es decir, "la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio o de tercero, pero acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos, y rompe con arraigadas reglas. En efecto, "desde los tiempos más remotos, la determinación de la maternidad ha encontrado su fundamento en los adagios romanos "partus sequitum ventrem" (el parto sigue al vientre) y "Mater Samper certa est" (la madre siempre es cierta), que importa 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 jure" la maternidad. (citada en: "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", LA LEY 2011-C, 1204; La filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps 62/63 y ss).

El camino fue abierto lenta y progresivamente, tanto por la jurisprudencia como la doctrina, aunque la sanción de la ley 26.862 de Cobertura Médica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y su dec. regl. 956/2013, dieron el impulso que visibilizó la complejidad del tema.

La apertura en cuanto a los destinatarios de las técnicas también se visualiza en la amplitud de los procedimientos que recepta. En este sentido, quienes a ellas accedan, según la situación que atraviesen podrán recurrir a una inseminación o fecundación homóloga o heteróloga, definiéndose el vínculo filial en cualquiera de los casos en función del elemento volitivo (art. 562).

Esta apertura deriva en el reconocimiento implícito de las prácticas de baja y alta complejidad, las cuales se encuentran definidas en el dec. 956/2013 que reglamenta la Ley 26.862: "...Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos..." (art. 2°).

En el presente caso, se trata de una técnica heteróloga de alta complejidad por inseminación, compuesta de la dación de esperma de uno de los peticionantes y de la extracción de los ovocitos de una donante anónima que, luego de conseguida la fecundación extracorpóreamente, se introdujeron los embriones en la mujer gestante, quien aparece como madre en el certificado del niño L., cuya filiación se pretende modificar.

Ahora bien, la regulación de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece en el Derecho Comparado reciente. El número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos Estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años: por ejemplo, Australia (Act[2004]): Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008); Canadá: Alberta (2010), Columbia Británica (2011, aún no en vigor); Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011),

Sudáfrica (ley que entró en vigor en 2010), Uruguay (2013), por citar algunos. Incluso, muchos Estados se están cuestionando su regulación. Tal es el caso de Bélgica, Bulgaria, Finlandia, Islandia, Irlanda, entre otros.

Además, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando; tal es el caso de Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil o España. Así, por ejemplo, si bien las leyes del Reino Unido y de Grecia prohíben este tipo de práctica cuando es de carácter lucrativo, en la práctica la situación está modificada.

En lo que respecta a la gestación por sustitución se discute cuál es el marco jurídico en el que se plasma la manifestación común o consentimiento de las partes que deciden someterse a esta TRHA. Algunas legislaciones del derecho comparado abordan esta cuestión desde una mirada esencialmente contractual (por ejemplo algunos estados de Estados Unidos), donde se asume que las partes en el libre ejercicio de su autonomía pactan la realización de estos procedimientos presumiendo una igualdad de condiciones a la hora de negociar el contenido de este contrato. En esta línea hay autores que al advertir las particularidades que conlleva un proceso de gestación por sustitución argumentan que se trata de un contrato innominado, "puesto que el cuerpo humano o partes del mismo todavía no son considerados una 'cosa' según el derecho argentino; sin embargo, al ser un derecho personalísimo y, por ello relativamente disponible, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulnerara la moral y el orden público" (Berger, Sabrina M., "Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución", DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015, 208. Cita online: AR/DOC/3169/2015).

Ahora bien, cuando uno piensa en un contrato, en la mayoría de los casos asocia a un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales. Ello no es un dato menor, ya que introduce otra arista a la discusión: a la gestante ¿se le paga por un servicio? No es casualidad que quienes están en contra de la figura de la gestación por sustitución participen de esta tesis contractualista. Sostienen que se trata de un contrato inmoral, de objeto prohibido por cuanto se estaría vendiendo a un hijo. No se abarca el tema desde una mirada integral y atendiendo a las particularidades de la gestación por sustitución, que a su vez —si bien mucho es más compleja— no deja de ser una TRHA de alta complejidad, donde la filiación se determina a partir de la voluntad procreacional instrumentada en el consentimiento previo, informado y libre con independencia del aporte de los gametos (art. 562 Cód. Civ. y Comercial). Esta idea de "vender un hijo" da cuenta de que aún no se ha comprendido la disociación que generan las tecnologías reproductivas en tanto podemos hablar diferenciadamente de una identidad biológica, otra genética y otra volitiva. Teniendo prevalencia ésta última en el marco de las TRHA a los fines de considerar quién/es son progenitores.

El rol del Estado en este punto es fundamental. En tanto el Estado regule la gestación por sustitución y por medio de la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud) fije un monto compensatorio para los casos que de ella derivan será una medida que tienda a evitar la explotación de mujeres que accedan a la gestación como medio de subsistencia. Parte de la doctrina, entiende que: "... el intercambio monetario no implica por si una mercantilización de seres humanos, no tilda al acuerdo de inmoral ni necesariamente importa una cosificación o explotación de la mujer o del niño por nacer; por cuanto esta compensación está destinada a cubrir gastos de salud, riesgos, dedicación, tiempos, cuidados, asesoramiento legal y psicológico, lucro cesante e implicancias afectivas del proceso; si bien en estos procedimientos hay un intercambio de dinero, ver este aspecto solamente sin mencionar y ponderar todos los otros es simplificar excesivamente el proceso y la práctica. No considero inmoral el intercambio de dinero, lo objetable serían los valores excesivos por fuera de la cobertura de aquellos gastos mencionados; y allí la presencia del Estado es fundamental". (Camacho Javier M., "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", 2009 disponible en: http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf, compulsado el 29/05/2016, p 9, citado en: "La realidad interpela, ¿el derecho responde? Gestación por sustitución: desde dónde partir para regular" Por Agustina Bladilo; Gil Domínguez, Andrés, Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicidad, RDF 2015-V-133).

En consonancia con lo anterior y a los fines de evitar la profesionalización de la práctica, otro requisito que contenía el Anteproyecto al regular la figura era la obligación de registrar cada proceso de gestación por sustitución y permitir a una persona ser gestante como máximo dos veces. Ahora bien, ¿cómo toma conocimiento

el Estado de la realización de esta práctica a los fines de proceder a la inscripción? Allí el proceso judicial interdisciplinario previo adquiere un rol fundamental.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), resolvió en fecha 26 de junio de 2014 dos casos similares ante el mismo país, Francia. Nos referimos a los casos "Mennesson" (demanda N° 65192/11) y "Labassee" (demanda N° 65941/11), en igual sentido falló recientemente en el caso "Foulón y Bouvet c. Francia", (demandas 9063/14 y 10410/14), Estrasburgo, en fecha 21 de julio de 2016. En los dos primeros casos sobre gestación por sustitución sobre los que se pronuncia el TEDH, declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero. Para el Tribunal las sentencias francesas que excluían o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre las hijas nacidas como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución que era totalmente legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quienes figuraban según esa legislación como padres, generaron un estado de inseguridad jurídica en el Derecho francés y sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados. Además dicho Tribunal entiende que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. Se asevera que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los niños, el que debe guiar cualquier decisión sobre ellos y sostiene que un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.

En igual sintonía, recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos dictó una nueva sentencia en la que siguió los lineamientos de los precedentes citados, condenando a Francia a resarcir los daños producidos a tres niños nacidos en la República de la India como consecuencia de un convenio de maternidad subrogada, considerando que al rechazar o anular las transcripciones de sus actas de nacimiento extranjeras en los registros franceses, hubo una violación del art. 8 de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, en lo relativo al respeto por la vida privada de aquellos. (Caso Foulón y Bouvet c. Francia, demandas 9063/14 et 10410/14, Estrasburgo, 21/07/2016 https://hudoc.echr.coe.int)

De las tres posiciones existentes en el derecho comparado frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación, Argentina adoptó una posición abstencionista, al no establecer en el nuevo ordenamiento civil y comercial, como sí lo estaba en el anteproyecto, la admisibilidad de este tipo de gestación con reglas propias con una decisión final judicial de autorización. En el entendimiento original, la filiación quedaba determinada entre el niño nacido y el o los progenitores procreacionales mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los mentados y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El art. 562 proyectado establecía: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las personas 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 acredite 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 veces. 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".

El anteproyecto de reforma del Cód. Civ. y Comercial utilizaba la expresión "gestación por sustitución" por dos razones fundamentales: en primer lugar, la gestante no es la madre, por lo que la palabra "maternidad" no es la adecuada; en segundo lugar porque, la normativa sólo aceptaba la figura de la mujer puramente gestante. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Ampliando el campo del derecho filial en el

derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida" pág. 32)

En otras palabras, la intervención —judicial— debía ser previa a la provocación del embarazo. Esta intervención fue regulada en el proyecto, a los efectos de que principalmente: 1) se verifique que se reunieran los requisitos que permitieran vislumbrar que no habría inconvenientes; 2) se verifique que la decisión fuese acorde al interés superior del niño; y 3) se garantice la filiación de quienes provocaron ese embarazo sin que pueda haber margen de especulaciones o abusos.

Ahora bien, no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución "significa una contradicción global con el régimen normativo argentino", porque la voluntad procreacional guarda afinidad con la ley 26.529 de Derechos del Paciente, cuyos arts. 1° y 2° señalan a la autonomía de la voluntad (art. 2° inc. e). También se señala como relevante la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda "decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos" (art. 3°, inc. e), exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3°, inc. g), en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva (arts. 5°, inc. 3°, y 6°, incs. a, d y e) (Galeti, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, nro. 1, enero/febrero de 2015, p. 175).

No obstante ello, la gestación por sustitución no ha sido prohibida. Por ello corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 CN), por tanto, se entiende que, la gestación por sustitución cuenta con recepción implícita en el Cód. Civ. y Comercial, ya que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la tecnologías derivadas del conocimiento científico y las múltiples razones por las cuales el proyecto en su versión original regulaba en el entonces art. 562, este supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución (Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", LA LEY del 02/07/2014, p. 1, cita online: AR/DOC/2285/2014; González Magaña, Ignacio, "La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Cód. Civ. y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule", LA LEY, Derecho de Familia y de las Personas (noviembre), Buenos Aires, 2014, p. 181; Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; 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", LA LEY 2013-D-195; Gil Domínguez, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", LA LEY, Derecho de Familia y de las Personas (agosto), Buenos Aires, 2013 p. 24; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY 2012-E-960; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", cita Microjuris online: MJ-DOC-5971-AR| MJD5971; Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", In Dret. Revista para el Análisis del Derecho, año 2012, vol. 3 ps. 1/49.)

V. En este marco, la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el "querer ser" progenitor. Siendo así, la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica cuando el vínculo filial encuentre su origen en las TRHA (art. 569 y 575 Cód. Civ. y Comercial) en correspondencia con el criterio seguido en los países que tienen regulada esta tercera fuente filial. Ello implica ir deconstruyendo la noción de "maternidad", es decir la voluntad sobre la biología-genética.

Este concepto no es nuevo, ya a mediados de 1960, Díaz de Guijarro distinguía a la voluntad procreacional entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como "el deseo o intención de crear una nueva vida". Postulaba por ese entonces, la teoría de la llamada voluntad procreacional como herramienta de inteligibilidad jurídica por medio de la cual se procuraba dar cuenta de la nueva realidad filiatoria que introducen las técnicas de fertilización asistida al establecer, con base en ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad. (Díaz de Guijarro, Enrique, "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la

determinación jurídica de la filiación", en JA, 1965-III-21).

En efecto, la separación del binomio "reproducción/sexualidad", correlativa en algún sentido de la separación operada en el par "sexo/género" durante los años '60, ha dado lugar a una verdadera "revolución reproductiva" cuyo mayor impacto se recoge en el instituto jurídico de la voluntad procreacional.

En igual sentido, se afirma que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA "es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos (...), lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja (...) El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido..., ni el que demuestra que es padre biológico (...), sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad". (Rivero Hernández, Francisco, en AA. VV., Paz-Ares, Cándido; Díez Picazo, Luis; Bercovitz; Rodríguez Cano, Rodrigo y Salvador Coderch, Pablo (dirs.), Comentario del Cód. Civil. t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, 1991, p. 128.)

En el caso en análisis, solo los comitentes B.-D. tuvieron voluntad procreacional (típica fuente de creación del vínculo).

En lo referido al consentimiento informado, se realiza un tratamiento especial respecto de su alcance y configuración por tratarse de la exteriorización de la voluntad procreacional. En este sentido, se establece que el centro de salud que intervenga en la práctica médica deberá reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. (art. 5 Ley de derechos del paciente 26.529 s/texto ley 26.742) Se completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público (art. 561). De esta forma, se logra un acto revestido de mayores garantías y seguridad, tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados (González, Mariana E., Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 270 —LA LEY 2015—, Cita Online: AR/DOC/1296/2015)

Tratándose de un acto voluntario, puede revocarse mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión en ella (art. 561), en correspondencia con el criterio mayoritario adoptado por las legislaciones de otros países. En la misma línea se enrola la ley 26.862, al disponer: "... el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer" (art. 7°)

Consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las TRHA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo. Se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización y/o desgenetización de la filiación', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de 'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional' (...)." (LAMM, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", Ob cit., pág. 76/91 (http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24).

En el ordenamiento constitucional y convencional argentino, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio. Asimismo, siguiendo el enfoque interdisciplinario, insoslayable en las decisiones a adoptar en el fuero de familia, se afirma que: "desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas." (...) "El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo". (Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13)

Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su

formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "Derecho constitucional de familia", t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 833 y ss.; Krasnow, Adriana N., "La verdad biológica y la voluntad procreacional", LA LEY 2003-F-1150; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY del 20/09/2010, citados en (Rodríguez Iturburu Mariana, La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Cód. Civ. y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 67 - LA LEY 20/05/2015).

VI. En definitiva, actualmente, en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el dec. 956/2013 y los arts. 558 y 562 del Cód. Civ. y Comercial, la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan "disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional" (Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico... ob. cit., p.41)

El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación.

Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida configura "un desarrollo progresivo normativo y simbólico de los derechos de las personas en un ámbito donde confluye el amor filial, el linaje, la existencia y las trascendencia más allá de nuestra humana finitud", dice Gil Domínguez (ob. cit., p. 39)

En el art. 2 de la Ley 26.862 se estipula que las técnicas pueden incluir o no la donación de gametos (masculino o femeninos) o embriones. El artículo 7 solamente requiere el consentimiento informado de una persona mayor de dieciocho años (expresado conforme a Ley 26.529 Ley de derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, y arts. Arts. 560 y 561 Cód. Civ. y Comercial). Por su lado, el artículo 8, Ley 26.862, establece que los criterios y modalidades de cobertura que se establezcan "no podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios". "También garantiza servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos de las personas —incluso de los menores de 18 años— que, aun sin querer llevar a delante la inmediata consecución de un embarazo por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, puedan ver comprometidas su capacidad para procrear en el futuro. Por último, dicho artículo incorpora como procedimiento y técnicas a las cuales se puede acceder la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal con gametos de donante. Ello sumado a que el Ministerio de Salud tiene como obligación legal "arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho igualitario de todos los beneficiarios", concluye Gil Domínguez: la combinación de estos artículos trae como "ineludible consecuencia que la gestación por sustitución haya quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino como parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional." Agrega "la ley es tan precisa en su proyección que posibilita que una persona guarde sus gametos para poder procrear en el futuro. ¿Cómo va a poder ejercer este derecho una mujer que perdió su capacidad de concebir si no es a través de una mujer gestante?" (Gil Domínguez, Andrés, op. cit, ps. 43 y 46).

En igual sentido, la redacción del art. 562, a la luz de la ley 26.618 sólo aplica para parejas homosexuales femeninas, dejando fuera de su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales masculinas, ya que la voluntad permite crear vínculo filial con el hombre o la mujer de quien ha alumbrado al hijo, dando respuesta a una sola situación posible ya que parte de la premisa de la existencia de relación de maternidad con la mujer de la que nació el hijo. Ahora bien, el art. 42 de dicha ley, establece una norma que opera como llave de interpretación de los principios establecidos en la misma a la luz de las restantes normas nacionales. De lo expuesto se deduce que la

voluntad procreacional solo habilitaría la relación filial respecto de dos hombres, en el caso de someterse a una gestación por sustitución. (González Magaña, Ignacio, art. 562 en Rivera, Julio César, Medina, Graciela, Cód. Civ. y Comercial de la Nación comentado, Tomo II, LA LEY, Buenos Aires, 2014, pág. 351)

Los derechos humanos a los que la Ley 26.862 intenta dotar de virtualidad y eficacia son los que consagró la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs. Costa Rica": derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías —derecho fundamental y humano— que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación.

Concluyendo "la combinación de los artículos de la Ley de Fertilización Asistida, en casos de infertilidad; nos conduce indefectiblemente a la gestación por otra mujer, quedando implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino". "Si cualquier persona titulariza el derecho fundamental y humano de acceder a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, por ejemplo por la orientación sexual tal como lo sostuvo la CIDH en el caso "Atala Riffo vs. Chile", y sin que se exija la acreditación de un diagnóstico de infertilidad, y a la vez, las TRHA comprenden la donación de gametos y/o embriones, no cabe ninguna duda que existen múltiples situaciones que la única forma de garantizar efectivamente el acceso deriva en la gestación por otra" (Gil Domínguez, Andrés, "La ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida, sus proyecciones constitucionales y convencionales Revista de Derecho de Familia y las personas , agosto 2013, Editorial LA LEY, pág. 24).

El art. 75 inc. 22 trajo al orden simbólico local, un orden distinto, es el que se configura a través de los DD.HH., los que irradian la coexistencia de una constelación plural de opciones de vida en lugar de un supuesto de homogeneidad ideológica o pensamiento único, que se manifestará en las distintas formas en que se expresa la legalidad. El derecho de familia debe receptar la constitucionalización del derecho privado en todo su contenido, como surge de los principios que son la base del sistema que consagra: pluralidad, igualdad y solidaridad. La igualdad, como principio constitucional y el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el orden público reconoce la aptitud de los miembros de la familia para decidir libremente opciones inherentes a la intimidad de la vida familiar.

En la especie, el principio de autonomía cobra un importante protagonismo, ya que esa subjetividad es donde se aloja la voluntad procreacional, correlato del amor filial que se construye más allá de lo genético.

La propia Corte ha señalado hace ya tiempo que "la más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional". "La ley no debe ser interpretada históricamente, sino teniendo en cuenta las nuevas condiciones y necesidades de la sociedad". (Fallo: "Casal, Matías E. y otro" del 20/09/2005, consid. 14 del voto de los Dres. Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; en LA LEY, 2005-F, 110. "Kot", 05/09/1958, Fallos: 241:291).

Estas trascendentes y significativas modificaciones de índole normativa, a partir de esta obligada mirada constitucional - convencional, son una proyección también, de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en el caso "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", del 28/11/2012, (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora en "La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo", del 07/02/2013, MJ-MJN-69467-AR; Rodríguez Iturburu, Mariana Inés y Culaciati, Martín Miguel, "Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asuntos de Familia. Período 2011, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 275-302, ISSN 1851-1201).

En dicha la causa, si bien la Argentina no fue parte, existen fundadas razones para adoptar las pautas interpretativas dadas por la CIDH, en su calidad de intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), para decidir sobre la pretensión de los afectados de solicitar la autorización judicial para transferir sus embriones a una persona gestante.

Desde esta perspectiva, resulta útil analizar el alcance dado al derecho de que se respete la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia, el respeto de la autonomía personal, reproductiva, integridad psicofísica, el derecho a la maternidad, el derecho a acceder a servicios de salud reproductivos y el goce de los beneficios del progreso científico, conferido por la jurisprudencia de la CIDH.

La CIDH analiza en primer término el art. 11 CADH el cual exige la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar, el que debe quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Interpreta en forma amplia el artículo 7 de la CADD al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso, como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, constituyendo el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones, resultando un derecho humano básico, que abarca el principio de dignidad, autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. En este sentido, señala que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, considerando que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada (párrafo 143).

En relación a la condición de discapacidad, hace referencia al caso "Furlan y Familiares" en el que precisamente la República Argentina fue condenada por no haber dado respuesta jurisdiccional en plazo razonable, a un adolescente que como consecuencia del accidente ocurrido, sufrió lesiones que le provocaron discapacidad. En dicha causa la CIDH destacó que desde los inicios del Sistema Interamericano, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad. Por su parte la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad" y "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" definen en forma semejante el término "discapacidad", como "una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social". En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. En consecuencia del art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.

La discriminación indirecta se plasma ya que en relación con la situación económica, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero (párrafo 303). Esta práctica se realiza en muchos países del mundo; las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En consecuencia, las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución en el exterior.

Realizado este análisis definitivamente se desprende de los argumentos de las sentencias del CIDH el reconocimiento y la consolidación del respeto de la autonomía personal, del derecho a la salud reproductiva, de la aceptación del proyecto de vida familiar, como el reconocimiento expreso e irrefutable de formar una familia relacionado con el derecho a la maternidad y la abolición de cualquier acto o decisión que menoscabe o discrimine a personas que por su condición de vulnerabilidad ya sea por razón de su estado físico por cuestión de género o por circunstancias económicas encuentren limitados o cercenados sus derechos fundamentales.

En resumen, autorizar la gestación por otra mujer, en este caso concreto no es ni más ni menos que respetar las directrices marcadas por la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos, en cuanto a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH) , a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH) en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme art. 17 de la CADD.

Consideraciones ya presentes, no solo en el Preámbulo de la Constitución Nacional, sino también en su parte dogmática. Principios como la libertad, la privacidad, la autonomía y dignidad de la persona establecen el espíritu pro homine de nuestra Carta Magna, fundando la perspectiva jurídica que efectiviza los derechos humanos de cada individuo tanto en el ámbito estatal como social. Siendo la tolerancia y el respeto los rasgos que han de imperar en un auténtico Estado social y democrático de derecho.

El art. 19 de la CN, respeta la intimidad de las personas dado que ubica al paradigma constitucional argentino —desde sus orígenes— en el ámbito del Estado constitucional de derecho, al centrar todo el andamiaje de la organización, dicho ámbito no sólo tiene una tutela jurídica precisa que inhibe la intromisión estatal de los particulares, sino también, se presenta como un otro abierto, indeterminado, que todo no lo sabe ni lo puede, que no es ajeno a la falta y que posibilita desde la ley, la construcción de subjetividades diversas en sus desarrollos pero iguales en el entramado de la intersubjetividad. Cuando la norma ampara las decisiones que conforman la vida privada de las personas, se funda el orden simbólico que autentica y habilita el proyecto de vida personal y familiar. (Gil Domínguez, Andrés "Sobre la libertad, las creencias y la vida digna", comentario caso "Albarracín Nieves Jorge s/ Medidas Precautorias", LA LEY 08/06/2012, pág. 3, cita Online AR/JUR/21755/2012)

La interpretación que de la CADH realiza la CIDH, en los casos analizados, impone que ese sea el norte que debe guiar la decisión de la presente causa. En caso en análisis, habida cuenta, la imposibilidad de la Sra. B. de llevar adelante la gestación (ya que presenta un diagnóstico de "Síndrome de Rockitansky", y además presentaba baja reserva ovárica diagnosticada, razón por la cual se indicó como único tratamiento a seguir un FIV/ICSI con donación de óvulo y útero portador), la gestación por otra mujer —Sra. G.— se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar. En este marco normativo, puede afirmarse que B. M. B. y R. A. D. son titulares, en igualdad de condiciones con los demás, del derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que, en su caso, la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución.

VII. El interés superior del niño, art. 3 CDN. Establecido como uno de sus valores fundamentales, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el art. 3, párrafo 1, enuncia uno de sus cuatro principios generales en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño: el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 33).

Alinearse con esta conceptualización implica tener en cuenta las diversas dimensiones por las que se encuentra atravesado el contenido de este principio; delimitarlo en base a las consideraciones de un determinado caso, complejiza la tarea. Como punto de partida habrá que evaluar la dicotomía que presenta el derecho a la identidad en sus dos vertientes, es decir, por un lado, la "faz estática" que comprende el origen biológico de la persona y, por el otro, la "faz dinámica" constituida por el patrimonio ideológico cultural de la personalidad hacia el exterior. (Bertoldi De Fourcade, María V., "Investigación de la paternidad", en LA LEY, 1999-E, 1230).

No se trata en este caso de decidir una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino de una persona de carne y hueso, que vive, piensa, tiene sentimientos, experimenta emociones, ríe, llora y va forjando día a día su identidad y la personalidad con la cual afrontará el resto de su existencia (SCBA, 26/10/2010, D., A. E. c. D., C. voto del Dr. Julio César Pettigiani donde remite al Ac. 78.446, sent. del 27/01/2001)

Cabe recibir asimismo el principio "favor debilis o pro minoris", con expresa recepción en los arts. 3, 5 y concordantes de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

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.). (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 10/09/2012, p. 1).

Por ello, en la especie, garantizar el interés superior de L., implica tutelar efectivamente el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que él se incluirá como uno más de la familia.

VIII. El derecho a conocer los orígenes es uno de los aspectos de las técnicas de reproducción humana asistida que está en pleno análisis, debate y formación. Si bien este derecho forma parte del derecho a la identidad —que es un derecho humano y como tal es exigible—, en los últimos años ha adquirido una relevancia tal que se lo considera en forma autónoma. Es preciso señalar que en una primera instancia es obligación de quienes se sometieron a las TRHA manifestarle al niño la verdad acerca de su origen.

Todos los niños y niñas que nacieron a partir de la donación de gametos, sean estos espermas u ovocitos, pueden desconocer, y en general desconocen, los datos identificatorios de quien aportó el material. En algunos casos, el material genético es de alguien conocido (amigo/a, familiar), disponiéndose así de la información.

Se pueden distinguir en el derecho comparado cuatro variantes legislativas en relación a la identidad del donante en las técnicas heterólogas. De la más restrictiva a la más amplia serían: los países que consideran que la donación es anónima; los que dan la posibilidad al donante a develar o no su identidad; el de doble ventanilla; y, la no anónima. El Cód. Civ. y Comercial, se ha utilizado una técnica legislativa que prevé una postura "intermedia", es decir, reconoce la posibilidad del niño o adolescentes de obtener de los centros de salud toda información relativa a datos médicos, cuando hay un riesgo para su salud y establece la posibilidad de revelar la identidad del donante (los datos identificatorios) cuando habiendo razones debidamente fundadas, éstas son presentadas ante la autoridad judicial y es dicha autoridad quien lo autoriza (arts. 563 y 564).

El Cód. Civ. y Comercial regula de este modo esta tensión que existe entre el derecho a conocer los orígenes del niño nacido por la utilización de TRHA y obtener de los centros de salud toda información relativa a datos médicos, cuando hay un riesgo para su salud y el derecho a la intimidad del donante se ve zanjada al permitirse el acceso por la vía judicial. (Ciruzzi, María S. Las técnicas de reproducción humana asistida en el anteproyecto de reforma al Cód. Civil: un enfoque bioético 15-ago-2012 Cita: MJ-DOC-5923-AR | MJD5923)

A fin de garantizar este derecho a la información se establece que en el legajo base sobre el cual se realiza la inscripción de nacimiento y se emite la correspondiente partida debe constar que el niño ha nacido de TRHA heteróloga. Los datos sobre el donante estarán en el centro de salud interviniente. Esto se regulará por ley especial. A la fecha, nuestra país, no cuenta aún (aunque si existentes diversos proyectos) con dicha regulación específica, que resulta necesaria y vital. Para que el niño o niña tenga esta posibilidad, debe estar regulado no sólo de qué modo la información puede ser almacenada y qué datos pueden ser solicitados y obtenidos sino también quién es el encargado de conservar dicha información a fin de que pueda acceder a la misma, garantizando su disponibilidad en el tiempo. Esto último implica, no ya como en la actualidad, que los centros médicos privados sean los únicos que cuentan con la información porque son los que realizan los tratamientos, sino que el Estado sea el garante de la información. Si los datos identificatorios de los donantes se perdieran de manera definitiva, se pondría en juego, entre otros, el derecho a la salud.

Por eso, insistimos, se requiere de la regulación específica, ya que no solo existe un vacío legal en cuanto al resguardo perdurable de la información, sino también, en cuanto a la posibilidad de conocer la misma y su acceso.

Saber que se ha nacido de TRHA con material genético de un tercero y, en especial, el resguardo de esa información, también ha llegado a conocimiento de los estrados judiciales. (Cámara Nacional Federal Cont. Adm., Sala V, 29/04/2014, "C., E. M. c. Estado Nacional. Ministerio de Salud).

Asimismo, cabe hacer mención al derecho que asiste a los niños nacidos por TRHA de conocer cuál ha sido su realidad gestacional. En esa línea, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas adelante en Bahía Blanca, en el año 2015, se arribó por unanimidad, a la conclusión que "el nacido por gestación por sustitución, con

edad y grado de madurez suficiente, tiene derecho a conocer su realidad gestacional y acceder al expediente judicial"

IX. Al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el Cód. Civ. y Comercial, otros interrogantes —sobre todo de orden práctico— siguen abiertos, con la inseguridad jurídica que ello genera, al carecer los Registros de normativa que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme a la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño. La jurisprudencia ha venido subsanando de alguna manera el vacío de regulación, pero es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura.

El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de los convenios. Ese interés exige contar con un marco legal de protección, que "brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva". (Tratado de Derecho de Familia según el Cód. Civ. y Comercial de 2014, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora; Tomo II, art. 5509 a 593, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 526)

En efecto, el derecho a la inscripción inmediata del nacimiento, ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 7 y reviste máxima relevancia porque la inscripción inmediata del nacimiento de una persona es determinante para el goce efectivo de los demás derechos.

X. La jurisprudencia nacional. Por su parte resonados fallos, aunque con distintos matices, han puesto de relieve esta cuestión dando cuenta, que el número de casos de gestación por sustitución va en aumento. Vale destacar que todos se resolvieron favorablemente —lo que implica gran aceptación por parte de los organismos y operadores que intervienen en el ámbito de la justicia— y, por aplicación del principio rector del interés superior del niño, la solución dada es que, el vínculo filial se genere entre el niño y quien o quienes tienen la voluntad procreacional, dejándose de lado la regla "madre cierta es".

Se conocen, hasta el momento, 11 fallos nacionales firmes, que contemplan casos de niños nacidos bajo estas TRHA (http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprud encia-nacional/), a ellos nos referiremos muy resumidamente:

El fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, del 18 de junio de 2013, reviste gran importancia por ser el primero en dar un tratamiento de fondo a la problemática en análisis; sentó un valiosísimo precedente al resolver, aun reconociendo el vacío legal existente, la inscripción de una niña nacida bajo la modalidad de "gestación por sustitución" como hija de la pareja comitente, aportante del material genético, basándose para ello en principios constitucionales como el interés superior del niño, el derecho a la identidad, y la voluntad procreacional (autos "N.N. s/ inscripción de nacimiento", 18/06/2013, cita Online MJ-JU-M-79552-AR, MJJ79552).

En la sentencia del Juzgado de Familia de Gualeguay, del 19/11/2013, se hizo lugar a la demanda de impugnación de maternidad extramatrimonial y el consecuente reconocimiento en persona de la actora de la maternidad matrimonial, en razón de haber sido conjuntamente con su marido quienes, mediante el aporte de óvulos y espermatozoides, dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte del útero perteneciente a la demandada, nació el niño cuya filiación se cuestionó. Se argumentó que, cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del CCiv., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación. Existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal la gente debería elegir, dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por ello; así, mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla. (MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567)

Por su parte, en el caso resuelto por el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, en diciembre de 2015, a diferencia de la mayoría de los casos hasta hoy conocidos de gestación por sustitución, la intervención es previa a la provocación del embarazo de la persona que actuó como gestante. Para hacer lugar a lo peticionado, la sentencia apela al marco internacional de los DDHH y a los fallos de la Corte IDH y se autorizó la transferencia de embriones en el útero de una mujer gestante, que mantenía una relación de amistad con los pretensos padres, y la posterior inscripción de los nacidos como hijos de aquellos, destacando al resolver el principio de autonomía de la voluntad de las personas, que tienen derecho a una libre elección individual de planes de vida sin la interferencia del Estado. En segundo lugar la jueza recurre a la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 (autos "XXX s/ maternidad por sustitución", 02/12/2015, DFy P 2015 —diciembre—, cita Online AR/JUR/90178/2014).

El caso fallado por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 102, la magistrada sostuvo que: "resulta procedente acceder a la demanda entablada valorando principalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, respecto de quien han asumido y ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento, así como la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN, y demás consideraciones formuladas en el presente decisorio". Se puso de relieve también que el contrato de gestación por sustitución resulta inmoral y debe prohibirse en el caso de ser oneroso, pero no cuando se trata de un acuerdo voluntario y libre que no conlleva un interés económico, y se funda en el vínculo afectivo de las partes (autos "C., F. A. y otro c. R., S. M. L. s/ impugnación de maternidad", LA LEY 18/05/2015, cita Online AR/JUR/12711/2015).

En otro precedente fue autorizada la inscripción de una niña nacida mediante la técnica procreacional de maternidad subrogada como hija de los peticionantes con fundamento en lo establecido por el art. 558 del Cód. Civ. y Comercial, habiéndose destacado que es un deber del juzgador esclarecer la verdadera filiación de los niños como tutela de su derecho personalísimo a conocer sus orígenes, ante la inexistencia de conflicto entre las partes intervinientes, y que debe darse preeminencia al principio del interés superior del niño, el derecho a la identidad, a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia. El magistrado, afirmó que: "los avances médicos y el desarrollo de nuevas tecnologías no encuentran a la fecha una solución jurídica a la cuestión,... (..) por lo que correspondería entonces estar, a lo que surge del convenio de "voluntad procreacional" y el estudio de ADN acompañado el cual no fuera impugnado por las partes". Sobre la base de estos argumentos, concluye que: "planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, y de los ministerios, habida cuenta el estudio de ADN de la niña y los actores, del que surgen como padres biológicos, será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del CCiv., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación". (Juzgado Nacional en lo Civil N° 83, 25/06/2015, autos "N.N. O. s/ inscripción de nacimiento" La Ley, cita Online AR/JUR/24326/2015).

Otro antecedente, el dictado en Mendoza el 29/07/2015, por el juzgado de Familia N° 1, el magistrado analizó la validez del contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes, considerando que la mujer gestante ofrece su capacidad gestacional y que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente), que ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano. Estableció su postura, inclinándose por la remuneración del servicio de gestación, realizando un pormenorizado análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, a fin de fundar y argumentar su fallo, haciendo prevalecer en su sentencia la voluntad procreacional, como eje de las TRHA, la correspondencia genética entre el nacido y los comitentes, y el interés superior del niño, como principio rector. Impone, asimismo, a los progenitores la obligación de informar respecto de su origen gestacional. (autos: C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento (Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 04/02/2016, 39, Online AR/JUR/58729/2015).

Existe otro precedente en el que la justicia debió expedirse antes que la situación se consumara, autorizando la implantación embrionaria en el útero de una mujer gestante, que resultaba ser cuñada de la solicitante y hermana del peticionante. Se destacó en esa resolución que el objetivo de la pretensa gestante era altruista, ya que tenía con los peticionantes una relación de parentesco y ella oficiaba de vehículo para el deseo de los futuros padres, considerándose que se encontraban en juego el derecho a la identidad, a la protección de la familia, a la libertad

reproductiva, a la voluntad procreacional y a la intimidad. Se hizo lugar a la autorización haciendo constar que debería informarse inmediatamente después de producido el parto a los fines de la inscripción de los nacimientos, y que los niños que nacieran deberían conocer la verdad sobre su gestación y nacimiento (Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche, 29/12/2015, exp. 10178/14).

En otra sentencia, para permitir la inscripción de una niña, que fue gestada en el útero de la hermana de la peticionante, como hija de los accionantes que habían aportado los gametos, la Juez declaró la inconstitucionalidad y la "anticonvencionalidad" de la regla del art. 562 que regula específicamente la "voluntad procreacional" como regla de determinación concurrente de la filiación en cuanto establece que los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida son hijos de quienes los dan a luz. Según el fallo, sólo es consistente con el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución Nacional determinar la filiación por "voluntad procreacional" con independencia del vínculo biológico o gestacional. (Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015, autos "H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial", La Ley cita Online AR/JUR/78614/2015).

Por su lado, el Tribunal Colegiado de Rosario, accedió a la demanda de impugnación de la maternidad deducida por un matrimonio homosexual, contra la mujer que gestó a su hijo, que se trataba de una amiga que prestó su vientre con la finalidad de ayudarlos en su deseo de ser padres, y declaró el emplazamiento del niño como hijo del matrimonio. Se destacó que en la práctica se utilizó material genético de uno de los peticionantes y de una donante anónima que no era la gestante. Ello de acuerdo a la conformidad expresa de todos los involucrados, el estudio de molecular de ADN sobre exclusión de la maternidad consignada en el acta de nacimiento y cuya impugnación prosperó, por no ser la mujer del hijo que pasaba por suyo, conf. Arts. 565 y 588 del Cód. Civ. y Comercial y el consecuente emplazamiento como progenitor, además del consignado en el acta de nacimiento del niño, del otro integrante del matrimonio unisexual, siendo ello la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación (autos "S. G. G. y otros s/ Filiación", n° 1301, del 27/05/2016).

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 7, también admitió una demanda de impugnación de la maternidad deducida contra una mujer gestante, amiga del matrimonio reclamante, y ordenó inscribir a los dos niños nacidos, como hijos de los accionantes tomando como eje la voluntad procreacional de la pareja como determinante del vínculo en estos casos, y el resultado de la prueba de ADN producida, que arrojó como resultado una probabilidad de maternidad del orden del 99,997% respecto de la accionante, determinando la inexistencia de vínculo biológico entre la demandada y los niños (autos "A. R., C. y otros c. C., M. J. s/Impugnación de Filiación, exp. N° 8841/2016, junio de 2016).

Estos casos, al igual que el presente bajo análisis, no debieran repetirse ya que, no se les puede hacer vivir, a las familias que pasan por situaciones similares, inseguridades e incertidumbre sobre su futuro, dependiendo del criterio del magistrado que juzgue su caso.

La complejidad de esta figura, de gestación por sustitución, es innegable, el desafío entonces está en lograr un sistema que de manera equilibrada pueda hacer frente a esta realidad intentando ofrecer la mayor protección jurídica a todas las personas que intervienen. Como expresa Navas Roggero, "lo cierto es que, ahí donde el derecho prohíbe o bien silencia, se cuela la conducta humana, transformando la realidad social, generando desde la voluntad y el afecto distintos vínculos familiares que son casi imposibles de invisibilizar. Por lo cual, si el foco está en proteger, salvaguardar de la mejor manera posible los derechos e intereses de todas aquellas personas involucradas en esta técnica, otorgando seguridad jurídica, regular es la respuesta más eficaz, porque regulando se controla.(...)". Teniendo como premisa el deber del Estado de regular esta figura, y a partir de allí plantear si estamos frente a un contrato o, por el contrario, ante un proceso complejo de carácter interdisciplinario que debiera ser previo con el objeto de resguardar a la gestante y consecuentemente al niño/a por nacer, que no vería retrasada ni amenazada su determinación filial por el tiempo que insume un proceso judicial posterior al nacimiento. (Navas Roggero María J., "Una nueva mirada sobre las familias: la contractualización de las relaciones familiares", Sup. DPI Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 74 - 17.05.2016)

Como advertimos se hace imperioso contar con una regulación integral de TRHA y la creación de un Registro

que permita proteger los datos de los donantes, así como también establecer los procedimientos tendientes a obtener los datos identificatorios y médicos.

La libertad de intimidad o autonomía de la voluntad implica "poder de decisión", cuyo único límite es el considerar si tal decisión conlleva la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona.

El mandato constitucional, de acuerdo con el art. 3 de la CDN, no sólo va dirigido a resolver problemas privados en el ámbito judicial o administrativo, sino que la protección del "interés superior del niño" se erige en responsabilidad primordial del Estado a la hora de diseñar las leyes tendientes a la protección de la infancia.

XI. En cuanto al nombre de L., habida cuenta lo expresamente solicitado en la demanda incoada, ratificado a fs. 165 y lo dictaminado por el Sr. Defensor Público Tutor a fs. 170, el niño, será inscripto como L. D. B. (arts. 64 y 559 Cód. Civ. y Comercial).

De las constancias de autos emerge que: a) todas las personas involucradas han tenido como norte el interés superior del niño; b) la gestante tiene plena capacidad, posee buena salud física y psíquica; fue suficiente y plenamente informada sobre la situación que libremente aceptó, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos, no sufrió ningún tipo de explotación, posibilitó el tratamiento y control necesarios para la transferencia embrionaria de los progenitores procreacionales; c) uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos; d) los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución g) la gestante ha parido dos hijos en su unión convivencial; h) la gestante ha prestado su vientre en forma libre, luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; i) el recurso de éstas técnicas fue utilizado como última alternativa por los peticionantes ante la infructuosa espera en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva de la Pcia. De Córdoba, como lo han manifestado en la audiencia mantenida con la suscripta.

En síntesis la mujer gestante obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su pareja conviviente y padre de sus dos hijos, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos; en audiencia brindó explicaciones sobre la relación con los peticionantes, el debate entre todos los miembros de su familia, los recaudos que se tomaron y su firme intención de gestar un niño por solidaridad hacia sus amigos. Esta decisión, forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la mujer someterse a ésta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad.

A esto debe sumarse el reconocimiento expreso dentro de los principios generales receptados para los procesos de familia, junto con el de la tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente, el de facilitar el acceso a la justicia especialmente tratándose de personas vulnerables y finalmente la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tenerse en cuenta el interés superior de esas personas. (art. 706 Cód. Civ. y Comercial). Bajo esa mirada corresponde hoy tutelar los derechos emergentes de L. concebido por la voluntad procreacional de quienes hoy peticionan la modificación del acta de nacimiento y consecuentemente la impugnación de la maternidad, por no ser ella la madre del hijo que pasa por suyo, para forjar decididamente lazos jurídicos con quienes ha asumido decididamente su rol, con afectos y seguridad a esa relación familiar que se forjó desde el día del nacimiento, (arg. arts. 3, 9 y 12, CDN; 10, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., CN)

En este contexto, dado que la filiación por técnicas de reproducción humana asistida constituye una de las nuevas fuentes de filiación previstas en la ley, a través de la cual los nacidos son hijos de quien dio a luz y de la persona que prestó su previo, informado y libre consentimiento con el empleo de tales técnicas, independientemente de quien haya aportado el material genético, resulta necesario compatibilizar los distintos intereses a través de un adecuado compromiso dirigido a preservar el derecho de L. a conocer su origen biológico y ante la eventualidad de que oportunamente solicite la información que prevé el art. 564 del Cód. Civ. y Comercial. A tal fin, en ejercicio de potestades inherentes a esta magistratura, corresponde disponer una medida

complementaria acorde con la naturaleza de los derechos involucrados, tendiente a la preservación de dicha información como mecanismo que garantice su disponibilidad en el tiempo (arts. 1, 14 bis, 18, 19, 31, 33, 75 incs. 22 y 23 y concs., CN; 2, 3, 4, 5,7, 8, 18, 41, 44 y concs., C.D.N.)

Por ello, 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, a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia y la voluntad procreacional. Por lo tanto, la petición incoada debe tener una favorable acogida.

Además de los razonamientos precedentes, debe admitirse la presentación efectuada por el matrimonio que detentó y detenta la voluntad procreacional respecto al niño y quienes asumieran y ejercieran la responsabilidad parental desde su nacimiento, como una respuesta jurisdiccional encaminada a promover el interés superior del niño.

Que de acuerdo a la conformidad expresa de todos los involucrados, la legitimación activa de quienes accionaron, el estudio de molecular de ADN sobre exclusión de la maternidad consignada en el acta de nacimiento y cuya impugnación debe prosperar, por no ser el hijo que pasa por suyo, conf. Arts. 565 y 588 del Cód. Civ. y Comercial, el consecuente emplazamiento de los peticionantes como progenitores, siendo ello la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación.Que las costas de éste juicio se distribuyen en el orden causado, atento el desarrollo de la litis y al no existir controversia.

Por los fundamentos expuestos, disposiciones legales citadas y en ejercicio de potestades inherentes a esta magistratura, de conformidad con lo dictaminado por los Ministerios Público Pupilar y Fiscal, a fs. 172 y 173/174 respectivamente y a fs. 166/170, por el Sr. Defensor Público Tutor, resuelvo: 1.- Admitir la demanda incoada, en consecuencia, impugnar la maternidad de Y. A. G. (DNI ... respecto de L. G., por tanto declarar el emplazamiento del niño como hijo de B. M. B. (DNI...) y de R. A. D., (DNI Nro. ...) 2.- En virtud de ello, el niño se inscribirán como L. D. B. Librar oficio, a tal fin, al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin de que proceda a su modificación; con transcripción de la parte resolutiva de la sentencia y los datos completos del niño L. G., sexo masculino, nacido el 14 de julio de 2014 en Av. ... CABA (Circunscripción ..., Tomo ..., Número ..., Año ...). 3.- Imponer a los progenitores procreacinonales, la obligación de hacerle saber a su hijo la manera en que fue concebido y gestado; 3.- Como medida complementaria, acorde con la naturaleza de los derechos involucrados, librar oficio al Centro Médico interviniente a fin que proceda al debido resguardo de los datos de la donante de óvulos que intervino en la presente técnica de reproducción humana; 4.-Dar intervención al Ministerio de Salud a fin que por la vía y forma que considere corresponda, disponga las medidas necesarias a fin de garantizar la disponibilidad en el tiempo de los datos de la donante; 5.- Atento las particularidades del caso y los allanamientos formulados en autos, imponer las costas en el orden causado (artículos 68 segundo párrafo y 70 del Código Procesal). 6.- Notifíquese a las partes por Secretaría y en sus despachos, a los Ministerios Públicos. 7.- Cópiese, regístrese y, oportunamente, archívense. — Myriam M. Cataldi.