Citar ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/90178/2014

**Tribunal:** Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario
**Fecha:** 02/12/2014
**Partes:** XXX s/ maternidad por sustitución
**Publicación:** APFAMJD 26/11/2015
**Publicado:** RDF 2016-III , 135 con nota de Natalia Hernández

DERECHO DE FAMILIA - Generalidades - Autorización judicial para realizar transferencia de embriones a través de la gestación por otra mujer. Derecho a formar una familia

## NOTA A FALLO

Hernández, Natalia; ~ Cuando la justicia dice lo que las normas callan. Apelando, una vez más, al derecho internacional de los derechos humanos Ver texto

## Sumarios

1.DERECHO DE FAMILIA - INFERTILIDAD ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ PROTECCION DE LA MATERNIDAD ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido y la consolidado el 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.

2.DERECHO DE FAMILIA - INFERTILIDAD ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ PROTECCION DE LA MATERNIDAD ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Si bien, la práctica de la gestación por otra mujer se encuentra implícitamente incorporada por el juego armónico de los art. 2, 7 y 8 de la ley 26.862; al analizar todo el entramado de principios y valores que emanan del preámbulo, de la propia Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales de igual jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22),se ve reforzado, aumentado y completado el marco legal, y por ello corresponde autorizar el pedido de un matrimonio para que se autorice la transferencia de embriones a través de la gestación por otra mujer.

3.DERECHO DE FAMILIA - INFERTILIDAD ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ PROTECCION DE LA MATERNIDAD ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

En las técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero a ajeno, de este modo el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante las técnicas de análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas y por ello rige el principio de la autonomía de la voluntad y no la del puro dato genético, para dar nacimiento al vínculo filial.

## TEXTO COMPLETO

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Rosario, diciembre 2 de 2014.

Resulta: El matrimonio conformado por el cónyuge ... y la cónyuge ..., comparecen por derecho propio y con patrocinio letrado del Dr. ..., y peticionan el otorgamiento de autorización judicial para realizar transferencia de embriones a través de la gestación por otra mujer.

Además peticionan para el supuesto de que esta fuera exitosa, se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas al niño/niña -concebido de tal forma, a nombre de los peticionantes.

Expresan que en el mes ... de ... se conocieron y al poco tiempo se pusieron felizmente de novios, luego de diez años de noviazgo decidieron casarse. En fecha ... de ... de ... contrajeron matrimonio civil y en fecha ... de ... del mismo año se casaron por iglesia.

Señalan que aproximadamente al año de encontrarse casados, comenzaron la búsqueda de concebir un hijo para formar una familia, que al día de la fecha ha resultado infructuosa.

Manifiestan que luego de buscar el embarazo natural durante seis meses debido a los antecedentes médicos de la peticionante, quien padece de endometriósis decidieron consultar a un médico especialista en fertilidad a fin de conocer las eventuales causas que pudieran motivar la imposibilidad del embarazo.

En primera persona narra la esposa las distintas intervenciones quirúrgicas y tratamientos a los que debió someterse. Así en el año ... fue intervenida quirúrgicamente vía laparoscopia para extirpar el quiste endometriósico del ovario izquierdo, a fin de frenar a tiempo la endometriosis recomendando los profesionales la rápida búsqueda del embarazo natural. Habiendo transcurrido seis meses y no habiéndose logrado el embarazo, concurrió a consulta médica, en la cual le indicaron una serie de análisis hormonales, descubriendo que no ovulaba, al menos no todos los meses. Por tal motivo, la Dra. ... propuso comenzar con estimulación ovárica con monitoreo ecográfico y coito dirigido, a fin de aumentar las posibilidades de embarazo. Esto ocurrió a finales del ... y primer semestre de .... En el segundo semestre de ..., comenzaron con tratamiento de baja complejidad a través de inseminación artificial (IA), con ingesta de medicación más fuerte para estimular la ovulación. Se efectuaron dos prácticas fallidas de introducción de cánula con semen del marido. El tercero fue suspendido por baja respuesta. En enero de ... con motivo de fuertes dolores en la zona baja del abdomen se le diagnosticó erróneamente infección urinaria; luego de estudios se indicó una operación de urgencia vía laparoscópica por tratarse de un cuerpo luteo sangrante. En dicha intervención se descubrió que la trompa derecha estaba totalmente obstruida. A raíz del cuadro, se le indicó como única alternativa para lograr el embarazo recurrir a técnicas más complejas, comenzando con ciclos de FIV y/o ICSI. Tuvo fuerte anemia con motivo del sangrado que obligó a colocarse inyecciones de hierro día por medio. En ... de ... se comenzó con el primer ciclo de ICSI con resultado negativo. En ... de ... se practicó el segundo ICSI; en ... de ... el tercer ICSI con su resultado negativo. Ante estos resultados - el Dr. ...- indicó la realización de una histerosonografía para investigar la cavidad uterina, el que se realizó en fecha x de ... de .... Con motivo del resultado de este estudio se indicó la realización de una histeroscopía, la que fue llevada a cabo en el ... en ..., por el médico .... En dicha intervención se extrajo un pólipo que se encontraba en el istmo del útero, el cual actuaba como DIU impidiendo el embarazo. Se fijó fecha para nuevo tratamiento una vez que se recuperara de tal operación. El ... del mismo mes le diagnostican cáncer de páncreas a la progenitora de la señora .... En ... de ... se realiza el cuarto ICSI con resultado positivo, del que resulta un embarazo ectópico simple. En el ... se realizaron estudios para nuevo tratamiento, siendo necesaria una ligadura de trompas, ya que la trompa derecha estaba totalmente obstruida y la izquierda comenzó a tener hidrosalpinx lo cual es tóxico para los embriones.

En ... de ... quinto ICSI con resultado negativo, en esa oportunidad se congelaron embriones. El x de ... de ... falleció la madre de la señora ..., y el matrimonio se tomó un tiempo para comenzar nuevamente en ... de... con estudios.

Uno de ellos la histerosonografía que condujo a la extracción de otro pólipo alojado en el istmo del útero. En ... de ... se transfirieron los embriones congelados, pero a la sexta semana de embarazo comenzaron pequeñas pérdidas que luego fueron aumentando a un gran sangrado, se realizó una ecografía transvaginal que mostró que el

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

embarazo se había detenido espontáneamente.

Luego se efectuaron análisis de sangre para determinar enfermedad como trombofilia, con resultado negativo. Al prepararse para un nuevo tratamiento se realizó una nueva ecografía transvaginal donde se visualiza adenomiosis y quiste endometriósico no quirúrgico.

En fecha ... de ... se realizó histeroscopía para solucionar la adenomiosis y el ... de ... de ... se sometió a intervención quirúrgica vialaparoscopia por ruptura de quiste endometriosico. Ya en ... de ..., atendida por la Dra. ..., se efectuó la transferencia embrionaria de los embriones congelados, con resultado positivo. El ... de ... de ... mediante ecografía obstétrica no se constató actividad cardíaca, diagnosticándose gestación detenida. Se efectuaron estudios genéticos dado los abortos a repetición. En ... de ..., a través de una ecografía transvaginal de control del aborto espontáneo, se visualizó una imagen en el útero compatible con un pólipo endometrial, debiéndose efectuar una nueva histeroscopía, en la que se detectó que se trataba de restos placentarios que se había organizado en forma de pólipo. En ... de ... de los resultados genéticos no se encontraron patologías. En ... de ... se realizó un nuevo ICSI, el sexto, congelándose tres embriones, transferidos en ... de ... con resultado negativo. En ... de ... se realizaron estudios de mayor complejidad en muestras de semen del marido, con resultado normal. En ... de ... el séptimo ICSI con resultado positivo y congelamiento de seis embriones. Atento el resultado de la unidad sub beta se sospechó de un embarazo gemelar. El ... de ... de ..., se realizó un control ecográfico donde se visualizó dos sacos gestacionales pero no estructuras embrionarias, lo que indicó que el embarazo se había detenido.

El día ... de ... comenzó con fuertes dolores que la inmovilizaron y llegó al sanatorio totalmente descompensada, casi sin pulso, con shock hipovolémico, un millón y medio de glóbulos rojos, tiempos incoagulables. Se realizaron dos cirugías, la primera de urgencia donde se constató una ruptura uterina, se esterizó la zona abdominal y se dejó abierto con una malla en unidad de terapia intensiva, la segunda histerectomía total. Confirmando la biopsia un embarazo gemelar.

Resaltan que al contar con seis embriones congelados en tres pajuelas, efectuaron contactos por distintos medios para averiguar la posibilidad de realizar la subrogación de vientre en el extranjero, en EE.UU o India, pero dado a los altísimos costos descartaron dicha posibilidad.

Destacan que el relato objetivo de los hechos, expresa el camino que transitaron en la incesante búsqueda de la paternidad.

Subrayan que dado los "largos" y hasta "eternos" años de lucha, el gran sufrimiento padecido ante la imposibilidad de lograr un sueño tan importante como es el de concretar una familia, buscaron apoyo emocional a través de la familia y amigos, psicológico mediante la atención de profesionales y también en el plano espiritual.

Afirman haber concurrido a la misa del Padre Ignacio para pedir la bendición a fin de lograr poder formar una familia. En esas circunstancias conocieron a la pareja conformada por los señores ... y ..., quienes integran una hermosa familia y tienen una preciosa hija de cuatro años llamada .....

Relatan que en la espera de la celebración de la misa comenzaron a charlar y a contarse sus historias de vida, el problema de no poder tener hijos, las actividades de cada uno, los hombres conversaban sobre fútbol. Ambas parejas entablaron una relación. El matrimonio compraba tartas a ..., las visitas eran constantes y se forjó un comunicación de confianza e intimidad entre ambas mujeres.

Señalan que ..., con conocimiento de la triste experiencia, de la definitiva imposibilidad de embarazo y las edades de la señora ... y ..., al sólo fin de poder conformar una familia, se ofreció a gestar un hijo suyo en su vientre.

Resaltan a fin de disipar cualquier duda, que esto es un acto de amor, sin interés pecuniario alguno, que ... manifestó a ... dicha posibilidad en el mes de ... de .... Refieren que quedaron sorprendidos y como vulgarmente se dice "pasmados" por las palabras de ... y la posibilidad de prestar su vientre, como así también el acto de amor que esto significa.

Afirman haber pensado el tema, que la pareja de ... el señor ..., también les manifestó su acuerdo, con lo que renació la esperanza de ser padres y formar su ansiada familia.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Refieren que por contrato de crioconservación cuentan con seis embriones congelados en ..., sita en ... de la ciudad de ....

Reiteran que la peticionante nunca podrá ser madre naturalmente por la extracción del útero y que la alternativa de la adopción resulta un camino larguísimo, incierto y que tan larga espera no haría más que profundizar el dolor diario ante la imposibilidad de formar una familia.

Consideran que su alternativa es que los embriones se desarrollen en un vientre subrogado, para que finalmente nazca/n el o los niños la niña y o las niñas puedan ser criados por ellos.

Reflexionan considerando que no existe discusión en que en la actualidad toda pareja tiene derecho a formar una familia, la que constituye un pilar o institución sobre la cual se desarrollan los valores y bases de nuestro país para las generaciones venideras.

Por último, manifiestan que han decidido por mutuo acuerdo con ... y ..., efectuar la subrogación de vientre, que por su formación profesional de abogados, decidieron presentar esta petición judicial al efecto de que se otorgue judicial autorización para realizar la transferencia de embriones congelados en un vientre subrogado y para el supuesto de que fuera exitosa la transferencia, se permita inscribir al niño/niña concebido de tal manera en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a nombre de los señores ... y .....

Citan jurisprudencia, argumentando que en la causa "NN ODGMBM s/ Inscripción de Nacimiento" el Juzgado Nacional de 1era. Instancia Civil Nro. 86 de Capital Federal, la Jueza interviniente resolvió la inscripción de la niña nacida de vientre subrogado a nombre de quienes tuvieron voluntad procreacional.

Acompañan a la causa historia clínica de la señora ... (fs. ... y en fotocopias certificadas a fs. ...), certificación notarial de fecha x de ... de ..., en la que la señora ... y el señor ..., a modo de declaración jurada, manifiestan la intención de ayudar al matrimonio engendrando ... en su vientre los embriones del matrimonio (fs. ...), Documento de consentimiento informado para tratamiento mediante fecundación in vito transferencia embrionaria, Documento de aceptación de fertilización in vitro con donación de óvulos consentimiento de fecha ..., consentimiento de la pareja para realizar la crioconservación de embriones de fecha ..., renovación de contrato para congelamiento y crioconservación de embriones (fs. ...).

Fundan la petición en los argumentos dados en la sentencia dictada en la causa "NN ODGMBM s/ Inscripción de Nacimiento" Expte. nro. ... del Juzgado Nacional de 1era. Instancia Civil Nro. 86 de Capital Federal, citan doctrina y el principio de igualdad del art. 16 y el principio de la libertad de art. 19, ambos de la Constitución Nacional y art. 667 del CPCC.

Brindado el trámite de juicio verbal y no actuado, se ordena que se acompañe a autos partida de matrimonio de los peticionantes y la partida de nacimiento de la niña ..., las que fueron agregadas a fs. ....

Se ordena a "..." remita los informes y/o historias clínicas y/o cualquier otra documentación a fin de acreditar la conformación de los embriones crioconservados por el matrimonio e informe si el material genético femenino corresponde a la señora ..., y sobre el origen de los gametos (óvulo y semen) como así también la identificación de los embriones congelados, el que es contestado a fs. ....

También se dispuso la conformación de una Junta transdisciplinaria integrada por dos médicos forenses y una psicóloga del Equipo Interdisciplinario a fin de que procedan a examinar y evaluar al señor ..., ... y ... a fin de informar sobre el estado de salud física y psíquica de los mismos. Específicamente en relación a la señora ... si posee capacidad de decisión para actuar como persona gestante, si para dicha decisión se encuentra libre, plena e informada. El informe transdisciplinario obra a fs. ....

Además se ordenó a la Trabajadora Social del tribunal se constituya en los domicilios del matrimonio y de la señora ... a fin de practicar un amplio y detallado informe ambiental, debiendo recabar todo dato que pueda ser útil para la causa, el que da cuenta a fs. ....

Se peticionó historia clínica de la señora ..., acompañando esta la historia clínica con motivo del embarazo y parto de su hija (fs. ...), informe psicológico obrante a fs. ..., informe ginecológico de fs. ... e información médico legal

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

sobre embarazo y parto -consentimiento del paciente. (fs. ...).

Se dispuso audiencia para el día ... de ... de ..., a fin de tomar conocimiento personal con los peticionantes señores ... y ..., como así también para que la señora ... preste formalmente su consentimiento de lo que dan cuenta las actas de fs. ... y ....

Por tanto, cumplimentadas la totalidad de las medidas y audiencias dispuestas quedan los presentes en estado de resolver.

Considerando: Los themas decidendum se circunscriben a dos cuestiones.

La primera refiere a la autorización judicial peticionada para realizar la transferencia embrionaria de embriones crioconservados del matrimonio ... - ... a una persona que dispone su útero para gestarlos.

La segunda cuestión, incierta, potencial y futura, que se relaciona con el nacimiento de la persona o personas y la inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a nombre del matrimonio ... ....

En este orden de ideas, la petición es efectuada por el matrimonio conformado por los señores ... y ..., quienes acreditan su estado civil conforme partida de matrimonio inscripta en el Registro Civil de ..., ... Sección, Acta ..., Tomo ..., Año ..., tal como surge de fs. .... Sumado a ello, la señora ... ha manifestado y prestado su consentimiento, de convertirse en persona gestante de los embriones crioconservados del matrimonio, y entregarlos al matrimonio una vez producido el nacimiento, conforme acta notarial pasada ante la escribana ..., obrante a fs. ....

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 ... pueda gestar, atento a que la misma carece de útero, como consecuencia de la intervención quirúrgica denominada histerectomía total que le fuera practicada en fecha ... de ... de ... (fs. ...).

El segundo hecho no controvertido es la existencia de seis embriones crioconservados, conforme surge del consentimiento informado por tratamiento mediante fecundación in vitro – transferencia embrionaria, la aceptación de fertilización in vitro con donación de óvulo, de fecha ..., el consentimiento de la pareja para realizar la crioconservación de embriones de fecha ..., documento del cual surge que han sido congelados 6 de los embriones en 3 pajuelas y renovación del contrato para el congelamiento y crioconservación de embriones de fecha ... de ... de ..., documentos suscriptos por los peticionantes y la Dra. ... (fs. ...). Asimismo, de los informes elaborados por la Dra. ... del cuerpo médico de .... ... se lee que los gametos femeninos utilizados en el tratamiento de fertilización asistida de la señora ... y ... no provienen de la señora ..., manteniéndose la confidencialidad de los datos de la donante. (fs. ..). Para ello se adjunta ficha de laboratorio donde se identifican los embriones crioconservados (fs. ...) e informe emitido por la Dra. ... el que da cuenta que el origen de los gametos femeninos es anónimo y los gametos masculinos pertenecen a ... (fs. ...).

El tercer hecho no controvertido resulta ser que la señora ... ha manifestado su interés en ayudar de modo altruista al matrimonio integrado por los señores ... y ..., que una vez obtenida la autorización judicial para realizar la transferencia de los embriones a su vientre y para el supuesto que dicha transferencia fuera exitosa se inscriba al niño/s/ niña/s, concebido de tal forma, en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a nombre de sus padres, señores ... y ..., conforme surge de la constancia notarial de fecha ... de ... de ..., pasada ante la escribana ... (fs. ...). Sumado a ello en oportunidad de ser examinada por la Junta Transdiciplinaria conformada por los médicos psiquiatras ... y ... y la psicóloga ..., los profesionales informan que la señora ... se presenta lúcida, orientada globalmente sin trastornos evidentes de sensopercepción, curso y contenido del pensamiento, memoria, atención y afectividad. No presenta condicionamientos psicopatológicos que le impidan comprender los alcances de asumir la gestación de un embrión ajeno (fs. ...). En el mismo sentido el psicólogo ... informa que la señora ... se encuentra bien orientada en tiempo y espacio, presenta estado anímico sin depresión ni ansiedad, no se observan alteraciones en la sensopercepción, 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 será dado a los señores ... y .... En relación al período de embarazo manifiesta un claro compromiso en cuanto al cumplimiento de los diversos

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

cuidados que el mismo requiere, en lo relativo a la realización de las sucesivas consultas médicas, la buena alimentación y atención de su cuerpo, siendo consciente de la importancia de no someterse a situaciones de riesgo (fs. ...).

De trascendental importancia para la resolución de la causa resulta la información médico legal que pueda haber recibido la señora ... en cuanto a sus derechos como mujer en relación con el embarazo y trabajo de parto y el consentimiento informado prestado. Tal como surge de fs. ... la señora ... fue informada acerca de cada uno de los derechos que tiene en calidad de mujer embaraza y en relación al parto, conforme Ley 25.529. Habiendo prestado consentimiento, previo informe efectuado por la Dra. ... sobre las complicaciones y/o riesgos que eventualmente puedan darse en los procedimientos en la posibilidad de embarazo gemelar en un 18%, y los descriptos en los puntos b, c) d). La señora ... manifestó haber comprendido la información brindada como sobre su estado de salud, estudios y tratamientos que fueren necesarios realizarle y la previsible evolución, como asi también de riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos. Tomando además conocimiento de la revocabilidad del consentimiento, siempre que no se hayan transferidos los embriones a su útero. Se desprende de este instrumento que la señora ... ha prestado consentimiento para que la Dra. ... y su equipo médico realicen el tratamiento indicado y se encuentra entonces cumplimentado el consentimiento informado conforme art. 5 de la Ley 26.529 sobre derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud, modificada por la la Ley 26. 742 sobre Muerte Digna.

Todo lo cual es coincidente con lo manifestado por la señora ... en la audiencia que tuvo como fin tomar contacto personal con la misma y corroborar el consentimiento prestado a fs. .... En la misma, previa evaluación habilitante conforme dictamen de la Junta Transdisciplinaria y con debido asesoramiento letrado, la señora ... manifestó: "me encuentro absolutamente informada sobre los aspectos legales y los riesgos del embarazo, fui al psicólogo y hablé varias veces, me hizo preguntas para verificar sobre mi convencimiento de gestar un embrión y luego entregarlo al matrimonio, y concurrí al consultorio de la Dra. ... quien me explicó sobre el procedimiento. Me encuentro totalmente segura y firme en la decisión. No recibí retribución económica para prestarme a la gestación, lo hago por un acto de amor hacia el matrimonio. Mi madre, luego de tenerme a mí, no pudo tener más hijos, existe una similitud en lo que le sucedió a mi madre y lo que les sucede a ... y .... Yo quedé como única hija, pero lo que le ocurre a este matrimonio es aún peor, comprendo cabalmente lo que les sucede y quiero ayudarlos. No aporté gametos para la formación de embriones crioconservados, y en ningún otro, sólo tengo a mi hija ... de ... años "(fs. ...).

En la audiencia a fin de tomar contacto personal con el matrimonio conformado por ... y ..., los mismos manifestaron "que esta decisión fue pensada, analizada, por bastante tiempo, aceptada y que tiene su origen y motivo en el deseo ferviente de conformar una familia... dijo: que esta es la vía elegida porque tenemos embriones crioconservados, se pregunta ¿que hacemos con ellos? Queremos ser padres, tener nuestra familia. Dios nos puso a ... en el camino, sabemos y ella sabe las implicancias que esto conlleva y los esfuerzos que requiere. Conocemos la vida de ..., es sana, no bebe, cuida los alimentos como le fue enseñado en el curso de chef.

No tenemos dudas que ella se encuentra en condiciones, su salud es también nuestra salud. Tiene hábitos saludables. Reflexionaron, sobre los avances de la ciencia y la tecnología. Hoy justamente se ven minimizados los riesgos por todos los avances. La realidad, dijo ... es que la vida es un riesgo, ello es así. Explicó ...: que el ICSI realizado en ... de ..., se obtuvieron ocho embriones, de los cuales se transfirieron a ... dos embriones, logrando un embarazo gemelar.

Los otros seis embriones fueron crioconservados, en .... La idea proyectada era que luego del nacimiento de los gemelos, implantar los otros. Lamentablemente el embarazo se detuvo y luego se produjo la ruptura uterina. Con lo cual con la imposibilidad absoluta que nos encontramos, la única alternativa viable de nuestros embriones crioconservados es que reiteramos "nuestros embriones" sean transferidos e implantados en un vientre subrogado. ... señaló que por razones de fuerza mayor sus embriones no pueden estar en su vientre y la única forma de ser madre y padre es solicitando esta autorización.

El matrimonio afirmó con clara y plena convicción y emoción que esto se trata de un acto de amor; tanto ellos

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

como ... permaneceremos vinculados, tenemos expectativas de que todo salga como lo pensamos y formar la familia. Somos abogados tenemos plena conciencia de que esto no es un contrato, ninguno de los elementos para la formación de un contrato se dan en esta petición, se trata tan solo de un acto de amor, en que el ... ante nuestras dificultades o imposibilidades intentará ayudarnos a formar nuestra familia, en nuestro largo camino" (fs. ...).

A partir de esta plataforma fáctica, analizaré la presente causa desde la óptica de la Ley Nro. 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 y "Furlan y Familiares vs/ Argentina" en la sentencia de fecha 31 de agosto de 2012.

La apelación al análisis y basamento de los fallos de la Corte Interamericana no resulta caprichosa, ni antojadiza, sino por el contrario necesario e insoslayable, ya que tal como lo expresa el constitucionalista Andrés Gil Domínguez, "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" LLCABA 2013 agosto, p. 347). 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 la causa "Artavia Murillo", si bien la Argentina no fue parte, existen fundadas razones para adoptar las pautas interpretativas dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos(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. Al tiempo que destaca el status jurídico que esa Corte establece para los embriones.

De fundamental importancia resulta el abordaje que la CIDH efectúa en relación a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, tomando como punto de partida el impacto desproporcionado de la sentencia relacionado a discapacidad, género y la situación económica de las víctimas.

En la causa "Artavia Murillo vs/ Costa Rica", la CIDH debió resolver el planteo efectuado por un grupo de ciudadanos costarricenses ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto la Sala Constitucional de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional el decreto que regulaba la fecundación in vitro (FIV), prohibiendo su práctica. Atento a la decisión adoptada, quienes se vieron afectados e impedidos de llevar adelante su proyecto familiar, peticionaron al órgano supranacional que determine si la decisión adoptada por la Sala Constitucional violaba los derechos fundamentales a la vida privada y familiar, a la salud sexual y reproductiva, y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico sin discriminación. 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

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

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 referencia al caso concreto, considera que se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas (párrafo. 144), siendo que en primer lugar, el art. 17 de la CADD reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Por su parte, el art. 17.2 CADD protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como por ejemplo el Comité de Derechos Humanos que expresa que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia (párrafo 145), estableciendo además que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del mismo modo, el derecho a la autonomía reproductiva está reconocido en el artículo 16 inc. 6) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" y conceptualizó la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. (párrafo 148). Finalmente, reconoció el derecho al goce de los beneficios del progreso científico contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana (252) y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

En relación al efecto de la prohibición absoluta de la FIV la CIDH estimó pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional, a saber que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones (párrafo 162). La CIDH resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación, sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo razón por la cual el término "concepción" debe entenderse desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 CADH (párrafo 189).

Por último, la CIDH realiza el test de proporcionalidad en relación a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de prohibir la técnica de FIV, y considera que provocó con la misma una severa injerencia en la vida privada y familiar, señalando que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Tanto el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas (párrafo 286).

La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual analiza si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica (párrafo 287).

En cuanto a la discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad, la Corte toma nota de que la Organización Mundial por la Salud ha definido la infertilidad como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas" (párrafo 288).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

En relación a la condición de discapacidad, hacer 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.

En cuanto a la discriminación indirecta en relación con el género, la Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad, si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad (párrafo 302); y juega un rol fundamental en la constitución de la feminidad

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)

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.

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 nuestro país se encuentra vigente la Ley Nro. 26.862 sobre Fertilización Asistida y su decreto reglamentario nro. 956/13, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 1ero y 2do). Del art. 7 se desprende que solo se requiere el consentimiento informado de una persona mayor de 18 años, mientras que el art. 8 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, garantizando también el servicio de guarda de gametos e incorporando como procedimiento y técnica a las cuales se puede acceder la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal con gametos de un donante".

La combinación de los artículos citados 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. (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, p. 24).

En otras palabras, en el caso de imposibilidad de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, para

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

garantizar el cumplimiento de los arts. 2,7 y 8 de la ley de Fertilización asistida, la gestación por otra mujer se convierte en la única técnica de reproducción humana asistida.

En esta causa, nos encontramos con el matrimonio ..., quienes tienen el deseo ferviente de formar una familia, tienen embriones crioconservados, aguardando ser implantados y, paradójicamente, la señora ... el ... perdió toda posibilidad de gestar como consecuencia de la histerectomía total que le fuere practicada, por lo que ineludiblemente es la gestación por otra mujer, la que da respuesta al caso.

En términos del prestigioso constitucionalista Andrés Gil Domínguez "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, la 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" (ob. cit. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, p. 24).

Resulta evidente la función que las técnicas de reproducción humana asistida desempeñarán en el logro de la igualdad normativa, reconociendo y respetando las diferencias de los seres humanos. Más allá de la orientación sexual, y del estado civil de las personas o facultades reproductivas, pueden tener acceso a la maternidad/paternidad/ comaternidad y copaternidad. Sobre la base de la voluntad procreacional, estos derechos evitan la discriminación en campo filiatorio y posibilitan el disfrute del amor filial. (ob. cit. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, p. 24).

Si bien, como afirmáramos anteriormente la práctica de la gestación por otra mujer se encuentra implícitamente incorporada por el juego armónico de los art. 2, 7 y 8 de la Ley 26.862; al bucear en todo el entramado de principios y valores que emanan del preámbulo y de la propia Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales de igual jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo Ley Nro. 26.378, Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, Ley 26.618 Matrimonio Civil entre personas de igual sexo, Ley Nro. 26.742 sobre Identidad de Género, Ley 25.673 "Programa Nacional de Salud Sexual y procreación Responsable", Ley 26.529 Derechos de los Pacientes, Ley 26.742 Muerte Digna, Ley 26.485 de Protección Integral para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Ley 23.592 sobre Discriminación y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana respecto a la Convención Americana sobre derechos humanos específicamente en las causas: "Artavia Murillo vs/ Costa Rica", "Atala Riffo vs/ Chile", "Furlan y Familiares vs/ Argentina", "Formerón e hija vs/ Argentina" y las Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (reglas 3, 4, 7, 17 y 24), vemos reforzado, aumentado y completado el marco legal, que sostendrá la solución objetivamente justa en el caso concreto.

Cabe recordar que el Proyecto de Cód. Civil y Comercial de la Nación 2012 en el art. 562, regulaba la gestación por subrogación, si bien la misma no fue incorporada en el reciente Cód. Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014. El art. 592 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 Cód. 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 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".

Es pertinente analizar de manera global la totalidad de las circunstancias que rodean la petición a la luz de los

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

requisitos consignados por el legislador al pensar la norma proyectada.

En autos se encuentra acreditado:

-la esposa es estéril, por habérsele practicado histerectomía total de útero con posterioridad a la existencia de los seis embriones criconservados (fs. 290)

-existencia de seis embriones crioconservados con material genético aportado por el marido y por ovodonación anónima. (fs. 219/ 224 y 264/ 270).

-la gestante ha prestado previa evaluación de la junta transdisciplinaria (fs. 273) su consentimiento libre, pleno e informado (art. 944 y 897 del Cód. Civil) (fs. 279), mediante acta notarial (fs. 153/154).

-la gestante ha recibido información médico legal sobre los riesgos de embarazo y parto y ha prestado consentimiento informado conforme lo establecen las Leyes nro. Ley 26529 y 26.742 (fs. 284/287).

-la gestante se encuentra en buen estado de salud física y psíquica conforme evaluación de la Junta Transdiciplinaria (fs. 273), informe psicológico (fs. 226), certificado ginecológico (fs. 281).

-no ha aportado material genético (certificado de fs. 263 y declaración de fs. 279).

-la gestante tiene una hija, conforme historia clínica (fs. 229/260) y partida de nacimiento (fs. 278).

-la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación, conforme declaración de fs. 269.

-la gestante no ha recibido retribución económica, conforme lo manifestado a fs. 269, acordando el pago de la cobertura de la obra social, alimentación y obtención de cremas para el cuidado de la piel (fs. 153/154).

-del informe socio ambiental practicado por la Licenciada Trabajadora Social ..., se desprende que el matrimonio peticionante se encuentra motivado por su deseo de formar una familia y el hecho de tener embriones aguardando poder desarrollarse; que la posibilidad que les brinda ... de cumplir con el proyecto tan anhelado, los sorprendió muchísimo. La Trabajadora social destaca que observa seguridad en el matrimonio en relación a la decisión tomada enmarcada en un enorme deseo de ser padres, puesto en la posibilidad de dar vida a su proyecto iniciado en los tratamientos de fertilización. (fs. ...). En relación a ..., esta refiere que se trata de una persona con decisiones firmes, que se siente sumamente segura en cuanto a la propuesta realizada a ... y .... Comenta que tener a su hija fue lo mejor que le pasó en su vida y que pensar que alguien no cuenta con esa posibilidad es la que la llevó a tomar la decisión. Se encuentra apoyada por su madre y su pareja; a su hija le dijo que va a prestar su casita (por su vientre) para que pueda crecer un niño de otra familia, refiriéndose a ello como un acto de amor" (fs. ....).

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 Constitución Nacional, tal como lo sostiene Andrés Gil Domínguez, 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

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

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 "Albarracin Nieves Jorge s/ Medidas Precautorias", La Ley 8/6/2012, p. 3, cita on line AR/JUR/21755/2012)

De esta norma deriva también el principio de la autonomía de la persona humana, concebida ésta como centro del sistema político que debe servir al desarrollo de la libertad y que no debe utilizar a las personas para sus propios objetivos. (GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, Tomo I p. 329, Editorial La Ley). Este principio claramente conceptualizado por el Dr. Carlos Nino prescribe, que "siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución". (NINO, Carlos Etica y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, 2da. Edición ampliada y revisada, 2da. Reimpresión, Editorial Astrea, p. 204 y 205). Este principio fue receptado por la Corte Suprema de la Nación que en el caso Bazterrica, limitó la injerencia del Estado sosteniendo que éste no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles la posibilidad para que ellos elijan. (Fallos 308:1392 Considerando 9,10).

En otras palabras, 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.

Por su parte el principio de dignidad de la persona prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. La dignidad como persona se ve menoscabada cuando no se toman en serio las decisiones individuales (NINO, Carlos, ob. cit p. 287).

Por otra parte, atendiendo a la realidad de los hechos, es necesario advertir que frente al desamparo normativo y ante la inseguridad jurídica, resulta axiológicamente disvalioso, cercenar porque sí, alentando a quienes se encuentran con recursos económicos a recurrir a la gestación por otra mujer en países que sí lo regulan como ciertos estados de Estados Unidos, Australia, Albania, Grecia, Países Bajos, India, Reino Unido, Sudáfrica, o que lo permiten libremente como Rusia o Ucrania, para luego peticionar la inscripción del nacimiento en nuestro país, vgr. "S.G.E.F.y G.C.E. Juzgado de San Lorenzo, 2012,07/02 (Revista de Derecho de Familia y las personas Abril 2013, p. 57), "B.M.A c. F.C.C.R. s/ ordinario" 2013/11/19 cita on line AR/JUR/89976/2013); o una vez consumada la gestación por otra y nacido el niño/a solicitar la inscripción vrg. "N.N o D.G.M.B s/ Inscripción de nacimiento" (JNCiv. Nro. 86 2013/06/18 Revista de Familia y de las Personas Noviembre 2013, p. 86).

Es pertinente citar de los Ministros de la CSJ Nación: "la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia" ("Colalillo Domingo c. España y Río de La Plata (Fallos: 238:550).

En este sentido resulta, una hipocresía, por ende, atropello a la verdad, impedir la gestación por otra y axiológicamente disvalioso cerrar, la posibilidad de que este matrimonio pueda conformar una familia, bajo un Estado constitucional de derecho.

Análogamente con la causa "Artavia Murillo vs/ Costa Rica" si la decisión fuera denegar la autorización solicitada, el resultado del test de proporcionalidad, nos daría como resultado "una severa injerencia en la vida privada y familiar", provocando con la negativa de la decisión una discriminación indirecta al matrimonio ... y .... Claramente se advierte que la pretensora diferenciada de la señora ... conforma el grupo de personas denominadas vulnerables, que exigen una tutela de protección especial, dado que: 1) en su condición de persona discapacitada se encuentra imposibilitada de gestar, 2) por su condición de género, mujer regido por los estereotipos vigentes; 3) por imposibilidades de recurrir a esta práctica en el exterior por los costos que implica. (Cien Reglas de Brasilia Nro. 3, 4, 7, 17 y 24).

Por último, con total convicción considero que la mejor solución para el presente caso, habiendo acuerdo de las partes y encontrándose reunidos todos y cada uno de los extremos, resulta autorizar al matrimonio y a la señora ... a que ésta geste en su vientre los embriones fecundados extracorpóreamente, para entregar el o los bebés después

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

del parto.

En este orden de ideas cabe, ingresar al análisis del segundo planteo efectuado por los peticionantes, en cuanto a que de resultar exitosa la transferencia de embriones concebidos por mujer gestante, el o los recién nacido/s sean inscriptos a nombre de sus padres ... y ....

Para ello, debe reconocerse en primer término, que la noción de familia en la posmodernidad ha cambiado radicalmente. Precisamente en el campo filiatorio, la incidencia del progreso científico tecnológico a través de los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de reproducción humana ha permitido ser padres a quienes no podían serlo. Estas habilitan el hecho concreto de la paternidad, maternidad, ser copadre y comadre, de muchas personas puedan concretar su plan de vida familiar.

Las distintas formas de familia gozan de protección constitucional, convencional y legal, considerándose como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tienen derechos a la protección de la sociedad y del Estado (art. 21.1.del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 16.3. Declaración Universal de Derechos Humanos, art. VI Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, art. 17.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es así que, encontramos uniones de hechos, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales, matrimonios homosexuales, familias ensambladas, coexistiendo y conviviendo en un marco de tolerancia, de respeto, propias de una sociedad pluralista. Todas estas variables de "familias" pueden conformarse con descendencia o sin ella.

Compartimos el pensamiento de la Dra. Luciana Scotti quien reflexiona acerca de que el derecho filiatorio tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica y filiación adoptiva, se encuentra en crisis, pues la realidad pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial a través de las técnicas de reproducción humana asistida, con una causa fuente independiente, la voluntad procreacional. (SCOTTI, Luciana "El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada, una realidad colmada de interrogantes sin respuesta jurídica").

Esta idea de voluntad procreacional no es reciente, sino que ya se perfilaba desde hace tiempo, siendo claro en ello el Dr. Díaz de Guijarro, cuando distinguió tres aspectos que se vinculan con el acto procreacional, ellos son la voluntad de la unión sexual, la voluntad procreacional y la responsabilidad procreacional. En este sentido la denominada voluntad procreacional es el deseo o intención de crear una nueva vida, un hijo, a quien se le brindará afecto, educación, a quien en definitiva se criará, por ello es que sin duda contiene un elemento volitivo, que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial, que en el campo de la reproducción humana asistida, se ha afirmado es la típica fuente de creación del vínculo (KRASNOW, Adriana "Matrimonio civil entre personas del igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio", editorial La Ley p. 174 y "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, Tomo 2010-E p. 977), GIL DOMÍNGUEZ, HERRERA y FAMÁ "Derecho Constitucional de Familia, T. II, Ediar, 2012, p. 833).

En otras palabras, en las técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero a ajeno. De este modo el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante las técnicas de análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. Definitivamente rige aquí el principio de la autonomía de la voluntad y no la del puro dato genético, para dar nacimiento al vínculo filial (VITTORI, Valeria "Cuando una verdad no alcanza. Aportes a un abordaje transdisciplinario en materia de filiación" Revista de Derecho de Familia y de las personas Año V, Nro. 5 Junio 2013, p. 59).

En palabras gráficas, las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm sostienen que la voluntad procreacional constituye la columna vertebral para la determinación filial derivada del uso de las

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

técnicas de reproducción humana asistida. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LAMM, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme la regla de la voluntad procreacional" La Ley, 2013 p. 195). Es decir, "prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética" (RUBAJA NIEVE, Derecho Internacional privado de familia, Abeledo Perrot, 2012, p. 325).

"En materia de filiación no existe una sola verdad" afirma Philippe Malaurie; las expresiones del lenguaje coloquial explicitan este hecho, así se habla de muchas verdades: la afectiva, "verdadero padre es el que ama"; la biológica, "los lazos sagrados de la sangre"; la sociológica, "que genera la posesión de estado"; la verdad de la voluntad individual, "para ser padre o madre es necesario quererlo", la verdad del tiempo, "cada nuevo día de paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo" (En Kemelmajer de Carlucci, Aída. El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación" a propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003 en el caso "Odievre v. France", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nro. 26 Editorial Abeledo Perrot, p. 77.). etc.

También desde el derecho, prestigiosos magistrados denuncian las injusticias que se cometen al conferirle al dato genético suma importancia, en lugar de revalorizar la identidad en su faz dinámica (CHECHILE, Ana María en La falta de posesión de estado como hecho relevante para acceder a la impugnación de la paternidad matrimonial (¿y por qué no extramatrimonial?) el equilibrio entre la identidad estática y dinámica, en La familia en el nuevo derecho, Tomo II, Rubinzal Culzoni, p. 23).

Tal como afirma el Dr. Mauricio Mizrahi, el vínculo filial goza de autonomía, dada su independencia en relación a su soporte biológico. Consecuentemente resulta erróneo reconocer únicamente a la procreación como fuente de la filiación jurídica; el derecho debe trascender a la biología incorporando otros aspectos como el afectivo, el volitivo, el social y el cultural. El saber científico- léase los estudios que practican los laboratorios- no debe asumir un papel exorbitante que lo trascienda, pasando a cumplir un rol normativo que no le pertenece. En suma, es necesario que el juicio de filiación no se convierta en un procedimiento que automatice la función judicial (Mizrahi, Mauricio Luis; "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", LA LEY, 2004-E, 1197).

Recordemos que en materia de adopción, hace tiempo que la Corte Suprema de la Nación estableció como estándar jurídico que la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño (Fallo 328:2870). Dadas las características señaladas, este estándar jurídico en materia de filiación adoptiva, puede aplicarse análogamente a la filiación que tiene como fuente las técnicas de reproducción humana asistida.

A esta altura cabe preguntarnos ¿resultaría justo desoír el deseo de este matrimonio de tener un hijo luego de todo el trayecto recorrido ? ¿podría pensarse que la señora ..., mujer gestante de los embriones crioconservados del matrimonio sea considerada la madre?

La respuesta en ambos casos se impone, siendo la misma negativa. Ni se puede desoír la voluntad procreacional del matrimonio ... -... quienes han prestado el consentimiento de someterse a la técnica de reproducción humana asistida heteróloga y solicitan esta autorización para realizar la técnica de gestación por otra mujer; ni resulta ser madre quien ha prestado su consentimiento en someterse a la práctica en forma altruista para que cuando se produzca el parto entregar al bebé/s a los padres. Madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva (LAMM, Eleonora "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal" en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jursiprudencia Nro. 50. Editorial Abeledo Perrot, p. 111).

La máxima del derecho romano que expresa mater semper certa est que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto conforme art. 242 del Cód. Civil, se ve conmovida cuando es otra mujer la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto, siendo entonces el elemento volitivo el requisito determinante de la filiación.

La aplicación directa e inmediata de la regla de reconocimiento constitucional y convencional, impone soslayar la

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

existencia normativa del art. 242 del Cód. Civil, puesto que los estándares jurídicos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Artavia Murillo vs/ Costa Rica" y todos los instrumentos internacionales de derechos humanos de raigambre constitucional invocados así lo exigen.

Cabe citar los recientes fallos de fecha 26 de junio de 2014 en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos "Mennensson vs/ Francia" y “Labassé vs/ Francia" en los cuales por unanimidad declaró la responsabilidad del estado francés por haber violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos en relación al respeto de la vida privada, dado que negó por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre los hijos nacidos como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución, legítimo en el Estado en el que se realizó, desconociendo a quienes figuraban como padres según esa legislación, siendo ello incompatible con el interés superior de los niños (Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar" cita on line AR/DOC/2285/2014).

Resulta relevante lo resuelto por el prestigioso TEDH por la similitud de las causas citadas y el caso que nos ocupa, ya que no sólo se trata de una practica de gestación especial, sino que para la conformación de los embriones se utilizaron los gametos masculinos del marido y óvulos donados.

Evidentemente la perspectiva que prevalece es aquella que, a la hora de pensar la paternidad/maternidad, coloca en primer plano la voluntad procreacional que no es más ni menos que la faz volitiva y subjetiva de los protagonistas. Desde el campo de la psicología, Patricia Alkolombre, expresa que es indispensable diferenciar el engendramiento de la filiación, señalando que el engendramiento pertenece al sustrato biológico, mientras que la filiación corresponde a las funciones y roles que se desempeñan dentro del grupo familiar. La filiación está indisolublemente ligada a la transmisión (ROTEMBERG, Eva (compiladora "Parentalidades. Interdependencias transformadoras entre padres e hijos" Editorial Lugar, p. 299).

Emerge así un aspecto no referido explícitamente hasta aquí, el cual, en palabras del profesor Ricardo Pérez Manrique, adquiere identidad en el concepto de "afecto", el cual resulta elemento estructurante del Derecho de Familia. De este modo "la consideración de la existencia del afecto es así una orientación imprescindible, fundada en principios como la dignidad humana, no discriminación y de la libertad de la forma de relacionarse las personas entre sí." (PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, "El afecto como elemento estructurante en las relaciones de familia", Disertación presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar 2012 Mar del Plata, publicado en el Libro de disertaciones y ponencia, La Ley -Abeledo Perrot, p. 189).

En este escenario, no puede desconocerse el aspecto axiológico de los resultados prácticos de la resolución del caso, cuyas particularidades exigen una interpretación armónica, coherente y pluralista del orden jurídico a fin de lograr una sentencia objetivamente justa.

A fin de respetar la voluntad procreacional del matrimonio ... y ... y, de este modo, garantizar el derecho a la identidad y a que registralmente en los asientos de inscripción de nacimiento exista correspondencia con la realidad de los hechos -faz estática y dinámica del derecho a la identidad-, en uso de las facultades conferidas por el art. 27 inc) b de la Ley 26.413 se ordena que el/los niños/ niñas se registren a nombre de la madre ... y del padre ..., dejándose constancia en el legajo de inscripción que se utilizaron gametos femeninos donados anónimamente y que la gestación se llevó a cabo por otra mujer, haciéndole saber dicho origen genético y gestacional a su/s hijo/s.

Con fundamento en los arts. 16, 19, 33 y 75 inciso 22 y 23 de la Constitución Nacional, art. 4., 7, 11, 17 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 21.1.del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 16.3. Declaración Universal de Derechos Humanos, art. VI Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre art 16 inc.6) Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, Ley 26.485 de Protección Integral para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Preámbulo art. 3, 7, 8 de la Convención sobre los derechos del Niño, Ley Nro. 26.682 Fertilización Asistida, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación, Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo Ley Nro. 26.378, Ley 26.618 Matrimonio Civil entre personas de igual sexo, Ley Nro. 26.742 sobre Identidad de Género, la Ley 25.673

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

"Programa Nacional de Salud Sexual y procreación Responsable", Ley 26.529 Derechos de los Pacientes, Ley 26.742 Muerte Digna, Ley 23.592 sobre Discriminación, Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana respecto a la Convención Americana sobre derechos humanos específicamente en las causas: "Artavia Murillo vs/ Costa Rica", "Atala Riffo vs/ Chile", "Furlan y Familiares vs/ Argentina" y "Formeron e hija vs/ Argentina y las Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (reglas. 3,4,7,17 y 24), Ley 26.413 arts 27 inc. B, Fallo pleno interpretación art. 78 Ley 26.413 en autos "Castellano Romina c. Martínez Juan Carlos s/ Divorcio".

Resuelvo: Admitir la demanda y en consecuencia 1) Autorizar al matrimonio ... (DNI Nro ...) y ... (DNI Nro. ...) a realizar la transferencia embrionaria de dos embriones criconservados en ... ..., para implantarlos en el útero de la señora ... (DNI Nro. ...). 2) Ordenar la inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijo/s de la madre señora ... (DNI Nro....) y del padre señor ... (DNI Nro ...) a el o los niños/ niñas que dé a luz la señora ... (DNI Nro. ...). 3) Déjese constancia en el legajo de inscripción de nacimiento que se utilizaron gametos femeninos donados anónimamente y que la gestación se llevó a cabo por otra mujer. 4) Exhortar al matrimonio para que informen a su/s hijo/s el origen genético y gestacional. Insértese y hágase saber. (expte nro. ...).— Valeria Vittori.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados