

JUZGADO de FAMILIA N 5, Viedma

Viedma, 7 de julio de 2017.-

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados: "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)", Expte N°.... para dictar sentencia de los que;

RESULTA:

I.- Que a fs. 30/37, se presentaron los Sres. 'F.H. D.N.I. ...' y 'A. C. D.N.I. ...' por derecho propio a solicitar se autorice judicialmente la implantación de sus embriones en el vientre de la Sra. R.R D.N.I., quien se ofreció como portadora y gestante de hasta dos embriones por cada oportunidad que serán logrados a través de técnicas de reproducción asistida -in vitro- y a partir de óvulos de una donante anónima y del esperma aportado por el Sr. F. H. Manifiestan encontrarse unidos desde hace 14 años en unión convivencial (fs. 3) compartiendo un proyecto de vida en común y familiar, aspirando desde hace largo tiempo a concretar el sueño de tener hijas/hijos propios. En el año 2015 conocieron a R. y comenzó una amistad con ella y con su grupo familiar. Al tiempo nació la idea de facilitarles la posibilidad de ser padres, lo que implicó comenzar a buscar distintas alternativas, hasta llegar al Centro de Medicina reproductiva Bariloche SRL "Fertility Patagonia" donde fueron asesorados del procedimiento de Fertilización Asistida de Alta complejidad con Ovodonación y Subrogación de vientre, requiriéndose -en tal sentido- autorización judicial para proceder a la transferencia de los embriones logrados por dicha técnica. De esta manera, han trabajado el proyecto a nivel familiar, sobre todo con los hijos de R., dos menores y uno mayor de edad, quienes conocen completamente toda la cuestión y acuerdan acompañar a su mamá y "prestarles la panza". Reafirman lo manifestado respecto de la imposibilidad de concebir de manera natural, escogiendo el mencionado método, por el cual R. será portadora, sin relación genética alguna, de hasta dos embriones producidos mediante la técnica de fecundación -in vitro- a partir de óvulos de una donante anónima y por decisión de la pareja, y el material genético del Sr. H. Consta en el escrito presentado a fs 15/17 la conformidad de la Sra. R., acompañada por su letrado patrocinante. En función de ello, sostienen la necesidad de la autorización judicial requerida por el centro de salud para la transferencia embrionaria a los fines de evitar que la futura filiación quede determinada por las reglas de la filiación por naturaleza. Así también solicitan se ordene, al momento del parto, la inscripción del o de los nacimientos a nombre de los actores, asumiendo los mismos el compromiso de informar a su hija/o o sus hijas/os su origen gestacional en oportunidad de adquirir edad y madurez suficiente para entender los hechos acaecidos. Realizaron otras consideraciones al respecto, acompañaron prueba documental, ofrecieron la restante, fundaron en derecho y concretaron su petitorio.

II.- A fs 45/46 obra informe del Equipo Técnico del Juzgado, observando en la pareja una concepción de co-parentalidad respecto de la crianza de su hija/o o sus hijas/os, así como también una familia ampliada dispuesta a acompañar dicho proceso. Ambos han planteado la importancia de comunicar a la/s niña/s o al/los niño/s su origen y del proyecto familiar que han encausado. Respecto de la Sra. R. informan que tiene trabajada la cuestión de la subrogancia, que presta su útero, y que no se infieren deseos de ser madre, hecho recalcado en la entrevista. Plantea haber dialogado con sus seres más próximos respecto del proceso en el cual se encuentran inmersos. Lo ubica como un acto solidario, "que estaba presente aún antes de conocer a la pareja..." Como

opinión profesional el equipo evidencia tanto en la pareja como en la Sra. R. un acabado conocimiento sobre el proceso de subrogancia, sus efectos, sus posibles riesgos, sus responsabilidades y una elaboración personal por parte de cada uno respecto a dicho proyecto. No formulando objeciones respecto al avance de dicho proyecto familiar.

A fs 58/59 obra informe socio-ambiental en el domicilio de la pareja de los actores y a fs. 60/61 en el domicilio de la Sra. R. Respecto de la pareja se informa que la misma tiene condiciones de vida óptimas para sostener el proyecto familiar, y con la capacidad de alojar a una hija o a un hijo. Tienen condiciones socio-económicas, culturales y sociales necesarias para afrontar el proceso planteado. Tales condiciones se evidencian en los saberes, conocimientos, herramientas socio – culturales, accesibilidad socio-económica y experiencias de vida que tiene la pareja que le permite transitar el proceso judicial. Cuentan con espacios terapéuticos que operan como sostén y acompañamiento de la pareja, y con el apoyo permanente de la familia ampliada, y de otros lazos sociales cercanos que cumplen una función central en este proceso. Respecto de la Sra. R. de la entrevista mantenida se evidencia que cuenta con las condiciones de vida óptimas para convivir cotidianamente junto a sus hijos, con los servicios necesarios, y el equipamiento básico para garantizar la satisfacción de las necesidades diarias. Se observa que cuenta con un conocimiento previo sobre la temática, con herramientas socio-culturales sólidas, y de experiencias de vida que le permiten transitar el proceso de la subrogancia y las diferentes etapas judiciales. La entrevistada presenta capacidad para sortear obstáculos, adaptarse a los cambios, y tomar sugerencias de profesionales afines. Del mismo modo cuenta con el apoyo y el acompañamiento de su familia extensa, y con predisposición para iniciar y mantener lazos sociales, teniendo las condiciones materiales, sociales y culturales propicias para transitar las diferentes etapas del proceso judicial.

Que el Cuerpo Médico Forense a fs. 66 informa que, conforme los certificados de la Dra. A. V. y J. G. M., la Sra. R. se encuentra en condiciones clínicas para llevar adelante el futuro embarazo. Que respecto de los formularios de consentimiento informado presentados por "Fertility Patagonia" manifiestan que se adecua a lo que la ley prevé, no obstante aconsejan que deberá constar como información médica la valoración del incremento de riesgo de embarazo que implica haber sido sometida a tres cesáreas previas. Que si bien esa circunstancia no implica per se ninguna contraindicación para el implante de un embrión en ese útero, debe informarse estadísticamente el incremento del riesgo de complicaciones y cuales pueden ser de un embarazo en una mujer con tres cesáreas previas. Así también entiende que los informes psicológicos de fs. 45 y los socioambientales efectuados por el equipo técnico resultan claros respecto a la comprensión de los alcances del procedimiento propuesto para cada una de las personas involucradas en el caso.

A fs. 78 se celebra la audiencia con las partes y la suscripta y el Equipo Técnico del Juzgado, donde la Sra. R. M. R. manifiesta que entiende perfectamente de qué se trata el presente trámite, que ha sido entrevistada y bien informada sobre los riesgos y consecuencias de la técnica de fertilización asistida de alta complejidad a la que va a someterse. Preguntada sobre qué dicen los hijos, manifiesta que sus hijos mayores han entendido perfectamente y que la apoyan absolutamente y que el más chico ha entendido que el bebé será el hijo de A. y F., y lo llaman "primito". Los Sres. C. y H. manifiestan que esto implica cumplir un proyecto de vida, y que R. los ayudará en este "plan de vida" que ellos han decidido.

A fs. 76 obra escrito de las partes solicitando se oficie al Registro Civil y de Capacidad de las Personas para que la inscripción la/s niña/s o al/los niño/s por nacer sea nombre ellos, y además prevenir al nosocomio (privado -Clínica Viedma- o público -Hospital Artémides Zatti-) que en el actual formato de los certificados de nacimiento donde deben constar las huellas dactilares de la madre y de la/s beba/s o el/los bebé/s, se imprima la huella dactilar del Sr. F. H., quien resulta ser el aportante del material genético, siendo completado el procedimiento con la ovodonación, pues la Sra. R. sólo resulta ser portante, sin vinculación genética alguna. También solicitan se ponga en conocimiento de los nosocomios que los Sres. F. V. H. y A. L. C., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de la institución.

A fs. 79 pasan los autos a dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

Que el nuevo ordenamiento legal sistematiza específicamente la filiación por THRA donde "La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, 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 ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable..." (art 561 y 562 Código Civil y Comercial). 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. Nuestro Código Civil y Comercial no regula la gestación por sustitución, esto es la utilización artificial del material genético de uno de los peticionantes con la donación de ovocitos de una donante anónima fecundado extracorpóreamente para ser implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante) como en el caso que nos ocupa. Argentina adoptó una posición abstencionista, al no establecer en el nuevo ordenamiento civil y comercial, como sí lo estaba en el anteproyecto en su texto originario del Art. 562 del anteproyecto sobre estas técnicas, siendo el mismo suprimido y la Comisión Bicameral (apart. VI ítem 62), estimó que "...encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma. "

No obstante ello, se afirma que no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución "significaría 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. 1º y 2º señalan a la autonomía de la voluntad (art. 2º 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. 3º, inc. e)), exige el

respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3º, inc. g), en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva (arts. 5º, inc. 3º, y 6º, 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). El texto legal finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a éste tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, pues ello dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso. En el caso traído en autos, el mismo se trata de un matrimonio conformado por dos hombres, los cuales no cuentan con la posibilidad biológica de poder gestar, quedando como única vía posible de ser padres tener que recurrir a esta técnicas.

La gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) considerada como una figura jurídica compleja, que en alguna de sus modalidades - como es el caso de autos- pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano *mater semper certa est*, lo que ha dado lugar al inicio del expediente con el objeto de solicitar autorización judicial a los fines de realizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto mediante el procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad con Ovodonación (ovulo de una donante anónima) y subrogación de vientre, aportando uno de los miembros de la pareja el esperma para que, luego de la fertilización in vitro, se le implantara el embrión a la mujer gestante. La gestación por sustitución tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la gestante ("madre subrogada", "madre de alquiler" o "madre portadora") acepta someterse a las TRHA para llevar a cabo el proceso de gestación a favor de una persona o pareja comitente, también llamados progenitores intencionales, para quienes la mujer gestante se compromete a entregar el/la niño/a o niña/os que puedan nacer. A dicha práctica suelen acudir parejas del mismo sexo, fundamentalmente hombres, como en el caso de autos, que lograrán tener hijos que también lo sean genéticamente de al menos de uno de ellos, pues se emplearán sus gametos para fecundar óvulos de la propia mujer gestante o de una tercera mujer, una donante, a efectos de implantar los embriones en el útero de aquélla (Scotti, Luciana Beatriz, "La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, No. 38, ene.-jun. 2015).

En cuanto a la denominación más adecuada de esta modalidad se considera que no se trata de una maternidad de sustitución sino de una gestación de sustitución, pues la gestante no será madre genéticamente: el o los niños que dé a luz llevarán los genes de los comitentes. Ahora bien, como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 de la Constitución Nacional). Así se lo ha entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015). En la Comisión 6 de Familia, sobre "Identidad y filiación", cuando se trató la cuestión de la Gestación por sustitución, se concluyó por unanimidad que "[a]ún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida." (Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN deH. Río Negro), María Teresa Vega (UN de

Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow). Según dichas interpretaciones, la gestación por sustitución contaría con recepción implícita en el CC y C, por considerar 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. Así, en el CC y C en el art.558 establece que: “la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción”. Se admite, así, una nueva fuente de filiación, las TRHA, que el nuevo código equipara a las ya reconocidas en la legislación anterior.

El Dr. Gil Domínguez considera que: “en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, 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 a su ejercicio. Asimismo, siguiendo el enfoque interdisciplinario, insoslayable en las decisiones a adoptar en el fuero de familia, 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, decisonal 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. 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. 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, *ob. cit.*, p.41).

Debemos resaltar que ley 26862 constituye un instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser padre o madre como parte del proyecto de vida, desde un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad. La garantía del acceso integral a la TRHA implica un claro cumplimiento del efecto erga omnes de la norma convencional interpretada en la materia por la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs. Costa Rica” (2012). El 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). Los derechos humanos a los que esta ley intenta dotar de virtualidad y eficacia son lo 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.

Por ello se considera que, en Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás.

De esta manera de las constancias de autos surge que el Sr. 'C. y el Sr. H.' se encuentran en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues queda claro que la única la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución. Ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante la gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer –en este caso su amiga– se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD” – ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Gil Domínguez ha expresado que, en esta sentencia la Corte Interamericana, “mediante el derecho viviente convencional configuró la estructura de la voluntad procreación como derecho humano cuyo contenido iusfundamental se conforma con los contenidos derivados de los derechos humanos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y el goce de los beneficios del progreso científico”. Entiende el jurista que la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA y a las gestación por sustitución. Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un código civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y el linaje” (Gil Dominguez, Andrés, op.cit, p.39). Eleonora Lamm señala que pese a no estar regulada la gestación por sustitución no ha sido prohibida, que el tema queda sujeto a la discrecionalidad de los jueces, “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 o las comitentes [...] Como se ha dicho tantas veces, la Gestación por sustitución es una figura compleja, por lo que es conveniente e imperiosa la necesidad de que se establezcan reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación a favor de los comitentes, de modo que cuando nazca el niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes han querido ser sus padres y/o madres.

De esta manera, la gestación por sustitución, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer

una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás.

De las constancias de autos y en especial de la entrevista personal mantenida con las partes, la cual se encuentra resguardada mediante medio audiovisual con el Numero 114134, surge que la maternidad subrogada se presenta como la alternativa válida para esta pareja, teniendo en cuenta que la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; que uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos; que los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos; que la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; que la gestante ha parido tres hijos antes del caso bajo análisis; que la gestante ha prestado su vientre en forma libre luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; que el recurso de éstas técnicas fue utilizado como la única alternativa por los peticionantes dado su imposibilidad biológica de gestar.

Por ello es necesario resaltar: 1.- Voluntad procreacional de la pareja (comitentes): entendida esta como “el deseo de convertirse en padres de un niño asumiendo su cuidado, su protección, educación, formación y desarrollo en forma integral, dándole desde su nacimiento todo el amor y la contención necesaria. No teniendo tal voluntad la amiga de los comitentes (Sra. R.) quien lleva a cabo el embarazo, la misma no desea ejercer el rol materno sino que su aporte ha tenido como finalidad altruista ayudar a que los comitentes concreten el ansiado deseo de ser padres. Destacando en todo momento que el rol de los progenitores se ejerce aún antes de que se gesté y nazca el hijo, como así también que sus hijos conocen la verdad respecto de la gestación, manifestando los mismos que será “su primo”, “el hijo de los tíos 'A. y F.'”.

El Dr. Gil Domínguez afirma que “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. En nuestro sistema jurídico, la gestación por sustitución no está regulada, con lo cual, se debe aplicar el principio de legalidad que sostiene que todo lo que no está prohibido está permitido. Si en algún momento se intentara establecer un régimen regulatorio que lo prohibiese sería inconstitucional e inconveniente. Si se sancionase un régimen intrusivo de la autonomía de la voluntad de las partes también sería inconstitucional e inconveniente. En la actualidad, y en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los arts. 558 y 562 del CCC, la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional [...] Con lo cual, no es constitucional y convencionalmente correcto lo que afirman Pitrau y Córdoba sobre que el único progenitor es quién dio a luz en el marco de la voluntad procreacional como derecho fundamental y derecho humano que el CCC debe garantizar de forma instrumental pero nunca estructurar como una regla cerrada y excluyente.” En tanto Marisa Herrera señala: “... la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado, es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético”. (Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia. Por Marisa Herrera. www.nuevocodigocivil.com)

2.- El Vínculo genético: Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, gestante y madre, dejaron de ser términos sinónimos. Una madre es una gestante pero una gestante puede no ser una madre.

El término madre implica una decisión adoptada en el marco de la constitución subjetiva de una mujer o de una persona autopercibida en su identidad de género como un hombre que mantiene los órganos de reproducción femeninos. Este supuesto es posible en la República Argentina en virtud de lo dispuesto por la ley 26.743 que garantiza el derecho a la identidad de género. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia. La decisión de ser madre se refleja en la asunción de la responsabilidad parental. Hay en la mujer madre voluntad procreacional y amor filial, y en algunos supuestos, vínculo genético.

El término gestante adquiere un significado determinado cuando se vincula con una mujer que adoptó la decisión libre e informada de gestar a un niño o niña con quién no tiene ninguna clase de vínculo afectivo ni genético. La gestación se sostiene en el desarrollo de una biografía altruista o lucrativa basada en la libertad de intimidad exenta de vulnerabilidad que persigue desarrollar un proceso en pos de satisfacer el amor filial de un otro. La decisión de ser gestante elude conscientemente los derechos y obligaciones emergentes de la responsabilidad parental. No hay en la mujer gestante voluntad procreacional, vínculo genético o amor filial. Intentar confundir o fundir dichos términos no es una equivocación conceptual, sino por el contrario, responde a una estrategia ideológica de obturación de la gestación por sustitución que se traduce en la imposición moral de que siempre debe haber una madre aunque una mujer solo desee ser una gestante. La filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana. Por último, el derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las técnicas de reproducción humana asistida garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución, quedando en claro que no existe vínculo genético entre la madre gestacional o portadora y el bebé.

Así, la jurisprudencia ha dicho La imposición a una mujer gestante el rol de mujer madre evidencia la performatividad regresiva del discurso jurídico operando sobre la sexualidad, los cuerpos y el amor filial. Las técnicas de reproducción humana asistida dislocan la estructura heterosexual basada en una relación sexual como única fuente posible de filiación directa cuando es biológica o indirecta cuando es adoptiva. Si bien la posibilidad de que una pareja heterosexual procrea sin que medie una relación sexual es disruptiva, la idea de que una pareja de la diversidad procrea sin una relación sexual heterosexual apoyándose en una gestante que no desea ser madre es lisa y llanamente insoportable. Descendencia, linaje, amor filial, concepción sin relación sexual heterosexual, gestación sin maternidad, filiación registral directa basada en la voluntad de procrear sin aporte de material genético y sin importar la orientación sexual o el estado civil; allí radica la revolución moral que con la transformación de la mujer gestante en mujer madre se intenta sofocar utilizando los resquicios técnicos del

discurso jurídico. Aunque desde una perspectiva pragmática y luego de un largo proceso judicial se pueda obtener una registración de copaternidad igualitaria, la opción de inscribir como madre a la gestante y luego impugnar judicialmente la maternidad, no deja de ser una alternativa que jurídica y simbólicamente abona la performatividad que transforma a la gestante en madre y acepta la interdicción del discurso jurídico. (Juzgado Civil de Primera Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 81, caso "S., I. N. y otro c/ A. C. L. s/ impugnación de filiación", marzo de 2017). La identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional, no son manifestaciones excluyentes, sino por el contrario son complementarias.

3.-Responsabilidad Procreacional: la misma recaerá sobre 'A. L. C. y F. V. H.' quienes serán directa y efectivamente responsables de criar y educar al niño/a por nacer, sin que exista conflicto en este sentido con la gestante. Entiendo en este sentido que los actores cumplen acabadamente con esta condición, pues de las entrevistas mantenidas con el equipo técnico y la personal con la suscripta, surge que la decisión asumida por la pareja ha sido tomada con total responsabilidad, teniendo recursos suficientes, tanto sociales como culturales y también económicos para afrontar este proyecto de vida, cuentan también con el apoyo de las familias ampliadas y su círculo íntimo. Que del informe del equipo técnico de fs 45, los socio-ambientales realizados a las partes de fs 58/61, los certificados de las psicologías glosados a fs 19, 20 y 21, ha quedado demostrado en el expediente que la Sra. 'R.' ha dado su consentimiento en forma totalmente libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia ampliada. Que del informe de la psicóloga la Dra A. V. agregado a fs 19, surge que la misma actúa de manera plenamente libre y con el acompañamiento de sus hijos y que ha decidido brindarle a sus amigos la posibilidad de ser padres. Que posee herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que decide ocupar, para afrontar el despegue de la entrega del bebé al momento del nacimiento y las consecuencias que de ello se podrían desprender. Con lo cual no estamos en el supuesto de cosificación o explotación de la mujer gestante, como se ha querido llamar a la mujer que se somete a esta práctica. También debe descartarse el concepto de "explotación" de la madre sustituta, ya que el objetivo de la gestante es totalmente altruista, oficiando de vehículo para que el deseo de los futuros padres pueda hacerse realidad. No hay de por medio una finalidad económica. Es más, existiendo entre los involucrados una relación de profunda amistad, también se ha trabajado respecto a esa cuestión, concluyéndose que ambas partes se encontrarían preparadas tanto a nivel psíquico como emocional para afrontar el embarazo y posterior nacimiento del futuro bebé, sin que se adviertan motivos para generar confusión en los roles parentales futuros. Del certificado de la licenciada G. T. de fs 20/21 surge que la pareja se halla habilitada psicológicamente para funcionar como apego de un niño y así mismo desarrollar las funciones de protección, accesibilidad y sensibilidad a las necesidades del otro, imprescindibles para cuidar a un futuro hijo. Destaca el alto nivel de compromiso emocional que les implica esta larga búsqueda de llevar adelante este deseo de parentalidad compartida y el derecho a la descendencia.

Con lo expuesto hasta aquí, adelanto que haré lugar a la autorización solicitada, considerando que se encuentran 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.

A) No obstante, tendré presentes algunas de las recomendaciones del Cuerpo médico forense que ha intervenido en estos autos; con el objetivo de acompañar el proceso: 1) El consentimiento informado que suscribirán las partes deberá incluir factores de riesgo teniendo en cuenta las características y antecedentes clínicos y obstétricos de la madre gestante (tres cesareas, edad, etc.) dejándose en claro que la información es recibida en primera persona y que la firma es efectuada de puño y letra por los involucrados; 2) Seguimiento psicológico durante el embarazo y luego del parto a la gestante y a sus hijos.

4.- Acceso a la justicia e inscripción inmediata del niño: Al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el CCC, algunos 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. Si bien, 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. Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo e producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea. “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 CCCoN 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 que en nuestro sistema reviste jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional. En los párrafos 9, 10 y 11, se hace hincapié en la obligación de los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre los Derechos del Niño de establecer “procedimientos administrativos y legislativos adecuados y eficaces y de otras medidas apropiadas que permitan un acceso justo, efectivo y rápido a la justicia.” Así, en la Observación General Nro 5 el Comité afirma que: "los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Por lo que, en virtud del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, los Estados se hallan obligados a erradicar las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y adoptar medidas afirmativas para velar por que todas las personas, incluidos los niños, tengan derecho al mismo acceso a los mecanismos judiciales y decisorios sin distinción de ninguna índole. Además, los Estados deben garantizar que todas las partes en las

actuaciones judiciales o legales sean tratadas sin discriminación. Kemelmajer, Herrera y Lamm han sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.). (Kemelmajer de Carducci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LL, 10/09/2012, p.1)H.

En este caso garantizar el interés superior de la/s niña/s o el/los niño/s que nacerá 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 ella se incluirá como una más de la familia. En virtud de ello deberá hacerse saber al nosocomio (privado -Clínica Viedma- o público -Hospital Artémides Zatti-) que en el actual formato de los certificados de nacimiento deberán constar la huella dactilar del pie de la/s beba/s o el/los bebé/s y las del Sr. F. V. H., que resulta ser quien aporta el material genético (esperma), sin constar el de la Sra. R., que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los Sres. F. V. H. D.N.I. y A. L. C. D.N.I., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución.

En virtud de todo lo expuesto considero que debe hacerse lugar a la autorización solicitada, con fundamento en el derecho a constituir una familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos), y en el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros en particular de los niños, en que éstos necesitan la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento que debe ser inscripto, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y que el impedimento gestacional de la pareja que han expresado ampliamente su voluntad procreacional recurriendo a una TRHA, no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia.

Por ello;

RESUELVO:

I) Autorizar la trasferencia embrionaria en el vientre sustituto, previa suscripción del consentimiento informado con las recomendaciones realizadas en el ítem 3 "A".-

II) Ordenar la inscripción de la/s niña/s o el/los niño/s dados a luz por 'R. M. R. D.N.I.' como hija/s o hijo/s de F. V. H. D.N.I. y A. L. C. D.N.I.

, debiendo el Registro Civil y de Capacidad de las Personas expedir el certificado de nacimiento correspondiente, conforme lo dispone el art 559 del C.C. y C. A tal fin, líbrense el pertinente oficio.-

III) Hacer saber al nosocomio (privado -Clínica Viedma- o público -Hospital Artémides Zatti) que, en el actual formato de los certificados de nacimiento, deberán constar la huella dactilar del la/s beba/s o el/los bebé/s y las del Sr. F. V. H., que resulta ser quien aporta el material genético (esperma), sin constar el de la Sra. R., que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los Sres. F,H. D.N.I. y A. L. C. D.N.I., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución. A tal fin, líbrense los pertinentes oficios.-

IV) Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su/s hija/s o hijo/s adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.-

V) Imponer las costas por su orden y regular los honorarios profesionales de manera conjunta a las letradas Dra. M C y M. P. A. en la suma de 20 jus, y al Dr. S. O en atención a su participación en el proceso en 5 Jus (conforme lo dispone el art 9,38 y 42 de la ley 2212). Cúmplase con la Ley 869.-

VI) Notifíquese a las partes en legal forma y al Instituto Fertility Patagonia Centro Reproductivo Bariloche S.R.L. -vía mail-, regístrese y protocolícese.-

MARÍA LAURA DUMPÉ
JUEZA